

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 20

Sayı: 2

Yıl: 2012



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 20 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2012

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
(Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr> e-posta: hukukdergi @ selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM –
HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt (Volume): 20 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2012

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

FRANSA'DA VE TÜRKİYE'DE SEÇİM KAMPANYALARININ VE
SİYASÎ PARTİLERİN FİNANSMANININ DENETİMİ 7

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN

KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE ÇOK MERKEZLİ EGEMENLİK
KULLANIMI..... 27

Doç. Dr. Reyhan SUNAY

SURİYE VATANDAŞLARININ GEÇİCİ KORUNMASI ve
ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKU 53

Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ

KENT KÜLTÜRÜNÜN SUÇA ETKİSİ -ŞANLIURFA ÖRNEĞİ- 71

Yrd. Doç. Dr. Mithat Arman KARASU

ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI 105
Erdal YERDELEN

ÖZEL HUKUK

HUKUK MAHKEMESİNİN HÜKMÜNDE “TÜRK MİLLETİ ADINA”
İBARESİNİN EKSİKLİĞİ 139
Doç. Dr. Recep AKCAN

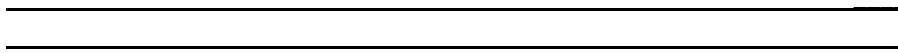
TANIKLARDAN BİR KISMININ DİNLENİLMESİ İLE KARAR
VERİLMESİ 149
Doç. Dr. Recep AKCAN

HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU’NDA ÖNGÖRÜLEN GİDER
AVANSININ UYGULANMASI İLE İLGİLİ ORTAYA ÇIKAN BAZI
MESELELER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 165
Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN

THE IMPACT OF THE CHANGES TO UK SALE OF GOODS LAW
BROUGHT BY “THE SALE & SUPPLY OF GOODS TO
CONSUMERS REGULATIONS 2002” UPON CONSUMERS OF
FOOD PRODUCTS 181
Doç. Dr. H. Gökçe TÜRKOĞLU

TÜRK İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ GÜVENCESİ
UYGULAMASINDA EN AZ ALTI AYLIK KIDEME SAHİP OLMA
KOŞULU 195
Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT

Makaleler



Kamu Hukuku

FRANSA'DA VE TÜRKİYE'DE SEÇİM KAMPANYALARININ VE SİYASÎ PARTİLERİN FİNANSMANININ DENETİMİ

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*
Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI**
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN***

ÖZET

Günümüzde siyasi hayatın maddi yönünün denetlenmesi konusu çağdaş, demokrasiye inanan ve hukuk devleti ilkesini benimsemiş ülkelerde büyük önem arz etmektedir. Batı Avrupa'da uzun yıllardan beri bu konuda sürdürülen çalışmalar oldukça geniş bir mevzuatın oluşmasına ve detaylı yargı kararlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Demokrasinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi ve siyasi hayatı ilgilendiren temel hak ve hürriyetlerin daha iyi korunabilmesi amacıyla Avrupa Birliği'nin önemli ülkelerinden biri olan Fransa'da benimsenen hukuki düzenlemelerin takip edilmesi Türkiye'de de ulaşılmak istenen hedeflerin doğru şekilde tespit edilmesi bakımından yararlı olacaktır. Bununla birlikte siyasi hayatın maddi yönünün denetiminin yapılması, bu alanda yapılacak hukuki düzenlemelerin hazırlanmasının yanı sıra uygulamada da konuya gereken özenin gösterilmesini gerektirmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: *Siyasi Partiler, Siyasi Partilerin Finansmanı, Siyasi Partilerin Denetimi*

* Çağ Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** İzmir Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** İzmir Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

CONTROL OVER FINANCING OF ELECTION CAMPAIGNS AND POLITICAL PARTIES IN FRANCE AND TURKEY

ABSTRACT

Economic control of political life is a matter of importance in the countries which endorse the contemporary values of democracy and rule of law. In Western Europe, the process in this context, has led up to a large set of legal provisions and judicial precedence. An evaluation of French legal system with respect to this subject is useful as it may serve as a good example in the reaching of the aims in Turkey. On the other hand, one should not forget the importance of actual practice of legal provisions, in addition to a painstaking work process of preparation of legal provisions.

KEYWORDS: *Political parties, finance of political parties, supervision of political parties*

1. GİRİŞ

Avrupa demokrasisinin en önemli ülkelerinden biri olan Fransa’da seçim kampanyalarının ve siyasî partilerin finansmanının denetimi konusu oldukça detaylı hukuki düzenlemelere tâbi tutulmuştur. ABD, Almanya, Büyük Britanya, İtalya gibi devletlerin bu alanda gerçekleştirdikleri yasama faaliyetlerinden sonra 1988 yılından itibaren Fransa’da da bu konuyla ilgili ilk yasal düzenlemeler ortaya çıkmaya başlamıştır. Fransa’da o yıllarda patlak veren parti finansmanı ve seçim kampanyası skandalları bu tür yasal düzenlemelerin varlığını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda siyasî partiler ile devletin iç içe olması ve siyasî partilerin finansmanının şeffaflığına ilişkin yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde oldukça geç kalınmış olması belirleyici olmuştur¹. Nihayet 1988’de çıkarılan kanunların² bazı hükümleri ilerleyen yıllarda

¹ Pujas, V., & Rhodes, M. (1999). Party Finance and Political Scandal in Italy, Spain and France. *West European Politics*, 22 (3), s. 47

² 1958 yılından beri Fransa’da yürürlükte olan beşinci cumhuriyet Anayasası’nın 46. maddesi yazılı hukuk kaynakları alanında normlar hiyerarşisi açısından farklı bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre söz konusu madde, kanunları organik kanunlar ve olağan kanunlar olmak üzere

birçok kez değişikliğe uğrayarak başta seçim kanunu³ olmak üzere bazı başka kanunların içine alınmışlardır. Siyasî hayatın maddî yönünün denetlenmesi konusu Fransız kamu hukuku doktrinde seçim kampanyalarının denetlenmesi ve genel olarak siyasî partilerin finansmanının denetlenmesi olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir.

Avrupa demokrasisinin bir parçası olma yönelimindeki Türkiye’de de siyasî partilerin finansmanı (devlet yardımı ve bağışlar) ve bunların denetimi hususu, anayasa hukukunun önemli tartışma konularının başında gelmektedir. Makalemizde bu tartışmalar dışında, Türkiye’deki siyasî partilerin finansmanı sorunu ele alınacaktır.

2. FRANSA’DA SİYASÎ PARTİLERİN FİNANSMANI

2.1. SEÇİM KAMPANYALARININ DENETLENMESİ

Fransa’da Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu (CNCCFP)⁴ seçim kampanyalarının denetiminden sorumlu başlıca organdır. Bağımsız idari otorite niteliğine sahip olan bu kurum seçim kampanyaları esnasında adaylar tarafından açılması zorunlu olan

ikili bir ayırıma tabi tutmuştur. Organik kanunlar devletin temel organlarını ve bunların işleyişlerini ilgilendiren konularda çıkarılırken olağan kanunlar bunun dışında kalan konular için yürürlüğe konmaktadır. Normlar hiyerarşisi açısından organik kanunların olağan kanunlardan daha üst durumda oldukları kabûl edilmektedir. Organik kanunlar yürürlüğe konmadan önce Anayasa Konseyi’nin denetiminden geçirilerek Anayasa’ya uygunluk açısından daha sağlıklı bir yasama faaliyeti yürütülmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan devletin temel organlarının işleyişi ile ilgili olarak Anayasa ve kanun arasında yeni bir yazılı hukuk kaynağı yaratılarak bu konular mümkün olduğunca Anayasa’nın dışına çıkarılmaktadır; böylece çerçeve Anayasa anlayışının geçerli kılınmasına çalışılmaktadır. Seçim kampanyalarının ve siyasî partilerin finansmanının denetimi alanında da 12 mart 1988 tarihinde biri organik biri de olağan kanun olmak üzere iki kanun yürürlüğe konmuştur, (L. org. n° 88-226 : Journal Officiel 12 Mars 1988) (L. n° 88-227 : Journal Officiel 12 Mars 1988).

³ Code électoral français.

⁴ Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques.

kampanya hesabını ve buna bağlı olarak elde edilen gelirleri ve yapılan harcamaları denetlemekle yükümlüdür.

2.1.1. Kampanya Hesabı

Fransız Seçim Kanunu'nun L. 52-12. maddesinin birinci fıkrası adaylar için seçim kampanyası ile ilgili gelir ve giderleri gösteren bir kampanya hesabı⁵ oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre seçim sonuçlarının kesinleşmesinden sonra o seçimde % 1'den daha fazla oy alan her aday kampanyası esnasında elde ettiği gelirleri, bu gelirlerin miktar ve niteliklerini gösterir bir belgeyi CNCCFP'ye sunmak zorundadır. Aynı şekilde bu belgede gelirlerin yanı sıra giderlerin de gösterilmesi zorunluluğu vardır. Uygulamada Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu'nun kampanya hesabını titizlikle incelediği bilinmektedir, aynı şekilde kampanya hesabında gösterilmesi gereken bilgiler Komisyon tarafından adaylara verilen matbu bir belgede ayrıntılı olarak gösterilmektedir⁶. Kampanya hesabı oluşturma ile ilgili bu yükümlülük senato seçimleri dışında kalan tüm genel ve yerel seçimlerde mevcuttur. Seçim Kanunu'nun L.52-12. maddesinin ikinci fıkrası kampanya hesabının Komisyona sunulması açısından bir süre öngörmektedir. Buna göre adaylar seçim sonuçlarının kesinleşmesinden sonra iki ay içerisinde ve her halde sonuçların kesinleşmesini takip eden dokuzuncu Cuma gününe kadar kampanya hesabını Komisyona sunmak zorundadırlar.

Kampanya hesabında gösterilmesi zorunlu unsurlardan ilki gelirlerdir. Genel olarak Komisyonun tavrına bakıldığında gelir kavramının geniş bir biçimde ele alındığı göze çarpmaktadır. Buna göre bağışlar ve siyasî partilerin adaylara yaptıkları katkıların yanı sıra adayların kendi kaynaklarının, para yardımları dışındaki aynî nitelikteki yardımların ve her türlü finansal desteğin gelir olarak nitelendirildiği görülmektedir. 1995 yılındaki belediye seçimlerinde Fransa genelinde adayların gelirlerinin hangi kalemlerden geldiği Komisyon tarafından ayrıntılı bir rapor halinde incelenmiştir⁷. Buna göre ortalama olarak

⁵ Compte de campagne.

⁶ Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 15.

⁷ 3e Rapp. d'activité de la Commission : éd. JO 1996, n° 4320, s. 41.

gelirlerin % 14' ü bağışlardan, % 11'i siyasî partilerin yardımlarından, % 68'i adayların kendi kişisel kaynaklarından, % 1'i ise aynı yardımlardan gelmektedir. Adayların kendi kişisel kaynaklarının içerisinde de banka kredilerinin önemli yer tuttuğu bilinmektedir. Bağışlar konusunda Fransız Seçim Kanunu bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamaları gerçek kişilere yönelik sınırlamalar ve tüzel kişilere ilişkin sınırlamalar olarak ikiye ayırmakta yarar vardır.

Gerçek kişiler açısından Fransız Seçim Kanunu'nun L.52-8. maddesinin ilk fıkrası miktar yönünden bir üst sınır getirmektedir. Buna göre bir aday bir gerçek kişiden 4600 euroyu aşacak miktarda bağış kabul edemez. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre 150 euroyu aşan her bağış çek, virman ya da banka kartı yoluyla yapılmak zorundadır.

Tüzel kişiler açısından ise Seçim Kanunu'nun L.52-8. maddesi ikinci fıkrasının bir yasak getirdiği görülmektedir. Bu hükme göre tüzel kişiler hiçbir şekilde bir adayın seçim kampanyasına bağış şeklinde maddî destek sağlayamazlar. Tüzel kişilerin para yardımı dışında kalan aynı ve diğer her türlü yardımı da yine bu maddeyle yasaklanmıştır. Burada tüzel kişiler için getirilen yasağın tek istinası siyasî partilerdir. Tüzel kişilerin ve özellikle de ticarî şirketlerin adaylara bağış şeklinde destek vermelerinin sakıncaları Fransız Anayasa Konseyi'nin 2008 yılında verdiği bir kararla⁸ da vurgulanmıştır.

Kampanya hesabı kapsamında adayların göstermekle yükümlü oldukları gelirlerin yanı sıra diğer bir husus da giderlerdir. Fransız kamu hukuku doktrininde seçim giderleri kavramının neyi ifade ettiği, bu giderlerin çeşitleri, sınırlandırılmaları ve seçim sonunda adaylara iadeleri konuları ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Genel itibar ile bir giderin gerçek anlamda "seçim gideri" olarak nitelendirilebilmesi için üç durumun incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹: Öncelikle yapılan harcamaların gerçekleştikleri dönem önem arz etmektedir. Buna göre Fransız Seçim Kanunu'nun L.52-12 ve L.52-14. maddeleri uyarınca seçimin yapılacağı aydan bir yıl öncesinden başlamak kaydıyla seçim

⁸ Cons. const., 26 juin 2008, déc. n° 2008-4509 à n° 2008-4514, AN Eure-et-Loir, 1re circ., M. Jean-Pierre Gorges et a. : Journal Officiel 8 Juillet 2008.

⁹ Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 40.

sonuçlarının kesinleştiği ana kadar geçen sürede yapılan harcamalar seçim gideri olarak kabûl edilmektedir. Bu sürelerden önce veya sonra yapılan harcamalar seçim gideri olarak addedilmemektedir. İkinci durumda harcamaları yapan kişilerin kimler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Adayın yanı sıra aday destekleyen ve onun adına kampanya yürüten gerçek kişiler ve siyasî parti ya da partilerin kampanya için yaptıkları harcamalar seçim gideri olarak kabûl edilmektedir. Üçüncü ve son olarak dikkat edilmesi gereken husus yapılan harcamaların amacıdır. Başka bir ifadeyle bir harcamanın gider olarak kabûl edilebilmesi için bunun adayın seçilme şansının yükseltilmesi için yapılmış olması gerekmektedir. Fransız Danıştay'ının vermiş olduğu kararlarda seçim kampanyası esnasında bir adayın makyajı, giyimi ve güvenliği için yapılan harcamaların seçim gideri olarak kabûl edilmesi gerektiği fikri benimsenmiştir¹⁰. Bunun dışında genel olarak tanıtım ve haberleşme için harcanan tutarlar, ulaşım masrafları, kampanya için satın alınan donanımlar vb. harcamalar da gider sınıfında değerlendirmeye alınmaktadır¹¹.

Seçim kampanyası için yapılan harcamaların adaylara geri ödenmesi de Fransız Seçim Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir konudur. Kanunun L.52-11-1. maddesi hükmüne göre yapılan harcamaların devlet tarafından götürü olarak geri ödenmesine ikili bir tavan belirlenmek suretiyle sınır getirilmiştir. Bu hükme göre aday tarafından yapılan seçim harcamalarının en fazla % 50'si seçim sonunda adaya geri ödenebilir. Diğer taraftan ikinci bir sınırlama da adayın seçim gelirlerine yaptığı kendi katkısı yönünden belirlenmiştir. Buna göre Seçim Kanununun L.52-11-1. maddesi geri ödemenin adayın kendi kaynakları ile oluşturduğu ve kampanya hesabında gösterdiği gelirden fazla olamayacağını da hükme bağlamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise adayın seçimde gösterdiği başarı yönünden geri ödeme konusunda bir şart ortaya koymaktadır. Buna göre seçimin ilk turunda % 5'ten az oy

¹⁰ CE, 6 juill. 2005, n° 272523, Samuel X, Élect. membres conseil régional Pays de la Loire. - CE, 30 nov. 2005, n° 273319, Marine X, Élect. membres conseil régional Île-de-France : JurisData n° 2005-068297, CE, 6 janv. 2006, n° 274025, M. Gollnisch : JurisData n° 2006-069448.

¹¹ Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 41,42.

alan adaylar geri ödemedi den yararlanamazlar. Geri ödemedi den yararlanabilmenin bir diğ er şartı da kampanya hesabının usûlüne uygun bir şekilde oluşturularak Komisyonun onayından geçmesidir.

2.1.2. Gelir ve Giderlerin Kontrolü

Fransa'da seçim harcamalarının denetiminden sorumlu organ Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu'dur. Fransız idare teşkilatı içinde bağımsız idari otorite olan bu Komisyon Seçim Kanunu'nun L.52-14. maddesine göre dokuz üyeden oluşmaktadır. Bu dokuz üyenin üçü Danıştay mensuplarından, üçü Yargıtay üyelerinden, diğ er üçü ise Sayıştay üyeleri arasından seçilmektedir. Komisyon kendi başkanını ve başkan yardımcısını seçer.

Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu'nun yetkileri Seçim Kanunu'nun L.52-15. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre Komisyon kampanya hesabını kabûl veya reddetme ya da yeniden düzenleme yetkisine sahiptir. Aynı şekilde Komisyon seçim sonrasında adaya devlet tarafından geri ödenecek olan paranın miktarını da belirler.

Seçim Kanunu'nun L.52-15. maddesinin ikinci fıkrası kampanya hesabının Komisyon tarafından onaylanması bakımından bir süre öngörmektedir. Bu hükme göre seçimlerin yasalara uygunluğu açısından yargı yoluna başvurulmuş olması hali dışında Komisyon kampanya hesabının denetimini hesabın kendisine sunulması tarihinden itibaren altı ay içinde neticelendirmek zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde Komisyon kampanya hesabını onaylamış sayılır. Komisyonun almış olduğu kararlara karşı idari yargı yolu açıktır. Fransız Seçim Kanunu'na göre Komisyon herhangi bir usûlsüzlük nedeniyle kampanya hesabını onaylamayı reddederse idari yargıya kendi başvurmak zorundadır. Bu durumda idari yargı hâkimi kampanya hesabını inceleyerek duruma göre adaya seçilme yasağı getirilip getirilmeyeceğine ya da seçimin tüm den iptal edilip edilmeyeceğine karar verir. Komisyonun ceza hukuku anlamında suç teşkil edecek usûlsüzlükler tespit etmesi halinde savcılığa başvurma yetkisi de Seçim Kanunu'nun L.52-15. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörölmüştür. Aynı maddenin altıncı fıkrası adayın seçim harcamaları için belirlenen en yüksek harcama sınırını aşması halinde aşıl an miktara eşit bir paranın aday tarafından hazineye yatırılması zorunluluğunu getirmiştir.

Fransız seçim hukukunda adayların kanunların emredici nitelikteki hükümlerine aykırı hareket etmeleri halinde bazı yaptırımlarla karşılaşmaları öngörülmüştür. Bu yaptırımlar seçilme yasağı ve cezai yaptırımlar olmak üzere iki başlık altında değerlendirilebilirler. Seçim Kanununun L.118-3. maddesine göre kampanya hesabının Komisyon tarafından kanunda gösterilen üst harcama sınırının aşılması nedeniyle reddedilmesi halinde adaylara bir yıl süreyle seçilme yasağı getirilebilir. Bu cezayı verip vermeme konusu hâkimin takdirine bırakılmış bir konu olmakla birlikte uygulamada adayın iyiniyetli olup olmadığı hususu dikkate alınarak karar verildiği gözlemlenmektedir¹². Cezaî yaptırımlar açısından durum değerlendirildiğinde Fransız Seçim Kanunu'nun L.113-1. maddesi usûlsüz bir biçimde gelir elde eden, seçim bölgesi için belirlenen üst harcama sınırını aşan, kampanya hesabının oluşturulmasında dikkat edilmesi gereken hususlara aykırı hareket eden adaylara karşı 3750 euro para ve bir yıl hapis cezası öngörmektedir.

2.2. SİYASÎ PARTİLERİN FİNANSMANI

Fransa'da halen yürürlükte bulunan 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa'nın dördüncü maddesi siyasî partileri ilgilendirmektedir. Bu hükme göre siyasî partiler seçimlerde halk iradesinin ortaya çıkmasına hizmet ederler. Siyasî partiler serbestçe kurulurlar ve faaliyetlerini yürütürler, bunları yaparken millî egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun hareket etmek zorundadırlar. 12 Mart 1988 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 88-227 sayılı Siyasî Hayatın Finansal Saydamlığı ile İlgili Kanun ise Anayasa'da belirlenen ilkeler ışığında siyasî partilerin finansmanı ile ilgili hükümler içermektedir. Bu kanunun yedinci maddesi Anayasa'nın dördüncü maddesinde belirtilen siyasî partiler ile ilgili ilkeleri tekrarladıktan sonra siyasî partilerin ivazlı ya da ivazsız olarak menkul ve gayrîmenkûl edinebileceklerini ve bu amaçla her türlü âkdi yapabileceklerini hükme bağlamaktadır. Genel olarak siyasî partilerin finansmanı kamusal finansman ve özel finansman olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmektedir.

¹² JurisClasseur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no:126

2.2.1. Siyasî Partilerin Kamusal Finansmanı

Fransa'da siyasî partilerin kamusal finansmanı konusundaki genel hukuki düzenleme 88-227 sayılı kanunun 8-10. maddelerinde bulunmaktadır. Buna göre siyasî partiler kanunda belirtilen şartlar dâhilinde devlet tarafından doğrudan verilen maddî yardımdan yararlanırlar. Milletvekili genel seçimleri bakımından siyasî partilerin yararlanabilecekleri yardımlar ikili bir ayırımı tâbi tutulmaktadır. Bu ayırımı göre bazı siyasî partiler milletvekili genel seçimlerinde aldıkları oy oranına göre yardımdan yararlanırken parlâmentoda temsil edilen siyasî partilerin ise ayrıca yardım almaya hak kazandıkları görülmektedir.

Kanunun dokuzuncu maddesine göre milletvekili genel seçimlerinde adayları en az elli seçim bölgesinde % 1 ve daha fazla oy alan siyasî partiler devlet yardımından yararlanabilirler. Bunun yanı sıra Fransa'nın yalnızca denizaşırı topraklarından en az bir veya daha fazlasında aday gösteren ve adayları % 1'den fazla oy alan siyasî partiler de kamu finansmanından yararlanmaya hak kazanırlar. Bu kamu yardımı partilerin almış oldukları oy oranları nispetinde partiler arasında bölüştürülür.

Görüldüğü üzere parlâmentoya, yani millet meclisine ve senatoya giren parlâmenter sayısı göz önünde bulundurularak siyasî partilere yönelik kamu yardımı yapıldığı görülmektedir. Kanunun dokuzuncu maddesine göre siyasî partileri meclislerde temsil eden milletvekili ve senatör sayıları hesaplanarak devlet yardımı verilmektedir.

2.2.2. Siyasî Partilerin Özel Finansmanı

Fransa'da siyasî partilerin kamu dışında elde ettikleri yardımlar bakımından 1988 yılından beri yürürlükte bulunan 88-227 sayılı kanunun 11 ilâ 11-8. maddeleri arasında düzenleme yapıldığı görülmektedir. Kanunun 11. maddesine göre siyasî partiler ancak bir vekil aracılığıyla özel yardım toplayabilirler. Bu vekil bir gerçek kişi olabileceği gibi finansman amacıyla kurulmuş bir dernek de olabilir.

Siyasî partilere sağlanan özel yardımlar arasında kuşkusuz bağışlar önemli yer tutmaktadır. Fransa'da kanunun siyasî partilere gerçek kişiler tarafından yapılacak yardımlar bakımından bir tavan belirlediği görülmektedir. 88-227 sayılı kanunun 11-4. maddesi bir siyasî partinin yılda bir gerçek kişiden 7500 eurodan fazla bağış alamayacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre 150 euroyu

aşan her bağış; çek, virman ya da banka kartı aracılığıyla yapılmak zorundadır. Siyasî partilere yapılan bağışlara parti üyelerinin ödedikleri aidatların dâhil olup olmadığı konusu Fransa'da tartışma konusu olmuştur. Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu üyelerin ödedikleri aidatların bağış olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü benimsemektedir¹³.

Siyasî partilere yapılan bağışlar bakımından diğer önemli bir nokta ise tüzel kişiler tarafından yapılan bağışların kabûl edilip edilemeyeceğidir. Kanununun 11-4. maddesinin ikinci fıkrasına göre siyasî partiler dışında kalan tüzel kişilerin siyasî partilere bağış da dâhil her türlü maddî yardımda bulunması yasaktır. Siyasî partiler sözü edilen tüzel kişilerden hiçbir şekilde mal ve hizmet yardımı alamazlar ya da mal ve hizmetleri normal tutarlarından daha avantajlı bir fiyata elde edemezler.

Siyasî partilerin bağış ya da benzeri yardımları kabûl etmeleri bakımından bir başka yasak ise Kanununun 11-4. maddesinin beşinci fıkrası hükmünde yer almaktadır. Buna göre Fransa'da siyasî partiler adına vekiller ya da finansman dernekleri yabancı devletlerden ve yabancı devlet tüzel kişilerinden bağış ya da benzeri yardımları kabûl edemezler.

88-227 sayılı Kanununun 11-7. maddesine göre siyasî partiler mâli durumlarını gösterir muhasebe kayıtlarını tutmak zorundadırlar. Bu kayıtlarda partilerin malî durumlarını gösteren hususların yanı sıra parti tarafından hisselerinin % 50'sinden fazlası elde bulunduran veya yönetiminde söz sahibi olunan ticari şirketler ile ilgili bilgilerin de yer alması gerekmektedir.

Fransız hukukunda siyasî partilerin finansmanı ile ilgili çok detaylı hukuki düzenlemelerin ve yükümlülüklerin yanında bunlara uyulmaması halinde de çeşitli yaptırımların mevcut olduğunu söylemek gerekir. Bu yaptırımları idari ve cezai yaptırımlar olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür. İdari yaptırımlardan ilki kanununun 88-227 sayılı Kanununun 11-6. maddesinde belirtilmektedir. Bu hükme göre kanununun 11-1 ilâ 11-4. maddelerinde belirtilen hususlara aykırı hareket eden finansman derneklerinin gelir toplama izinleri Seçim Hesapları ve Siyasî Finansmanlar Millî Komisyonu tarafından iptal edilir. Ayrıca Kanununun

¹³ Juris Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no:155.

11-6 ve 11-7 maddeleri hükümlerine göre siyasî partiler kamu yardımından mahrum bırakılabilirler. Cezai yaptırımlar açısından ise Kanununun 11-5. maddesine göre, kanuna aykırı bir şekilde bağış toplayan ve bağışta bulunanlara 45 euro ilâ 2500 euro arasında para cezası ve bir yıl hapis cezası verilir.

3. TÜRKİYE'DE SİYASÎ PARTİLERİN FİNANSMANI

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 61. Maddesi, siyasî partilerin elde edebileceği gelirleri şu şekilde sıralamıştır:

1. Parti üyelerinden alınacak giriş aidatı ile üyelik aidatı,
 2. Partili milletvekillerinden alınacak milletvekilliği aidatı,
 3. Milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği ve il genel meclis üyeliği aday adaylarından alınacak
 4. Özel aidat,
 5. Parti bayrağı, flaması, rozeti ve benzeri rumuzların satışından sağlanacak gelirler,
 6. Parti yayınlarının satış bedelleri,
 7. Üye kimlik kartlarının ve parti defter, makbuz ve kağıtlarının sağlanması karşılığında alınacak paralar,
 8. Partice tertiplenen balo, eğlence ve konser faaliyetlerinden sağlanacak gelirler,
 9. Parti mal varlığından elde edilecek gelirler,
 10. Bağışlar,
- Devletçe yapılan yardımlar.

3.1. Kamusal Finansman: Devlet Yardımı

Kamusal destekler doğrudan ve dolaylı kamusal destekler olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki siyasî partilere devlet tarafından yapılan malî yardımları ikincisi ise siyasî partilerin TRT başta olmak üzere kamu kitle iletişim araçlarından yararlanmaları ve çeşitli vergi muafiyetine tâbi olmaları anlaşılmaktadır¹⁴.

¹⁴ Uzun, C. D. (2010). *Anayasa Hukuku Açısından Siyasî Partilerin Finansmanı*. Ankara: Adalet Yayınevi ,s. 192.

Türk siyasî parti rejimindeki doğrudan devlet yardımları düzenli bir biçimde her yıl verilen devlet yardımları yanında seçim kampanyalarının finansmanını da kapsamaktadır. Düzenli verilen yardımlar, yerel seçimlerin yapıldığı yıl iki katı, milletvekili genel seçimlerinin yapıldığı yıllarda ise üç katı olarak ödenmektedir¹⁵.

1982 Anayasasının ilk hâli, siyasî partilere doğrudan devlet yardımını öngören bir hüküm içermemekteydi. Doğrudan devlet yardımı kanun düzeyinde ilk olarak 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanuna 1984 yılında yapılan değişiklikle sisteme girmiş, 23. 7. 1995 tarih ve 4121 sayılı kanun ile gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile anayasal düzeyde kabûl edilmiştir. Buna göre 1982 Anayasası'na göre “Siyasî partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça malî yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tâbi olduğu esaslar kanunla düzenlenir” (Md.68).

Anayasa Mahkemesi Anayasa'da yer alan “yeterli düzeyde” ifadesini; siyasî partilerin bir taraftan parasal güce sahip kişi ve kuruluşların etkisinden korunması ile diğer taraftan ekonomik açıdan tamamen devlete bağlı olmak suretiyle toplumdan bağlarını koparmasını engelleyecek bir dengenin korunması şeklinde anlamaktadır¹⁶.

Hakça ifadesi ise yani hangi partilerin hangi oranlarda devlet yardımından faydalanacağı hususunu içermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “Hakça ifadesi, belirli örgütlenme yaygınlığına ulaşmış ve belirli toplumsal onaya mazhar olmuş partilerin seçimlerde elde ettiği başarı düzeylerine göre devlet yardımından yararlanacağı şeklinde anlaşılmalıdır.”¹⁷

Anayasa Mahkemesi, siyasî partilere yapılacak yardımların gerek yeterli düzeyde gerek hakça olup olmadığı hususundaki nihai karar ve takdirin yasama organına ait olduğunu ifade etmiştir.

Siyasî partilere yapılacak olan devlet yardımının uygulanmasına ilişkin hususlar 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun Ek 1'inci maddesinde düzenlenmektedir. Burada devlet yardımı alma hakkına

¹⁵ Uzun, C. D, (2010), s. 178.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2007/59,K. 2007/75, T.30.7.2007, R.G:26.1.2008-26768.

¹⁷ Uzun, C. D, (2010), s. 175.

sahip olan siyasî partiler iki grupta düzenlenmiştir; Birinci grupta ülke çapında son genel seçimlerde aldığı oy oranı en az %10 olan partiler yer almaktadır. Bu çerçevede Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve %10 barajını aşmış bulunan siyasî partilere her yıl Hazine'den ödenmek üzere o yılki genel bütçe gelirleri "(B) Cetveli" toplamının beş binde ikisi oranında ödenek malî yıl için konur. Bu ödenek, Devlet yardımı yapılacak siyasî partilerin genel seçim sonrasında Yüksek Seçim Kurulunca ilân edilen toplam geçerli oy sayıları ile orantılı olarak bölüştürülmek suretiyle her yıl ödenir.

İkinci grupta ise milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların % 7'sinden fazlasını alan siyasî partiler bulunmaktadır. Bu yardım yukarıdaki ilk gruptaki en az Devlet yardımı alan siyasî partinin aldığı yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır.

Hiç şüphesiz, gerek %10'luk gerekse %7'lik sınırlar oldukça yüksektir. Bu doğrultuda yapılması gereken, % 10'luk barajın -örneğin % 1 gibi- makul bir orana indirilmesidir. "Böylece, küçük partilerin de aldıkları oy oranına göre devlet yardımına hak kazanması sağlanmış olacaktır."¹⁸

3.2. Özel Finansman

Siyasî partiler, ticarî faaliyetlere girişemezler.

Siyasî Partiler Kanunu, siyasî partilere bağışta bulunması yasaklanan kurum ve kuruluşları şu şekilde sıralamaktadır:

1. Genel ve katma bütçeli dairelerle mahallî idareler ve muhtarlıklar,
2. Kamu iktisadî teşebbüsleri, özel kanunla veya özel kanunla verilen yetkiye dayanılarak kurulmuş bankalar ve diğer kuruluşlar,
3. Kamu iktisadî teşebbüsü sayılmamakla beraber ödenmiş sermayesinin bir kısmı Devlete veya
4. Yukarıda adı geçen kurum, idare, teşebbüs, banka veya kuruluşlara ait müesseseler.

¹⁸ Aydın, M. : "Türkiye'de Siyasî Partilere Devlet Yardımı". *AÜHFD*, Y. 2005, S.54 (4), s. 235-265

Yukarıda adı geçen kurum ve kuruluşlar, siyasî partilere hiçbir suretle taşınır veya taşınmaz mal veya nakit veya haklar bağışlayamaz ve bu gibi mal veya hakların kullanılmasını bedelsiz olarak bırakamazlar; bağlı oldukları kanun hükümleri dışında siyasî partilere aynı hakların devrine dair tasarruflarda bulunamazlar.

Yukarıdaki yasaklara aykırı bir biçimde bağış yapan ve bağış kabûl eden kişilerin altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür (SPK md. 116).

Siyasî partilere bağışta bulunması sürekli bir biçimde yasaklananların yanında sadece seçim kampanyaları ile sınırlı olmak üzere, bir takım kişilerin de siyasî partilere bağışta bulunması yasaklanmıştır. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanunun 63.maddesinde, kamu kurumlarında ve kamuya yararlı derneklerde çalışan memurlar ile hizmetlilerin siyasî partilere ve adaylara bağış ve yardımda bulunması yasaklanmaktadır.¹⁹

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatiflerin özel kanunlarında yer alan hükümlere uymak koşuluyla siyasî partilere maddî yardım ve bağışta bulunabilirler. (SPK. Md.66)

Yukarıda bahsi geçen kuruluşlardan özel yasında siyasî partilere yardım yapabileceği açıkça belirtilen sadece dernekler bulunmaktadır. 4.11.2004 tarih ve 5253 sayılı dernekler kanununun 10. Maddesi şu düzenlemeyi içermekteydi:“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasî partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve meslekî kuruluşlardan maddî yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler.”

Öte yandan aynı kanununun 21. Maddesi derneklerin yurt dışındaki kişi ve kurumlardan maddî yardım almasına izin veriyordu.

Bu iki düzenleme birlikte ele alındığında siyasî partilerin dernekler üzerinden yabancı kişi ve kuruluşlardan bağış almalarının önü açılmıştır. Bunun karşısında Cumhurbaşkanı ve 116 milletvekili, adı geçen kanunun 10. Maddesine karşı, aralarında 69. Maddenin de bulunduğu Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle,

¹⁹ Uzun, C. D, (2010), s. 126.

iptal davası açmışlardır. Anayasa Mahkemesi siyasî partilere dolaylı bir biçimde yabancı bağışa olanak sağlayacağı gerekçesiyle söz konusu kanun maddesini iptal etmiştir. Bu karardan sonra derneklerin siyasî partilere bağış yapabilmesi artık mümkün değildir (E.2004/44K.T:5.4.2007,R.G:22.11.2007/26708,S.57-70)²⁰.

5737 sayılı Vakıflar Kanununda siyasî partilere yardımla ilgili herhangi bir olumlu veya olumsuz düzenleme yer almamakta, 13. Maddede vakıfların malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecekleri düzenlenmektedir. Ancak, vakıfların amaçları dışında faaliyette bulunmaları yasaktır. Bu da siyasî partilere yapılacak bağışların ilgili vakfın amacı ile sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır.

Aynı doğrultuda 2821 sayılı Sendikalar Kanununda, sendikaların siyasî partilere bağış yapmasını yasaklayan veya açıkça izin veren bir hüküm bulunmamakta sadece sendikaların faaliyetlerinin amaçları ile sınırlı olduğu düzenlenmektedir. 1995 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile sendikaların siyasî partilere bağış yapmalarının önündeki engel kaldırılmıştır. 1997 yılında sendikalar kanununda yapılan bir değişiklik ile de sendikalar kanunu ile adı geçen anayasa değişikliği arasında uyum sağlanmıştır. Sendikaların sosyalist ve sosyal demokrat partiler açısından önemli bir bağış kaynağı olduğu düşünüldüğünde, sendikalar siyasî partilere yardım yapma serbestilerinin tanınması oldukça yerinde bir yenilik olmuştur.

Öte yandan, konu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından düşünüldüğünde aynı sonuca varmak oldukça zor görünmektedir. Adı geçen kuruluşların kanunlarında da 1995 Anayasa değişikliklerine paralel bir biçimde siyasî partilere bağış yapmalarını engelleyen hükümler kaldırılmıştır. Böylece bu tür kurumlar siyasî partilere bağış yapabileceklerdir. Bu durum, bu kurumlara belli bir mesleği icra etmek isteyenlerin üye olmalarının zorunlu olduğu düşünüldüğünde, bir kişiyi kendi ödediği aidatlarla belki de desteklemediği bir siyasî partiye bağışta bulunmaya zorunlu kılabilir. Bu nedenle, vakıf ve sendikaların siyasî partilere bağışta bulunabilmesi siyasî çoğulcululuk açısından olumlu bir gelişme iken,

²⁰ Uzun, C. D, (2010), s. 123'ten naklen.

aynı şeyi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından söylemek mümkün değildir²¹.

Anayasa'ya göre; Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddî yardım alan siyasî partiler temelli olarak kapatılır (Anayasa Md.69).

Anayasanın bu hükmünün amacı “ülke siyasetinin yabancı etkilerden korunması” şeklinde ifade edilmektedir. Zaten, siyasî pratikte siyasî partilerin, yabancı kişi ve kuruluşlardan bağış kabûl etmesi tepki oluşturabileceğinden siyasî partiler, bu tür bağışlardan kaçınılmaktadırlar. Türkiye'de bu yasağa karşı geldiği için kapatılmış olan bir siyasî parti yoktur.²²

Siyasî partilere bağış yapacak olan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin bir siyasî partiye aynı yıl içinde yaptığı ayni veya nakdi bağışların ya da kullandığı yayınların değer toplamının iki milyar lirayı geçmesi yasaklanmıştır. (md. 66/2) Türkiye'de gözlenen yüksek enflasyon dönemleri karşısında aynı kanuna eklenen Ek. 6. Maddede adı geçen iki milyar liralık değer her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda, örneğin 2010 yılında bir kişinin bir yıl içerisinde bir siyasî partiye yapabileceği bağış miktarının üst sınırı 24.953 TL olarak belirlenmiştir²³.

Siyasî partiler bağışları makbuz karşılığı kabûl edebilirler. Bağış sahibinin veya yetkili temsilcisinin kimliği bu makbuzda yazılı olmalıdır. Siyasî partilerin adına açılmış banka hesaplarına yapılan bağışlar için ayrıca gelir makbuzu düzenlenmesine gerek yoktur.(SPK. madde 66/2)

Siyasî partiler kredi veya borç alamazlar. Ancak, ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bağış yapması yasak olanlar dışındaki gerçek ve tüzelkişilerden kredili veya ipotek karşılığı mal satın alabilirler (SPK. madde 67).

²¹ Uzun, C. D, (2010), s. 125.

²² Uzun, C. D, (2010), s. 121.

²³ Uzun, C. D, (2010), s. 128.

4. SİYASÎ PARTİLERİN MALÎ DENETİMİ

Siyasî partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasî partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştay'dan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir.(Md. 69/3) Siyasî partilerin mali denetiminin yaptırımı, kanuna uygun olmayan gelir ve giderlerin hazineye gelir olarak kaydedilmesine karar verilmesidir²⁴. Türk siyasî parti hukuki rejiminde bağış yapanların kimlikleri açıklanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği siyasî parti malî denetim sonuçlarını yayımlamakla birlikte bağış yapanların kimliklerini açıklamamaktadır. Bu gizlilikle güdülen amacın düşünce özgürlüğü ve muhalefeti korumak şeklinde ifade edilmektedir²⁵.

Türkiye'de siyasî partilerin mali denetimi gelir ve giderlerinin denetlenmesinden ibarettir. Bundan başka seçimler sırasında adayların harcamaları ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Çelik'in²⁶ gözlemine göre, "Türkiye'de seçim harcamalarının düzenlenmesine ilişkin talepler, zaman zaman gündeme gelmesine rağmen, bu konuda henüz bir somut adım atılmamıştır." Bu şekliyle mevcut siyasî parti rejiminde, siyasî yolsuzlukların engellenmesi açısından büyük bir eksiklik bulunmaktadır.

5. SONUÇ

Fransız hukukunda gerek seçim kampanyalarının gerek siyasî partilerin finansmanının denetimi konusunun ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği ve mevzuatın sürekli değişiklikler yapılmak suretiyle yeni oluşan durumlara adapte edildiği görülmektedir. Bunun yanında Anayasa yargısı ve İdari yargı ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözerken bu konuyla ilgili temel hukukî prensipleri belirleyerek bu alandaki denetimlerin amaç

²⁴ GÖZLER, K. (2011). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12 bası. Bursa, 2011, s. 163.

²⁵ Uzun, C. D, (2010), s. 129.

²⁶ Çelik, Ö. (2012). *Siyasî Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi*, Ankara, 2012, s. 172.

ve kapsamı konusunda yol göstermektedir. Bununla birlikte Fransa'da yapılan tüm bu çalışmalara rağmen seçim kampanyaları ve siyasî partilerin finansmanını ilgilendiren konularda yapılan usûlsüzlüklerin önüne tam olarak geçmek mümkün olmamıştır.

Fransız siyasî yaşamını ilgilendiren güncel olaylara bakıldığında özellikle seçim kampanyalarının finansmanını ilgilendiren konularda büyük skandalların patlak verdiği görülmektedir.

1995 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerini ilgilendiren bir soruşturma halen Fransız adli makamları tarafından yürütülmektedir. Uluslararası çapta bir skandala dönüşen ve Fransa Cumhurbaşkanı Nicolas Sarkozy'yi de ilgilendiren bu olayda Fransa'nın Pakistan'a 1990'lı yıllarda sattığı denizaltılar için açılan ihalede Fransız yetkililerin bazı Pakistanlı yetkililere komisyon ödedikleri ve bu ödenen komisyonun bir bölümünün Fransızlara geri ödenerek o dönemde Jacques Chirac'a karşı Cumhurbaşkanlığı seçiminde aday olan başbakan Edouard Balladur'un seçim kampanyasının hukuka aykırı bir şekilde finanse edildiği iddia edilmektedir. 2002 yılında Pakistan'ın Karaçi kentinde Fransız denizaltı mühendis ve teknisyenlerine karşı düzenlenen ve 14 kişinin ölümüyle sonuçlanan bombalı saldırının önceden iddia edildiği gibi El Kaide terör örgütü tarafından değil de komisyonlarını tam olarak alamayan Pakistanlı araçlar tarafından organize edilmiş olabileceği ihtimali üzerinde durulmaktadır. 1995 seçimlerinde kampanya esnasında bütçe bakanı olan Nicolas Sarkozy'nin Edouard Balladur'un kampanyasında basın sözcüsü olarak yer alması da kendisi hakkındaki şüpheleri arttırmaktadır²⁷. Bu nedenle seçim kampanyalarının ve siyasî partilerin finansmanı konusu yalnızca hukukî düzenlemeler ile çözülebilecek bir konu olmaktan çok uygulamada da sıkı denetim gerektiren bir meseledir.

Türkiye açısından düşünüldüğünde, siyasî partilere yapılacak olan devlet yardımlarının ve özel kişilerden alınacak bağışların, Fransa örneğinde olduğu gibi tek bir hesaptan gerçekleştirilmesi oldukça yerinde bir yenilik olacaktır. Bu şekilde siyasî partilerin malî denetimi oldukça kolaylaşacaktır. Bundan başka devlet yardımlarının dağıtılmasında

²⁷ http://www.lemonde.fr/politique/infographie/2010/11/29/comprendre-l-affaire-karachi-en-trois-minutes_1446518_823448.html.

Fransa'daki % 1'lik alt sınır düşünüldüğünde 2820 sayılı siyasî partiler kanunun ön gördüğü % 7'lik oran bir hayli fazla görünmektedir. AKP ve CHP gibi büyük partiler başta olmak üzere Mevcut siyasî partilerin sistem içinde haksız bir biçimde baskın olmaları sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKLAR

3e Rapp. d'activité de la Commission : éd. JO 1996, n° 4320, s. 41.

Aydın, Mesut (2005): "Türkiye'de Siyasî Partilere Devlet Yardımı", AÜHFD , S.54 (4), s.235-265.

CE, 6 juill. 2005, n° 272523, Samuel X, Élect. membres conseil régional Pays de la Loire. - CE, 30 nov. 2005, n° 273319, Marine X, Élect. membres conseil régional Île-de-France : JurisData n° 2005-068297, CE, 6 janv. 2006, n° 274025, M. Gollnisch : JurisData n° 2006-069448.

Code électoral français.

Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques.

Compte de campagne.

Cons. const., 26 juin 2008, déc. n° 2008-4509 à n° 2008-4514, AN Eure-et-Loir, 1re circ., M. Jean-Pierre Gorges et a. : Journal Officiel 8 Juillet 2008.

Çelik, Özlem (2012) : *Siyasî Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi* . Ankara, Seçkin.

Gözler, Kemal (2011): *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*,12 baskı, Bursa, Ekin

http://www.lemonde.fr/politique/infographie/2010/11/29/comprendre-l-affaire-karachi-en-trois-minutes_1446518_823448.html. (erişim. 10.02.2012)

Juris Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no:155.

Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 15.

Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 40.

Juris-Classeur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no: 41,42.

JurisClasseur Administratif, Fascicule 80, Droit des Financements politiques, no:126

L. org. n° 88-226 : Journal Officiel 12 Mars 1988) (L. n° 88-227 : Journal Officiel 12 Mars 1988

Pujas, V., & Rhodes, M. (1999). Party Finance and Political Scandal in Italy, Spain and France. *West European Politics* , 22 (3), 41-63.

Uzun, C. D.(2010): *Anayasa Hukuku Açısından Siyasî Partilerin Finansmanı*. Ankara, Adalet Yayınevi.

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

age : Adı geçen eser

AKP : Adalet ve Kalkınma Partisi

AÜHFD :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. :Bası

CHP :Cumhuriyet Halk Partisi

CNCCFP :Commission Nationale Des Comptes De Campagne Et Des Financements Politiques

E. : Esas

JO :Journal Officiel

K. :Karar

Md. : Madde

R.G. :ReGazete

s : Sayfa

SPK :Siyasî Partiler Kanunu

T :Tarih

Y :Yıl

KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE ÇOK MERKEZLİ EGEMENLİK KULLANIMI

Doç. Dr. Reyhan Sunay*

ÖZET

Egemenlik, pratik alanda, hukuki ve fiili olmak üzere iki şekilde somutlaşmaktadır. Küreselleşme bağlamında karşılıklı bağımlılık ilişkilerinin ve sınır ötesi gelişmelerin yoğunlaşması, egemenliğin her iki boyutunu da etkilemektedir. Böyle bir gelişme egemenliğin yeniden yorumlanmasına ve beraberinde yeni tanımlama alanlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bunlardan biri 'çok merkezli egemenlik' şeklindedir. Birbiriyle rekabet eden otorite birimlerinin varlığı ile biçimlenen çok merkezli egemenlik, ulusal yetki alanındaki daralma ile kendisini gösteren bir modeldir.

ANAHTAR KELİMELEER: Küreselleşme, egemenlik, çok merkezli egemenlik, yönetim, yetki paylaşımı.

THE USE OF MULTI-CENTRALISED SOVEREIGNTY IN PROCESS OF GLOBALIZATION

SUMMARY

Sovereignty, in practical area, become concrete in two forms as legal and de facto. Under globalization context, increase of cross-border developments and mutual interdependence relationships effect both forms of sovereignty. Such a progress leads to new interpretation of sovereignty

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

which accompanies with new discipline identifications. One of these identifications is 'multi-centralised sovereignty'. Multi-centralised sovereignty formed with the existence of competing authority units, is a model showing itself with the limitation of the national authority domain.

KEY WORDS: *Globalization, sovereignty, multi-centralised sovereignty, governance, authority allocation*

GİRİŞ

Küreselleşme; hem Soğuk Savaş sonrası gelişmelerin analizinde, hem de ulusal devletlerin 21. yüzyıldaki rolleri ve işlevleri üzerine yapılan yoğun tartışmalar çerçevesinde, kendisine doğrudan atıf yapılan ve bu itibarla merkezi konumda yer alan bir kavram durumundadır. Toplumlar arasındaki bağlantılar ve etkileşimler; devletlerin yetki alanlarında, kontrol kapasitelerinde ve davranış tarzlarında önemli değişimlere yol açmaktadırlar. Bu kapsamda küreselleşme de egemenliğin yeniden yorumlandığı ve şekillendiği bir süreç olarak belirmektedir.

Devletin yönetme yetkisine kaynaklık eden bir kavram olarak egemenlik, belirli bir coğrafi alan içindeki, nihai ve mutlak (kesin, koşulsuz) karar verme/hükmetme gücüdür¹. Modern devletle birlikte, belirli tarihi koşullarda ve bu koşulların bir ürünü olarak doğmuştur. Her ne kadar, 'tam ve bütünleşmiş otorite' anlamında Roma İmparatorluğu'nun da önemli bir işaretini teşkil etmesine rağmen, egemenliğin; siyaset teorisinin bir kavramı olarak gelişmesi, 'ulusal devlet' olarak da nitelendirilen modern devletin ortaya çıktığı 16. yüzyılın ikinci yarısıdır².

¹ HINSLEY, Francis H., Sovereignty, Basic Books, New York 1966, s. 26.

² POGGI, Gianfranco, Modern Devletin Gelişimi, Çev. Şule Kut- Binnaz Toprak, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 79 vd.; KOÇAK, Mustafa, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar- Yeni Anlamlar), Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 44, 57; HELD, David, Democracy and Global Order, Polity Press, Cambridge 1995, s. 38.

Egemenliğin, modern devletle birlikte, belirli tarihi koşullarda ve bu koşulların bir ürünü olarak belirmesi; onun ‘pratik belirlenme’ sürecine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla salt teorik ve kuramsal içerikli bir kavram olmayıp, toplumsal ve siyasal dönüşümün belli bir aşamasında beliren bir arayışa yanıt olarak ortaya çıkmıştır. Bu arayışın odağında, ‘siyasi birliğin ve karar tekelinin’ devlette toplanması ihtiyacı yer almakta ve böyle bir arayışın gerisinde de farklı meşruluk kaynaklarına sahip otoriteler arasındaki üstünlük mücadelesi bulunmaktadır. Üstünlük mücadelesinin özünü ‘belli bir siyasi toplulukta, tek olma ya da belirli bir sınırın kontrolünü kimseye bırakmama veya sözünü geçirme yönündeki özel bir siyasal iddia’ oluşturmaktadır³.

‘Nihai karar verme gücü’ olarak beliren egemenlik, pratik alanda farklı şekillerde somutlaşmaktadır. İlk olarak, yasal/ hukuki bir fenomen olarak belirmektedir. Bu çerçevede; belli bir coğrafi alanda, hukuksal açıdan nihai kararları verme ya da daha üst bir otoriteye bağlı olunmaksızın, kural koyma ve uygulama boyutuna karşılık gelmektedir. Söz konusu boyutu, hukuk aracılığıyla konuşulan ve üstün buyurma gücünün ortaya konulduğu alan olarak da tanımlamak mümkündür⁴. Bu alan, özü itibariyle hukuki otorite iddiası olarak belirmekte ve böyle bir iddia bağlamında devlet; yasama, yürütme ve yargı şeklinde birtakım hukuki işlevleri yerine getirmektedir.

Bunun yanında egemenliğin; temel politikaları ve hedefleri belirleme ve uygulama kapasitesine karşılık gelen fiili ya da siyasal boyutu da bulunmaktadır. Bu boyut, yönetme olgusunun siyasal realiteye ilişkin yönünü oluşturmakta olup, kendi politikalarının yegâne hakimi olunması çerçevesinde de kapasite, yetenek, etkililik ve gerçek güç gibi

³ AKKUŞ, Selahattin, Modern Egemenliğin Doğuşu, Pratik ve Kavramsal Belirlenme, İÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1995, s. 9; JACKSON, Robert, Sovereignty: Evolution of an Idea, Polity Press, Cambridge UK 2007, s.1-2.

⁴ SARMAH, Durga Kanta, Political Science, Volume 1, New Age International Publishers, New Delhi 1997/2004, s. 67-68; RASHID, Barrister Harun, ‘Legal Meaning of Sovereignty’, [http:// thedaily star. Net/law/2004/04/01, 15.07.2011](http://thedailystar.Net/law/2004/04/01, 15.07.2011).

hususlara işaret etmektedir⁵. Egemenliğin, yalnızca hukuki boyutu ve buna bağlı olarak kurumsal yapı çerçevesinde kalınarak değerlendirilmesi, şüphesiz gerçek niteliğinin anlaşılması bakımından yeterli bulunmamaktadır. Resmi ya da kurumsal görünümün işleyişi pratik hayatta oldukça karmaşık bir özellik göstermektedir.

Küreselleşme bağlamında karşılıklı bağımlılık ilişkilerinin ve sınır ötesi gelişmelerin yoğunlaşması, egemenliğin her iki boyutunu ilgilendiren sonuçlara yol açmaktadır. Nitekim sözü elden gelişmeler, yetki alanının daralması ve bu alanın değişik aktörlerle paylaşılması bağlamında hukuki/yasal boyutu etkilediği kadar, kapasite ve etkililik kaybı, bağımsız olarak politika belirlenmesi, temel politikalar ve hedefler bakımından seçme özgürlüğüne sahip olunması hususlarını da etkilemektedirler.

Böyle bir gelişme egemenliğin yeniden yorumlanmasına ve beraberinde yeni tanımlama alanlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Nitekim bu süreçte kullanılan tanımlama alanlarından biri ‘çok merkezli egemenlik’ şeklindedir. Çok aktörlü ve çok düzeyli egemenlik kullanımına karşılık gelen söz konusu model etrafında beliren birtakım sorulara cevap aranması, bu çalışmanın temel hedefini oluşturmaktadır. Bu sorular; ilgili modelin hangi kavram etrafında şekillendiği, böyle bir egemenlik kullanımının hangi düzeylerde ve hangi aktörlerle gerçekleştiği ve sözü edilen modelin parçalı bir egemenlik yapısına karşılık gelip gelmediği şeklinde belirlemektedir.

I-ÇOK MERKEZLİ EGEMENLİK KAVRAMI

Çok merkezli egemenlik kavramı; otorite kullanımının, hem coğrafi mekân hem de fonksiyonel açıdan çok düzeyli bir nitelik kazanmasını ifade etmektedir. Bu çerçevede kavram, ulusal sınırlar içinde kullanılan egemenlik yetkilerinden bazılarının farklı ölçeklerde kurumsallaşan otorite birimleri tarafından da yerine getirilebilmesi olgusuna karşılık gelmektedir⁶.

⁵ SMITH, Michael Joseph, ‘Sovereignty, Human Rights and Legitimacy in the Post-Cold War World’, [http:// faculty.virginia.edu/irandhumanrights/mjsonsovtv.htm](http://faculty.virginia.edu/irandhumanrights/mjsonsovtv.htm), B.T.18.07.2011; JACKSON, s.11 vd.

⁶ SCHOLTE, Jan Aart, ‘Civil Society and Sovereignty in a Post-Statist Circumstance’, Re-Envisioning Sovereignty: The End of Westphalia?,

Sınır ötesi ilişkilerin yaygınlaştığı ve yönetme olgusunun anlam değişimine uğradığı bir ortamda, çakışan ve birbiriyle rekabet eden yönetim ajanlarının varlığı ile biçimlenen çok merkezli egemenlik, esas itibariyle ulusal yetki alanındaki daralma ile kendisini gösteren bir model olarak belirmektedir⁷.

Ulusal yetki alanının daralması, daha önce devletlerin münhasır olarak düzenledikleri alanların giderek bu niteliklerini kaybetmeleri ile ilgili bulunmaktadır. Salt ulusal olma niteliğini kaybeden alanlar; uluslararası, bölgesel ve ulusalüstü bir nitelik alabileceği gibi bu tür alanların, aynı zamanda ulusal düzeylerde de devletin merkezi otoritesi dışında ele alınmaları söz konusu olabilmektedir⁸.

Belirtilen özelliği dolayısıyla çok merkezli egemenlik, ulusal yetki alanının oldukça geniş olarak yorumlandığı geleneksel egemenlik modelinden daha farklı bir modeli ifade etmektedir. Bu modelin ayırt edici özelliği, aynı toprak üzerinde merkezi devletin yanında farklı otorite merkezlerinin de yetkili olabilmeleridir. Dolayısıyla çok merkezli egemenlikte, egemenliğin kullanımının çok aktörlü ve çok yapılı bir biçim alması söz konusudur⁹.

Böyle bir modelin şekillenmesindeki anahtar kavram ise yönetişimdir. Yönetişim; yönetimi, devlet dışındaki aktörleri de kapsayacak şekilde ve 'birlikte yönetme' anlamında değiştirme iddiasını

Edited by JACOBSEN, Trudy/SAMPFORD, Charles/THAKUR, Ramesh, Ashgate Publishing, Hampshire 2008, s. 331-332.

⁷ GRANDE, Edgar/ PAULY, Louis W., 'Complex Sovereignty and Emergence of Transnational Authority', *Complex Sovereignty: Reconstituting Political Authority in the Twenty-First Century*, Eds. Edgar Grande- Louis W. Pauly, University of Toronto Press, Toronto 2005, s. 285 vd.

⁸ DOĞAN, İlyas, *Parçalayan Küreselleşme (Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.153.

⁹ PAULY, Louis W./ GRANDE, Edgar, 'Reconstituting Political Authority: Sovereignty, Effectiveness, and Legitimacy in a Transnational Order', *Complex Sovereignty: Reconstituting Political Authority in the Twenty-First Century*, Eds. Edgar Grande- Louis W. Pauly, University of Toronto Press, Toronto 2005, s. 3-4.

öne süren bir kavramdır. Bu çerçevede yönetme sürecinin; birbiriyle etkileşen, çoğulcu bir kurumlar ve örgütlenmeler sistemi çerçevesinde yürütülmesine karşılık gelmektedir. Belirli faktörlerin etkisiyle belirginlik kazanmış ve hızla yükselmiştir. Nitekim 1970'lerin ortalarından itibaren refah devletinin içine girdiği kriz, 1989'da sosyalist blokun dağılması, neoliberalizmin yükselişi ve bu bağlamda ön plana çıkan devletin küçültülmesi, özelleştirme, deregülasyon, serbest piyasa ve rekabet düzeninin sağlanması gibi kavramlar yönetişimin belirginlik kazanmasında etkili olan faktörler olmuşlardır. Bunun yanında kavramın geliştirilmesinde; Dünya Bankasının ve Uluslararası Para Fonu'nun kalkınma ve devlet aygıtının yeniden yapılandırılmasına yönelik raporları, Birleşmiş Milletler'in Küresel Yönetişim Komisyonu Raporu (1995) ile Milenyum Deklarasyonu (2000) ve OECD'nin Düzenleyici Reform Raporu (1997) belirleyici bir rol oynamışlardır¹⁰.

Yönetişim, esas olarak, siyasal düzenlemenin her ölçeğini (yerel, ulusal, bölgesel, küresel) ve her birimini (topluluk, kurum, devlet, ulus ötesi oluşumlar) kapsayan bir adlandırma olması itibarıyla, kullanımı ve içeriği açısından oldukça esnek ve değişken bir kavramdır. Örneğin ulusal düzeyde ele alındığında; yöneten ve yönetilen karşıtlığı biçimindeki bir devlet-toplum ayrılığı yerine; örgütlerin, kurumların ve hükümet dışı aktörlerin de eşit statüde katılımına imkân veren, adem-i merkezileşme ve düzenleyici devlet kavramları etrafında şekillenen bir modeli ifade etmektedir¹¹. Daha somut olarak ise bugüne kadar birbirinden ayrı durduğu vurgulanan kamu sektörü, özel sektör ve üçüncü sektörü (sivil toplum kuruluşlarını) bir araya getiren, birlikte yönetebilecekleri ve denetleyebilecekleri bir sistemi tanımlamaktadır¹².

Uluslararası düzeyde ise genel olarak iktidar ve otorite kullanma olgusunun, ulusal devlet ölçeğinden bağımsızlaşması süreci ile ilgili bulunmaktadır. Somut düzeydeki yansıması, uluslararası düzeyde kurumsallaşmış yapılar aracılığıyla karar alma, kural koyma ve andlaşma

¹⁰ BONANNO, Alessandro, 'Governance, Globalization and the State', *Journal of Rural Social Sciences*, 25 (3), 2010, s. 253-254, 258; BAYRAMOĞLU, Sonay, *Yönetişim Zihniyeti - Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü*, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 27-35.

¹¹ BAYRAMOĞLU, s. 31-33.

¹² SCHOLTE, s. 332-334.

yapma etkinliği olarak belirlemektedir. Ortak sorunların çözümüne yönelik olarak, bölgesel ve uluslararası oluşumlarda etkili bir ortaklık inşa edilmesi ve ulusal düzeyde olduğu gibi, uluslararası alanda da yeni kurumların oluşturulması, uluslararası yönetişimin başlıca dayanakları olarak ortaya çıkmaktadır. Sözü edilen çerçevede, düzenleyici işlevleriyle yeniden yapılanan ya da yeni ortaya çıkan uluslararası ve ulus ötesi kuruluşları temel alarak gelişen bir siyasal yapılanma modeline karşılık gelmektedir¹³.

Belirtilen özellikleriyle yönetim; yönetim kapsamına giren faaliyetlerin, farklı düzeylerde, değişik yöntemlerle ve araçlarla da yerine getirilebileceği hususuna ilişkin bulunmaktadır.

Böyle bir gelişme, öncelikle sınır ötesi nitelik kazanan sorunların artışına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Karşı karşıya kaldıkları meydan okumalar ve tek başlarına etkili olamadıkları sorunlar karşısında devletler, giderek daha yaygın biçimde merkezi otorite alanlarını başka otoritelerle paylaşmak durumunda kalmaktadırlar. Bu doğrultuda söz konusu model, varlık gerekçesini; ulusal devlet yapılarının ve bu yapılar üzerinde yükselen devletlerarası sistemin, ‘yeni dönem’in çok yönlü yönetsel ihtiyaçlarını karşılayamadığı şeklindeki bir argümana dayandırmaktadır¹⁴.

¹³ CAPORASO, James A./MADEIRA, Mary Anne, *Globalization in International Relations*, Sage Publications, London 2012, s.8 vd.; DOĞAN, s. 321. Böyle bir model çerçevesinde uluslararası/küresel yönetişimin aynı zamanda temel bir zaafı bulunduğuna da vurgu yapılmaktadır. Nitekim Bayramoğlu’na göre; ‘Bir inceleme nesnesi olarak küresel yönetim; ulusal devlet örneğinde olduğu gibi, tüm unsurlarıyla var olan bir şeyden ziyade, var olması önerilen ve var olacağı öngörülen bir şeye referans yapmaktadır. Dolayısıyla, kurumsallaştırma çabaları, daha baştan belirsiz bir temel üzerinde yükselmektedir. Önerme, öngörü ve siyasa önerilerinin açık seçik olarak ayrıştırılmadığı durumlarda, kuram adına, ideolojik ya da normatif özellikleri baskın olan bir kavramsal çerçevenin ortaya konması olasılık dahilindedir. Bundan kaçınabilmek için, bir inceleme nesnesi olarak küresel yönetimden söz edildiğinde, ana unsurlarıyla oluşmuş bir olgudan değil de, bir eğilimden söz edildiğini hep akılda tutmak gerekecektir’. BAYRAMOĞLU, s. 128.

¹⁴ BAYRAMOĞLU, s. 126.

Sözü edilen yaklaşım bağlamında çok düzeyli yönetim, ülkelerin karşılıklı bağımlılığı tezi üzerine yükselmektedir. En çok kurumlaştığı alanların başında da ekonomi ve uluslararası ticaret gelmektedir. Nitekim bu doğrultuda, ulusal düzeyde olmak üzere, piyasa ilkeleri temel alınarak oluşturulan bağımsız düzenleyici kurumlar, piyasa ekonomisi üzerindeki yasal ve kurumsal engellerin kaldırılması sürecinde, piyasada hakemlik görevi yapacak kurullar olarak ortaya çıkarken, aynı şekilde merkez bankaları da uluslararası finans olgusunun gelişimine bağlı olarak, özerk ve bağımsız birimler olarak belirmektedirler¹⁵.

Bunun yanında; Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği, NAFTA gibi yapılanmalar da uluslararası ve bölgesel düzeydeki kurumsal yapılanmalar olarak ortaya çıkmaktadırlar. Uluslararası nitelik kazanan bir ekonomide, ekonomik faaliyetlerin kontrolü sorununun, sadece ulusal düzeyle sınırlı tutulamayacağına dikkat çeken Hirst ve Thompson, bu tür yapılanmaların özellikle; ekonomik bağımlılık ilişkileri, işbirliği zorunluluğu ve uluslararası ekonomide istikrar için işlevsel olduklarını belirtmektedirler. Yazarlara göre; günümüzde topluluklar, var olmak için ayrı ve genelde birbirinden uzak olarak yürütülen faaliyetlerin iç içe geçmesine ve koordinasyonuna bağımlı durumdadırlar. Piyasalar, tek başına böyle bir bağımlılığı ve koordinasyonu sağlayabilecek güce sahip olmayıp, ayrıca piyasa güçlerinin, değişmez ve engellenemez bir şekilde düzenleyici sistemlere üstün geleceğine inanmak için de bir sebep bulunmamaktadır¹⁶.

Bu bakış açısından farklı düzeydeki otorite birimlerinin varlığı; devletler yönünden, sınır ötesi nitelik kazanan bir alana ilişkin olarak; ortak stratejiler geliştirilmesine, ekonomik istikrarın sağlanmasına ve ekonomik çıkarların gerçekleştirilmesine imkân veren bir faktör olurken; piyasa aktörleri olarak şirketler açısından da hesaplanabilir ticaret kuralları ve ortak standartlara duyulan ihtiyaç nedeniyle önem

¹⁵ GILARDI, Fabrizio, Delegation in the Regulatory State :Independent Regulatory Agencies in Westwrn Europe, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2008, s. 13 vd.

¹⁶ HIRST, Paul / THOMPSON, Grahame, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Çağla Erdem- Elif Yücel, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2003, s. 219, 221.

taşımaktadır. Şirketler için belirsizliğin ortadan kalkması; özellikle yatırım planları, üretim ve pazarlama stratejileri bakımından açık bir avantaj olup, şirketler uluslararası olsalar bile, kendileri için bu koşulları oluşturamayacaklardır¹⁷.

Ortak stratejiler geliştirme ve ortak sorunlar için ortak kurallar ve standartlar belirleme anlamında otorite kullanımının çok boyutu hale geldiği alanlar arasında ayrıca; insan hakları, çevre, barış ve güvenlik konuları da önemli bir yer tutmaktadırlar. Bu çerçevede Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve NATO ön plana çıkan kurumlar olarak belirirken, yönetim olgusunun, sadece kural koyma biçiminde değil, yargılama ve uyuşmazlık çözme biçiminde de kendisini ortaya koyması söz konusu olmaktadır. Nitekim bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Dünya Ticaret Örgütü Hakem Mahkemeleri yargı alanındaki yönetişime örnek teşkil ettikleri gibi, ayrıca Daimi Nitelikli Uluslararası Ceza Mahkemesi de belirli koşulların varlığı halinde, bir devlet ülkesinde işlenen bir suç nedeniyle nihai karar verebilen bir kurum olarak belirlemektedir¹⁸.

II-FONKSİYONEL AÇIDAN EGEMENLİK KULLANIMI

Farklı düzeydeki otorite birimlerinin varlığı ve çok merkezli egemenlik kullanımının yol açtığı ayırım, ülkesel (topraksal) - fonksiyonel egemenlik alanları ayırımı olmaktadır. Çünkü aynı coğrafi alan üzerinde geçerli olmak üzere, birbiriyle çakışan otorite birimleri yetki kullanabilmektedirler. Bu durum; bazı yazarlarca, 'ülkesel egemenlik yanında, fonksiyonel egemenlik şeklinde, yeni bir modelin belirginlik kazanması' olarak değerlendirildiği gibi¹⁹; diğer taraftan,

¹⁷ HIRST/THOMPSON, s. 221.

¹⁸ KURŞUN, Günel, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 5 vd.

¹⁹ HAIG, Stephen Paul, 'Globalization and the Sovereign State: Authority and Territoriality Reconsidered', <http://hnn.us/roundup/archives/11/2006/9>, B.T. 05.01.2012.

‘fonksiyonel egemenliğin, ülkesel egemenliğin yerini aldığı’ yorumlarının yapılmasına da yol açmaktadır²⁰.

Fonksiyonel egemenlik; ulusal devletle ilgili, ancak ulusal devletin topraksal sınırları ile çevrili olmayan bir otorite kullanımını ifade etmektedir. Toprağa dayalı olmayan bu egemenlik uygulaması, ‘devlet merkezli egemenlikten, aktör merkezli egemenliğe gidiş’ olarak da yorumlanmaktadır²¹.

Fonksiyonel egemenlik; daha somut olarak yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin, ülke içi ve ülke dışı uzantıları olduğu ve bunların farklı ölçekteki ve özellikteki kurumsal yapılanmalar tarafından da yerine getirildiği anlamına gelmektedir. Nitekim, düzenleyici kural koyma yetkisine sahip çeşitli otorite birimlerinin varlığı, bu durumun bir göstergesi olduğu gibi, belirtilen çerçevede özellikle; egemenlik yetkilerinin devrine dayalı bir oluşum olarak Avrupa Birliği’nin de diğer otorite birimlerinden oldukça farklı ve özel bir yeri bulunmaktadır²². Diğer taraftan, yargı işlevi bağlamında da devletler, kendi sınırları içinde meydana gelen her uyuşmazlığı, nihai olarak karara bağlama konusunda münhasır otorite konumunda bulunmamaktadırlar.

Böyle bir gelişmenin varlığı, yönetme kapsamına giren konular bakımından sıkı bir topraksallık vurgusunun, artık daha esnek bir biçim aldığı bir göstergesi olmaktadır. Nitekim katı bir topraksallık anlayışında, ne Avrupa Birliği’nin ve Dünya Ticaret Örgütü’nün, ne de Uluslararası Ceza Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yeri olacaktır. Bu tür yapıların varlığı, belirli ihtiyaçların ve zorlamaların bir sonucu olup, böyle bir ortamda ulusal devletler de esas itibarıyla sadece kendi otoriteleriyle, belirli bir toprak parçası üzerinde, yasal ve politik sonuçlar oluşturmaya muktedir, ‘yöneten

²⁰ BAKER, Randall, ‘Challenges to Traditional Concepts of Sovereignty’, http://www.spea.indiana.edu/bakerr/challenges_to_sovereignty.htm, B.T. 10.05.2012.

²¹ BARTELSON, Jens, ‘The Concept of Sovereignty Revisited’, *The European Journal of International Law*, Vol.17, No.2, 2006, s. 468,470.

²² CRAIG, Paul/DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law Text, Cases and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2011, s. 3 vd.

güçler' olarak değil, aynı zamanda 'yönetişim biçimlerinin önerildiği, meşrulaştırıldığı ve kontrol edildiği birimler' olarak da belirlemektedirler²³.

Tarihsel süreçte modern ulusal devletler, belirli bir sınırı kontrol etmek üzere teritoryal bir zemin üzerinde oluşturulmalarına karşılık, belirli yöndeki gelişmeler ve dinamikler; devleti, bütün alanlar ve konular bakımından, 'teritoryumun hakimi' olmaktan giderek daha fazla uzaklaştırmaktadırlar. Ulusallığın ya da toprağa bağlılığın, daha esnek tarzda biçimlendiği böyle bir süreçte, örneğin, bir devletin yurttaşları, artık sadece kendi sınırları içinde yapılan hukuksal düzenlemelerin değil, ulusal sınırlar dışında oluşan hukukun da sujesi haline gelmektedirler. Bu konuda insan hakları ile başlayan gelişme; ekonomi, çevre ve güvenlik gibi alanları da içine almış olup, sözü edilen alanlar, yalnızca ulusal devlet sınırları içinde anlam ifade eden ya da yasal düzeyde kontrol edilen hususlar niteliğinde bulunmamaktadırlar. Geleneksel egemenlik; 'ulusal sınırlar' ile 'hükümet etme ya da yönetme erkinin kullanıldığı sınırlar' arasında bir özdeşliğin varlığına işaret etmekte idi. Ancak ulusal yetki alanının daralmasına paralel olarak, farklı karar alma biçimlerinin geliştiği günümüzdeki aşamada, iki sınır arasındaki özdeşliğin giderek daha fazla açıldığı gözlenmektedir²⁴.

III-EGEMENLİĞİN YETKİ PAYLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE KULLANILMASI

Çok düzeyli yönetim olgusu ve fonksiyonel egemenlik bağlamında ortaya çıkan durum, yetki paylaşımı olmaktadır. Yönetme ya da idare etme işinin dağılımı ya da kolektif kullanımı olarak da nitelendirilen yetki paylaşımı esas itibariyle, ulusal devletlerin 'tek aktör olma' konumları üzerinde etkili olmaktadır²⁵.

Yetki paylaşımı, öncelikle ulusal düzeyde gerçekleşmektedir. Belirtilen çerçevede örneğin yerel yönetimlerin; idari, mali ve ekonomik boyutta özerkleşmeleri amacıyla gerçekleştirilen düzenlemeler aracılığıyla bir taraftan yetkilendirilmeleri söz konusu olurken, diğer taraftan böyle bir gelişme dolayısıyla devletlerin, ulusal sınırları üzerindeki tek aktör olarak, olayları kontrol etmedeki ve politikaları

²³ HIRST/THOMPSON, s. 225.

²⁴ BARTELSON, s. 468 vd.

²⁵ DOĞAN, s. 376 vd.

belirlemedeki etkinlikleri de belli ölçülerde aşınmaktadır. Bu süreçte yerel yönetimlere, daha önce merkez tarafından yerine getirilen birtakım yetki ve görevlerin aktarımı gerçekleşirken, adem-i merkezileştirme uygulamaları kapsamında ayrıca, bağımsız düzenleyici kurumlar da ilgili oldukları alanlara ilişkin olarak düzenleme, lisans, onay, para cezası vb. yetkilerle donatılmaktadırlar²⁶.

Yetki paylaşımı bakımından dikkati çeken bir başka gelişme ise bölgesel hükümetlerin faaliyetleri olarak belirmektedir. Günümüzde özellikle ticaret, turizm ve kültür alanlarında merkezi devlet otoritesi dışındaki birimlerin, uluslararası ilişkilerde giderek artan bir rol üstlenmek eğiliminde oldukları görülmektedir. Alman eyaletleri, İsviçre kantonları, İspanya ve İtalya bölgeleri bu olgunun örneklerini teşkil etmekte olup, sözü edilen süreçte, bölgelerdeki yerel yönetim önderleri, özellikle kendi bölge ekonomileri içinde kamu-özel ortaklığının yeni biçimlerini kurmakta ve bu bağlamda merkezi hükümeti atlayarak, diğer bölge yönetimleriyle ve ayrıca uluslararası ve ulusalüstü kurumlarla doğrudan bağlar geliştirmektedirler²⁷. Böyle bir gelişmenin Avrupa Birliği açısından da büyük önem arz ettiğini ve çeşitli politikalarla desteklendiğini söylemek mümkündür. Nitekim Maastricht Andlaşması ile oluşturulan Bölgeler Komitesi aracılığıyla; ulusaltı birimler, Birlik düzeyinde temsil edilmekte olup, Komitenin yetkisi; istişari nitelikte olmakla birlikte, bugüne kadarki işleyişi ve Birliğin bölgelere ilişkin genel politikası dikkate alındığında önemli ve etkili karar organlarından biri haline geldiği görülmektedir²⁸.

Belirtilenlerin dışında, yetki paylaşımının bir diğer mekânsal örneğini, uluslararası düzey oluşturmaktadır. Uluslararası kuruluşlar, ortak sorunları gidermek üzere devletler arasındaki işbirliği zorunluluğunun bir sonucu olarak kurulmaktadırlar. Ekonomiden insan haklarına, çevreden barış ve güvenlik konularına kadar değişik alanlarda, belirli egemenlik yetkileri kullanan ve devletler üzerinde çeşitli etkileri

²⁶ GILARDI, s. 13-15.

²⁷ TUNCER, Hüner, Küresel Diplomasi, Ümit Yayınları, Ankara 2006, s. 165-166.

²⁸ UYGUN, Oktay, 'Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi', Anayasa Yargısı, sy. 20, Ankara 2003, s. 257.

bulunan yapılanmalardır. Bu tür yapılanmalar tarafından egemenlik yetkilerinin kullanımı, kendilerine yapılan yetki delegasyonuna dayanmaktadır²⁹.

Uluslararası düzey yanında, ulusalüstü düzey de yetki paylaşımının bir başka mekânsal örneği olarak belirmektedir. Bu alandaki en somut örnek olan Avrupa Birliği; işbirliği amaçlı klasik örgütlenmelerden farklı olarak, bütünleşme amaçlıdır. Bütünleşme amacına bağlı olarak belirli alanlardaki egemenlik yetkilerinin devrine/aktarımına dayalı bir yapılanma olup, yetki devri çerçevesinde oluşturulan hukukun, üye devletleri doğrudan bağlayıcı bir özelliği bulunmaktadır³⁰.

Mekânsal paylaşım yanında yetki paylaşımı, fonksiyonel açıdan da gerçekleşmektedir. Bununla kastedilen, yetki kullanımının; kural koyma, uygulama ve yargılama işlevleri boyutunda da ortaya çıkmasıdır. Nitekim bu bağlamda; ulusal düzeydeki bağımsız düzenleyici kurumlar yanında, Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilat gibi uluslararası ve ulusalüstü kuruluşlar kural koyucu birimler olarak işlev görürlerken; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Dünya Ticaret Örgütü Hakem Mahkemeleri de yargı işlevi açısından fonksiyonel paylaşımın örnekleri olarak belirmektedirler³¹.

Mekânsal ve fonksiyonel açıdan olmak üzere yetki paylaşımı, kendisini başlıca bu kategorilerde göstermekle birlikte şüphesiz her aktör

²⁹ DOĞAN, İlyas, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2008, s. 341-343; ORALLI, Levent Ersin, 'Uluslararası Örgütlerin Anayasacılığa Etkileri', Güvenlik Bilimleri Dergisi, 1(1), Kasım 2012, s. 50 vd.; CEBECİ, Kemal, 'Küreselleşme Bağlamında Ulus Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü', Sayıştay Dergisi, sy.71, Ekim-Aralık 2008, s. 30-32.

³⁰ CRAIG/DE BÚRCA, s. 73 vd. ; SAK, Yıldırım, Avrupa Birliği İle Üye Devletleri Arasındaki Yetki Paylaşımı Sorununa Hukuk Kuramı Yaklaşımı, Marmara Üniveritesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 45 vd.

³¹ HAIG, Stephen Paul, 'Globalization and the Sovereign State: Authority and Territoriality Reconsidered', <http://hnn.us/roundup/archives/11/2006/9>, B. T. 05.01.2012.

ya da otorite birimi tarafından eşit ve mutlak kalıplarla ifade edilebilecek bir oluşum niteliğinde de değildir. Nitekim bu bağlamda, piyasa ile devlet arasında yer alan bağımsız düzenleyici kurumlar çerçevesinde gerçekleşen yetki paylaşımı ile yerel yönetimler ve bölge yönetimleri düzeyinde gerçekleşen yetki paylaşımının çerçevesi birbirinden farklıdır. Aynı şekilde Uluslararası Para Fonu, Dünya Ticaret Örgütü, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşlar düzeyinde gerçekleşen yetki paylaşımı ile ulusalüstü bir yapılanma olarak Avrupa Birliği düzeyinde gerçekleşen yetki paylaşımı da farklı özellikler taşımaktadırlar.

Sözü edilen durumun önemli bir dayanağı; uluslararası hukukla, ulusalüstü hukuk arasındaki farklılıktır. Nitekim uluslararası bir yapılanma olan Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen düzenlemelerin ve yapılan andlaşmaların, iç hukukta doğrudan uygulanırlıkları söz konusu değildir. Bunların, yasal düzenlemeler aracılığıyla iç hukuka aktarılması ve ulusal hukukun bir parçası haline getirilmeleri gerekmektedir. Aynı şekilde, devletler arası bir oluşum olarak Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde, uluslararası ticaretin ve sermaye akımının işlenmesine yönelik olarak yapılan kuralların iç hukukta hüküm doğurmaları da devletlerin yasal düzenlemeleri yoluyla gerçekleşmektedir³².

Buna karşılık egemenlik yetkilerinin devrine dayalı bir oluşum olarak Avrupa Birliği'nin üye devletlerle ilişkileri ve egemenlik paylaşımındaki yeri, daha farklı bir özellik göstermektedir. Avrupa Birliği, ulusalüstü nitelik arz eden kendine özgü bir yapılanma konumundadır. Bu yapılanma içinde 'münhasır yetkiler', 'paylaşılan/ortak yetkiler' ve 'üye devletlere ait olan yetkiler' şeklinde bir ayırım mevcut olup, yetkilerin devredildiği alanlarda Avrupa Birliği kurumları, üye devletleri bağlayıcı kural koyma yetkisine sahip bulunmaktadır. Yetki devri çerçevesinde oluşan Topluluk hukuku, doğrudan uygulanırlık ve etkililik özelliklerine sahip bulunmakta, ayrıca ulusal hukuklardan da özerk bir konumda yer almaktadır³³.

Düzenleme yapma ve kural koyma dışında, yargı işlevi bakımından ele alındığında da yetki paylaşımının, farklı otoritelere göre

³² ORALLI, s. 62.

³³ CRAIG/DE BÚRCA, s. 78 vd.; SAK, s. 45 vd.; ORALLI, s. 64 vd.

farklı biçimler alması söz konusudur. Örneğin, Avrupa Birliğinin yargı mekanizmasını oluşturan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, uyuşmazlıkların kesin olarak karara bağlanması ve Birlik yetkilerinin sınırlarının yorumlanması ve açıklanması konularında sistemin nihai hakemi konumunda yer almaktadır. Nitekim, ulusal yargı organları, Topluluk hukukunun yorumu ile ilgili bir ihtilaf söz konusu olduğunda, Adalet Divanı'ndan görüş istemek durumunda oldukları gibi, ulusal hukuk düzenlemeleri ile Topluluk hukukunun çatışması durumunda da nihai kararı verme yetkisi Adalet Divanı'na ait bulunmaktadır³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise uluslararası bir andlaşma niteliğindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bünyesinde yer alan bir denetim mekanizmasıdır. Bireyler, kendi ülkelerinde uyuşmazlığın nihai olarak karara bağlanmasının veya yargı yoluna gidilmesi imkânı yoksa davaya konu teşkil eden iç yasal işlemin kesinleşmesinin ardından, ikinci bir yol olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurumaktadırlar. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tali bir hak arama yolu olup, Mahkemenin yargı yetkisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklara ilişkin ihlal iddiaları ile sınırlıdır. Ancak bu gibi sınırlayıcı etkilerine karşılık, bölgesel nitelikli bir yapılanma olan Avrupa İnsan Hakları rejimi, aynı nitelikli diğer rejimlerle mukayese edildiğinde, oldukça kuvvetli bir rejim olma özelliğini taşımaktadır. Başlangıçta oluşturulan denetim mekanizması 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Ek Protokolle bireyler lehine daha da etkin hale getirilmiş olup, ayrıca 14 Nolu Protokolün kabulüyle de söz konusu mekanizma içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önemli bir işleve sahip kılınmıştır³⁵. Bu süreçte gerek Mahkeme kararları, gerekse Sözleşme normları ile oluşan Avrupa İnsan Hakları rejimi, insan hakları alanında uyulması gereken ortak standartlar anlamında 'Avrupa ortak kamu düzeni' anlayışının kaynağı olarak kabul edilmektedir³⁶.

³⁴ CRAIG/DE BÚRCA, s. 58.

³⁵ BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 10 vd.

³⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 213 vd.; BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993, s. 55, 58; TEKINSOY,

Diğer taraftan uluslararası bir andlaşma niteliğindeki Roma Statüsü çerçevesinde işleyen Uluslararası Ceza Mahkemesi de her alandaki suçlardan dolayı değil, belirli nitelikteki suçlar bakımından yetkili kılınmıştır. Bunun yanında Mahkemenin, bir devlet ülkesinde işlenen bir suç nedeniyle doğrudan yargılama yaparak nihai kararı verebilmesi de mutlak surette benimsenen bir yöntem olmayıp, belirli koşulların varlığına bağlı tutulmuştur³⁷. Ancak sözü edilen hususlara karşılık, Uluslararası Ceza Mahkemesinin varlığı, uluslararası hukuk ve devlet egemenliği açısından farklı ve özel bir anlam taşımaktadır. Her şeyden önce, söz konusu Mahkeme aracılığıyla, egemenlik adına belirli nitelikteki suçları işleyenlerin, cezai yargı çerçevesinde sorumlu tutulmaları sağlanırken, bu konudaki yargılamanın da sadece devletlerin iç işi olarak görülemeyeceği hususu belirginlik kazanmış olmaktadır.

IV-PARÇALI BİR EGEMENLİK YA DA YÖNETİM YAPISI MI?

Ekonomiden insan hakları ve güvenlik sorunlarına, kural koyma faaliyetinden yargılama işlevine kadar, oldukça geniş bir boyuta sahip olan çok merkezli egemenlik olgusu ile ilgili olarak bazı yazarlarca; karmaşık ve çok merkezli bir siyasete yol açtığı, çeşitli karar merkezlerinin varlığı dolayısıyla bu sürecin ulusal devletin yükselişinden önceki Ortaçağ Avrupası'nın çok düzeyli ve çakışan siyasetine benzediği yorumları yapılmaktadır³⁸. Bunun yanında, devlet yetkilerinin değişik otorite birimlerine bırakılması; 'otoritenin, devlet düzeyinden bu tür kurumlara doğru genişletilmesi' olarak yorumlandığı gibi, bazı yazarlar

Özge Okay, 'Avrupa Kamu Düzeni Kavramı', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 67 vd.

³⁷ KILIÇ, Ali Şahin, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme', AÜHFD, c.58, sy.3, 2009, s. 629 vd.

³⁸ BRECHER, Jeremy /COSTELLO, Tim / SMITH, Brendan, Aşağıdan Küreselleşme Dayanışmanın Gücü, Çev. B. Kurt- Z. Kutluata- Ş.Özgün- A. Yıldırım, Aram Yayınları, İstanbul 2002, s. 58.

da çok merkezli egemenlik kullanımını, ‘devletin ve egemenliğin anlam kaybına uğraması’ olarak nitelendirmektedirler³⁹.

Sözü edilen bağlamda kullanılan terimlerden biri, ‘yeni ortaçağcılık’ (new medievalism) şeklindedir. Kavram ilk kez, 1977 yılında Bull tarafından uluslararası siyasal ekonominin karakteristik niteliğini tanımlamak üzere kullanılmıştır. Bull, söz konusu yapıyı tasvir ederken, merkezi devletler yanında bölgesel bütünleşmelerin ortaya çıktığına; devletlerin, giderek artan biçimde yetki ve otoritelerini paylaştıkları ulus ötesi organizasyonların oluşturulduğuna dikkat çekmiştir. Yazara göre; ortaya çıkan yapı, coğrafi alan temelli modern devlet sistemine alternatif oluşturabilecek yeni bir yapılanmaya karşılık gelmektedir⁴⁰.

Daha sonra ise Cox, söz konusu terimi kullanmamakla birlikte, uluslararası siyasal ekonomi çerçevesinde oluşan çok merkezli yapıyı ‘küresel yeniden yapılanma’ (global perestroika) olarak nitelendirmiştir. Cox’a göre, bölgesel ve uluslararası düzeyde karar alma yetkisine sahip otorite birimlerinin varlığı, yönetim ve siyaset olgusunu geleneksel kalıplarından uzaklaştırmaktadır. Yazar, söz konusu modelin, bağımsız egemen devletler sistemine dayanan Westphalian egemenlik modelinden ziyade, Ortaçağın parçalı ve çok düzeyli yönetim yapısına uygun düştüğünü belirtmektedir⁴¹.

Bu süreçte tartışmayı sürdüren ve derinleştiren yazarlardan biri Ruggie olmuştur. Ona göre, ‘yeni ortaçağcılık’ terimi, mevcut realiteyi açıklamada kullanılabilir en elverişli ifadedir. Bunun temel dayanağı, coğrafi alan temelli yönetim anlayışının, çok boyutlu siyaset ve yönetim modelleri karşısında anlam kaybına uğramasıdır. Çünkü, belirli bir alanı ilgilendiren kararlar, sadece ulusal devlet düzeyinde alınmamakta, devletin yanında, yetki ve otorite kullanan güç merkezleri ve

³⁹ GUEHENNO, Jean-Marie, ‘The Topology of Sovereignty’, <http://www.usip.org/virtualdiplomacy/publications/papers/vguehenno.html>, 08.06.2012.

⁴⁰ BULL, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York 1977, s. 254.

⁴¹ COX, Robert W., ‘Global Perestroika’, *Approaches to World Order*, Eds. Robert W. Cox- T. J. Sinclair, Cambridge University Press, Cambridge 1996, s. 308.

organizasyonlar da yönetme sürecinde etkili olmaktadır. Yazara göre; yönetme ve karar alma olgusunun çok merkezli ve çoğul bir yapıya büründüğü söz konusu model, topraksal egemenliğin temel prensiplerini aşındırmaktadır⁴².

Aynı şekilde Arend de içinde yaşanan dönemi tasvir etmede kullanılabilecek en uygun adlandırmanın 'yeni ortaçağ' olduğunu öne sürmektedir. Yazara göre, Bull'ın 1977'de tespit ettiği eğilimler 20. yüzyılın sonuna kadar daha da belirgin hale gelmişlerdir. Yazar, coğrafi alan temelli modern devlet sistemine alternatif oluşturan yeni bir yapılanma ile karşı karşıya bulunduğunu ileri sürmektedir⁴³.

Çok düzeyli otorite birimlerinin varlığını; ilk etapta, uluslararası ve iç alanlar arasındaki geleneksel sınır anlayışının radikal bir değişimi olarak değerlendirmek mümkündür. Çünkü bu tür otoriteler; bir yandan, devletin uluslararası gelişmelere, ortak kurallara ve standartlara duyarlılıklarını ve bağlılıklarını artırırken; diğer yandan, iç ve uluslararası siyaset arasındaki sınırların da belirsizleşmesine yol açmaktadırlar. Nitekim devlet yetkilerinin azalması bağlamında Held de bu durumu tasvir ederken 'iç politikanın sınırlarını belirsizleştiren, siyasal karar alma koşullarını dönüştüren, ulusal yönetimlerin kurumsal ve örgütsel bağlamını değiştiren, hükümetlerin yasal çerçevesini ve idari uygulamalarını değiştiren, ulusal devletlerin sorumluluk ve hesap verme çizgilerini bulanıklaştıran, hükümetlerin ve devletlerin eylem özgürlüklerini kısıtlayan bir güçler dizisinin' varlığından söz etmektedir⁴⁴. Böyle bir ortamda devletlerin; ekonomi, ticaret ya da dış politikalarından söz etmek, esas itibarıyla çok sayıda aktör tarafından oluşturulan politikalardan ve alınan kararlardan söz etmek anlamına gelmektedir. Devletler; bu çerçevede politika belirleme ve uygulama anlamında parçalı bir görünüm ortaya koyup, egemenlik yetkilerini, eskisi kadar geniş kapsamlı ya da her alanı bütünüyle içerecek şekilde

⁴² RUGGIE, John Gerard, 'Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations', International Organization, Vol 47, 1993, s. 140.

⁴³ AREND, Anthoy Clark, Legal Rules and International Society, Oxford University Press, New York 1999, s. 171-184, 193-196.

⁴⁴ HELD, s. 90-91.

kullanamamakta, bunu çeşitli otoritelerle paylaşmak durumunda kalmaktadırlar⁴⁵.

Sözü edilen bağlamda yaşanmakta olan süreci, ‘ulusallığın yoğun bir baskı altında olması’ şeklinde nitelendirmek mümkündür. Fakat yönetim aktörlerinin varlığının, ‘devletin ya da egemenliğin sonu’ argümanı ile özdeşleştirilemeyeceği açıktır. Çok düzeyli yönetim sürecinde, devletten belirli kurumlara yetki delegasyonu ya da yetki transferi olmakla birlikte gözden kaçırılmaması gereken husus, yetkilendiren kurumun da hâlâ ve sürekli bir biçimde ‘devlet’ olmasıdır⁴⁶. Bu süreçte her ne kadar, devlet yetkilerinde belli ölçüde azalma ve dağılma söz konusu olsa da devlet, ya koşulları ya da bu koşulların tabi olacağı rehber setini belirlemektedir. Nitekim Hirst ve Thompson’ın vurguladıkları şekilde, çeşitli otorite birimlerinden oluşan karmaşık bir sistem bulunmakla birlikte, bunların içinde ulusal devletler, ayrı ve özellikle ‘meşruiyet sağlayıcı birimler’ olarak önemli bir yer tutmaktadırlar. Yazarlara göre;

‘.....politikayı sadece ulusal devletler içindeki süreçler ve devletler arasındaki bilardo topu etkileşimleri biçiminde algılama çağı geçiyor. Çakışan ve sık sık birbiriyle rekabet eden yönetim ajanlarından oluşmuş karmaşık bir sistemin yalnızca bir düzeyi olan devletlerle birlikte, politikanın da çok merkezliliği giderek artıyor....Ancak yönetim birimlerinin çokluğu ve karmaşıklığı, küreselleşme retoriğinin öngördüğünden çok farklı, içinde, ulusal devletlerin; ayrı, belirgin ve sürekli bir yer tuttukları bir dünya anlamına gelmektedir...Ulusal devletler, bu süreçte öncelikle birleştirici ve meşruiyet sağlayıcı merkez konumundadırlar. Devletlerin, yetkilerini yukarı doğru uluslararası

⁴⁵ DOĞAN, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, s. 414 vd.

⁴⁶ ÖZTİĞ, Laçın İdil, ‘Globalization and New Medievalism: A Reconsideration of the Concept of Sovereignty’, <http://www.turkishweekly.net/article/393/globalization-and-new-medievalism-a-reconsideration-of-the-concept-of-sovereignty.html>, B.T. 15.02.2012; DOĞAN, Parçalayan Küreselleşme, s. 321; HAIG, Stephen Paul, ‘Globalization and the Sovereign State: Authority and Territoriality Reconsidered’, <http://hnn.us/roundup/archives/11/2006/9>, B.T. 05.01.2012.

düzeğe, aşağı doğru da ulusaltı ajanlara dağıtma pratikleri ve politikaları, yönetim sistemine temel sağlayan ve sistem içindeki otoriteleri bir arada tutan araçlar işlevine sahip bulunmaktadır⁴⁷.

Devletlerin 'birleştirici' ve 'meşruiyet sağlayıcı birimler' olmaları, Ortaçağla bugün arasında paralellik kurmanın imkânsızlığını gösteren önemli bir husus olmaktadır. Dolayısıyla, bazı yazarların da işaret ettikleri şekilde, 'Ortaçağın parçalı siyaset ve yönetim yapısında olduğu gibi, ulusal devletin ve ulusal egemenliğin gelişmesinden önceki bir dünyaya geri dönüyor değiliz'⁴⁸.

Günümüzde, yönetim biçimlerinin konumu ve ölçeği, köklü bir biçimde farklılık göstermektedir. Ortaçağda, farklı meşruluk kaynaklarına sahip, siyasi otorite üzerinde hak iddia eden, devlet iktidarına eş ya da üst düzeyde ve ona rakip olacak türde otoritelerin varlığı söz konusu idi. Oysa günümüzdeki otorite birimleri, 'yetkilendirme' çerçevesinde devlet aracılığıyla varlık kazanan ve bu anlamda meşruluk kaynaklarını devletten alan kurumlardır⁴⁹.

Bu bağlamda ayrıca, egemenliğin otaya çıkış amacından ve işlevinden de hareket edilebilir. Nitekim, tarihsel gelişim sürecinde egemenlik kuramının ortaya çıkışı, 'devlet içinde, hukuksal açıdan karar birliğinin sağlanması' olgusuna işaret etmektedir. Yönetişim aktörlerinin varlığı ise hukuksal açıdan karar birliğinin devlette toplanması olgusunu sona erdirmemektedir. Çok merkezli egemenlik kullanımında devletlerin, esas itibarıyla, birtakım kurumları yetkilendirmek ve belirli alanların düzenlenmesini bu kurumlara bırakmak suretiyle 'yeni otorite biçimleri tayin etmeleri' söz konusu olmaktadır⁵⁰.

Şüphesiz, merkez bankaları ve bağımsız düzenleyici kurumlar gibi otoritelerin varlığı nedeniyle devletlerin yetkileri azalırken, Avrupa

⁴⁷ HIRST/THOMPSON, s. 218, 219.

⁴⁸ HIRST/THOMPSON, s. 218; BRECHER/COSTELLO/ SMITH, s. 180-181, dp. 4.

⁴⁹ HAIG, Stephen Paul, 'Globalization and the Sovereign State: Authority and Territoriality Reconsidered', <http://hnn.us/roundup/archives/11/2006/9>, B.T. 05.01.2012.

⁵⁰ LEWIN, Leif, *Democratic Accountability Why Choice in Politics is Both Possible and Necessary*, Harvard University Press 2007, s. 88-89.

Birliği gibi yapılanmalar dolayısıyla da devletlerin münhasır düzenleme alanları daralabilmektedir. Ancak, bu tür etkileri olmakla birlikte yönetim kurumlarının, devletleri aşan bir ‘meşruluk ya da üstünlük odakları’ olmaları söz konusu değildir. Bu bağlamda örneğin; merkez bankaları, ulusal parlamentolar tarafından çıkarılan yasalar çerçevesinde belli konularda yetkili kılınırlarken, bağımsız düzenleyici kurumların yetkilerinin dayanağını oluşturan kuruluş yasaları da ulusal parlamentoların ürünü olmaktadır. Diğer taraftan Daimi Nitelikli Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisi, devletlerin iradesine bağlı olurken, uluslararası ticaret kurallarını belirleyen Dünya Ticaret Örgütü’nün yetki kullanması da devletler arasında akdedilen anlaşmalara dayanmaktadır. Dolayısıyla bu tür yapıların varlığı, ulusal devletin ‘monist iktidar’ yapısının parçalandığı anlamına gelmemektedir⁵¹. Her şeyden önce, bu tür kurumlar; devleti dışlayarak, onun yetkili olduğu alan üzerinde münhasır bir egemenlik iddiasında bulunan ya da ‘yetki yetkisine sahip’ birimler konumunda değildirler. Ulusal egemenliğinin kullanımına çeşitli yönlerden müdahale edebilirlerse de bu tür yapılanmaların oluşması, esas itibariyle devlet iktidarının teklifi ya da üstünlüğü anlayışını ortadan kaldırmamaktadır.

Belirtilen özellikleriyle söz konusu model, sonuç itibariyle devletlerin, değişen koşullara ve ortaya çıkan zorunluluklara verdikleri yanıtın bir ürünü olarak belirmektedir⁵². Hatta böyle bir yapılanma (Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi), devletlerin, kendi egemenliklerini ve ulusal çıkarlarını etkili bir şekilde korumalarının bir aracı olarak da ortaya çıkabilmektedir⁵³. Bu süreçte devletler; yasal anlamda kesin karar verme güçlerini korumakla birlikte, egemenlik ve

⁵¹ BRECHER/COSTELLO/ SMITH, s. 180-181, dp. 4.

⁵² SCHOLTE, s. 331-341.

⁵³ BURGI, Noëlle /GOLUB, Philip S., ‘Has Globalisation Really Made Nations Redundant?’, [http:// www. globalpolicy.org/nations/global.htm](http://www.globalpolicy.org/nations/global.htm), B.T. 17.01.2012; AKAD, Mehmet, ‘Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy. 1, 2005, s. 15-17.

yönetim kapsamına giren işlevlerin, sınır ötesi uzantıları bulunmakta ve böylece yönetim faaliyetleri, farklı ilişki ağları çerçevesinde işlemektedir.

SONUÇ

Egemenlik, modern devletin doğuşundan bu yana siyasetin ve yönetim ilişkilerinin odağında yer alan bir kavramdır. Bunun temel nedeni, devletin yönetme yetkisine kaynaklık etmesidir. Devletin hukuksal bir kurum olarak var olabilmesi, egemenlik aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla devletle birlikte var olan ve yaşayan bir telakkidir. Devletle ilgili her durum ve tartışma egemenliği de yakından ilgilendirmektedir.

Günümüzde de özellikle uluslararası yapıda ve bunun yönetim-toplum ilişkilerine olan yansımaları bağlamında, devletin tartışıldığı bir süreç yaşanmaktadır. Bu sürecin ekseninde yer alan küreselleşme, doğrudan devletlerin rolleri ve işlevleri üzerinde bir tartışma başlatmış durumdadır. Devletle birlikte yaşayan bir telakki olarak egemenlik de söz konusu tartışma sürecinin merkez kavramlarından biri olarak yeni yaklaşımlara ve değerlendirmelere konu olmaktadır.

Bu bağlamda yapılan değerlendirmelerden biri, çok merkezli egemenlik kullanımınıdır. Karşı karşıya kaldıkları meydan okumalar ve tek başlarına etkili olamadıkları sorunlar karşısında devletler, giderek daha yaygın biçimde merkezi otorite alanlarını, başka otoritelerle paylaşmak durumunda kalmaktadırlar. Buna göre, karar alma ve politika belirleme; uluslararası, ulusal, ulusalüstü ve bölgesel düzeylerde de söz konusu olup, bu durum otorite kullanımının, hem coğrafi mekân hem de fonksiyonel açıdan çok aktörlü ve çok düzeyli bir nitelik kazanmasını ifade etmektedir. Değişik otorite birimlerinin varlığı bu çerçevede, yönetme ve karar alma olgusunun, sadece ulusal devletler içindeki süreçlerle ilgili olmayıp, çok merkezli ve çoğul bir yapıya sahip olduğunun bir ifadesi olmaktadır.

Sınır ötesi nitelik kazanan sorunların artışına bağlı olarak ortaya çıkan böyle bir gelişmeyi, fonksiyonel anlamda, uluslararası ve iç alanlar arasındaki geleneksel sınır anlayışının radikal bir değişimi olarak değerlendirmek mümkün olmakla birlikte, gözden kaçırılmaması gereken husus, bu süreçte devletlerin 'birleştirici' ve 'meşruiyet sağlayıcı birimler' olduklarıdır. Sözü edilen aşamada her ne kadar, devlet yetkilerinde belli ölçüde azalma ya da daralma gerçekleşmekle birlikte;

‘devlet, ya koşulları ya da bu koşulların tabi olacağı rehber setini belirlemektedir’. Bu durum, Ortaçağın parçalı siyaset ve egemenlik anlayışı ile bugün arasında paralellik kurmanın imkânsızlığını gösteren temel bir husus olmaktadır. Ayrıca farklı düzeydeki otorite birimleri; ‘yetkilendirme’ çerçevesinde, devlet aracılığıyla varlık kazanan ve bu anlamda, meşruluk kaynaklarını devletten alan kurumlardır.

Belirtilen özellikleriyle söz konusu model, devletlerin, değişen koşullara ve ortaya çıkan zorunluluklara verdikleri yanıtın bir ürünü olarak belirmektedir. Bu süreçte devletler, yasal anlamda kesin karar verme güçlerini korumakla birlikte diğer taraftan, kendilerini ‘farklı düzeylerdeki yapılanmalara açma’ zorunluluğunu yaşamalarına ve bu yapılanmalarla kurulan bağlantılar doğrultusunda ‘toplumu yönetme durumunda’ kalmalarına paralel şekilde egemenlik de kullanımı itibariyle geleneksel yorumundan daha farklı bir niteliğe ve içeriğe bürünmektedir.

KAYNAKLAR

AKAD, Mehmet, ‘Küreselleşme Sürecinde Siyasal Kültür’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy. 1, 2005.

AKKUŞ, Selahattin, Modern Egemenliğin Doğuşu, Pratik ve Kavramsal Belirlenme, İÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1995.

AREND, Anthoy Clark, Legal Rules and International Society, Oxford University Press, New York 1999.

BAKER, Randall, ‘Challenges to Traditional Concepts of Sovereignty’, http://www.spea.indiana.edu/bakerr/challenges_to_sovereignty.htm, B.T. 10.05.2012.

BARTELSON, Jens, ‘The Concept of Sovereignty Revisited’, TheEuropean Journal of International Law, Vol.17, No.2, 2006.

BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993.

BAYRAMOĞLU, Sonay, Yönetişim Zihniyeti - Türkiye’de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

BONANNO, Alessandro, 'Governance, Globalization and the State', *Journal of Rural Social Sciences*, 25 (3), 2010.

BRECHER, Jeremy /COSTELLO, Tim / SMITH, Brendan, *Aşağıdan Küreselleşme Dayanışmanın Gücü*, Çev. B. Kurt- Z. Kutluata-Ş.Özgün- A. Yıldırım, Aram Yayınları, İstanbul 2002.

BULL, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York 1977.

BURGI, Noëlle /GOLUB, Philip S., 'Has Globalisation Really Made Nations Redundant?', [http:// www.globalpolicy.org/nations/global.htm](http://www.globalpolicy.org/nations/global.htm), B.T. 17.01.2012.

CAPORASO, James A./MADEIRA, Mary Anne, *Globalization in International Relations*, Sage Publications, London 2012.

CEBECİ, Kemal, 'Küreselleşme Bağlamında Ulus Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü', *Sayıştay Dergisi*, sy.71, Ekim-Aralık 2008.

COX, Robert W., 'Global Perestroika', *Approaches to World Order*, Eds. Robert W. Cox- T. J. Sinclair, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

CRAIG, Paul/DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law Text, Cases and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2011.

DOĞAN, İlyas, *Parçalayan Küreselleşme (Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

DOĞAN, İlyas, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2008.

GILARDI, Fabrizio, *Delegation in the Regulatory State :Independent Regulatory Agencies in Westwrn Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2008.

GRANDE, Edgar/ PAULY, Louis W., 'Complex Sovereignty and Emergence of Transnational Authority', *Complex Sovereignty: Reconstituting Political Authority in the Twenty-First Century*, Eds. Edgar Grande- Louis W. Pauly, University of Toronto Press, Toronto 2005.

GUEHENNO, Jean-Marie, 'The Topology of Sovereignty', <http://www.usip.org/virtualdiplomacy/publications/papers/vguehenno.html>, 08.06.2012.

HAIG, Stephen Paul, 'Globalization and the Sovereign State: Authority and Territoriality Reconsidered', <http://hnn.us/roundup/archives/11/2006/9>, B.T. 05.01.2012.

HELD, David, Democracy and Global Order, Polity Press, Cambridge 1995.

HINSLEY, Francis H., Sovereignty, Basic Books, New York 1966.

HIRST, Paul / THOMPSON, Grahame, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Çağla Erdem- Elif Yücel, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.

JACKSON, Robert, Sovereignty: Evolution of an Idea, Polity Press, Cambridge UK 2007.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.

KILIÇ, Ali Şahin, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme', AÜHFD, c.58, sy.3, 2009.

KOÇAK, Mustafa, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar- Yeni Anlamlar), Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

KURŞUN, Günel, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011.

LEWIN, Leif, Democratic Accountability Why Choice in Politics is Both Possible and Necessary, Harvard University Press 2007.

ORALLI, Levent Ersin, 'Uluslararası Örgütlerin Anayasacılığa Etkileri', Güvenlik Bilimleri Dergisi, 1(1), Kasım 2012.

ÖZTIĞ, Laçin İdil, 'Globalization and New Medievalism: A Reconsideration of the Concept of Sovereignty', <http://www.turkishweekly.net/article/393/globalization-and-new-medievalism-a-reconsideration-of-the-concept-of-sovereignty.html>, B.T. 15.02.2012.

PAULY, Louis W./ GRANDE, Edgar, 'Reconstituting Political Authority: Sovereignty, Effectiveness, and Legitimacy in a Transnational Order', *Complex Sovereignty: Reconstituting Political Authority in the Twenty-First Century*, Eds. Edgar Grande- Louis W. Pauly, University of Toronto Press, Toronto 2005.

POGGI, Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi*, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.

RASHID, Barrister Harun, 'Legal Meaning of Sovereignty', [http:// thedailystar. Net/law/2004/04/01](http://thedailystar.Net/law/2004/04/01), 15.07.2011.

RUGGIE, John Gerard, 'Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations', *International Organization*, Vol 47, 1993.

SAK, Yıldray, *Avrupa Birliği İle Üye Devletleri Arasındaki Yetki Paylaşımı Sorununa Hukuk Kuramı Yaklaşımı*, Marmara Üniveritesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

SARMAH, Durga Kanta, *Political Science, Volume 1*, New Age International Publishers, New Delhi 1997/2004.

SCHOLTE, Jan Aart, 'Civil Society and Sovereignty in aPost-Statist Circumstance', *Re-Envisioning Sovereignty: The End of Westphalia?*, Edited by JACOBSEN, Trudy/SAMPFORD, Charles/THAKUR, Ramesh, Ashgate Publishing, Hampshire 2008.

SMITH, Michael Joseph, 'Sovereignty, Human Rights and Legitimacy in the Post-Cold War World', [http:// faculty.virginia.edu/irandhuman rights/mjsonsovtv.htm](http://faculty.virginia.edu/irandhumanrights/mjsonsovtv.htm), B.T.18.07.2011.

TEKİNSOY, Özge Okay, 'Avrupa Kamu Düzeni Kavramı', *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2011.

TUNCER, Hüner, *Küresel Diplomasi*, Ümit Yayınları, Ankara 2006.

UYGUN, Oktay, 'Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi', *Anayasa Yargısı*, sy. 20, Ankara 2003.

SURİYE VATANDAŞLARININ GEÇİCİ KORUNMASI ve ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ*

ÖZET

Uluslararası toplumun karşılaştığı en önemli sorunlardan birisi de, çeşitli sebeplerle ülkesini terk etmek zorunda kalan kişi gruplarının sığınma talep edilen devlet ülkesinde, sahip olacakları hak ve özgürlükleridir. Bazı birey kategorileri gibi, mülteciler ve sığınmacılar da, uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 Cenevre Sözleşmesi, mültecilerin hukuki durumuna ilişkin temel bir uluslararası hukuk kaynağıdır. Türkiye'de kurulan çadırkentlerde barınmaları sağlanan Suriye vatandaşlarının mülteci ya da sığınmacı statüsüne sahip olmadığı, ancak "geçici koruma" altına alındıkları söylenebilir. Bu çalışmada geçici koruma kurumu, özellikle Avrupa Birliği hukuku ve uygulamaları ile karşılaştırılarak, Türkiye'deki Suriye vatandaşlarının durumu değerlendirme konusu yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELE: Arap Baharı, mülteci, sığınmacı, geçici koruma, Suriye'li mülteciler.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

TEMPORARY PROTECTION OF SYRIAN CITIZENS AND INTERNATIONAL REFUGEE LAW

ABSTRACT

One of the main problems of the international society is the group of people's who are forced to leave their country because of various reasons rights and freedom that they will have in the asylum state. Like the categories of individual, refugees and asylum seekers are accepted as a subject of the international law. The Geneva Convention of which Turkey is also a contracting member country is a fundamental international law source regulating the legal situation of refugees. It can be said that the Syrian citizens whose sheltering are provided in the tent cities in Turkey do not have the status of refugee or asylum seeker, but are granted "temporary protection". In this study –with a comparison of EU law and practice- the institution of temporary protection and the situation of Syrian citizens in Turkey are analyzed.

KEYWORDS: Arab spring, refugee, asylum seeker, temporary protection, Syrian refugees.

1. Giriş

Savaş, çatışma, ekonomik krizler ve daha iyi bir yaşam beklentisi gibi pek çok sebebe bağlı olarak ülkesini terk eden kişilerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bunlar arasında ırkı, dini, dili, tabiiyeti, siyasi düşüncesi gibi farklılıklarından dolayı ülkesinde baskı ve tehdit gören ve ülkesini terketmek zorunda kalan mülteci ve sığınmacılar önemli bir yer teşkil etmektedir¹.

¹ Genel olarak günlük dilde birbiri yerine kullanılabilen mülteci ve sığınmacı kavramlarına hukuki açıdan farklı anlamlar yüklenmiştir. Kavramlar hakkında geniş bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Bülent; *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 39-49; ÇİÇEKLİ, Bülent; *Yabancılar Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 233-236; EKŞİ, Nuray; *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 3-5; BAŞAK, Cengiz, *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler*, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara 2011, s. 4-7; ALTINIŞIK, Çiğdem / YILDIRIM, M.

Yaşanılan ülkeyi terke zorlayan ve kitlesel nüfus hareketlerine yol açan olaylardan biri de “Arap Baharı” olarak adlandırılan süreçtir. İlk olarak Tunus’ta ortaya çıkan ve giderek genişleyen bu hak talepleri süreci; Libya, Cezayir, Fas, Mısır, Suriye, Ürdün, Bahreyn gibi ülkelere de yayılmış; büyük halk desteğiyle meydanlarda demokrasi, insan hakları ve özgürlük gibi meşru talepler dile getirilmiştir. Tunus, Cezayir ve Mısır’da hükümetler, olaylar çok yayılmadan istifa etmiştir. Ancak geçiş süreci, her ülkede bu kadar kolay atlatılamamıştır. Başta Suriye olmak üzere bazı ülke hükümetlerinin sert tepkisi ve gayriinsani uygulamaları sonucu, binlerce insan yaşamını yitirmiş ve özellikle komşu devlet ülkelerine yönelik kitlesel nüfus hareketleri meydana gelmiştir². Suriye’deki olaylar sonucu Türkiye de, bu nüfus hareketlerinin hedef ülkelerinden birisi olmuştur.

Günümüz uluslararası hukuku, artık tartışmasız bir biçimde devletler yanında uluslararası örgütleri de hukuk kişisi kabul etmekte; gerçek kişilerin bazı eylemlerini ve belirli kişi kategorilerini düzenleme konusu yapmakta ve onlar için hak ve yükümlülükler öngörmektedir. Her şeyden önce, gerçek kişilerin uluslararası hukuk süjeliği, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması sisteminin kabul edilmesi ve uygulanmasına paralel olarak gelişmiştir. İnsan hakları konusundaki gelişmelerin de etkisiyle azınlık, mülteci ve vatansızlık statüsünü taşıyan kişilerin hukuki durumları, uluslararası hukukça belirlenmeye başlamış ve giderek düzenleme alanı genişlemiştir. Öte yandan uluslararası suç niteliğindeki bir fiili işleyen³ veya uluslararası uyuşmazlıkların

Şahin; *Mülteci Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002, s. 7-9.

² ÖZTÜRK, Havva, “Arap Baharı ve Mülteci Sorunu”, 11 Ekim 2012, Uluslararası İlişkiler ve Stratejik Araştırmalar Merkezi (TÜRKSAM), *Genç Bakış*, <http://www.turksam.org/gencbakis/a2785.html> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).

³ BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; *Devletler Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 168. Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği hakkında ayrıca bkz. PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 200-227; ACER, Yücel / KAYA, İbrahim; *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, Usak Yayınları, Ankara 2010, s. 96-98.

çözümünde diplomatik yolları kullanan gerçek kişiler de uluslararası hukukun süjesi bulunmaktadır.

Mülteci ve sığınmacıların hukuki durumu, uluslararası hukukun düzenleme konusu olmakla birlikte, iç hukuk düzenlemelerinden de tamamen bağımsız değildir. Konuya ilişkin hukuk kaynaklarını; genel olarak uluslararası hukuk, Avrupa Birliği hukuku ve Türk iç hukuku ayırımı çerçevesinde ele almak mümkündür.

2. Türkiye'ye Gelen Suriye Vatandaşlarının Genel Durumu

Suriye Arap Cumhuriyeti'nde ilk defa 2011'in Mart ayında patlak veren olaylar ve iç karışıklıklar sonucu binlerce kişi evini ve ülkesini terk etmek zorunda kalmıştır. Türkiye, sınırlarını açacağı konusunda, uluslararası topluma güvence vermiştir⁴. Suriye'den Türkiye'ye yönelik ilk kitlesel nüfus hareketi 300-400 arası Suriye vatandaşının 29 Nisan 2011 tarihinde Cilvegözü (Hatay) sınır kapısına dayanması ile olmuştur. Yaklaşık yirmi aydan bu yana devam eden olaylar sonucu, kitlesel nüfus hareketleri de giderek artış göstermiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin 27 Aralık 2012 tarihli verilerine göre, barınma imkanı sağlanan Suriyeli vatandaşların sayısı, Türkiye'deki yetkili makamların açıklamasına paralel olarak, 147.107 olarak belirtilmiştir⁵.

⁴ Ancak, Ağustos 2012'nin ikinci yarısından itibaren Irak ve Türkiye'nin, Suriyelilerin ülkelerine girişini engelleyecek ya da kısıtlayacak uygulamalar başlattığı; sadece acil sağlık durumu bulunan veya bazı nesnel olmayan ölçütleri taşıyan belirli kişilerin geçmesine izin verdiği ileri sürülmüştür. Bkz. Human Rights Watch, News, *Iraq/Turkey: Open Borders to All Syrian Refugees*, <http://www.hrw.org/news/2012/10/14/iraqturkey-open-borders-all-%20syrian-refugees-0> (Erişim Tarihi: 20.12.2012). Sonraki tarihlerde Türkiye'ye gelenlerin sayısında düzenli bir artış olduğu dikkate alındığında, bu iddianın doğrulanması zordur. Öte yandan, ülkeye kabul edilen yabancılara ilişkin özel bir hassasiyet gösterilmesi, herşeyden önce ulusal güvenliğe ilişkin bir gerekliliktir.

⁵ BM Mülteciler Yüksek Komiserliğinin 27 Aralık 2012 tarihli açıklamasına göre, ülkesini terk edenlerden kayıt altına alınmış Suriyelilerin toplam sayısı 562.950'dir. Türkiye'deki 147.107 kişi yanında; Lübnan'da 126.724, Ürdün'de 116.778, Irak'ta 67.015 ve Mısır'da 12.836 kişi bulunmaktadır. Bkz. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Réponse*

Türkiye ilk başta yaşanan insanlık dramına kayıtsız kalmamak ve Suriye'deki çatışmalardan kaçan insanlara sığınacak yer sağlamak adına sınırlarını koruma talep eden Suriyelilere açmıştır. Bununla birlikte, ülkeye gelenlerin sayısı her geçen gün artmış; sınır bölgesinde farklı il sınırları içinde yeni barınma alanları ihdas edilmiştir.

Türkiye'ye gelen Suriye vatandaşlarının yiyecek, içecek, barınma, sağlık ve eğitim gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik çaba gösterilmektedir. Bununla birlikte geçici olarak düşünülen kamplarda, şüphesiz tüm taleplerin yeterince karşılanması mümkün değildir. Yaklaşık 150 bin kişinin aynı anda barınmalarına imkan sağlanması, devlet için büyük bir malî külfet anlamına da gelmektedir⁶. Geçici korumanın niteliği gereği, yerleşik ve düzenli bir sosyal hayat için normal bazı ihtiyaçların karşılanmasında güçlükler yaşanması da kaçınılmazdır. Öte yandan sahip olunan hukuki statü konusunda da ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Türkiye'de ikamet, seyahat, eğitim ve çalışma haklarından yararlanma yanında, BMMYK ve İçişleri Bakanlığı'na sığınma başvurusu yapma, pasaport talebinde bulunma ve sınır dışı edilmeye ilişkin konularda sıkça sorunlar yaşanmaktadır.

Suriye'den Türkiye'ye sığınan kişilerin durumlarından sorumlu kuruluş olarak, Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) belirlenmiştir. Türkiye'deki barınma merkezlerinde bulunan Suriye vatandaşlarının sayısı, 26 Aralık 2012 tarihinde AFAD tarafından yapılan basın açıklamasına göre, 147.107'dir. Suriye vatandaşları Hatay, Gaziantep, Kilis, Şanlıurfa, Kahramanmaraş, Osmaniye ve Adıyaman'da yer alan 13 çadırkent, 1 konteynerkent ve 1 geçici kabul merkezinde barındırılmaktadır⁷. Türkiye, "açık kapı politikası" sonucunda kabul ettiği

Régionale à la crise des Réfugiés en Syrie, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> (Erişim Tarihi: 29.12.2012).

⁶ Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin Önsözünde sığınma hakkı tanımının, bazı ülkelere son derece ağır yük yükleyebileceği ve uluslararası kapsamı ile niteliği Birleşmiş Milletler'ce kabul edilmiş bulunan bir sorunun, uluslararası işbirliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözümlenemeyeceği ifade edilmektedir.

⁷ Suriye vatandaşlarının barınmaları amacıyla Hatay'da beş, Şanlıurfa'da iki, Gaziantep'te üç, Kahramanmaraş, Osmaniye ve Adıyaman'da birer olmak üzere toplam 13 çadırkent ile Kilis'te 12 bin kişilik bir

Suriye vatandaşlarına geçici koruma statüsü vermekte ; ülkelerinde normalleşme sağlanıncaya kadar Türkiye’de “misafir” konumunda barındırmakta ve -kendileri talep etmedikçe- geri göndermemektedir. Ancak geçici olarak öngörülen bu durum, kitlesel sığınmaların başlamasından bu yana geçen süre ve geleceğe yönelik belirsizlik göz önüne alındığında, süreklilik taşıma potansiyeline de sahiptir.

3. Geçici Koruma Politikasının Ortaya Çıkışı ve Avrupa Birliği Hukuku

Geçici koruma politikası, beklenmeyen ve sınırlara yönelik toplu nüfus hareketlerinde izlenen bir acil durum politikasıdır. Bu politika, daha uzun vadeli bir çözüm bulununcaya kadar , bir ara çözüm niteliği taşımaktadır. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de sınırlara yapılacak toplu nüfus hareketleri ile ilgili düzenlemeler yer alsa da; geçici koruma politikasına açıkça yer verilmemiştir . Bu sebeple geçici

konteynerkent kurulmuştur. 26 Aralık 2012 tarihli açıklamaya göre, 2011 Nisan ayında Suriye’de başlayan iç karışıklıklar nedeniyle meydana gelen nüfus hareketlerine bağlı olarak, Türkiye’ye 206.954 Suriye vatandaşı girişi yapılmıştır. Bunlardan ülkesine dönenlerin sayısı 59.847’dir. Açıklamanın yapıldığı tarih itibariyle; Hatay’da 12.864, Gaziantep’te 25.928 (8.559’u İslahiye, 6.999’u Karkamış, 10.370’i Nizip), Kilis’te 13.420, Şanlıurfa’da 60.413 (33.960’ı Ceylanpınar, 26.453’ü Akçakale), Kahramanmaraş’ta 16.935, Osmaniye’de 7.917 ve Adıyaman’da 9.071 kişi barınmaktadır. Bkz. T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, *Bugün İtibariyle Barınma Merkezlerinde 147.107 Suriye Vatandaşı Bulunmaktadır*, <http://www.afad.gov.tr/TR/HaberDetay.aspx?IcerikID=1006&ID=12> (Erişim Tarihi: 29.12.2012). Barınma merkezlerinde bulunan Suriye vatandaşlarının sayısı, AFAD’ın verilerine göre, 21 Kasım 2012 tarihinde 123.747; 13 Aralık 2012 tarihinde 138.965’tir. İki-üç haftalık aralıklarla karşılaştırma yapmamıza imkan tanıyan bu veriler, sayının giderek artma eğiliminde olduğunu açıkça göstermektedir. Öte yandan, Suriye’deki iç karışıklık dolayısıyla ülkesini terk edip Türkiye’ye gelen Suriye vatandaşlarının toplam sayısının, barınma yerlerinde bulunanlardan çok daha fazla olduğu ve bu sayının 185 bini bulunduğu tahmin edilmektedir. Bkz. SANDIKLI, Atilla / SEMİN, Ali (Haz.); *Bütün Boyutlarıyla Suriye Krizi ve Türkiye, Bilge Adamlar Kurulu Raporu*, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No: 52, Ankara 2012, s. 45.

koruma politikası ve uygulamasının , Sözleşme'deki bir boşluğu doldurduğu düşünülebilir . Geçici koruma statüsü verilen kişilerin her türlü ihtiyaçları, kabul eden devlet tarafından karşılanmaktadır⁸.

1990'lı yıllarda Eski Yugoslavya ve Kosova'dan Avrupa Birliği (AB)'ne üye devlet ülkelerinin sınırlarına yapılan kitlesel nüfus hareketleri ile baş edebilmek için yeni bir politika üretme ihtiyacı ortaya çıkmış ve özel yöntemler geliştirilmesine gereksinim duyulmuştur. Bu ihtiyaç ve gereksinimi göz önünde tutan AB , 30 Kasım 1993 tarihinde bazı özel önlemler almış ; Avrupa Konseyi, özellikle ülkelere gelen kişilerin kabulü ve sığınma talebinde bulunanların barınmasına ilişkin yük paylaşımı sorunlarıyla ilgil enmiştir. Amaç, öncelikle kişilerin hayati ihtiyaçları için gerekli olan geçici koruma ihtiyacını sağlamak olup , bu şekilde bir kat egori ilk kez oluşturulmuştur . Hukuki olarak da Konsey, 1995 yılında kabul ve ikamet konusunda yük paylaşımına ilişkin geçici korumaya yönelik çalışmalar yapmıştır⁹.

Eski Yugoslavya'nın dağılması sonrası yaşanan tecrübe , üçüncü ülkelerden gelen ve geldikleri ülkeye geri dönemeyecek durumda bulunan yerinden edilmiş kişilerin durumlarına yönelik çalışmaları artırmış; uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilere sağlanacak geçici korumanın asgari standartlarının belirlenmesi, Amsterdam Andlaşması ile AB'nin gündemine girmiştir¹⁰.

⁸ DİZMAN, Ali Osman, “Geçici Koruma Politikası ve Türkiye’ye Sığınan Suriyeliler”, TEPAV, *Değerlendirme Notu*, Ağustos 2012, s. 2, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1346221434-0.Gecici_Koruma_Politikasi_ve_Turkiye_ye_Siginan_Suriyeliler.pdf (Erişim Tarihi: 31.10.2012).

⁹ PERAL, Luis, “EU Protection Scheme for Refugees in the Region of Origin: Problems of Conditionality and Coherence”, *European Society of International Law*, <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Peral.PDF> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).

¹⁰ DİZMAN, s. 2-3. Ortak bir sığınma sistemi kurma çabası içinde bulunan Avrupa Birliği, 1997 yılında imzalanan Amsterdam Andlaşması ile sığınma ve göç konusunda yeni adımlar atmıştır. Mayıs 1999'da Amsterdam Andlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte sığınma konusunda yeni bir dönem başlamıştır. Aynı yıl Tampere'de toplanan zirvenin sonuç

Geçici koruma politikası ile ilgili bir başka uluslararası belge BMMYK tarafından 1994 yılında yayınlanan rapordur¹¹. Söz konusu raporda, Eski Yugoslavya örneğinden yola çıkarak tanımlanan geçici koruma politikasının temel özellikleri şu şekilde sayılmıştır : Sığınma talep edilen ülkeye kabul, geri göndermeme, temel insan haklarına ve uluslararası düzeyde kabul edilmiş standartlara uygun olarak muamele ve şartların normalleşmesi üzerine ülkesine geri dönebilme.

Avrupa Komisyonu, geçici korumayı şu şekilde tanımlamaktadır : Avrupa dışı ülkelerde meydana gelen yer değiştirme olaylarında , bu kişilerin kaynak ülkeye dönüşlerinin mümkün olmaması halinde derhal ve geçici olarak sağlanan istisnai koruma önlemidir¹².

AB'nin, geçici korumaya ilişkin asgari standartları belirlemede iki sebebin bulunduğu belirtilmektedir¹³:

a) AB'ye üye devletler arasında kitlesel nüfus hareketleri ile yer değiştirmiş insanlar hakkında kabul ve davranışa ilişkin siyaset farklılıklarının giderilmesi,

b) Aynı olaya ilişkin, sığınma talebinde bulunanların kabulü ile ilgili , AB devletleri arasında dayanışma ve yük paylaşımının artırılması.

AB, 20 Temmuz 2001 tarih ve 2001/55/EC sayılı Kitlesel Sığınmalarda Geçici Koruma Yönergesi¹⁴ ile gerekli adımı atmıştır.

bildirgesindeki başlıklardan birisi “Avrupa Birliği Ortak Sığınma ve Göç Politikası”dır.

¹¹ UN High Commissioner for Refugees, *Note on Temporary Protection in a Broader Context*, 1 Haziran 1994, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32514.html> (Erişim Tarihi: 17.12.2012).

¹² European Commission, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/temporary-protection/index_en.htm. (Erişim Tarihi: 31.10.2012).

¹³ European Commission, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/temporary-protection/index_en.htm. (Erişim Tarihi: 31.10.2012).

¹⁴ “Yurdundan Ayrılmaya Zorlanmış Kimselerin Kitlesel Sığınma Durumunda Geçici Koruma Sağlamak İçin Asgari Standartlar Hakkında ve Üye Devletler Arasında Bu Tür İnsanları Ülkeye Kabul Etmesi ve Sonrasında

Yönerge'nin Giriş kısmında “son yıllarda, yurdundan ayrılmaya zorlanmış ve kendi ülkelerine geri dönemeyen kimselerin kitlesel sığınma durumları; Avrupa için daha da esaslı, önemli bir boyuta ulaştığından, bu durumda olan kişilere acil geçici koruma sunabilmek için olağan dışı düzenlemeler oluşturma gerekliliği”nden bahsetmektedir (par. 2). Ancak bu Yönerge'nin AB üyesi devletler arasında oluşturulmasını amaçladığı dayanışma, bugüne kadar tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir¹⁵.

Yine Giriş'te geçici korumanın, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Cenevre Sözleşmesi)'ne uygun olarak mülteci statülerinin tanınmasına engel teşkil etmeyeceği, korumanın sınırlı bir süreye bağlı bulunacağı, geçici korumanın bitmesi halinde kişilerin kaynak ülkeye gönderilmesinde üye devletlerin önlemler alması gerektiği vurgulanmıştır.

Yönerge'nin tanımlar başlıklı 2'nci maddesinde “geçici koruma”, “üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkelerine dönemeyen yerinden edilmiş kişilerin kitlesel sığınması ya da yakın bir kitlesel sığınma tehlikesi durumunda, özellikle de sığınma sisteminin bir akınlı, etkili işleyişi olumsuz biçimde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması durumunda, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu tür kişilere acil ve geçici koruma sağlaması” şeklinde tanımlanmıştır. Maddede yer verilmiş dikkat çekici ve önemli diğer kavram “yerinden edilmiş kişiler”dir ve şu şekilde düzenlenmiştir: “Kendi ülkelerini ya da buldukları yerleri terk etmek zorunda kalmış, ya da özellikle uluslararası organizasyonlar tarafından gelen bir istek üzerine tahliye edilmiş ve bu ülkede devam eden durum dolayısıyla güvenli ve sürekli koşullar altında geri dönemeyen üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişiler, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1A

Bunun Sonuçlarına Katlanması Çabalarında Denge Sağlayacak Önlemler Hakkında Konsey Yönergesi” şeklinde uzun bir adı bulunan metin , 26 paragraflık bir giriş kısmından sonra 9 ana bölüm içerisinde 34 maddeden oluşmaktadır. Bkz. European Commission, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/exUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 31.10.2012).

¹⁵ European Commission, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/temporary-protection/index_en.htm. (Erişim Tarihi: 31.10.2012).

sayılı maddesinin ya da başka uluslararası ya da ulusal , uluslararası koruma sağlayan araçlar kapsamına girebilen, özellikle:

(i) silahlı anlaşmazlık bölgelerinden ya da yaygın şiddetten kaçan kişiler;

(ii) (kendi) insan haklarının sistematik ya da genel olarak ihlal edilmesi durumlarının kurbanı olmuş ya da böyle bir duruma maruz kalma konusunda ciddi bir biçimde risk altında olan kişiler”.

Geçici koruma uygulaması, 1951 Cenevre Sözleşmesi gereğince mülteci statüsünün tanınmasına engel teşkil etmeyecek, temel hak ve özgürlüklere ve geri göndermeme (*non-refoulement*) hükümlerine uygun olacak, BMMYK ve diğer ilgili uluslararası örgütlerle sürekli görüş alışverişine tabi bulunacaktır (m. 3). Geçici koruma süresi kural olarak bir yıldır; bu süre, bir yıl daha uzatılabilir. Konsey’in nitelikli çoğunluk kararıyla, aynı süreyle uzatılması da mümkündür (m. 4).

Geçici koruma uygulayan devlet, bu korumadan yararlanan kişilere işlemleri azaltmak ve vize kolaylığı sağlamak yükümlülüğü altındadır (m. 8). Ayrıca geçici koruma süresi içerisinde yetişkinler için eğitim imkanları , mesleki eğitim ve uygulamalı işyeri deneyiminden yararlanmak gibi faaliyetler de dahil olmak üzere , ilgili mesleğe uygulanan kurallara tabi olarak, ücretli ya da serbest meslek sahibi olarak çalışmalarına izin verilmelidir (m. 12). Üye Devletler, geçici koruma altındaki kişiler için uygun barınaklar temin etme, yeterli kaynakların bulunmaması durumunda ise, sağlık ve sosyal yardım için gerekli şartları oluşturma yükümlülüğü altındadır (m. 13). Yönerge, çocuklar lehine özel hükümler de içermektedir. Buna göre, 18 yaşından küçükler için üye devletler, kendi vatandaşlarına sağladığı şartlara eşit şartlar içinde eğitim imkanı vermelidir (m. 14).

Geçici korumadan yararlanan kişiler, her zaman sığınma başvurusunda bulunabilirler (m. 17). Geçici korumanın sona ermesi ile üye devletler, dönüş için gerekli önlemleri alacaklar ve geri dönmelerini sağlayacak önlemleri insanlık onuruna uygun şekilde kolaylaştıracaklardır (m. 21). Benzer bir yükümlülük, kabul edilmesi uygun olmayan kişilerin zorunlu geri dönüşleri için de öngörülmüştür (m. 22). Üye Devletler, geçici koruma için uygun olan kişileri Topluluk dayanışması ruhu içinde kabul edecekler; bu kişileri kabul kapasitelerini –rakamla veya genel bir biçimde- belirteceklerdir (m. 25).

Üye Devletler, insanlığa karşı suç, barışa karşı suç ve savaş suçu işlemiş, ulusal güvenliği açısından sakıncalı görülen veya BM'in amaç ve ilkelerine aykırı eylemleri dolayısıyla suçlu bulunan kişileri geçici koruma dışında tutabilir (m. 28).

4. Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye

Sığınma hakkı temel bir insan hakkı olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer almaktadır. Buna göre, "Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır" (m. 14). 1951 Cenevre Sözleşmesine göre mülteci, "ırkı, dini, tâbiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tâbiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden mutaden ikâmet ettiği ülke dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs" olarak tanımlanmıştır.

Türkiye, 1951 Cenevre Sözleşmesini coğrafi sınırlama ile kabul etmiştir. Buna göre Sözleşme, sadece Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'ye gelen kişilere uygulanacaktır. 1951 Cenevre Sözleşmesi uyarınca, Türkiye'nin Avrupa dışında meydana gelen olaylardan kaçarak mülteci durumuna gelmiş kişilere karşı, uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bundan dolayı Avrupa vatandaşı olmayanlar, Türkiye'ye ancak geçici olarak sığınabilmektedir. Uluslararası korumaya gerek duyduğu kabul edilen sığınmacılara ise sadece "bir başka ülkeden sığınma talebinde bulunma izni" verilmektedir. Avrupalı olmayan sığınmacıların "bir başka ülkede sığınma hakkı aramak üzere oturma izni talebi"nde bulunmak için yerel idareye başvurması ve aynı zamanda BMMYK'ya kayıt yaptırması gerekir¹⁶. Kaydı alınmış sığınma talebinde bulunan kişilere, kimlik kartı verilmekte ve geçici olarak oturma izni sağlanmaktadır.

Coğrafi kısıtlama sebebiyle, Türk iç hukuku açısından mülteci ve sığınmacı kavramları arasında, uluslararası terminolojiden bağımsız bir

¹⁶ BMMYK, Avrupalı olmayan Türkiye'deki sığınmacılara ilişkin bilgiler için bkz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Türkiye; <http://www.unhcr.org.tr/?page=45> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).

farklılık da meydana getirilmiştir¹⁷. “Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁸ (1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği) hükümlerine göre mülteci, “Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyuşu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıdır”; sığınmacı ise, “ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyuşu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıdır”. Avrupa dışından gelen ve 1951 Cenevre Sözleşmesindeki tanıma uygun şekilde mülteci olma ölçütlerini taşıyan yabancılara sığınmacı statüsü verilebilecektir¹⁹.

¹⁷ Mülteci ve sığınmacı kavramları, birbiri ile karıştırılan ve sıklıkla birbirleri yerine kullanılan iki kavramdır. Oysa, uluslararası literatürde mülteci (*refugee*) ve sığınmacı (*asylum seeker*) kavramları farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Mülteci kavramı, mültecilik statüsünü “*de jure*” yani hukuken elde etmiş bir yabancı için kullanılmalıdır. Sığınmacı ise, mültecilik statüsü incelenen ve bu nedenle kendisine geçici koruma sağlanan yabancı kişi anlamına gelmekte olup, “*de facto* (fili) mülteci” olarak da adlandırılabilir. Terminolojik ayırımı göre mülteci, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ölçütlerine uygun olarak kendisine tanınmış bütün haklardan yararlanan kişiyi; sığınmacı ise, henüz mülteci statüsü kazanmamış, bu statüyü kazanabilmesi için hakkında inceleme yapılan kişiyi ifade eder. Bkz. ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, s. 234.

¹⁸ Bakanlar Kurulu, Karar Sayısı: 94/6169, Karar Tarihi: 14.9.1994, RG., 30.11.1994, S. 22127.

¹⁹ ÇİÇEKLİ, *Mülteciler ve Sığınmacılar*, s. 47-48.

Bu statüyü kazanan sığınmacılara “makul bir süre için Türkiye’de kalma izni ve “üçüncü bir ülke tarafından mülteci olarak kabul edilene kadar (...) geçici sığınma hakkı” tanınmaktadır²⁰.

Türk iç hukuku açısından 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği, 1951 Cenevre Sözleşmesinden daha kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Çünkü 1994 Yönetmeliği, sadece mültecileri değil, sığınmacıları ve nüfus hareketlerini düzenleyen hükümlere de yer vermektedir. Bu yönetmelik uyarınca, Türkiye’nin açık kapı politikası sonucu olarak ülkeye kabul edilen Suriye vatandaşlarına “geçici koruma” statüsü verilmiştir. Böylece Suriye’deki durumun normalleşmesine kadar Türkiye’de, bir anlamda “misafir” konumunda barındırılmaktadırlar. Türkiye’ye gelen Suriye vatandaşlarının büyük sayılara ulaşması, böyle geçici bir statünün verilmesinde en büyük etkidir. Ancak Suriye’deki krizin ne zaman çözüme kavuşturulacağı ve Türkiye’de bulunan misafir konumundaki kişilerin ülkelerine dönüp dönmeyecekleri ya da ne kadar süre Türkiye’de yaşamaya devam edecekleri belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizlik ortamı, hukuki ve siyasi açıdan sorunun çerçevesini çizmeyi de güçleştirmektedir.

Türkiye’den sığınma talebinde bulunan kişilere uygulanan prosedür ve ilkeleri düzenleyen 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği, “Türkiye’nin İltica ve Topluca Gelen veya Sınırlarımızı Topluca Geçen Mülteci ve Sığınmacıların Ülkemize Kabul Edilmeleri Halinde , Yapılacak İşlemler ve Alınacak Tedbirler” başlıklı bir bölüme yer veriyorsa da , görünüşe göre Suriyeli sığınmacıların önemli bir çoğunluğu, birçok eksikliğine²¹ rağmen asgari hukuki kesinlik ve temel

²⁰ İltica ve Göç Alanındaki AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı için bkz. AY, Kadir / vom BRAUCKE, Thomas vd. (Editörler), *İltica ve Göç Mevzuatı*, Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara 2005, s. 4-57.

²¹ Uluslararası Af Örgütü’nün 2009 yılı raporlarından birinde, “Türkiye’nin sığınmacılara ilişkin mevzuatı uluslararası standartlara uygun olmadığı ve adil olmayan ve keyfi bir biçimde uygulandığı için , Türkiye’de uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişilerin uluslararası düzeyde tanınan haklardan faydalanamadıkları” ifade edilmektedir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, *İki Arada Bir Derede: Türkiye’deki Mültecilere Koruma Sağlanmıyor* , Londra 2009, s. 8.

hakları sağlayan “alıılmış” Türkiye iltica sistemine dahi giriş yapamamaktadır.

Şu ana kadar Suriye’de yakın geçmişte yaşanan sıkıntılardan kaçan sığınmacılar, sınırdan giriş yaptıkları esnada Türk yetkililer tarafından kayıt altına alınarak, ancak BMMYK mülteci kayıt sürecine erişimi olmadan mülteci kamplarına yerleştirilmiştir.

Türk yetkililer, Suriye’li sığınmacıları “misafir”²² olarak değerlendirmekte ve kalacakları sürenin uzunluğu hakkında belirgin herhangi bir kısıtlama olmasa da, onların statülerini mülteci veya sığınma talebinde bulunan kişiler olarak belirleyen herhangi uluslararası ya da Türkçe resmi belge bulunmamaktadır.

Türkiye, sınırlarını açık tutarak ve ülkede kalmalarına izin vererek Suriyeli sığınmacılara *de facto* bir koruma sağlamış olsa da, görünen o ki sığınmacıları 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği ile sağlanan resmi iltica sistemine yerleştirme konusunda isteksiz davranmaktadır. “Devletin misafiri” olma gibi belirsiz bir konumda bırakılmak, durumun geçici ve geri alınabilir olarak algılanmasına yol açmakta ve Türkiye’de barınan Suriye vatandaşları arasında sınır dışı edilme endişesinin artmasına neden olmaktadır.

BMMYK, Türkiye’nin Hatay’da ağırlanan Suriye uyruklu kişiler için “misafirler” terimini kullanmaya devam ettiğini doğrulamıştır. BMMYK, Türkiye’nin sağladığı korumanın “geçici koruma” kavramıyla doğrudan örtüştüğü ve bu durumun da böyle büyük ölçekli mülteci akını durumları için kabul edilebilir bir yaklaşım olduğu kanaatindedir²³.

Bununla birlikte, geçici koruma kavramı, yeni bir yasa çalışması önerisi içinde yer alsa da, mevcut Türk yasalarına göre hiçbir resmi

²² Türkiye yetkililer daha önce de Çeçenistan’daki savaştan kaçarak Türkiye’ye sığınmış olan Çeçen mültecilere de gayri resmi “misafir” statüsü vermişti. Af Örgütü’ne göre “Avrupalı sığınmacı kategorisinde olmalarına rağmen bireylerin yaptıkları sığınma başvuruları görevlilerce reddedildi.” Bkz. Uluslararası Af Örgütü, s. 12.

²³ BMMYK Türkiye Temsilciliği Sözcüsü Metin Çorabatır’ın yazılı yanıtı, 25 Eylül 2011.

geçerliliği bulunmamaktadır²⁴. Bunun yanı sıra, uluslararası standartlara göre, geçici korumanın yararlanıcılarına koruma süresince sığınılan ülkede kalma yetkisi veren ve gerekli belgeleri alabileceği yasal bir statü sağlanmalıdır. Son olarak geçici koruma, tam mülteci statüsü konusunda hiçbir zaman önyargı oluşturmamalıdır²⁵.

5. Sonuç

Suriye'deki iç karışıklıklar sebebiyle yaşanan kitlesel nüfus hareketi, şüphesiz sadece hukuki bir sorun oluşturmamaktadır. Mevcut durumun aynı zamanda siyasî, sosyal, ekonomik, malî, ticarî ve hatta güvenlik boyutu göz ardı edilemez. Bu sebeple, güncel örnekten yola çıkarak uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ve iç hukukta oluşturulmaya çalışılan normatif düzenlemeler, tüm bu unsurlar dikkate alınarak özenle ele alınmalıdır. Öte yandan Suriye sorununa çözüm arayışı bakımından Türkiye, uluslararası toplumun sürekli dikkatini çekmeli; BM ve NATO gibi uluslararası örgütlerin çözüme katkı ve katılımını sağlama çabasını sürdürmelidir.

Türkiye'nin nüfus hareketlerine yönelik olarak izlediği politikaya uygun araçlar, 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliğinde kısmen düzenlenmiş olsa da, ulusal mevzuat güncel gelişmelere yanıt vermekten uzaktır. Bu sebeple, halen Türkiye'de bulunan Suriye vatandaşları için uygulanmakta olan geçici koruma politikasının yasal bir karşılığı bulunmamaktadır. Müzakere süreci içinde bulunan Türkiye, birçok konuda olduğu gibi göç ve iltica konusunda da, aday ülke olmanın gereklerine uygun olarak, mevzuatını AB normları ile uyumlu bir hale getirmeye ve güncel uluslararası gelişmelere uygun bir yasal düzenleme oluşturmaya çaba göstermelidir. Bu çabanın bir göstergesi olarak 2006

²⁴ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).

²⁵ Avrupa-Akdeniz İnsan Hakları Ağı (Euro-Mediterranean Human Rights Networks / Réseau Euro-Méditerranéen des Droits de l'Homme); *Belirsizlik: Türkiye'deki Suriyeli Mültecilerin Durumunu En İyi Anlatan Kelime*, EMHRN Yayınları, Ekim 2011, http://www.euromedrights.org/files/Rapport_Migration_2011_TK_723580498.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2012).

yılında bir Ulusal Eylem Planı oluşturulmuş ve konuya ilişkin “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı” ve gerekçesi 3 Mayıs 2012 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Kabul edilerek yürürlüğe girmesi beklenen bu temel yasa ve ikincil düzenlemeler ile, göç ve iltica alanındaki uygulamaların uluslararası insan haklarına daha uygun hale getirilip hukuki, idari ve fiziki altyapıların geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Kaynakça

- ACER, Yücel / KAYA, İbrahim; *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, Usak Yayınları, Ankara 2010.
- ALTINIŞIK, Çiğdem / YILDIRIM, M. Şahin; *Mülteci Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002.
- Avrupa-Akdeniz İnsan Hakları Ağı (Euro-Mediterranean Human Rights Networks / Réseau Euro-Méditerranéen des Droits de l’Homme); *Belirsizlik: Türkiye’deki Suriyeli Mültecilerin Durumunu En İyi Anlatan Kelime*, EMHRN Yayınları, Ekim 2011, [http://www.euromedrights.org/files/Rapport Migration 2011 TK 723580498.pdf](http://www.euromedrights.org/files/Rapport_Migration_2011_TK_723580498.pdf), (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- AY, Kadir / vom BRAUCKE, Thomas vd. (Editörler), *İltica ve Göç Mevzuatı*, Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara 2005.
- BAŞAK, Cengiz, *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler*, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara 2011.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Türkiye; <http://www.unhcr.org.tr/?page=45> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; *Devletler Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ÇİÇEKLİ, Bülent; *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- ÇİÇEKLİ, Bülent; *Yabancılar Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- DİZMAN, Ali Osman; “Geçici Koruma Politikası ve Türkiye’ye Sığınan Suriyeliler”, TEPAV, *Değerlendirme Notu*, Ağustos 2012, s. 2, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1346221434-0.Gecici_Koruma_Politikasi_ve_Turkiye_ye_Siginan_Suriyeliler.pdf (Erişim Tarihi: 31.10.2012).
- EKŞİ, Nuray; *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

- European Commission; http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/temporary-protection/index_en.htm. (Erişim Tarihi: 31.10.2012).
- European Commission, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/exUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 31.10.2012).
- Human Rights Watch; News, *Iraq/Turkey: Open Borders to All Syrian Refugees*, <http://www.hrw.org/news/2012/10/14/iraqturkey-open-borders-all-%20syrian-refugees-0> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- ÖZTÜRK, Havva, “Arap Baharı ve Mülteci Sorunu”, 11 Ekim 2012, Uluslararası İlişkiler ve Stratejik Araştırmalar Merkezi (TÜRKSAM), *Genç Bakış*, <http://www.turksam.org/gencbakis/a2785.html> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- PERAL, Luis; “EU Protection Scheme for Refugees in the Region of Origin: Problems of Conditionality and Coherence”, *European Society of International Law*, <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Peral.PDF> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- SANDIKLI, Atilla / SEMİN, Ali (Haz.); *Bütün Boyutlarıyla Suriye Krizi ve Türkiye, Bilge Adamlar Kurulu Raporu*, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No: 52, Ankara 2012.
- T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı; Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, *Bugün İtibariyle Barınma Merkezlerinde 147.107 Suriye Vatandaşı Bulunmaktadır*, <http://www.afad.gov.tr/TR/HaberDetay.aspx?IcerikID=1006&ID=12> (Erişim Tarihi: 29.12.2012).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi; <http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619> (Erişim Tarihi: 20.12.2012).
- Uluslararası Af Örgütü; *İki Arada Bir Derede: Türkiye'deki Mültecilere Koruma Sağlanmıyor*, Londra 2009.
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); *Réponse Régionale à la crise des Réfugiés en Syrie*, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>, (Erişim Tarihi: 29.12.2012).
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); *Note on Temporary Protection in a Broader Context*, 1 Haziran 1994, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32514.html> (Erişim Tarihi: 17.12.2012).

KENT KÜLTÜRÜNÜN SUÇA ETKİSİ -ŞANLIURFA ÖRNEĞİ-

Yrd. Doç. Dr. Mithat Arman KARASU*

ÖZET

Şanlıurfa İli'nde işlenen suçlarının kent kültürü ile ilişkisinin araştırıldığı çalışmanın amacı, Şanlıurfa özelinde, kent kültürü ile suç arasındaki bağı incelemektir. Kent yaşamını şekillendiren mekansal, kültürel, sosyal ve ekonomik dinamiklerin kentte işlenen suçlar üzerinde etkin olup olmadığı, hangi suç türlerinin hangi dinamiklerden ne ölçüde etkilendiği gibi sorular araştırmanın konusunu oluşturmaktadır.

İç göç, aşiret ve cemaatlerin etkinliği, bir sınır kenti olmak, kentleşmenin tarıma dayalı gelişmesi, geleneksel ve ataerkil aile yapısının etkinliğini sürdürmesi Şanlıurfa'da kent kültürünün önemli dinamiklerini oluşturmaktadır. Şanlıurfa'da işlenen suçlarda kent kültürünü oluşturan bu dinamiklerin izlerini bulmak mümkündür.

ANAHTAR KELİMELEER: Kent, Kültür, Suç, Kriminoloji, Şanlıurfa

THE IMPACT OF URBAN CULTURE ON CRIME – THE CASE OF ŞANLIURFA -

ABSTRACT

The goal of this study in which the connection between the crimes committed in the Province of Şanlıurfa and the urban culture is surveyed is mainly to investigate the correlation between urban

* Harran Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Öğretim Üyesi.

culture and crime particularly in Şanlıurfa. The subject matter of the study comprises of such questions as whether spatial, cultural, social and economic dynamics that structure the urban life have any impact on the crimes committed in cities and which crime types are affected from these dynamics and to what extent they are affected.

Internal migration, influence of tribes and communities, being a frontier town, development of urbanization based on agriculture, persistence with the influence of patriarchal family structure are among the significant dynamics of the urban culture in Şanlıurfa. It is possible to find the traces of these dynamics that builds up the urban culture within the crimes committed in Şanlıurfa.

KEYWORDS: City, Culture, Crime, Criminology, Şanlıurfa

Giriş

Kent, içinde yaşayanlara bir kimlik, dünyaya farklı bir bakış açısı kazandırırken, kentte yaşayanlar da kenti mimari, kültürel ve tarihsel açıdan yeniden ve yeniden üretir, biçimlendirirler. Kent mekanları, kentin gündelik yaşam kültürünün orta yerinde yer alır. Kentler yalnızca işlevleri değil, taşıdıkları simgesel kodlar ile de toplumun yeniden üretimi ve dönüşümünde merkezi rol oynarlar. Kentsel mekandaki farklılıklar kentlilerin kültürel, sosyal gelişimini etkilediği gibi, kentte işlenen suç ve suç biçimlerini de etkiler.

Ülkemizde kentlerin farklı kent kimlikleri ve kültürleri içerisinde Şanlıurfa özgün bir yeri hak etmektedir. Güneydoğu Anadolu Projesi'nin (GAP) merkezi olması, aşiretlerin kent içindeki etkinliği, kent yaşamında dinin belirleyici rolü, göç alan ve veren demografik yapısı, kentleşme sürecindeki aksaklıklar, sınır boyunda yer alması tarihi kimliğiyle birleşince Şanlıurfa'nın özgün değerlerini ortaya çıkarmaktadır. Bu özgün kent kültürünün kentteki yeme-içme biçiminden eğlence anlayışına, kadının toplumsal statüsünden kentte işlenen suçların türlerine kadar her alanda etkili olduğuna kuşku yoktur.

Şanlıurfa'nın kent kültürünü etkileyen bu özgün unsurların kentte işlenen suçlar üzerinde etkisinin araştırıldığı çalışmada öncelikle kent, kültür ve suç ilişkisi üzerinde durulmuş, kuramsal bir

çerçeve oluşturulmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde, Şanlıurfa İli'nde özgün kent kimliğinin oluşmasında etkin olan unsurlar ele alınmıştır. Son bölümde çalışma kapsamında yapılan araştırmanın sonuçlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın amacı Şanlıurfa'da suç oranlarının artışı/azalışı ya da Şanlıurfa İli'nin suç oranlarının diğer illerin suç oranlarıyla karşılaştırılması değildir. Burada amaç kentin özgün kimliğinin kentte işlenen suç türleri üzerinde etkin olup olmadığını bulmaktır. Çalışma kapsamında Şanlıurfa'da yayınlanan İpekyol gazetesinde yer alan suçlar bir yıl süreyle takip edilerek bir arşiv oluşturulmuştur. Bu arşiv bize hem suçların nasıl işlendiği hakkında ayrıntılı bilgiler vermekte, hem de suçlar konusunda istatistiki veri sunmaktadır. Elde edilen veriler ve işlenen suçların hikayesi bize kent kültürünün işlenen suçlar üzerindeki etkisi hakkında fikir vermektedir. Ayrıca çalışma kapsamında gerektiği durumlarda kentteki kanaat önderleri ve resmi kurumlardan hem bilgi alınmış hem de yüz yüze görüşmeler yapılmıştır.

1. Mekan Olarak Kent, Kültür ve Suç

Kent yalnızca yaşamın devam ettiği bir dekor değil, aynı zamanda, yaşayan bir organizmadır. Kentler toplumda sosyal iletişim ve özgürlük duygusunu teşvik ettikleri gibi, sosyal, kültürel ve ekonomik gelişmenin merkezinde yer alırlar. Diğer taraftan, mekan paylaşımların alışkanlıkları, kültürel özellikleri de mekanın yeniden inşasında belirleyici rol oynar. Böylelikle, mekan ve insanın etkileşimi durmaksızın devam eder¹.

Sosyal ve fiziki çevre arasında önemli bir bütünlük vardır². Mekan sosyal olarak inşa edilmektedir. Sosyal süreç ve mekan daima karşılıklı etkileşim içerisindedir. Bu anlamda suç sosyal bir olgu olduğu kadar mekansal bir olgudur. Suçun sosyo-mekansal ve

¹ Aytaç, Ömer, "Kent Mekanlarının Sosyo-Kültürel Coğrafyası", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2007, 17 (2), s. 200.

² Balcıoğlu, İbrahim, *Şiddet ve Toplum*, Bilge Yayınları, İstanbul, 2001, s. 30.

kültürel bir bileşen olması onu hem kent kültüründen hem de kentin coğrafi ve fiziksel biçiminden etkilenir hale getirmektedir³.

Suçun önlenmesi amacıyla başta coğrafi profillemeye, suç haritaları olmak üzere çeşitli coğrafi bilgi sistemlerinin kullanılıyor olması bize suç ve mekan ilişkisini açıkça göstermektedir⁴. Kentsel mekanda yaşanan farklılık suçlar üzerinde önemli etkilere sahiptir. Tokat ilinde yapılan bir araştırmada il genelinde suçun farklı bir dağılım gösterdiği, mekansal arazi kullanımı ve çevre şartlarının suçun dağılımında etkin olduğu görülmektedir⁵. İngiltere'de yapılan bir araştırmada kentlerin merkezi iş alanları ile banliyöleri arasında işlenen suçlar hem miktar hem de tür bakımından farklılık göstermektedir⁶. Toplu konut alanlarında dış kısımda yer alan konutlarda daha çok soygun olurken, iç kısımda yer alan konut alanlarında daha az soyguna rastlanmaktadır⁷. Türkiye'de; büyük, kentleşme oranı yüksek, gelişmiş, GSYH' dan daha çok pay alan, nüfus yoğunluğu yüksek, göç alan kentlerde daha çok suç işlenmektedir⁸.

-
- ³ Yılmaz, Gülşen, "*Suç ve Mekan: Suçun Temsili Üzerine Düşünceler*", **Mimarlık**, Y. 2006, S. 328, www.mo.org.tr.
- ⁴ Bu konuda bkz. Erdoğan, Aygün ve Şebnem Düzgün, "*Mekan ve Suç: Suç Haritalaması ve Diğer Analitik Yaklaşımlar*", **Polis Dergisi**, Y. 2003, S. 36, s. 482-490. Aksoy, Hakan, "*Coğrafi Profillemeye*", **3. Coğrafi Bilgi Sistemleri Sempozyumu**, Bilişim Günleri, cbs2004.fatih.edu.tr, 2004.
- ⁵ Uzun, Alper ve Alpaslan Aliağaoğlu, "*Tokat Şehrinde Mala Karşı Suçlar*", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Y. 2007, 2 (8), s. 441.
- ⁶ homeoffice.gov.uk., 2.3.2010
- ⁷ Apak, Suat ve Diğerleri, "*Yeni Bir Toplu Konut Yerleşmesinde 'Güvenlik Duygusunun' Değerlendirilmesi*", **İTÜ Dergisi/A**, Y. 2002, 1(1), s. 68.
- ⁸ Bu konuda bkz. Sanal, Recep, "*Türkiye'deki İllerin Emniyet ve Asayiş Bakımından Risk Durumlarının Belirlenmesinde Bir Yöntem Önerisi*", **Polis Bilimleri Dergisi**, Y. 2001, 3 (3-4), s. 193-219. Karasu, Mithat Arman, "*Türkiye'de Kentleşme Dinamiklerinin Suça Etkisi*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, 57 (4), s. 255-283. Yılmaz, Ali ve Semra Günayergün, "*Türkiye'de Şehir Asayiş Suçları Dağılımı ve Başlıca Özellikleri*", **MEB Eğitim ve Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2006, S. 170, s. 230-250.

Sürekli büyüyen kentler ve sayıları artan kentliler, toplumsal birlik duygusunun gerilemesi ve bireyselliğin baskın duruma gelişi, kentsel ölçeğin büyümesi sonucu kentlinin kente yabancılaşması, kamusal alanın gerilemesi ile özel alanına çekilen kentlinin sorunlara duyarsızlaşması suçu tetiklemektedir⁹. Kentteki yetersiz altyapı ve kentsel hizmetler, kent örüntüsündeki fiziksel ve toplumsal yetersizlikler çeşitli toplumsal sorunlara olduğu gibi suç içinde açık bir kapı bırakmaktadır. Artan yetersizlikler hem toplumdaki gerilimi artırarak suça kaynaklık etmekte hem de kentlilerin kentle bütünleşmesi önünde bir engel oluşturmaktadır.

Suç, kentsel mekanda, kendisini besleyen bir döngü yaratmaktadır. Kentler sosyal ve fiziki yapılarının yetersizliği, stres, karmaşa, yoğunluk, farklılık, gürültü ve hız nedeniyle yaşamın zorlaştığı alanlardır¹⁰. Bu durum ekonomik kriz, yoksulluk, işsizlik, kimlik bunalımı vb. etkenlerle birleşerek kentlerdeki suç oranlarının artmasına neden olmaktadır. Artan suç oranları ise, kentsel gelişmenin önüne geçmekte, "güvenli olmayan kent"ler yatırım için cazibesini yitirmekte, kent ekonomik ve sosyal konularda geri planda kalmaktadır. Böylelikle suç ekonomik ve sosyal gelişmeyi önlerken, artan sosyal ve ekonomik yetersizlikler yeni işlenecek suçlar için bir zemin oluşturmaktadır.

Suçun mekan boyutuna bakıldığında üç kuram öne çıkmaktadır. Bunlar; sosyal düzensizlik, mekansal davranış ve sıcak noktalar kuramlarıdır. Sosyal düzensizlik kuramı, 1920'li yılların başında Shaw ve Mckay tarafından formüle edilmiştir. Ekolojik kuram olarak da adlandırılan bu kuramda kentsel mekanda suç, gelişme bölgeleri, suçluluk alanları ve çemberler teorisi gibi kavramsallaştırmalarla incelenmektedir¹¹. Bu kurama göre, kentin büyümesi merkezden gelen baskı ve dışı doğru genişleme ile olur.

⁹ Fırat, Serap, "Yoksulluk, Kentlerde Suç Artışı ve Kent Merkezlerinde Özel Güvenlik Hizmetleri Verilmesi", **Gazi İİBF Dergisi**, Y. 2008, 10 (3), s. 202.

¹⁰ Aydoğmuş, Serpil, "Güvenli Kent Kentsel Suçların Önlenmesi", **Kent Kooperatifçiliği**, Y. 2007, S. 181, s. 26.

¹¹ Yılmaz, Gülsen, "Suç ve Mekan: Suçun Temsili Üzerine Düşünceler", **Mimarlık**, Y. 2006, S. 328, www.mo.org.tr.

Kentsel gelişmenin baskısı sonucunda dışa doğru büyüyen kentte, içte yer alan alanlar giderek cazibesini ve ekonomik değerini yitirir. Evlerin kötüleştiği, kiralara düştüğü, fakir ve kalifiye olmayan işçilerin kötü nitelikli binalarda yaşadığı bu alanlar suça yataklık eder

Bu kurama göre, kent suç için uygun bir ortam sunmaktadır. Ailenin kontrolü kaybetmesi, suç için fırsatların varlığı, geleneksel sosyal denetim mekanizmalarının zayıflaması, sosyal düzensizlik suça kaynaklık etmektedir¹².

Mekansal davranış kuramı ise, iki temel kavram ön plana çıkar. Bunlar; 'bilinen mekan' ve 'aktivite mekan'ıdır. Bilinen mekan suçlunun iyi bildiği mekandır. Genelde suç için uygun bir ortam olan bu mekanda suçlu çevreyi, mekanın fiziksel özelliklerini iyi bilmekte, geçiş ve kaçış yönlerini kafasında kurgulamaktadır. Bilinen mekan suçlunun yaşadığı yere ait bir zihin haritasıdır. Bu harita kişisel gözlemlere, arkadaş tavsiyelerine ya da benzeri bilgi kaynaklarına dayanır. Bu bilinen mekan içerisinde 'aktivite mekanı' yer alır ve suçlunun suçu işlediği ve yaşamını sürdürdüğü yer burasıdır¹³.

Sıcak alanlar kuramı, kent içinde belli alanların suç işlemek için daha uygun olduğunu savunur. Suçun doğrudan mekanla ilişkisi vardır. Suç yaratan bir eylemin gerçekleşmesinde suçlu kişi, mağdur ve mekan bir üçlü suç ayağı oluşturmaktadır. Bu nedenle suçun gerçekleştiği yerin en az suçu işleyen kadar önemli olduğu açıktır¹⁴. Mekanın fiziksel ve sosyal yapısı suçun gerçekleşmesine zemin hazırlar, mekan suçun gelişimini engellediği gibi, suçun yayılmasına da katkıda bulunabilir. Kentsel mekanda özel olarak belirli bazı hedefler suç faillerince seçilmekte ve bu yerlerde suçlar daha fazla

¹² Kızmaz, Zahir, "Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005c, 29 (2), s. 151.

¹³ Erdoğan ve Düzgün, s. 488.

¹⁴ Ataç, Ela ve Davut Gürbüz, "Kentsel Mekanda Gelişen Suça Müdahale Etmede Disiplinlerarası Güvenlik Politikaları", **Polis Bilimleri Dergisi**, Y. 2009, 11 (1), s. 27.

işlenmektedir. Suçu işleyenler bakımından bazı hedefler cazip ve çekici iken, bazı çevresel unsurlar ise suçun gerçekleşmesinde failer için kolaylaştırıcı olmaktadır. Suçun yoğunlaştığı yerlere "sıcak alanlar" denilmektedir¹⁵.

Metro istasyon çıkışları, stadyum çevresi, büyük alış-veriş merkezleri, aydınlatmanın yetersiz olduğu alanlar sıcak alanlar içinde yer almaktadır. Benzer bir biçimde, kent merkezleri nüfus yoğunluğu ve işyerlerinin fazla olması nedeniyle suçlular için daha cazip bölgelerdir. Suçlular yakalanma riski daha az olan ve toplumsal kontrolün daha zayıf olduğu, işyerlerinin yoğun olduğu kent merkezlerinde daha rahat suç işleyebilirler.

Suçlu açıklamaya çalışan kuramlar yalnızca suçlu mekansal boyutuyla açıklamaya çalışan kuramlarla sınırlı değildir. Kentsel mekanda suçlu oluşmasında mekanın yanında dışlanma, anomi, sosyal kontrolün zayıflaması, aile değerlerinin aşınması vb. kültürel etkenler de etkin olmaktadır. Suçlu oluşumunu kültürel etkenlerle açıklamaya çalışan çeşitli kuramlar da bulunmaktadır.

Gerilim kuramına göre, kente yeni gelenler ya da uzun süredir kentte yaşayan alt sınıfta yer alanlar sosyo-ekonomik statülerini yükseltmek, daha iyi yaşam koşullarına sahip olmayı istemektedir. Ancak toplumun yapısı bu isteğin gerçekleşmesini engellemektedir. Başka bir deyişle, toplumda bireyler amaçlarını gerçekleştirme konusunda eşit fırsat ve şartlara sahip değildir. Bunun farkına varan alt sınıflarda yer alan bireyler legal yolla elde edemeyeceği ne varsa bunu illegal yolla elde etmeye çalışacaktır. Suçlu bireyin istedikleri ile elde ettikleri arasında yaşanan gerilimin bir sonucudur.

Alt-kültür kuramı, özellikle kentteki çeteler ve gençlerin suçlu eğiliminin nedenlerini bulmayı amaçlar. Toplum içinde dışlanmışlık, yabancılaşma ve hoşnutsuzluk kentle bütünleşmenin önündeki engellerdir. Bu engeller kentle bütünleşmeyi engellediği gibi kentin içinde alt kültürler oluşmasına neden olur. Almanya'da Türklerin, Fransa'da Mağripililerin, ABD'de hispaniklerin oturduğu dışa kapalı, kültürel olarak kendisini besleyen, kentle bütünleşmeyen

¹⁵ Ataç ve Gürbüz, s. 30.

mahalleleri bu alt kültürlerin gelişim alanlarıdır. Bu alt kültür içinde gençler daha çok şiddet ve suça itilmekte, akranlar birbirini suça teşvik etmektedir. Alt-kültür, alt ve orta sınıf kültürlerinin çatışmasının bir sonucudur. Alt sınıfa mensup olan bir çocuk orta sınıfa mensup çocukların amaçları, yaşam biçimlerine hiçbir zaman ulaşamayacaklarını düşündüğünde şiddet ve suç ortaya çıkmaktadır. Bu kuramın içinde yer alan şiddet alt-kültürü kuramı toplumda yer alan alt kültürlerin şiddeti meşrulaştırdığını hatta desteklediğini iddia etmektedir. İtalya, Yunanistan ve Türkiye gibi ataerkil toplumlarda işlenen namus cinayetlerinin meşru görülmesi bu kuramı doğrulamaktadır.

Sosyal kontrol kuramı ise, suçu bireylerin toplumsal değer ve normlara olan bağlılık düzeyleri açısından ele almaktadır. Bu kurama göre bireylerin; aile, okul, din ve arkadaş gibi geleneksel kurum veya unsurlara bağlılık düzeylerinin güçlü olması, suçlulukta engelleyici bir işlevi görmektedir. Benzer bir biçimde söz konusu geleneksel kurumlara bağlılık düzeylerinin zayıflığı suç işleme olasılığını artırmaktadır¹⁶. Sosyal kontrol kuramı uyum ve sosyalleşme kavramları üzerinde hareket eder. Yaşanan uyumsuzluk ve sosyalleşme yaşanan aksamalar sosyal kontrolün azalmasına suçun artmasına neden olmaktadır.

Bu kuramların yanında bireyin toplumda damgalandığı için dışlandığını bu dışlanmanın suça neden olduğunu savunan 'Damgalama Kuramı', toplumda suçun bir öğrenme sürecinde elde edildiğini savunan 'Sosyal Öğrenme Kuramı' vb. kuramlar bulunmaktadır. Günümüzde yukarıda sıralanan tek olgudan hareket eden kuramların suçu açıklamadaki yetersizliği karşısında birkaç kuramı ve olguyu bir araya getiren yeni bütünleşik kuramlar geliştirilmiştir. Tümleşik Suçluluk Kuramı, Ayıplama Kuramı, Genel

¹⁶ Kızmaz, Zahir, "Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005c, 29 (2), s. 165.

Suç Teorisi, Yaşam Seyri, Suç ve Onun Sosyal Bağlamı kuramları yeni suç kuramları olarak literatürde yerini almıştır¹⁷.

2. Şanlıurfa'da Kent Kültürünü Etkileyen Unsurlar

Şanlıurfa ilinde kentin kültürel gelişimini etkileyen unsurlara bakıldığında akla ilk gelen göç olmaktadır. Önemli oranda göç alan kent, aynı zamanda, göç vermektedir. İkinci olarak, Şanlıurfa'da kentleşme sanayiye dayalı olarak değil de tarıma dayalı gelişmektedir. Bu durum hem kentleşmenin sağlıklı gelişimi etkilemekte hem de aşiret ve cemaatler gibi kapalı toplum yapılarının kent içinde etkinliğini sürdürmeleri için bir zemin hazırlamaktadır. Toprak dağılımındaki eşitsizlik nedeniyle adil olmayan gelir dağılımı aşiretin çözülme sürecini yavaşlatmaktadır.

Aşiret ve cemaatlerin etkinliği Şanlıurfa'da kent kültürünü etkileyen bir diğer etkidir. Özellikle aşiretlerin etkin olduğu bu ortamda, ataerkil aile yapısı kendisini yeniden üretmekte, şiddete dayalı bir sosyalleşme için zemin hazırlamaktadır. Şiddetin övüldüğü, kan davası, namus cinayetleri gibi şiddet türlerinin toplumsal meşruiyet kazandığı bir ortamda yaşanacak basit bir asayiş olayı taraflar arası kavgalara dönüşebilmekte, erkek egemen toplum şiddete öncülük etmektedir. Bu ortamda sosyalleşen gençler şiddetin kabul gördüğü bir alt-kültürde büyümektedir.

Son olarak Şanlıurfa'nın bir sınır kenti olması suç konusunda iki biçimde etkin olmaktadır. İlki, kentte yaygın olarak görülen silah taşıma ve bulundurma alışkanlığı sınır kaçakçılığı sayesinde devam etmektedir. İkincisi, artan terör eylemleri, Irak ve Suriye'de yaşanan karışıklıklar ve azalan sınır güvenliği sayesinde kaçakçılık suçlarında artış görülmektedir. Şanlıurfa sınırında yer alan, yüzlerce yıldır kaçak işiyle uğraşan aileler bulunmaktadır.

2.1. Göç

¹⁷ Kızmaz, Zahir, "Kriminolojide Yeni Yönelimler: Bütünleşik (Integrated) Suç Kuramları-1", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, y. 2005b, 15 (2).

Göç, bireylerin zorla ya da isteyerek, yerleşmek maksadıyla, bir yerleşim biriminden diğerine hareketidir. İç göç ise, bir ülke içinde bölge, kent, kasaba veya köy gibi yerlerin birinden ötekine yerleşme amacıyla yapılan harekettir. Göç, coğrafi mekân değiştirme süreci içerisinde; sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal boyutlarıyla toplum yapısını değiştiren nüfus hareketleridir.

Göç sadece göç edilen kentleri etkileyen bir yer değiştirme hareketi ya da basit bir mekân değişikliği değildir. Göç bütün bunların ötesinde bir toplumsal değişim, toplumun çeşitli etnik, sosyal, kültürel ve dini grupları arasında tanışma, çarpışma ve kopuşu ifade eden sosyolojik bir kavramdır. Göç bu anlamda önemli bir değişkendir. Göç insanların içinde yaşadıkları coğrafi ve sosyo-kültürel çevreden ayrılarak, başka bir coğrafi ve sosyo-kültürel çevreye girmesi sonucunu oluşturduğundan hem kendileri değişmekte ve hem de içine girdikleri sosyo-ekonomik çevre değişime uğramaktadır¹⁸.

Yıllar	Aldığı Göç Sayısı	Verdiği Göç Sayısı
2007-2008	25.500	37.000
2008-2009	27.000	35.000
2009-2010	32.500	37.500
2010-2011	35.800	41.500

- Bu Tablo TÜİK'in internet sitesinde yer alan bilgilerden derlenmiştir.

Şanlıurfa köyden kentte göç alırken; İstanbul, Gaziantep ve Mersin illerine önemli ölçüde göç veren bir kenttir. Tablo-1'de görüldüğü gibi, 2007-2011 arası dönemde 120.800 kişi kente gelirken, aynı dönemde, 151 bin kişi kentten göç etmiştir. 1990 yılında 1 milyon olan kent nüfusu, 2000 yılında 1,4 milyona, 2009

¹⁸ Durugönül, Esmâ, "*Sosyal Değişme, Göç ve Sosyal Hareketler*", **II. Ulusal Sosyoloji Kongresi**, Toplum ve Göç, Ankara, 1997, s. 95.

yılında 1,6 milyona ulaşmıştır. Kentin bu denli göç vermesine rağmen nüfusun artması yüksek doğum oranları ile açıklanabilir.

Ayrıca Şanlıurfa GAP Projesi sonrasında yapılan kamulaştırmalar nedeniyle önemli ölçüde köyden göç almaktadır. Yüklüce kamulaştırma parası alarak kente gelen bu köylüler ile kentin yerleşik halkı arasında her alanda bir rekabet söz konusudur. Siyasal, ekonomik ve sosyal alanda yaşanan bu rekabet, kentte kimi zaman gerginliklere neden olmaktadır.

2.2. Tarımsal Gelire Bağımlı Bir Kentleşme

Son 20 yıldır Şanlıurfa kent nüfusunda önemli bir artış yaşanmaktadır. 1990 yılında 1 milyon olan kent nüfusu 2009 yılında 1,6 milyona ulaşmıştır. Ancak artan kent nüfusu kentin kentlileştiği anlamına gelmemektedir. Kentleşme süreci basit bir mekan değiştirme sürecinden çok farklı bir yapıya sahiptir. Kentleşmek kente has davranış biçimlerini kazanmayı, tarım dışında gelir kaynaklarını edinmeyi ve kentlilerin yaşadığı kente sahip çıkmasını gerektirir.

Şanlıurfa'da kentte yaşayanların bir bölümü ya gelirin tümünü tarımdan sağlamakta ya da tarımdan ek bir gelir elde etmektedir. Şanlıurfa'da doğrudan tarımdan sağlanan gelirin toplam gelire oranı % 28,8'dir. Bu oran Türkiye geneli için % 9,8'dir. Şanlıurfa'da istihdam edilenlerin % 35'i tarım alanında istihdam edilmektedir. Şanlıurfa'dan yapılan ihracat içinde tarım ürünlerinin payı % 56'dır¹⁹.

Kırsala olan ekonomik bağımlılığının sürüyor olması gerçek anlamda bir kentli kültürün oluşmasını engellemektedir. Köy kimliği biçim değiştirerek kendisini kentte de devam ettirmektedir. Bu durum aşiret ve cemaatlerin kentteki etkinliğinin devam etmesine neden olmaktadır. Başka bir deyişle, tarıma dayalı kentleşme ataerkil aile yapısının ve aşiret tipi sosyal örgütlerin çözülmesini

¹⁹ Karacadağ Kalkınma Ajansı, *İstatistiklerle Şanlıurfa 2012*, Diyarbakır, 2012.

zorlaştırmaktadır. Örneğin kan davaları kentte yaşamaya devam etmektedir.

Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan "Töre ve Namus Cinayetleri Raporu" bu tip suçların göç yoluyla büyük kentlere getirildiğini, kentle bütünleşmeyen, kentli kimliği kazanamayan kimselerin bu gelenekleri kentte de sürdürdüğünü göstermektedir²⁰. Şanlıurfa'da da benzer bir süreç yaşanmaktadır.

Bölgenin diğer bir ayırt edici özelliği, bölge toprak mülkiyeti ve işletme biçiminde görülen büyük dengesizliklerdir. Bu durum, bölgenin en önemli sosyo-ekonomik sorunların birisidir. 1970 yılında yapılan tarım sayımına göre; Güneydoğu Anadolu'da 5 hektardan daha küçük olan tarım işletmelerinin toplam tarım işletmelerine oranı % 61 olup, bu işletmeler toprağın yalnızca % 6'sını kontrol etmektedir. 50 hektardan daha büyük olan işletme sayısı toplam işletmelerin % 5'ini oluştururken, bu işletmeler toprağın % 60'ını işlemektedir. Şanlıurfa'da aile veya aşirete ait olan köy sayısı 123'e ulaşmakta, topraksız köylü sayısı 30 bini bulmaktadır²¹. Durum günümüzde de değişmiş değildir. GAP Projesi kapsamında sulamaya açılan alanlarda toprakların % 53'ü tarım işletmelerinin % 8'i tarafından kontrol edilmektedir²².

Toprak mülkiyetindeki dengesizlik, toplumsal tabakalar arasındaki farklılıkları beslemekte ve pekiştirmektedir. Bu durum, başkasının toprağında çalışanlar ile toprak sahipleri arasında çeşitli biçimlerde ve düzeylerde ekonomik ve sosyal bağımlılıkları da beraberinde getirmektedir. Ortaya çıkan bu bağımlılık ataerkil aile yapısını ve aşiret düzeninin devam etmesini sağlamakta, toplumsal değişimi geciktirmektedir. Aşiretlerin etkinliği kuşkusuz suç türleri üzerinde de etkin olmakta, geleneksel ataerkil yapı suçun işleniş biçimini, "töre" adıyla kontrol etmeye kentsel mekanda da devam etmektedir.

²⁰ EGM, *Töre ve Namus Cinayetleri Raporu*, EGM Asayiş Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005.

²¹ Tekelioğlu, Yavuz, *"Toprak Reformu ve Urfa Deneyimi"*, **Toprak Mülkiyeti Sempozyumu**, Memleket Yayınları, 2010, s.43.

²² tarimreformu.gov.tr, 3.4.2008

2.3. Şiddete Dayalı Bir Sosyalleşme

Sosyalleşme, bireyin içinde yaşadığı toplumun davranış kalıplarını, yaşayış biçimini, kültürel değerlerini öğrenme sürecidir. Sosyalleşme, insanı sosyal sistemin iştirakçi üyesi haline getiren süreçtir.

Sosyalleşme sürecinde en önemli kurum ailedir. Çocuğun moral kişiliğinin yerleşmesi sosyalleşme yoluyla aile içinde olmaktadır. Aile toplum kurallarını çocuğa naklederek bunlara uyulmasına nezaret ederek ve kurallara uyulmadığında müeyyideleri uygulayarak çocuğun sosyalleşmesi sağlamaktadır²³. İnsanların çocukken öğrendikleri bir çok şeyler onların zihinlerinde öyle bir takım izlenimler bırakır ki, bunlar ancak, beyin yıkama çok istisnai tecrübeler geçirildiğinde bertaraf olabilir. Bu nedenle çocukluk devresinde edinilen davranış kalıplarının sonradan değişmesi zordur²⁴.

Sosyalleşme toplumun, kişinin diğerleri ile birlikte yaşayabilmesi için ondan beklediklerini temsil eder. Kişinin toplum içinde diğerleri ile birlikte ortak bir yaşam sürdürebilmesi, toplumun örf ve adetlerine, geleneklerine, örneklerine itaat etmesi, giyinme, yeme-içme, uyuma, eğlenme, çalışma bakımından asli bir takım teknikleri kabul etmiş bulunması, toplumsal hayatın norm ve ayınlarına uyması ve grup içinde kendisine verilecek rolleri gereğince yerine getirebilmesi halinde mümkündür²⁵. Kısacası, sosyalleşme süreciyle birey içinde yaşadığı toplumun bir parçası haline gelmektedir. Bu süreçte bireyin dünya görüşü, ahlak değerleri ve tabii ki suça olan bakış açısı da biçimlenmektedir.

Sosyal öğrenme kuramına göre suçluluk öğrenilmekte, taklit edilmektedir. Suç davranışı iletişim sürecinde diğer şahıslarla etkileşim içinde öğrenilir. Bu etkileşim jest ve mimikler dahil her şeyi içerir. Birey yasal kodları, çevresindeki insanların bu kodlar hakkında sahip oldukları düşünceye göre lehte ya da aleyhteki

²³ Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 256.

²⁴ Dönmezer, Sulhi, *Sosyoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 1990, s. 141.

²⁵ Dönmezer, 1990, s. 141.

izahlarını ve tutumlarını öğrenir. Bazı toplumlarda bireyin çevresi mevcut kuralları ve kodları yorumlamada kararsız kalırken, diğer bazı toplumlarda da bireyin çevresi yasal kuralların ve kodların ihlal edilmesine uygun bir ortam hazırlayabilir²⁶.

Bireylerin sorunları algılama biçimleri ve çözme yönünde geliştirdikleri inisiyatif, toplumun sosyo-kültürel faktörlerinden bağımsız düşünülemez. Şiddet genelde, bireylerin engellenmeleri sonucunda öfke ile birlikte gerçekleşen bir davranış tarzıdır. Ancak bu engellemeler karşısında bireylerin şiddet eylemlerine başvurmalarının nedenleri özellikle çocukluk ve ergenlik dönemindeki sosyalleşme biçiminde aranmalıdır²⁷.

Bu anlamda Şanlıurfa'daki ataerkil aile yapısı ve aşiret kültürü içinde beslenen sosyalleşme sürecinde kimi şiddet biçimlerinin toplumda kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Toplum içerisinde özellikle kadına veya aileden olmayana yönelik şiddet kimi zaman ailenin ve aşiretin gücünü gösterdiği için kabul görmektedir. Çocuklar bu davranış ve kabulleniş içinde yetiştirilmektedir.

Çalışma kapsamında yüz yüze yapılan görüşmelerde ilköğretim okullarındaki öğretmenlerin ve idarecilerin ortak sorunu çocuklardaki belirgin şiddet eğilimidir. Sınıfta kız çocuklarını sürekli olarak döven bir çocuğun velisi okula çağırdığında, babasının: "Oğlum onları hak ettiği için dövüyor" diyebilmesi, aynı gerekçeyle okula çağrılan bir başka velinin müdür yardımcısını dövmesi şiddet eğiliminin dışı yansımalarıdır.

Çocuklar çok küçük yaşlarda gerek aile içinde gerekse toplumda şiddetin farklı türlerini görmekte, "rol model" olarak şiddete dayalı bir kültürü benimsemektedir. Şanlıurfa'da yaşamın günlük seyrinde şiddetin farklı biçimlerini görmek mümkündür. Kocanın eşini, büyük kardeşin küçük kardeşi, kayınpederin gelini

²⁶ Kocadaş, Bekir, "*Düşük Sosyo-Ekonomik Yapı Suç İlişkisi: Malatya'da Çocuk Suçluluğu*", **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, 2007/1, s. 165.

²⁷ Kızmaz, Zahir, "*Şiddetin Sosyo-Kültürel Kaynakları Üzerine Sosyolojik Bir Yaklaşım*", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2006, 16 (2), s. 249.

dövmesi; yol vermedi diye çıkan tartışmanın büyümesi, daha önceden var olan bir husumet nedeniyle tarafların silahlı çatışmaya girmesi günlük hayatın içinde yer almaktadır.

Çocuk suçluluğuna bakıldığında, Şanlıurfa'da çocuklar arasında özellikle yaralama ve hırsızlık olaylarının arttığı görülmektedir. 2005-2008 yılları arasında, ildeki çocuk sanıkların % 69'u yaralama ve hırsızlık suçlarından hüküm giymiştir. Darp suçu ile birlikte bu oran yaklaşık olarak % 85'i bulmaktadır²⁸.

Geleneksel değerlerin dominant olduğu yerleşim yerlerinde prestij ve statüye karşılık gelen "şeref" kavramıdır. Özellikle ataerkil toplumlarda şeref en üst kimlik olarak toplumda kabul görmektedir. Bir üst kimlik olarak algılanmaktadır. Şeref'in yitirilmesi durumunda onun onarımının yasal süreçlerle sağlanamayacağını yönündeki algılamının varlığı da şiddeti çok ciddi bir biçimde körüklemektedir. Başka bir deyişle, bireyin kaybedilen şerefının kazanılması ancak yoğun bir şiddet karşılığında mümkün olmakta, şerefi korumanın son noktası çoğu zaman şiddet olmaktadır²⁹. Ataerkil toplumlarda "namus" bireyin ve ailenin sosyal itibari ve toplumdaki yeri konusunda belirleyici olmakta, "şeref" üst kimliğinin bir parçası olarak algılanmaktadır³⁰.

Bu nedenle basit, günlük bir ayrıntı bile şiddeti tetiklemektedir. Aile içinde kadının gördüğü şiddet, kan ve namus cinayetleri, aileler arası kavgalar bu şeref üst kimliğine yönelik algılanan saldırılara verilen ve toplum tarafından beklenen bir cevap olmaktadır. Üstelik toplum beklenen bu cevap sonrası yaşanan öldürme, yaralama ya da saldırı eylemini kınamak yerine meşru görmekte, şiddeti uygulayan toplum tarafından kabul görmekte, statü sahibi olmaktadır.

Aile ve kent içinde şiddetin varlığı, meşru görülmesi, çocuğun günlük yaşamında şiddet ile içiçe yaşaması sosyalleşme bakımından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle çocuk şiddeti

²⁸ Şanlıurfa Belediyesi, *Stratejik Plan 2008-2012*, Şanlıurfa, 2008.

²⁹ Kızmaz, 2006, s. 252.

³⁰ Kızmaz, 2006, s. 252.

meşru bir araç olarak görmekte, edinmesi gereken ayıplama duygusunu kaybetmektedir. İkinci olarak şiddetin bir çözüm olduğunu düşünmeye başlamakta, şiddeti toplumda karşılaştığı sorunlarda çözüm ve günlük yaşamın bir parçası olarak benimsemektedir.

Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yaygın olarak görülen ağalık ve feodal ilişkiler "otorite" ve "hanehalkı" bakımından aileyi, toplumsal cinsiyete yüklenen rolle ilgili anlayışları, aile içi işbölümünü ve çocuk yetiştirme tarzını doğrudan etkilemektedir³¹. Birey içinde yaşadığı toplumun ahlak, namus ve töreye yükledikleri anlamlara göre davranmaya zorlanmaktadır. Toplum bu zorlamaya riayet etmeyenleri, dışlama, gözden düşme, ayıplanma vb. biçimlerde toplum dışına itilmektedir³².

Kan davasına karışmış ailelerde erkek çocuklarının sürekli olarak sözle uyarılması, ölen kişinin kanlı gömleğinin saklanması belli aralıklarla çocuğa gösterilmesi, öldürülen kişinin fotoğraflarının duvara asılıp, mezar taşına resminin yaptırılması şiddete dayalı sosyalleşmenin boyutlarını bize açıkça göstermektedir³³.

2.4. Kentin Belirleyicileri: Aşiret ve Cemaatler

Cemaat, genel olarak, aileler ve diğer sosyal bireylerden oluşmuş ve gündelik ihtiyaçların büyük bir bölümünün tatmini hususunda biri diğerine karşılıklı olarak bağlı, tabi ve birbirine yakın yerlerde yerleşmiş insan gruplarına denilmektedir³⁴. Cemaat aslında bir arada yaşama, aynı düşünce ve davranış biçimleri paylaşmaya hazır, ihtiyaçların ortak olarak karşılandığı, dışarıya kapalı insan topluluklarıdır. Cemaat içinde ben değil biz duygusu hakim olup,

³¹ Ökten, Şevket, "GAP Bölgesi'nin Sosyo-Kültürel ve Yapısal Özelliklerinin Aile Yapısına Etkileri", **Aile ve Toplum**, Y. 2006, Ocak-Şubat-Mart, s. 26.

³² Arıkan, Gülay, "Ataerkillik Kavramıyla İlgili Sosyolojik Tartışmalar", **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Y. 1997, C. 14, S. 1-2, s. 7.

³³ Topses, Mehmet Devrim, "Türkiye'de Kan Davası Geleneğinin Sosyolojik Çözümlemesi", **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, Y. 2012, C. 4, S. 2, s. 193.

³⁴ Dönmezer, 1990, s. 227.

cemaat karşısında bireyin bir değeri yoktur. Cemaat içinde bireyler arasında yerleşmiş inançların sağladığı inançlara dayalı bir işbölümü ve otorite ve buna bağlı bir hiyerarşi vardır. Cemaat içinde ahenk ancak bu kurallar ve otorite ile sağlanır.

Aşiret düzeninde ise "asabiyye" olgusu geçerlidir. Bu bir grup dayanışmasını ve onun içindeki özü belirler. Bu öz, sosyal dayanışmayı ve fedakarlığı sağlar. Bu dayanışma topluluğu daha güçlü kılar ve düşmanlarının gözünde korkulur hale getirir. Asabiyye, akrabalık ve kan bağlarıyla sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu sıkı bağ sayesinde artık grup içinde birey yoktur, yaşanan kavgalar, kan davaları ya da şiddet artık grubun sorunudur³⁵.

Aşiretlerde birlik ve beraberliği kan ve akrabalık bağı sağlarken, cemaatlerde bu bağı dini inanç sağlamaktadır. Aşirete girmek için o kan bağından gelmek gerekirken, cemaatlerde dinen o inanç ekolünü ya da şeyhi benimsemek, ona sadakatle inanmak yeterlidir. Bu farklılıklara rağmen cemaat ve aşiretlerin benzer yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, dışa karşı güvensizlik ve kapalı bir toplum yapısına sahip olmaktır. Aile içi evliliklerin sıklığı kapalı toplum yapısını bize net olarak göstermektedir. Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde kadınların % 52,4'ü akrabasıyla, % 44,7'si aynı aşiretten birisiyle evlenmektedir³⁶. Bu kapalı yapı, bireyin kendi kişiliğini inşa etmesine uygun değildir. Geniş aile yapıları ve aşiret örgütlenmeleri, bireylerin bağımsız kişilik geliştirmelerinin önündeki en büyük engeldir³⁷.

Aşiret ve cemaat arasındaki ikinci benzerlik, her iki sosyal kurumunda ataerkil aile yapısından beslenmesidir. Aşiret içerisinde erkek "egemen" bir role sahiptir, kadın "korunması gereken" bir nesne konumundadır. Aile, kadının konumu, yaşlılık, erkeğin

³⁵ Demren, Çağdaş, "Ortadoğu'da Ataerkillik ve Erkeklik İlişkileri", **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2008, C. 32, S. 2, s. 322.

³⁶ Yılmaz, Berrin Oktay, "Geleneklerin Ardında Ölümler: Töre Cinayetleri", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, Y. 2003, S. 8, s. 77.

³⁷ Topses, 2012, s. 193.

davranışları önceden sıkı kurallarla benimsemiş olup, grup içinde egemen olan erkektir. Bu durum cemaat için de geçerlidir.

Ataerkil aile yapısına sahip toplumlarda erkekler hem kendi davranışlarından hem de kadın akrabalarının davranışlarından sorumludur. Aile içindeki ilişkiler eşitlikten uzak, kadın üzerinde egemen kurma anlayışı mevcuttur. Bu tür toplumlarda kadın namus taşıyıcısı, erkek ise birebir sorumlusudur. Bu ataerkil yapı aşiret ve feodal ilişkileri besler. Başkaları tarafından zarara uğrayacağı düşünüldüğünden aile dışında kimseye itimat edilmez. Bu durum tarım toplumu ile sanayi toplumunun farkını ortaya koyar. Çünkü sanayi toplumlarında yüz yüze temas çok mümkün olmazken, insanlar örgüt ve kuruluş temelinde birbirine itimat ederler ve kişisel dayanışma zayıflar. Tarıma dayalı, dışarıya kapalı, yalnızca birbirine güvenen, ataerkil ve baskıcı toplumlarda güven yalnızca aile içindedir. Böyle bir ortamda kişi tek başına var olamaz. Gerek ekonomik, sosyal olarak gerekse kültürel tehditler karşısında bireyin karşı koyamadığı her durumda devreye kan bağı, akrabalık ilişkileri girmekte, "kolektif namus" anlayışı egemen olmaktadır. Tartışmalar, kavgalar, kan davası bireysel değil toplumsaldır³⁸.

Ataerkil düzenin yapısı kişiyi karşıdakine karşı hep tetikte hep saldırgan olmaya zorlar. Ataerkil toplumda koruyucu rolündeki erkek gözü pek, saldırgan ve kavgacıdır. Namusunu ve ailesini korumak, ailenin ve aşiretin güçlü olduğunu göstermek, bu konularda gerektiğinde şiddete başvurmak hem bir zorunluluk hem de bir başarı ölçütü olup, şiddet ayıplanmak yerine meşrulaştırılır.

Töre cinayetinde namusu korumak önemlidir. Aksi takdirde toplum tarafından dışlanma ve ayıplanma, cezalandırma durumu söz konusudur. Töremiz böyle, ailenin namusunu korumak lazım, toplum içine nasıl çıkarız, başımız nasıl dik dolaşırız diyen insanlar baskıcı, ataerkil kültüre boyun eğmektedir³⁹.

³⁸ Yılmaz, 2003, s. 73.

³⁹ Çakır, Resul ve Diğ., "Türkiye'de Namus Saikiyle İşlenen Adam Öldürme Suçlarının Değerlendirilmesi", **Adli Tıp Dergisi**, Y. 2004, C. 18, S. 3-4, s. 30.

Ataerkil kültürün etkin olduğu Şanlıurfa kentin her alanında ya cemaatlerin ya da aşiretlerin etkin olduğu görülmektedir. 2004 yılında Güneydoğu Anadolu'da yapılan bir anket çalışmasında, ankete katılanların % 23,1'i "aşiret üyesi" olduğunu söylemiştir. Bölgede en yüksek orana sahip il % 42,3 ile Şanlıurfa iken, daha sonra % 36,2 ile Mardin gelmektedir. Aşiret üyeliğinin en düşük olduğu il % 4,6 ve % 4,2 ile sırasıyla Kilis ve Gaziantep illeridir⁴⁰.

Aşiretler iş dünyasından siyasete, tarım arazilerinden emlak sektörüne kadar her alanda etkindir. Kentin kanaat önderlerinin bir bölümü bir aşiret ya da aileye mensuptur. Hangi partiden olursa olsun her seçim döneminde milletvekilliği, il genel meclisi üyeliği ya da delege olarak seçilenlerin bir bölümü aşiret ya da ailelerdendir.

Aşiret düzeninde aşiret mensuplarının her an aşiret reislerinin emrinde bulunması ve gerektiğinde silahlarını kapıp seferber olmasının altında bu ekonomik ve siyasi güç yatmaktadır. Bu yaşamsal bağlılık, insanları kendi ağa ve reisleri yolunda canlarını bile verir hale getirmektedir⁴¹.

Aşiret, günümüzde etkisini kısmen yitirmiş olmakla beraber, kimi alanlarda işlevselliğini sürdürmektedir. Aşiretin günümüzde işlevsel olduğu alanlar kan davası, danışmanlık, hakemlik ve siyasettir⁴². Yüz yüze yapılan bir görüşmede, Şanlıurfalı bir işadamı: "Bu şehirde ya aşirete ya cemaate arkanı dayayacaksın" derken aşiret ve cemaatlerin kent içindeki etkinliğine vurgu yapmaktadır.

Özellikle aşiretlerin bu derece etkin olması hem şiddetin kent içinde meşru görülmesine neden olmakta, hem de şiddet için uygun bir ortam yaratmaktadır. Öncelikle kent içinde aşiretten olmak, aşiretten olmayanlar açısından bir baskı ve şiddet ortamı yaratmaktadır. Aşiretlerin varlığı, ataerkil aile yapısıyla birlikte düşünüldüğünde; aileler arası kavgaları, adam yaralama, ruhsatsız silah taşıma gibi suçlar için zemin hazırlamaktadır.

⁴⁰ Erkan, Rüstem, *Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nin Sosyal Yapısı ve Değişim Eğilimleri*, Kalan Yayınları, Ankara, 2005, s. 252.

⁴¹ Tezcan, Mahmut, *Kan Davaları Sosyal Antropolojik Yaklaşım*, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını, Ankara, 1981, s. 47-48.

⁴² Şanlıurfa Belediyesi, *Stratejik Plan 2008-2012*, Şanlıurfa, 2008.

Aşiretlerin etkinliğini yitirdiği bir ortamda töre ve namus cinayetleri ile kan davalarının var olması beklenemez. Aşiretlerin yarattığı ayıplanma duygusu ve şiddeti meşrulaştıran ortam bu tür suçların sürmesini sağlamaktadır.

Diğer taraftan cemaatlerin suç üzerindeki etkisi aşiretler kadar net değildir. Dinin suç üzerindeki etkisi kriminolojide uzun zamandır tartışılan bir konudur. Dinin toplumda bir sosyal kontrol mekanizması olduğu bu sayede suçu önlediği iddia edildiği gibi, dinin töre ve namus cinayetlerinde olduğu gibi meşrulaştırıcı bir görevi olduğunu iddia edenlerde bulunmaktadır⁴³.

Nitekim dinin suç üzerindeki etkisini araştırmaya yönelik bir araştırmada, işlenen suç türleri ile dini bağlılıklar arasında bir bağ olduğu, ancak mahkumların dini bağlılıkları ile suç arasında doğrudan bir bağın kurulmasının zor olduğu görülmüştür⁴⁴. Dinin yarattığı ayıplanma korkusu nedeniyle suç işleme konusunda pozitif bir etkisi olmakla beraber, bireyin içinde vicdan ve ahlak olmadığı sürece dinin tek başına suç konusunda engelleyici olduğunu düşünmek fazla iyimserlik olacaktır.

2.5. Sınır Kenti Urfa

Şanlıurfa Türkiye'nin en uzun sınıra sahip ilidir. Türkiye'nin en uzun kara sınırı olan Türkiye-Suriye sınırının önemli bir bölümü Şanlıurfa'dan geçmektedir. Halen Şanlıurfa'da Akçakale, Ceylanpınar ve Mürşitpınar adlarında üç sınır kapısı bulunmakta olup, Mürşitpınar sınır kapısı etkin değildir.

Şanlıurfa'nın bir sınır kenti olması kenti kaçakçılık bakımından önemli bir geçiş noktası haline getirmektedir. Özellikle

⁴³ Bu konuda bkz. Kızmaz, Zahir, "Din ve Suçluluk: Suç Teorileri Açısından Kuramsal Bir Yaklaşım", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005a, 15 (1), s. 189-215. Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

⁴⁴ Taş, Kemaleddin ve Adem Gürler, "Din ve Suç İlişkisi Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma", **Journal of Islamic Research**, Y. 2012, C. 22, S. 1, s. 12-25.

uyuşturucu madde kaçakçılığında Şanlıurfa'nın yeri dikkat çekmektedir.

Şanlıurfa'nın bir sınır kenti olması iki bakımdan suça etki etmektedir. İlki, kentte yaygın olarak görülen silah taşıma ve bulundurma alışkanlığı sınır kaçakçılığı sayesinde devam etmektedir. Toplumun ateşli silahlara sahip olmadaki yüksekliği şiddet için kolaylık sağlamakta, özendirilmektedir. Silah taşıma ve bulundurma yönündeki kültür, herhangi bir sorun ya da tartışma çıkması durumunda silaha ulaşabilme ve kullanabilme olanağını hızlandırmaktadır⁴⁵.

İkincisi, artan terör eylemleri, Irak ve Suriye'de yaşanan karışıklıklar ve azalan sınır güvenliği sayesinde kaçakçılık suçlarında artış görülmektedir. Şanlıurfa sınırında yer alan, yüzlerce yıldır kaçak işiyle uğraşan aşiret ve aileler bulunmaktadır. Şanlıurfa'da kaçakçılığın uzun bir geçmişi olup, Osmanlı Devleti döneminde dahi kaçakçılık önemli bir sorun olarak varlığını hissettirmiştir⁴⁶.

3. Araştırmanın Amacı, Yöntemi ve Boyutları

Şanlıurfa İli'nde işlenen suçların kent kültürü ile ilişkisinin araştırıldığı çalışmanın amacı, Şanlıurfa özelinde kent kültürü ile suç arasındaki bağı incelemektir. Kent yaşamını şekillendiren mekansal, kültürel, sosyal ve ekonomik dinamiklerin kentte işlenen suçlar üzerinde ne tür bir etkiye sahip olduğu, suç türleri üzerindeki etkisi araştırmanın konusunu oluşturmaktadır.

Araştırma kapsamında Şanlıurfa'da yayınlanan, tiraj bakımından ilin 3. büyük gazetesi olan İpekyol Gazetesi'nde yayınlanan "kısa kısa" bölümünde yer alan çeşitli türlerdeki suç haberleri derlenerek, bir arşiv oluşturulmuştur. Bu arşiv bize hem suçların nasıl işlendiği hakkında ayrıntılı bilgi vermekte, hem de

⁴⁵ Kızmaz, Zahir, "*Şiddetin Sosyo-Kültürel Kaynakları Üzerine Sosyolojik Bir Yaklaşım*", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2006, 16 (2), s. 253.

⁴⁶ Ögüt, Tahir, "*Milli Sınırların Oluşum Sürecinde Güneydoğu Anadolu'da Kaçakçılık Ekonomisi*", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Y. 2011, C. 31, S. 2.

suçlar konusunda istatistiki veri sunmaktadır. Trafik suçları ve terör suçları araştırmanın kapsamı dışındadır. Araştırmanın süresi Eylül 2011-Eylül 2012 olmak üzere 1 yıldır. Suçların tasnifi sırasında gazetede yer alan isimlendirme esas alınmıştır.

Araştırma kapsamında derlenen suç sayısı ile kentte işlenen suç oranı arasında bir fark bulunmaktadır. Bu farkın nedeni kentte işlenen her suçun yerel basında yer almamasıdır. Diğer taraftan, İpekyol Gazetesi'nde bir yıl süreyle yer alan toplam 703 adet suçla ilgili haber; kentteki suç oranları, işlenen suç çeşitleri ve kent kültürünün suça olası etkileri hakkında örnek teşkil edecek yeterliliktedir.

Bu araştırmada Emniyet Müdürlüğü'nden alınan veriler kullanılmamıştır. Bu durumun iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, verileri paylaşma konusunda emniyet birimlerinin gösterdiği isteksizliktir. İkincisi, emniyet birimlerinde yer alan veriler istatistiki nitelikte olup, olayın işlenme nedeni, oluş biçimi hakkında bilgi vermemektedir.

4. Araştırma Sonuçları

Şanlıurfa İli'nde işlenen suçlardan derlenen arşivde toplam 703 suç haberi yer almaktadır. Tablo-1'de görüldüğü gibi, bu suçlar içerisinde kaçakçılık suçlarının başı çektiği görülmektedir. Şanlıurfa'da işlenen suçlar arasında kaçakçılık % 22,4 ile ilk sırada yer almaktadır. Şanlıurfa'da tarihi çok eskilere dayanan kaçakçılığın halen etkin bir şekilde yürütüldüğü görülmektedir. Yurda kaçak yolla sokulan mallar arasında daha çok mazot, sigara, hayvan, ateşli silahlar ve alkollü içecekler yer almaktadır. Maliye Bakanlığı'nın bir araştırmasına göre, yurda kaçak sokulan mazotun % 20'si Şanlıurfa'dan yurda sokulmaktadır⁴⁷. Ülkede vergisinin yüksek olduğu her ürün bir şekilde yurda kaçak olarak getirilmektedir.

Uyuşturucu madde kaçakçılığında da Şanlıurfa önemli bir üs konumundadır. Derlenen gazete haberlerine göre, Şanlıurfa'da, 824,7 kg esrar, 64.461 adet kök Hint keneviri ve 2897 adet hap yakalanmıştır. Veriler uyuşturucu bakımından Şanlıurfa'nın önemli

⁴⁷ milliyet.gov.tr, 2.2.2010.

bir geçiş noktası olduğunu göstermektedir. Üstelik Şanlıurfa bir geçiş noktası olmanın ötesine geçerek uyuşturucunun tktildiği bir kente dönüşmektedir. Kentte uyuşturucu kullanımı özellikle gençler arasında hızla yayılmaktadır. Ailelerin denetiminin azalması, lüks içinde yaşayan gençlerin uyuşturucuya yönelmesine neden olmaktadır⁴⁸. Kentte işlenen suçların yaklaşık % 13,9'u uyuşturucudan kaynaklanmaktadır.

Uyuşturucu kaçakçılığına ilişkin suçlar (% 13,9) ile kaçakçılık suçları birlikte düşünüldüğünde, Şanlıurfa'da sınırdan kaynaklanan suç oranı iyice belirgin hale gelmektedir. Sınırın neden olduğu suçun, toplam suç içerisindeki oranı % 36,3'e ulaşmaktadır.

Tablo-2'de bakıldığında mala karşı işlenen suçlarında toplam su oranları içerisinde önemli bir yer tutuğu görülmektedir. Buna göre hem hırsızlık (% 13,7) hem de yankesicilik (% 1,8) birlikte düşünüldüğünde, kentte işlenen toplam suçların % 15,5'i mala karşı işlenen suçlardır. Bu suçlar kent kültüründen daha çok işsizlik, gelir dağılımdaki adaletsizlik, yoksulluk gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır. Kentte mevcut bulunan toprak dağılımdaki adaletsizliğin mala karşı işlenen suçlarda bir etkisinin olup olmadığı sorusu daha ayrıntılı bir başka araştırmanın konusunu oluşturacak niteliktedir.

Tablo-2'ye bakıldığında dikkat çeken bir başka nokta, gerek aile içi gerekse aileler arası kavgaların varlığıdır. Aile içi kavgaların oranı % 5,1 iken, aileler arası kavgaların oranı % 4,8'dir. Adam ldrme (% 2,7) ve yaralama (% 10) sularının önemli bir bölümü de bu tür kavgalardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, genel olarak bakıldığında, kavga, adam yaralama ve adam öldürme sularının toplam haberler içindeki payı % 22,6'ya ulaşmaktadır.

Bu oran bize şiddet egemen bir sosyalleşmenin varlığını göstermektedir. Aile içinde şiddet gören, kentsel mekanda şiddete tanıklık eden bireyler şiddeti bir çözüm olarak görmektedir. Özellikle

⁴⁸ Arısüt, Mustafa, "*Şanlıurfa'da Eroin Gerçeği*", **İpekyol Gazetesi**, 30.7.2012; 1.8.2012.

şiddet görerek büyüyen çocuklar, ileri ki yaşamlarında problemlili ilişkiler yaşama riskiyle karşı karşıyadır⁴⁹.

Nitekim kardeşler arası çıkan bir kavgada bir kardeş diğerini yaralamıştır (İpekyol, 28.4.2012). Benzer başka bir olayda kardeşlerden biri diğerini öldürmüştür (İpekyol, 11.4.2012). Akrabalar arasında yaşanan bir kavgada 9 kişi yaralanmıştır (İpekyol, 10.4.2012). Kentin dış mahallelerinde çobanlık yapan iki genç arasında çıkan tartışmada bir diğerini öldürmüştür (İpekyol, 3.4.2012).

Aile içinde kadına yönelik şiddetle çocuklara yönelik şiddet arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Karakolda kocasından şikayetçi olan bir kadınla yüz yüze yapılan bir görüşmede: "Kocam beni dövüyor, ben de bebeleri dövüyorum" demesi şiddetin aile içinde yaygınlığını bize göstermektedir. Yüz yüze yapılan bir başka görüşmede bir ortaokul müdürünün: "Okulda kavga eden çocukların hepsinin babası işsiz ve ilgisiz ya hanımı ya da çocukları her gün dövüyor" ifadesi durumu ortaya koymaktadır.

Tablo-2- Gazetede Yer Alan Suç Haberlerinin Dağılımı		
Suç Türleri	Haber Sayısı	Oran (%)
Adam Öldürme	19	2,7
Adam Yaralama	71	10
Aile İçi Kavga	36	5,1
Aileler Arası Kavga	34	4,8
Kadına Yönelik Şiddet	54	7,7
Ruhsatsız Silah Taşımak	37	5,3
Darp	18	2,5
Uyuşturucu Kaçakçılığı	95	13,9

⁴⁹ morcati.org.tr., 12.9.2012.

Kaçakçılık	157	22,4
Yankesicilik	13	1,8
Hırsızlık	97	13,7
Evrakta Sahtecilik	23	3,4
Dolandırıcılık	28	3,9
Sahte Para	3	0,4
Cinsel İstismar Suçları	4	0,5
İntihar ve İntihara Teşebbüs	14	1,9

Şanlıurfa'da yaşanan şiddetin son örneği ulusal basında da yer alan "Yusuf Kerem Olayı"dır. Hayvancılık destek primlerinin ödenmesi sırasında iki grup arasında çıkan çatışmada, çatışmanın ortasında kalan minibüste bulunan 4 yolcu yaralanmış, Yusuf Kerem adlı 8 yaşındaki çocuk ise isabet eden kurşun ile yaşamını yitirmiştir (İpekyol, 30.6.2012). Olayın gündüz yapılması, yirmi kişilik grubun elinde silahlarla kentte gezmesi, görgü tanıklarının ifadelerinde belirttikleri gibi, grubun sağa sola rastgele ateş açması kentin güvenliğini sorgulanır hale getirmektedir. Üstelik saldırı sonrası Şanlıurfa'da faaliyet gösteren hiçbir (Şanlıurfa Barosu hariç) sivil toplum kuruluşu olayı kınayan bir açıklamada bulunmamıştır (İpekyol, 7.7.2012).

Şanlıurfa'da görülen aile içi kavgalar ile aileler arası kavgaların nedenleri farklıdır. Aile içi kavgalar, haberler incelendiğinde, genel de iki nedene dayanmaktadır. Bunlardan ilki, aile içi şiddetli geçimsizliktir. Aile içinde özellikle kadına yönelik şiddet, aile içi kavgalarda önemli bir yer tutmaktadır. Zaten bazı haberlerde aile içinde kadına karşı yaşanan şiddet, "Kadına Yönelik Şiddet" başlığı altında ayrıca haber konusu yapılmıştır. Tablo-2'den anlaşılacağı üzere bu tür haberlerin toplam içinde payı % 7,7'dir. Kadına yönelik şiddet ve aile içi kavgalar birlikte ele alındığında, aile içinde yaşanan şiddetin neden olduğu haberlerin toplam haberler içinde payı % 12,3'e ulaşmaktadır. Aile içinde kadına yönelik yaygın

şiddetin nedeni ataerkil aile yapısıdır. Aslında dışa karşı erkek tarafından korunan, kollanan kadının aile içinde bu derece ezilmesi ironik bir durumdur. Bu durumu ancak ataerkilliğin neden olduğu erkek egemen kültür ile açıklamak mümkündür. İşsizlik, mali imkanların yetersizliği, hayat pahalılığı vb. sorunların içinde gerginleşen erkek çoğunlukla çözümü eşini dövmekte bulmaktadır. Yazık ki bu durum Şanlıurfa ile sınırlı değildir. Türkiye'de kadınların % 30'u hamile iken eşinden dayak yemektedir. Hayatta en az bir kere şiddet gören kadın sayısı ise % 86'ya ulaşmaktadır⁵⁰.

Şanlıurfa'da aile içinde yaşanan şiddetin ikinci nedeni, aile arası mal paylaşımı ya da borç (alacak-verecek) meselesidir. Araziden kaynaklanan kavgada 4 kişi yaralanmıştır (İpekyol, 20.1.2011). Yine bir başka arazi kavgasında aynı aileden 12 kişi yaralanmıştır (İpekyol, 30.8.2012). Arazi nedeniyle çıkan kavgada akrabalardan birisi ölmüş, 2'si yaralanmıştır (İpekyol, 12.4.2012).

Aileler arası kavgalar ise, aile içi kavgalardan farklı bir nitelik taşımaktadır. Bu kavgalarda aşiretin sahip olduğu "dış tehdit" algısı devreye girmekte, kişiye ait olan sorun aşiret ya da aile tarafından topluca sahiplenilmektedir⁵¹. Ailenin ve aşiretin dışa karşı güçlü olduğunu göstermek için şiddete başvurmak hem bir zorunluluk hem de bir başarı ölçütüdür. Çoğu zaman sorunun ne olduğuna bakılmaksızın yaşanan kavgalar kısa sürede büyümekte, kimi zaman ölümle sonuçlanan kavgalar yaşanmaktadır. Bu tür kavgalar daha sonra "kan davası"na dönüşme riski taşımaktadır.

Daha önce aşiretlerle ilgili bölümde bahsedildiği gibi basit, günlük sıradan bir olay bile önemli bir kavga nedeni olabilmektedir. Bu durumun daha iyi anlaşılması için kavgaların bazılarının nedenlerine bakmak yeterlidir. Bu nedenler arasında: kuma isteme, kız isteme, ekili tarlada koyun otlatma, motosiklet alımı, güvercin alışverişi, yolda dönüp yüzüne bakmak, bir kıza arkadaşlık teklif etme, satın alınan traktörün garantisi, yolda duran elektrik direğinin

⁵⁰ morcati.org.tr., 5.8.2009.

⁵¹ A. Vahap, Uluç, *Güneydoğu Anadolu Bölgesinin Toplumsal ve Siyasal Yapısı: Mardin Örneği'nde Siyasal Katılım*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 138, 174.

kimin olacağı, otobüs sırası, çöp dökme, tarlaya inek girmesi, düğünde takı paylaşımı vb. konular yer almaktadır.⁵²

Aşiret kültürünün suç üzerindeki etkisinin göstergeleri arasında aileler arası yapılan barıştırmalar ve silah taşıma geleneği de bulunmaktadır. Tablo-2'den anlaşılacağı üzere, ruhsatsız silah taşımak halen Şanlıurfa'da yaygın bir adettir. Üzerinde ruhsatsız silah ele geçirilenlerin oranı % 5,3'tür. Silah taşıma geleneği aşiret kültürünün bir parçasıdır⁵³.

Aşiretler ya da büyük aileler arasında yaşanan husumet ve kan davalarının sona erdirilmesi amacıyla yapılan "Barış Yemekleri" aşiretlerin etkin olduğu Şanlıurfa'da halen devam etmektedir. Bu durum aşiretler ya da aileler arası kavgaların kentte yaygın

⁵² Kuma davasından çıkan kavgada bir aile diğerinin evini silahla basmış, 1 kişi ölmüş, 4 kişi yaralanmıştır (13.10.2011). Ekili tarlada koyun otlamadan çıkan kavgada 1 kişi ölmüş, 2 kişi yaralanmıştır (7.6.2012). Komşular arasında alacak yüzünden çıkan ve pompalı tüfek, bıçak ve sopaların kullanıldığı bir kavgada 14 kişi yaralanmıştır (6.7.2012). Kız isteme meselesinden çıkan bir kavgada bir kişi öldürülmüştür (12.7.2012). Motosiklet alımı sırasında çıkan kavgada 8 kişi yaralanmıştır (18.8.2012). Bir kıza arkadaşlık teklifinde bulunan gencin kızın akrabalarınca dövülmesi sonrası çıkan aileler arası kavgada 2 kişi yaralanmış, 13 kişi gözaltına alınmıştır (16.3.2012). Satın alınan traktörün garantisi için çıkan kavgada 6 kişi yaralanmıştır (15.3.2012). Yolcuyu kimin alacağı yüzünden çıkan tartışmada bir kişi hayatını kaybetmiştir (17.3.2012). Karı-koca kavgasına ailelerin dahil olmasıyla başlayan kavgada 8 kişi yaralanmıştır (18.5.2012). Güvercin alışverişi yüzünden çıkan kavgada 1 kişi yaralanmıştır (3.11.2011). Düğün sonrası çıkan kavgada silahlar konuşmuş, 4 kişi yaralanmıştır (28.5.2012). Şehir içinde aileler arasında yaşanan bir kavgada kavga edenlerin köydeki akrabalarını da telefonla çağırılmaları üzerine büyüyen kavgada 1'i polis olmak üzere 5 kişi yaralanmıştır (16. 8.2012). Tarlaya inek girdiği için çıkan bir kavgada biri tüfekle diğeri taşla olmak üzere 2 kişi yaralanmıştır (29.3.2012). DEDAŞ tarafından sökülüp yere atılan bir direğin iki aile arasında paylaşılabilmesi üzerine çıkan kavgada 1 kişi öldürülmüş, 10 kişi yaralanmıştır (10.3.2012).

⁵³ Tezcan, 1981; Topses, 2012.

olduğunun bir başka işaretidir.⁵⁴ Günümüzde, üstelik bir kentte aşiret kavgalarının olması, konunun çözümü için barış yemeği düzenlenmesi Şanlıurfa'nın hem kentleşme sürecinde hem de sosyal anlamda gelişmişlik düzeyinde ne kadar geride olduğunu bize göstermektedir. Gerek kan davaları gerekse barış yemekleri kente göç sayesinde yerleşmektedir. Göçle birlikte, kentleşme sürecinde yeni davranış biçimleri edinilemediği için, kırsal davranış biçimleri kentte aynen devam ettirilmektedir.

Şanlıurfa kentin dinamikleri üzerinde aşiretlerin yanında etkin olan diğer bir güç cemaatlerdir. Cemaatlerin suç üzerinde ne ölçüde etkili olduğu cevaplanması gereken bir sorudur. Tablo-2'den anlaşılacağı üzere, Şanlıurfa'da dinin suç işlemeyi önlemede çok da etkili olmadığı, İslam dini gereği içilmesi, satılması kesinlikle yasak olan uyuşturucu madde ticaretinin Şanlıurfa'da yaygın olarak yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Benzer bir biçimde, kan davası, aile içi ya da aileler arası taşlı, sopalı, silahlı kavgalar "güzel ahlakı" emreden İslam dini ile bağdaşır nitelikte değildir.

Tablo-2'de cinsel istismar suçunun (% 0,5) çok düşük olması geleneksel, dindar aile yapısı ile örtüşebilir. Ancak bu oranın gerçeği ne oranda yansıttığı, geleneksel aile yapısının egemen olduğu ataerkil ailelerde bu tür suçların kayıt altına ne oranda alınabildiği tartışmalıdır. Sonuç olarak cemaatlerin kendi grupları üzerinde etkin olduğu ve bu gruplar içinde suçu engellediği söylene bile, Şanlıurfa düzeyinde suçu önleme konusunda yeterli düzeyde etkili olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁵⁴ Alacak-verecek tartışması sonucunda kan davasına dönen olayda Korkmaz ve Küçük aileleri (24.4.2012), benzer bir olayda Aslan ve Kama aileleri (7.2.2012), iki kişinin yaralanmasıyla başlayan kan davasında Çiftel ve Aksoy aileleri (29.5.2012), çıkan bir kavga sonrası doğan husumet sonrası Çiftçi ve İzgördü aileleri (16.3.2012), 15 yıldır süren bir başka kan davasında Davud Aşiretine mensup iki aile (27.8.2012), arazi anlaşmazlığı ile başlayan ve 32 yıldır devam eden kan davasından sonra Özayranlı ve Milli aileleri barıştırılmıştır (4.9.2012).

Sonuç

Şanlıurfa İli'nde işlenen suçların kent kültürü ile ilişkisinin araştırıldığı çalışmada, kent yaşamını ve kültürünü şekillendiren mekansal, kültürel, sosyal ve ekonomik dinamiklerin kentte işlenen suçlar üzerinde farklı biçimlerde etkileri olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, Şanlıurfa'nın bir sınır kenti olması kentte kaçakçılık ve uyuşturucu madde ile ilgili suçlar için zemin hazırlamaktadır. Uzun bir tarihi geçmişi olan kaçakçılık Şanlıurfa'da halen yaygın bir biçimde devam etmektedir.

Şanlıurfa'da yaşanan aile içi ve aileler arası kavgalar ile adam öldürme ve adam yaralama, ruhsatsız silah taşıma suçlarının temelinde şiddete dayalı sosyalleşme ve ataerkil aile yapısıyla beslenen aşiret kültürü yatmaktadır. Aşiret ve aile kavramlarının bireyin önüne geçtiği bu kent kültüründe aile içi, özellikle kadına yönelik şiddet olağan görülmekte, yaşanan bir tartışma ya da sözlü sataşma aileler arası kavgalara yol açmaktadır. Kan davası, namus cinayeti, barış yemeği, silah taşıma vb. geleneklerin devam ettiği yörede aşiret kültürü kent içinde şiddetin dozunu belirlemektedir. Aşiretler için geçerli bu öngörü kentin diğer belirleyicisi olan cemaatler için geçerli değildir.

Aşiret ve aileler arası kavgalar gibi kırsal nitelikli suçlar kente göç sayesinde gelmektedir. Göç tarıma dayalı bir kentleşmeyle desteklendiği için kırsal davranış biçimleri kentte aynen devam etmektedir.

Kentte yaygın olarak görülen mala karşı suçların nedenleri farklı bir araştırma konusu oluşturacak niteliktedir. Artan şiddet ve kentte görülen intihar ve intihara teşebbüsler anominin ip uçlarını vermektedir. Göçle birlikte değişen toplum yapısı bireyleri daha gergin ve hassas hale getirmektedir. Diğer taraftan, Şanlıurfa'da devam eden geleneksel aile yapısının toplumsal anlamda kolay bir çözülme sürecine izin vermediği görülmektedir. Bu nedenle yaşanan değişim daha yavaş ilerlemektedir.

Kaynakça

A. Vahap, Uluç, *Güneydoğu Anadolu Bölgesinin Toplumsal ve Siyasal Yapısı: Mardin Örneği'nde Siyasal Katılım*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Aksoy, Hakan, "*Coğrafi Profilleme*", **3. Coğrafi Bilgi Sistemleri Sempozyumu**, Bilişim Günleri, cbs2004.fatih.edu.tr, 2004.

Apak, Suat ve Diğerleri, "*Yeni Bir Toplu Konut Yerleşmesinde 'Güvenlik Duygusunun' Değerlendirilmesi*", **İTÜ Dergisi/A**, Y. 2002, 1(1), s. 65-74.

Arıkan, Gülay, "*Ataerkillik Kavramıyla İlgili Sosyolojik Tartışmalar*", **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Y. 1997, C. 14, S. 1-2, s. 1-24.

Arısüt, Mustafa, "*Şanlıurfa'da Eroin Gerçeği*", **İpekyol Gazetesi**, 30.7.2012; 1.8.2012.

Ataç, Ela ve Davut Gürbüz, "*Kentsel Mekanda Gelişen Suça Müdahale Etmede Disiplinlerarası Güvenlik Politikaları*", **Polis Bilimleri Dergisi**, Y. 2009, 11 (1), s. 25-46.

Aydoğmuş, Serpil, "*Güvenli Kent Kentsel Suçların Önlenmesi*", **Kent Kooperatifçiliği**, Y. 2007, S. 181, s. 23-29.

Aytaç, Ömer, "*Kent Mekanlarının Sosyo-Kültürel Coğrafyası*", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2007, 17 (2), s. 199-226.

Balcıoğlu, İbrahim, *Şiddet ve Toplum*, Bilge Yayınları, İstanbul, 2001.

Çakır, Resul ve Diğ., "*Türkiye'de Namus Saikiyle İşlenen Adam Öldürme Suçlarının Değerlendirilmesi*", **Adli Tıp Dergisi**, Y. 2004, C. 18, S. 3-4, s. 27-33.

Demren, Çağdaş, "*Ortadoğu'da Ataerkillik ve Erkeklik İlişkileri*", **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2008, C. 32, S. 2, s. 321-329.

Dönmezer, Sulhi, *Sosyoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 1990.

Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

Durugönül, Esmâ, "*Sosyal Değişme, Göç ve Sosyal Hareketler*", **II. Ulusal Sosyoloji Kongresi**, Toplum ve Göç, Ankara, s. 95-100, 1997.

EGM, *Töre ve Namus Cinayetleri Raporu*, EGM Asayiş Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005.

Erdoğan, Aygün ve Şebnem Düzgün, "*Mekan ve Suç: Suç Haritalaması ve Diğer Analitik Yaklaşımlar*", **Polis Dergisi**, Y. 2003, S. 36, s. 482-490.

Erkan, Rüstem, *Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nin Sosyal Yapısı ve Değişim Eğilimleri*, Kalan Yayınları, Ankara, 2005.

Fırat, Serap, "*Yoksulluk, Kentlerde Suç Artışı ve Kent Merkezlerinde Özel Güvenlik Hizmetleri Verilmesi*", **Gazi İİBF Dergisi**, Y. 2008, 10 (3), s. 201-228.

Gökulu, Gökhan, "*Kent Güvenliği Kentleşme ve Suç İlişkisi*", **Atatürk Üniversitesi İİBF Dergisi**, Y. 2010, 24 (1), s. 209-226.

Karacadağ Kalkınma Ajansı, *İstatistiklerle Şanlıurfa 2012*, Diyarbakır, 2012.

Karasu, Mithat Arman, "*Türkiye'de Kentleşme Dinamiklerinin Suça Etkisi*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, 57 (4), s. 255-283.

Kızmaz, Zahir, "*Din ve Suçluluk: Suç Teorileri Açısından Kuramsal Bir Yaklaşım*", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005a, 15 (1), s. 189-215.

Kızmaz, Zahir, "*Kriminolojide Yeni Yönelimler: Bütünleşik (Integrated) Suç Kuramları-1*", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, y. 2005b, 15 (2), s. 349-377.

Kızmaz, Zahir, "*Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme*", **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005c, 29 (2), s. 149-174.

Kızmaz, Zahir, "*Şiddetin Sosyo-Kültürel Kaynakları Üzerine Sosyolojik Bir Yaklaşım*", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2006, 16 (2), s. 247-267.

Kocadaş, Bekir, "*Düşük Sosyo-Ekonomik Yapı Suç İlişkisi: Malatya'da Çocuk Suçluluğu*", **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, 2007/1, s. 157-186.

Öğüt, Tahir, "*Milli Sınırların Oluşum Sürecinde Güneydoğu Anadolu'da Kaçakçılık Ekonomisi*", **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, Y. 2011, C. 31, S. 2, s. 91-122.

Ökten, Şevket, "*GAP Bölgesi'nin Sosyo-Kültürel ve Yapısal Özelliklerinin Aile Yapısına Etkileri*", **Aile ve Toplum**, Y. 2006, Ocak-Şubat-Mart, s. 23-34.

Sanal, Recep, "*Türkiye'deki İllerin Emniyet ve Asayiş Bakımından Risk Durumlarının Belirlenmesinde Bir Yöntem Önerisi*", **Polis Bilimleri Dergisi**, Y. 2001, 3 (3-4), s. 193-219.

Şanlıurfa Belediyesi, *Stratejik Plan 2008-2012*, Şanlıurfa, 2008.

Taş, Kemaleddin ve Adem Gürler, "*Din ve Suç İlişkisi Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma*", **Journal of Islamic Research**, Y. 2012, C. 22, S. 1, s. 12-25.

Tekelioğlu, Yavuz, "*Toprak Reformu ve Urfa Deneyimi*", **Toprak Mülkiyeti Sempozyumu**, Memleket Yayınları, s.41-49, 2010.

Tezcan, Mahmut, *Kan Davaları Sosyal Antropolojik Yaklaşım*, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını, Ankara, 1981.

Topses, Mehmet Devrim, "*Türkiye'de Kan Davası Geleneğinin Sosyolojik Çözümlemesi*", **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, Y. 2012, C. 4, S. 2, s. 189-197.

Uzun, Alper ve Alpaslan Aliagaoglu, "*Tokat Şehrinde Mala Karşı Suçlar*", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Y. 2007, 2 (8), s. 430-444.

Yılmaz, Ali ve Semra Günayergün, "*Türkiye'de Şehir Asayiş Suçları Dağılımı ve Başlıca Özellikleri*", **MEB Eğitim ve Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2006, S. 170, s. 230-250.

Yılmaz, Berrin Oktay, "*Geleneklerin Ardında Ölümler: Töre Cinayetleri*", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, Y. 2003, S. 8, s. 69-86.

Yılmaz, Gülsen, "*Suç ve Mekan: Suçun Temsili Üzerine Düşünceler*", **Mimarlık**, Y. 2006, S. 328, www.mo.org.tr.

ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI

Erdal YERDELEN*

ÖZET

Son yıllarda hukuk alanındaki gelişmeler ve suçun işlenme biçimindeki değişimler, çifte değerlendirme yasağının önemini artırmıştır. Suçun unsurları o suçun işlenişinde her seferinde farklı şekil göstermektedir. Bunların cezanın belirlenmesinde yeniden değerlendirmesi gerekmektedir. Hangi hususların çifte değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirileceği, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum uygulama ve öğretideki çifte değerlendirme yasağı konusundaki tartışmayı artırmaktadır. Alman ve Türk Ceza Kanunları yalnızca suçun unsurlarının çifte değerlendirme yasağına konu olacağını içermektedirler. Suçun nitelikli hallerinin cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına dair kural kanunlarda yer almamıştır. Bu çalışma ile çifte değerlendirme yasağının kapsamı ve suçun unsurlarına ve nitelikli hallerine temas eden durumlarda bu kuralın nasıl uygulanacağı izah edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Çifte Değerlendirme Yasağı, Suçun Unsuruları, Cezanın Belirlenmesi Kriterleri, Hafifletici Nitelikli Haller, Ağırlatıcı Nitelikli Haller*

* Kars Cumhuriyet Savcısı

DOPPELVERWERTUNGSVERBOT

ZUSAMMENFASSUNG

In den letzten Jahren haben Fortschritte auf dem Gebiet des Rechts und Art der Ausführung der Tat die Bedeutung des Doppelverwertungsverbots erhöht. Tatumstand kann sich jedesmal Unterschiedliche Form zeigen. Dies muss auf jedem Fall bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Das Strafgesetz hat nicht klar gemacht, welche Umstände zum Doppelverwertungsverbot gehören. Deswegen führt eine tiefe Diskussion sowohl in der Praxis als auch in der Strafrechtslehre. Die Regelungen der deutschen und türkischen Strafgesetzbücher zeigen, dass die Tatumstände zum Doppelverwertungsverbot erstreckten. Milderungs- und Schaerfungsgründe wurden durch das Strafgesetz nicht zur Doppelverwertungsverbot umfasst. Dank dieser Arbeit werden Umfassung des Doppelverwertungsverbots und wie diese Regel benutzt, wenn es um Tatumständen und Straf- und Milderungsgründe geht, erklärt.

SCHLÜSSELWÖRTER (KEYWORDS):

Doppelverwertungsverbot, Tatumstände, Strafzumessungskriterien, Milderungsgründe, Schaerfungsgründe

I. Genel Olarak

Kanunda, suçun tipikliği olarak bilinen unsurlar ile bu unsurlar dışında kalan cezanın artırımını ya da indirimini gerektiren nedenler (ağırlatıcı veya hafifletici) gösterilmelidir. Bu şekilde suçun unsurlarını ve nitelikli hallerini oluşturan durumlar, cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınacak kriterlerle aynı olabilir. Tüm bu hallerde aynı olan kriterin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılmamasını ifade etmektedir¹.

¹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (7. Baskı). İstanbul: Beta yayınları, s. 567

765 sayılı Türk Ceza Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen bu ilke, doktrinde ve yargı kararlarında² kabul edilmiştir³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu o dönemde verdiği kararında “yasada suçun unsuru olarak belirlenmiş bir halin ceza tayin edilirken asgari haddin üzerine çıkılması nedeni olamayacağını” açıkça ifade etmiştir⁴. Buna rağmen Yargıtay’ın bazı daireleri “nitelikli hallerin, temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınması yönünde” isabetli olmayan şekilde karar vermiştir⁵. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ise bu ilkeye m. 61/3’te açıkça yer verilmiştir. Çifte değerlendirme yasağı, doktrinde “İki kez değerlendirme yasağı”, “mükerrer değerlendirme yasağı” şeklinde de isimlendirilmektedir. Bu durumda cezanın belirlenmesi, suçun unsuru veya nitelikli halini oluşturmayan kriter dikkate alınarak yapılacaktır⁶.

TCK’nın 61. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken göz önünde bulundurması gereken

² “Bir suçun unsuru oluştururken cebir ve tehdit niteliğindeki hareketler ikinci kez cezayı ağırlatıcı neden olarak kabul edilemez.” YCGK T:8.12.1998, 1998/5-287-371

“Suçun unsuru oluştururken hareketler kastın yoğunluğuna kanıt ve cezayı ağırlatıcı neden olarak kabul edilemez. YCGK 23.2.1999 1999/8-20-29

“Suç unsuru olarak kanunda belirtilmiş bulunan hal ayrıca ceza tayininde asgari haddin üzerine çıkılmasında sebep olarak kabul edilemez.” YCGK T: 14.10.1957, E:1957/4-204, K: 1957/201

³ CENTEL Nur, (2001), *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, s. 359

⁴ YCGK, 19.3.1973- 333/238, Savaş Vural, Mollamahmutoğlu Sadık, (1999), *Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu*, Ankara, s. 505.

⁵ “Sanığın öz kardeşi olan mağdura sopa ile vurarak hayat fonksiyonlarını orta derecede etkileyecek nitelikte kırığa yol açmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 87/3 maddesine uyacağı ve yakınlık bağı nedeniyle ayrıca artırım yapılamayacağı ancak temel cezanın belirlenirken fiilin kardeşine karşı işlenmesi ve kemik kırığının da orta (3) derecede olması da gözetilerek alt sınırdan ayrılması gerektiğinin gözetilmemesi ...bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 3. CD, 20.03.2006, 21517/2017 K (Özbek vd, 2010: 603) www.kazancihukuk.com.tr

⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 572; DOĞAN Koray, (2007), “*Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, CHD, S:4, Ağustos, s. 280

hususlar düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise çifte değerlendirme yasağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*” Yapılan düzenlemeye göre TCK’nun 61. maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturması halinde, bu unsurların temel cezanın tayininde ayrıca göz önünde bulundurulmayacağı belirtilmiş olsa da suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini oluşturduğu durumda da bu hususlar, temel cezanın belirlenmesinde tekrar göz önünde bulundurulamayacaktır. Bu durum, madde metninde yer almamış olmakla beraber madde gerekçesinde⁷ belirtilmiştir⁸.

II. Cezanın Belirlenmesi Kriterleri

765 sayılı TCK’da 1990 yılından önce temel ceza belirlenirken nazara alınması gereken herhangi bir kriter düzenlenmemiştir⁹. Bu

⁷ 5237 sayılı TCK 61. Madde 2. Fıkrasının Gerekçesi: “*Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle, maddenin ikinci fıkrasında mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır.*”

⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567; ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 873; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, (2006), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.348; TOROSLU Nevzat, (2011), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara , s.385; HAKERİ Hakan, (2011), 12. Baskı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, s. 591.

⁹ Söz konusu dönemde YCGK, asgari ve azami sınırlar içinde temel ceza tayininde hâkime yol gösterecek hükümlerin bulunmaması ile ilgili olarak, İtalyan Ceza Kanunundan da örnekler vermek suretiyle şu şekilde karar vermiştir: “*Kanunumuz istisnai haller dışında sabit bir ceza belirtmeyip, aşağı ve yukarı basamaklı cezalar sistemini kabul ederek, aşağı ve yukarı sınırlar içinde cezayı belirlemek yetkisini hakime tanımak suretiyle suç, ceza ve suçlu kişi arasında uygun dengeyi sağlamayı amaçlamıştır. İki sınır arasındaki somut olayda uygulayacağı ceza miktarını belirlerken, hakimin*

dönemde doktrinde ve uygulamada değişik görüşler sergilenmiştir. Bir görüşe göre hâkim iki sınır arasında temel cezayı takdir hakkını kullanarak istediği şekilde tespit edebilir. Buna göre; ceza, kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlendiğinden, hâkim alt ve üst sınır arasında ceza tayin ederken, gerekçe göstermek zorunda değildir. Bu durum, kanunilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmez. Hâkimin takdiri demek, karar verirken gerekçe göstermenin zaruri olmaması demektir. Gerekçe zorunlu olursa, hâkim her zaman asgari haddi ceza vermeyi tercih eder ki; bu da adalete uygun değildir. İki had arasında ceza belirlemesini isteyen kanun koyucu başka bir sınırlamaya gerek duymamıştır. Bu fikre karşılık, hâkimin alt sınırın üstünde ceza tespit ederken, gerekçe göstermek zorunda olduğu savunulmuştur. Bu fikir sahiplerine göre; geniş azami ve asgari hadler arasında hâkim o kadar serbest olursa, her olayda değişik ve adaletsiz cezalar çıkabilecektir¹⁰.

hangi esasları göz önünde bulunduracağı 647 sayılı Kanun'un 5. Madde 2. Fıkrasında gösterilen para cezalarının tayini hakkındaki hüküm müstesna, kanunda gösterilmiş değildir. Buna karşılık bazı kanunlarda ve özellikle İtalyan Ceza Kanunu, takdir hakkını kullanan hakim, cezayı belirlerken göz önünde tutacağı esasları tespit etmiştir. Bu Kanun'un 133. Maddesine göre, hakim; fiilin niteliği, nevi, vasıtaları, konusu, işleniş, zamanı ve yeri ile diğer vasıflarından suçtan zarar görene verilen zararın veya yaratılan tehlikenin ağırlığından ve kastın yoğunluğu ile taksirin derecesinden anlaşılan, suçun ağırlığını ve suç saikleriyle, suçlunun mizacından, suçlunun adli geçmişi ile genel olarak suçtan önceki yaşayış tarzından, suçla birlikte ve sonraki tavır ve hareketlerinden, nihayet kişisel, ailevi ve sosyal hayat şartlarından anlaşılacak cürmi ehliyetini nazara alarak aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanır. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber aynı ölçülerin göz önünde tutulduğu suç ile suçlunun kişiliğinin takdir yetkisinin kullanılmasında rehberlik ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır." YCGK 18.6.1984 t. 1984/3-104 E 1984/230 K

¹⁰ ÖNDER Ayhan, (1992), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (2. Baskı). C.II-III, , İstanbul: Beta Yayınları, s. 555

Mülga TCK'nın 29. Maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle¹¹ temel cezanın belirlenmesi açısından, “suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, kastın veya taksirin yoğunluğu, zararın veya tehlikenin ağırlığı, suçun sebep ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu ile fiilden sonraki davranışları, fiilin diğer özellikleri gibi hususlar” kriterleri¹² getirilmiştir¹³.

Erem'e göre bu değişiklikten önceki dönemle ilgili olarak, kanunda yalnızca ceza türlerinin belirlenmiş olması miktarın tayininde aşırı keyfiliğe yol açmış, sabit cezalar ise cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız hale getirmiştir¹⁴. Bu ölçütlerin kanuna girmesiyle hâkimin takdiri ile kanunilik ilkesi arasında bir denge kurulmuştu. Her ne kadar bu ölçütler kanunda sayıldıktan sonra “gibi hususlar” ifadesine yer verilmiş ise de bu, hâkimin tamamen keyfi şekilde davranabileceği anlamına gelmiyordu. Hâkim ancak sayılanlara benzer kriterleri dikkate alabilirdi¹⁵.

Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği kararında, “Uyuşturucu trafiği yönünden özel bir konuma sahip Mersin ilinde uyuşturucu kullanımı ortaokul seviyesine inmiştir ve giderek yaygınlaşmaktadır. Bunu gören ve toplumdan aldığı tepkileri değerlendirip, kararına yansıtan duruşma hâkiminin bu yönde takdir hakkına ve eylemi önleme çabasına, uygulamada birlik adına müdahale edildiği takdirde hâkimin inisiyatif kullanma yetkisi ve cesareti ortadan kalkacaktır. Yozgat ilinde münferit bir eylem ile deniz aşırı ulaşım ve

¹¹ 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ayrıca 29. Maddenin son fıkrasına “cezanın asgari haddinden tayini halinde dahi takdirin sebeplerinin mutlaka kararda gösterileceği” eklenmiştir.

¹² Bu kriterlerin belirlenmesinin gerekliliğine ilişkin görüşler için bak. KONİ Burhan, (1956), Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti, SBF, s.56

¹³ TOROSLU Haluk, (2010), *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010, Savaş Yayınları, s. 166

¹⁴ EREM Faruk, (1946), “Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler”, AHFM, C.III, S. 2,3,4, s. 1159

¹⁵ İÇEL Kayıhan/ SOKULLU Füsun/ ÖZGENÇ İzzet/ SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER Yener, (2002), *Yaptırım Teorisi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.146; Toroslu, 2010: 166-167

karmaşık bir yapıya sahip Mersin'deki uyuşturucu eylemini bir tutmak isabetli olmayacaktır", diyerek bu husustaki hâkimin takdir yetkisine¹⁶ genişlik tanıdığını belirtmiştir¹⁷.

5237 sayılı TCK'da temel cezanın belirlenmesine ilişkin ölçütler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu bakımdan, yeni TCK ile 765 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 29. Maddesinin son fıkrasında "*gibi hususlar*" ifadesi kullanılarak, temel cezanın belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin sınırlı olmadığı kabul edilmişti. Keza 765 sayılı TCK'nın 29'uncu maddesinin son fıkrasının düzenlemesine göre, "*failin ...geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*" da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktaydı. Dikkat edilmelidir ki, bunlar, işlenen fiilin haksızlık içeriği bakımından dikkate alınabilecek hususlar değildir. Bu hususlar ancak cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62'inci maddesinde, "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*" ifadesine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'nın bu düzenlemesi mükerrer değerlendirme yasağının ihlali mahiyeti taşımaktaydı. Çünkü bu kriterlerin bazıları aynı zamanda takdiri indirim nedenleri olarak TCK m. 59 çerçevesinde dikkate alınmaktaydı. Bu nedenlerin cezanın belirlenmesi kriterlerinden çıkartılarak, takdiri indirim nedenleri arasına alınmış olması, artık bu nedenlerin cezanın daha yüksek verilmesi gerekçesi olarak kullanılmayacağı, tam tersine sadece failin lehine indirim nedeni olarak kullanılabilmesi anlamına gelmektedir¹⁸. Önceki uygulamanın aksine, temel cezanın üst sınırdan takdir edilmesi konusunda, "*sabıkalı olma, çıkar karşılığında kolayca insan öldürebilecek olma ve olaydan önceki*

¹⁶ YCGK, 22.06.2004, 7-108/149

¹⁷ ÖZBEK Veli Özer/KANBUR M. Nihat/BACAKSIZ Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker, (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 610

¹⁸ ÖZGENÇ İzzet, (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 733; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 569; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 878

davranışlar” dayanak gösterilemeyecektir¹⁹. Aynı şekilde, “*daha önce başka suçlar işlemiş olması dolayısıyla sanığın cezayı umursamaz bir kişilik sergilediği*” gerekçe yapılarak üst sınırdan ceza tayini mümkün olmayacaktır²⁰.

5237 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri m. 61/1’de “*Hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*” hükmü yer almıştır.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra yerinde olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da eski kanun zamanındaki görüşünü değiştirerek, “*Uyuşturucunun miktarı, suçun işleniş şekli ve işlendiği yer biçimindeki teşdit gerekçesi, ele geçen tüm uyuşturucu miktarının 1154 gramdan ibaret bulunması, suçun işlendiği yerin Sivas-Kayseri karayolundaki petrol istasyonu olması, kendilerinin de şehir merkezinde oturuyor olmaları gerçeği karşısında, dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. Diğer yönden bu tip suçlara taviz verilmemesi yönündeki gerekçe yasal olmadığı gibi uyuşturucu satıcılarının okul önlerini mesken tuttıkları yönündeki gerekçe de, somut olayda böyle bir saptamanın bulunmaması karşısında cezaların bireyselleştirilmesi*

¹⁹ “*Sanıklar Mikail ile Cabbar’ın dosyada mevcut mahkûmiyetlerine ilişkin kararların kişiliklerini göstermesi, sanık Mehmet’in menfaati karşılığında kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kasıtlarındaki yoğunluk dikkate alınarak sanıkların cezalarının asgari üstünde tayini gerekirken, mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın alt sınırdan tayinine karar vermesi yasaya aykırıdır.*”Yarg. 1. CD, 05.07.1996-1689/2720, YKD XXII, 9 (Eylül 1996), 1481.

²⁰ YCGK, 18.06.1984, 104/230. Karar için bak. Önder, 1992: 631

*ilkesine de aykırıdır*²¹”, diyerek sınırlı sayılan kriterleri hâkimin genişletemeyeceğini belirtmiştir²².

765 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılan “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” ibareleri, 5237 sayılı TCK m. 62’de takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bu kriterler somut olayda cezanın karşılığı olan suçun ve suçun işlenmesi sırasındaki failin tutumunun etkisinin olmadığı hususlardır. 5237 sayılı TCK m. 62’deki “*fiilden sonraki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri*” cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriterler arasında sayılması daha uygun olurdu. Özellikle suç sonrası failin nedametini ortaya koyabilecek tarzdeki davranışları, etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmediği suçlar açısından cezanın belirlenmesinde lehe kriter olarak kullanılabilir. Failin suç sonrası davranışlarının cezanın belirlenmesinde aleyhe değerlendirebilecek durumlar (örneğin, failin kasten yaraladığı mağdurun yardım istemesini engellemesi) olabileceği de düşünüldüğünde bunların cezanın belirlenmesi kriteri olması daha uygun görülmektedir. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri, cezanın özel önleme amacı dikkate alınarak, sadece takdiri indirim nedeni değil, cezanın belirlenmesi kriteri olarak yer almalıydı.

Nitekim failin eylemden sonraki davranışı, mağdurun suç sebebiyle uğradığı zararın daha fazla artmasını engellemesi ya da zararı gidermesi, eylemin olası yan zararlarının önlenmesi, yargılamanın düzenli, kolay ve çabuk yürütülmesine hizmet etmesi, cezanın failin geleceğine etkisi ise özel önleme (DieSpezialpraevention) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Alman Ceza Hukukunda ve birçok ülke kanunlarında cezanın belirlenmesi kriterlerinden sayılmaktadır. Üzerinde dogmatik tartışmalar ve etkilerinin sınırları konusundaki farklı görüşlere rağmen, doktrinde bu iki kriterin ceza ve ceza yargılamasının amaçlarıyla uyumu yanında, cezanın bireyselleştirilmesine, eylemin objektif ve sübjektif açılardan sağlıklı değerlendirme ve ceza hukukunun

²¹ YCGK, 19.06.2007, 2007/10-108-152

²² Özbek vd, 2010: 610

ultimaratio(son çare –zaruri olmak) ilkesine hizmet ettikleri hususunda fikir birliği mevcuttur²³.

Doktrinde, TCK m. 61/1’de sayılan kriterlere ek olarak, Fransız Ceza Kanunu’nda (CP, CodePenal) yer alan “kamu düzenini sarsma derecesinin” de kapkaç gibi belli suçlardaki artışla mücadele edebilmek amacıyla cezayı belirlemede bir ölçüt olarak düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir.²⁴ Ancak kanunda düzenlenmiş bütün ölçütler birlikte değerlendirildiğinde, suçların topluma etkisi cezaya yansımış olacaktır, kaldı ki toplum için önemli bir tehdit oluşturabilecek (kapkaç fiilleri gibi) fiillerle mücadeleyi sağlamak kanun koyucunun görevidir. Yasal düzenlemelerle veya etkin kolluk önlemleriyle bunların önüne geçilebilir. Ayrıca kamu düzeninin sarsılması derecesi berrak olmayan bir kavrama dayanarak, ceza belirlemek kanunilik ilkesinin garanti edici işleviyle de çelişecektir.²⁵

III. Çifte Değerlendirme Yasağı

Kanunda suçun tipikliği dediğimiz unsurların ve bu unsurlar dışında kalan cezanın artırımını ya da indirimini gerektiren nedenler (ağırlatıcı veya hafifletici) gösterilmektedir. Bu şekilde suçun unsurlar ve nitelikli halleri belirten durumlar aynı zamanda cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde alınacak kriterlerle aynı olabilir. Tüm bu hallerde aynı olan kriterin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin, cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılmamasını ifade etmektedir²⁶.

Çifte değerlendirme yasağı ceza hukukundaki her fiil ancak bir kez cezalandırılır ilkesine “nonbis in idem” benzer, aynı mantığın ürünü bir kurumdur. Nasıl, “nonbis in idem” kuralına göre failin bir eylemi için iki kez cezalandırılması mümkün değilse; çifte değerlendirme yasağında

²³ İçel vd, 2002: 155

²⁴ YÜCEL Mustafa Tören, (2004), “*Türk Ceza Kanunu Reformu*”, Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Reformu Panelindeki Konuşması, 21-22 Mayıs 2004, TBB, s.93

²⁵ Toroslu, 2010: 167

²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567

da cezanın belirlenmesinde etkili olan ve hâkimin mutlak göz önünde tutması gereken hususlar aynı zamanda suçun unsuru veya ağırlatıcı veyahut hafifletici neden ise bunlar ancak bir kez kullanabilecektir. Bu unsurlar ya suçun oluşumunu (unsurlarını) değerlendirirken ya da nitelikli hal oluşturan neden olarak dikkate alınacaktır. Hâkim aynı hususu hem unsur hem cezanın belirlenmesine etkili neden ya da hem nitelikli hali oluşturan hem de cezanın belirlenmesine etki eden sebep olarak kullanamaz.

Burada göz önünde tutulması gereken önemli bir konu da temel cezanın belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken kriterlerin her birinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bir maddesinde suçun nitelikli şekline ya da ağırlatıcı veya hafifletici nedenine temel teşkil etmesidir. Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, Kanunumuzun daha kazuistik bir yöntem benimsediği net bir şekilde görülmektedir. Öyle ki 5237 sayılı TCK'da hemen hemen her suçun peşinden nitelikli haller sayılmıştır. Hatta bazı suç tipleri için nitelikli haller o kadar ayrıntılı düzenlenmiştir ki cezanın belirlenmesi anlamında düşünüldüğünde hâkimin 5237 sayılı TCK 61. Maddesinin 1. Fıkrasını kullanma imkânı dahi kalmamaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK m. 151'de düzenlenen mala zarar verme suçunun nitelikli halleri 5237 sayılı TCK m.152'de 1. Fıkra'da yedi ve 2. Fıkra'da üç bent olmak üzere on bent halinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin içerisinde "suçun işleniş şekli (1. Fıkranın her üç bendi), suç işlenmesinde kullanılan araçlar (2. Fıkranın a ve c bentleri), suçun işlendiği yer ve zaman (1. Fıkranın e bendi), meydana gelen zararın ağırlığı (1. Fıkranın b ve c bentleri), suç konusunun önem ve değeri (1. Fıkranın a ve f bentleri), failin amaç ve saiki (1. Fıkranın g bendi) olmak üzere tüm kriterler yer almıştır. Bu durum hâkimin temel cezayı belirlerken 5237 sayılı TCK m. 61/1'deki kriterleri hemen hemen hiç kullanamayacağı anlamına gelmektedir. Her bir bentte yer alıp nitelikli hali oluşturan sebep 5237 sayılı TCK m. 61/1'deki kriterlerden birinin karşılığı olarak temel cezanın belirlenmesine gerekçe olamayacaktır. Aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Bu durum hakime cezayı belirlerken labirentli bir yol sunmaktadır.

Bir örnek suçtan yola çıkarak açıklarsak, kasten yaralama suçlarında suçun temel ve nitelikli şekillerine göre ceza makasları 6 ay ile 2, 3, 4, 5 yıl olarak bulunmaktadır. Makasın bu kadar geniş olmasına

rağmen ceza hâkimleri arasında temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi gerektiği konusunda olumsuz bir genel kanaat mevcuttur. Oysa mağdurda meydana gelen acı, ızdırıp, hayattan kopma, iş ve gücünden uzak kalma, hastanede geçirilen zaman, bir aygıtla bağlı olarak yaşama gibi sayılamayacak kadar çok sebep ve suçun çeşitliliği söz konusu iken bu tarz bir alt sınırdan ceza verme yaklaşımı doğru değildir. Yargıtay da böyle bir uygulamanın taraftarı değildir. Yargıtay'ın²⁷ mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını titizlikle denetlemesinin, yerel mahkemeler tarafından farklı algılanması böyle bir sonuç doğurmaktadır²⁸.

Kanaatimizce, bu kadar fazla nitelikli halin düzenlenmiş olduğu durumda, bir labirenti geçmek istemeyen hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeden, asgari

²⁷ “Müşteki mağdur K'dan kira alacağı olduğunu iddia eden sanığın, olay günü cezaevinden müştekinin tahliye olacağını öğrenip geçiş güzergahı üzerinde bekleyerek, içinde bulunduğu aracı ruhsatsız tabancası ile hareket halinde iken durdurup, otonun camını kırdıktan sonra vücudunun alt bölgelerini hedef alarak 6 el ateş edip olay yerinden ayrılmasına, müştekinin bu nedenle hayati tehlike geçirmemesine rağmen 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığının anlaşılmasına, sanık ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın mahiyetine, korunan hukuki konunun önemine, suçtan doğan zararın niteliğine, işleniş biçimine, kullanılan araç ve sanığın geçmişte nitelikli yaralama suçundan tekerrüre esas bulunmayan sabikasına nazaran dosyaya yansıyan kişiliğine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekirken dosyaya uygun olmayan gerekçe ile alt sınırdan ceza tayini ve 765 sayılı TCK'nın 456/ maddesinden tayin olunan uzun süreli 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 sayılı Kanununun 4. Maddesine göre paraya çevrilmesi mümkün bulunmasına rağmen paraya çevrilmesi kanuna aykırıdır...” Yar. 3. CD, 30.5.2007, 15057/4197 “Mağdurun ateşli silah ile hem hayati tehlike geçirecek hem de uzuv kaybı oluşacak şekilde yaralanmış olmasına göre birden fazla ağırlaşmış halin aynı olayda birleşmesi halinde temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden ...” Yar. 3. CD, 23.1.2008, 11010/157 (Albayrak, 2009: 268)

²⁸ ALBAYRAK Mustafa, (2009), “Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi”, Adalet Dergisi (AD), 33. Sayı, Ocak, s. 266.

hadden ceza verme yoluna gitmektedir. Aslında bu iki taraflı bir kısır döngüyü de beraberinde getirmektedir. Uygulamanın bu şekilde olması, kanun koyucu açısından her suçu ayrıntılarıyla düzenleme eğilimini (örneğin, nitelikli hallerin fazlalığı ve bilinçli taksir ve olası kast sebebiyle cezanın artırılması ve indirilmesi sebepleri olarak kanunda düzenlenmesi) ortaya çıkarmaktadır. Bunun karşısında, asgari hadden ceza tayin etse dahi gerekçe göstermek zorunda olan olay hâkimi de, alt sınırdan ceza tayin ederek, bireyselleştirme konusunda isteksizlik göstermekte, gerekçe olarak ta çoğu kez kanundaki terimleri tekrarlama yoluna gitmektedir. Hâkimin bu yaklaşımı yine kanun koyucuyu kazuistik yönetime sevk etmekte ve bu kısır döngü kanun değişikliklerinin daha sık yapılmasına da neden olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın kabulünden bu yana uygulamada değişik yorumlara sebep olan her maddenin Yargıtay içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulması yerine, kanun değişikliği yoluna sıkça gidilerek mesele çözülmeye çalışılması bunun sonucudur.

5237 sayılı TCK'nın özel kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı hallerde de bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Zira bu durum, zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır. Örneğin, 5237 sayılı TCK 110. Maddesindeki *“mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa”* hükmü bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Bu halin gerçekleştiği olayda, *“failin mağdura zarar vermeden onu güvenli yere bırakmış olması”* bu kez TCK 61. Madde dolayısıyla cezanın belirlenmesinde kriter olarak göz önünde bulundurulamaz²⁹.

5237 sayılı TCK m. 149/1/h'de yağma suçunun gece vakti işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda yağma suçunun gece vaktinde işlenmesi halinde 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği zaman”* ölçütü ayrıca temel cezanın tespitinde dikkate alınmayacaktır. Yine yağma suçunun konutta veya işyerinde işlenmiş olması 149. maddenin 1/d bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu halde de 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği yer”* ölçütü temel cezanın

²⁹ Hakeri, 2011: 591

tespitinde göz önünde bulundurulmayacaktır³⁰. Konut dokunulmazlığı suçu açısından suçun işlendiği yer suçun unsuru olduğundan bu hususun da cezanın belirlenmesinde yalın bir şekilde yeniden değerlendirme kriteri olarak dikkate alınmaması gerekir. Ancak konut içerisinde en mahrem yerlere kadar giren bir kişi ile, konutun girişini geçerek salonda bu eylemi devam ettiren kişi arasında, cezanın belirlenmesi açısından bir farkın olması gerekir. Mahkeme bu durumda suçun işleniş şeklini cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanabilecek ve farkı bu şekilde ortaya koyabilecektir.

5237 sayılı TCK'da olası kast ve bilinçli taksir hallerine ilişkin olarak cezanın ne suretle belirleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Suçun olası kastla işlenmesi halinde, 61. Maddenin 1. Fıkrasına göre belirlenen temel cezada belli bir oranda (1/3 ten yarısına kadar) indirim yapılması gerekmektedir (TCK m. 21/2). Suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde ise, ilgili kanuni tanımındaki suç bilinçsiz taksir haline özgü olarak belirlenen temel cezada belli bir oranda (1/3 ten yarısına kadar) artırımı yapılması gerekmektedir (TCK m. 22/3). Hâkim bu artırım ve indirimi yaparken ilk defa TCK 61. Maddesinin 2. Fıkrası bağlamında dikkate almalıdır. Bu şekilde aynı maddenin 2. Fıkrasında açıkça düzenlenmiş olan bu nedenlerin, mükerrer değerlendirme yasağının gereği olarak, 61. Maddenin 1. Fıkrasının (f) bendindeki "*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*" bağlamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekmektedir. Aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır³¹.

Cezanın belirlenmesinde esas alınan kriterler (TCK m.61/1), aynı zamanda kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (TCK m.50) ve takdiri indirim hükmünün (TCK m.62) uygulanmasında gerekçe olarak kullanılabilip kullanılmayacağına dair kanunda açık hüküm mevcut değildir. Örneğin, tedbire çevirmek için suçlunun kişiliği, suçun işlenmesindeki özellikler (TCK m.50/1); temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden sırasıyla failin güttüğü amaç ve

³⁰ "*Mağdurun sıfatı kanunda ceza artırımında unsur olarak belirtildiğine göre, aynı sebep iki had arasında cezayı artırıcı neden olarak kabul edilemez.*" (YCGK 8.5.1978 t. 1978/61 E. Ve 1978/150 K)

³¹ Özgenç, 2010: 732

saik (TCK m.61/1-g) ve suçun işleniş biçimi (TCK m.61/1-a); takdiri indirim nedeninde failin geçmişi (TCK m.62/2), temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden failin güttüğü amaç ve saik ile örtüşebilir. Çifte değerlendirme yasağı şüphesiz bu durumu kapsamamaktadır. Ancak bu iki halde aynı gerekçeler farklı kararlar vermek için kullanılmamalıdır. Lehe uygulama yapılırken gösterilen gerekçenin, aleyhe bir başka uygulama sırasında gerekçe yapılarak çelişkiye düşülmesi, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin iyi değerlendirilmediğini gösterir³². Yargıtay da bu hususa dikkat çekerek aynı kriterin çelişki oluşturacak şekilde iki farklı uygulamaya neden olmaması gerektiğini vurguladığı kararlarında aynı zamanda böyle bir yasağın olmadığını da kabul etmiştir³³.

IV. Alman Ceza Hukukunda Çifte Değerlendirme Yasağı

Alman Ceza Kanunu'nun(StGB) 46/3. Maddesinde çifte değerlendirme yasağı (Doppelverwertungsverbot), 1970 yılında ilk kez düzenlenmiştir. Buna göre: "Suçun kanuni unsuru mahiyetinde olan hususlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz." Aynen Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Alman Ceza Kanunu'nda da suçun nitelikli hallerine etki eden hususların cezanın belirlenmesinde yeniden dikkate alınmayacakları kuralı yer almamıştır.

Bu durum, kanunda düzenlenmiş olan suçun nitelikli haline ilişkin sebeplerin cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Alman doktrini ve mahkeme kararları (Rechtssprechung) bu durumda da çifte değerlendirme yasağının geçerli olduğunu göstermektedir³⁴.Örneğin, Bayern Eyalet Mahkemesi bir

³² Yar. CGK. T.13.05.2003, E.2003/2-129, K.2003/154, YKD. 2003-9-1432.

³³ "647 sayılı Kanunun 4. Maddesinin uygulanmasında gösterilen gerekçenin, TCK'nın 29/son ve 647 sayılı Kanunun 6. Maddelerinin uygulanmasında gösterilen gerekçelere aykırı olarak çelişki yaratılması..."Yarg. 4. CD 14.06.2000 t. 2000/3652 E. ve 2000/5194 K. Sayılı kararı

³⁴ BRUNS HansJurgen, (1985), DasRechtderStrafzumessung: einesystematischeDarstellungfürdiePraxis,HeymansVerlag, 2.,neubearb. underw. Aufl.Koln, Berlin,Bonn, München, s. 134

kararında³⁵; “*Her fiil, ancak ve ancak kanunun o eylem için belirlediği ceza ile karşılanacaktır*” şeklinde hüküm kurmuştur³⁶

Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/3’e göre suçun unsurunu oluşturan şartlar, cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilemez. Çünkü kanun koyucu her bir olay için ayrı ayrı ceza tespiti yaparken, suçun unsuru niteliğindeki bu şartları dikkate almıştır³⁷. Bu yüzden çifte değerlendirme yasağı kanundaki şartlar ifadesinden daha geniş olarak, suçun nitelikli hallerini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Burada unutulmaması gereken bir konu, çifte değerlendirme yasağının fiilin kendi içerisinde mevcut olan sonuç ve davranış haksızlığının derecelendirilmesini³⁸ engellemediğidir³⁹.

Hoegel, hâkimin kanun koyucunun hükmün konulması sırasında belirlediği bakış açısına uygun olarak, kanundaki ceza sınırları içerisinde kalmaya dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Gelişen kanun koyma tekniği sürekli cezanın belirlenmesi sebeplerini unsurlara doğru taşımaktadır. Bu da unsurların cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilme tehlikesini beraberinde getirmektedir⁴⁰.

Beling, çifte değerlendirme yasağını her bir suç unsurunun ceza büyüklüğünü zaten içerdiği fikrine dayandırmıştır. Buna rağmen unsurların kendi içerisinde derecesinin olabileceğini (iki farklı unsurun değil aynı unsurun derecesinin) savunmuştur⁴¹.

³⁵ BayOLG, NJW 1951, 574 (BayerischeOberlandgericht, NeueJuristischeWochenschrift)

³⁶ HETTINGERMichael, (1982), DasDoppolverwertungsverbotbeistrafraahmenbildendenUmständen(§§ 46Abs. 3, 50StGB) / von, Dunckner&Humblot, Berlin, s. 53

³⁷ Hettinger kanundaki şartlar terimini eleştirmiş ve gerçeklikler (Tatsachen) teriminin kullanılmasını önermiştir. Hettinger, GA 1993, 1(8)

³⁸ Hettinger GA 1993, 1; Schall/SchirmacherJura 1992, 514; Bruns JR 1980, 226; NeumannStV 1991, 256

³⁹ SCHAFFER/SANDER/VAN GEMMEREN, (2008), Praxis der Strafzumessung, C.H. Beck, 4. AuflageMünchen, s. 132

⁴⁰ HOEGEL Hugo, (1909), Gesamtreform der oesterreichischenStrafrechts, Leipzig, s. 241

⁴¹ BEILING Ernst, (1924), Entscheidungsanmerkungzu RG, JW 1924, s. 1721

Sauer'e göre cezanın belirlenmesi sebepleri, mutlaka cezanın verilmesine gerekçe olan hususları (şartları) aşmalıdır. Sauer bunları cezanın belirlenmesinin tipik şartları olarak görmektedir. Cezanın belirlenmesinde etkili şartlar; haksızlık ve kusur olarak somutlaştırılabilir. Somut olayda hâkimin değerlendirmesinin kanunun belirleme ilkeleri çerçevesinde yeni şeyler ortaya koyabileceğini belirtmektedir⁴².

Dreher, çifte değerlendirme yasağının temelini, hukuki bir izaha ihtiyaç duymayan herkesin bildiği bir gerçeklik olduğunu savunmaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında bu ilkenin temeli ile fazla meşgul olunmamakta, aksine buna eşlik eden durumların izahı yapılmaya çalışılmaktadır. İlkenin çerçevesi çizilmeye uğraşmıştır. Burada kanun koyucu tarafından suçun unsurlarına izafe edilmiş olan ve bu anlamda kanun tarafından yapılan değerlendirmenin yeterli olacağı fikri ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁴³.

Alman CK m. 46/3'nin uygulanması şartı olarak çifte değerlendirme yasağında fiilin özel olarak değerlendirilmesine engel olan bir durum olarak görmektedir. Eğer suçun unsuru ceza çerçevesinin genel kabulünü aşacak bir özellik göstermiyorsa, bu durumda cezanın belirlenmesi kriteri olarak kullanılamaz. Öğreti, kanunun peşinen değerlendirilmesi fikrinden ayrı olarak (bunun dışında) suçun unsurlarının somut dizaynı (olayda gerçekleşme şekli) ve failin davranışı nedeniyle tehlikenin derecesinin değişmesini, cezanın belirlenmesinde kullanma taraftarıdır. Örneğin, bir dolandırıcılık olayında meydana gelen zararın miktarı ya da çok enteresan bir hilenin kullanılmış olması gibi⁴⁴.

Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunda en temel kaynak olarak görülen Bruns'a göre; bu zamana kadar ortaya konmaya çalışılan unsurların gerçekleşmesi modellerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu fikir öğretisi ve içtihatlar tarafından savunulmaktadır. Burada söz konusu olan fiilin ağırlığının

⁴² SAUER Wilhelm, (1955), *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Auflage der "Grundlegendes Strafrechts", Berlin, s. 20

⁴³ DREHER Eduard, (1957), *Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen*, in: JZ, s. 155

⁴⁴ ZIPF Heinz, (1969), *Strafmassrevision*, München, s. 97

derecelendirilmesidir. Çifte değerlendirme yasağının sınırı, fiilin normal bir vaka olma özelliğini aştığı, a tipik bir görüntüye kavuştuğu anda belirecektir. Cezanın belirlenmesinde somut vakayı belirleyen (tanımlayan) cümlelerde özellikler bulunduğu hallerde, çifte değerlendirme yasağı söz konusu olmayacaktır. Bu açıklananlardan, kanun koyucu ve hâkimin ortak ürünü olan bir neticenin ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından genel ilkelerle ortaya konulmuş olan cezanın belirlenmesi kısmına (unsurlar ve ağırlatıcı nedenler), hâkimin artık dokunamaması gerekecektir⁴⁵.

Exner'e göre çifte değerlendirme yasağının görevi, değerlendirme çelişkisini önlemektir. Hâkim suçun unsurlarını bir kez daha değerlendirmeyecek, aksine davranışın tipik (ortalama) olup olmadığını değerlendirecektir. Kanuni bir düzenlemeye gerek olmaksızın ceza çerçevesini belirleyen şartların çifte değerlendirilemeyeceği hususu dikkate alınmalıdır. Cezanın belirlenmesinde, kanunun amacı ve kanunun mantığının hesaba katılmasına gerek olmadığı fikrindedir⁴⁶.

Jagusch ise suçun unsurlarının çifte değerlendirme yasağı ile suçta özelliğini veren hususların birbirinden keskin olarak ayrılmalarının her zaman mümkün olmamasının, bu öğretinin en önemli noktası olduğunu savunmaktadır. Eğer somut olayda diğer ortalama olaylara göre kendini

⁴⁵ Bruns,1985; 369; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, (2001), StrafgesetzbuchKommentar, München, s.45; DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, (2011), StrafgesetzbuchundNebengesetze, C.H. BeckVerlag, 58. Auflage, München, s. 37; HIRSCH Hans-Joachim, (1972), BesprechungvonReinhartMaurach, BesondererTeil, 5. Auflage, ZStW 84, s. 99; HORN Karl, (1932), Entwicklung der Strafzumessungbestimmungen in den EntwüfeneinesdeutschenReichstrafgesetzbuchesWorms, s. 84; JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND T, (1996), *LehrbuchdesStrafrechtsAllgemeinerTeil*, Berlin, s. 706; BAUMANN Jurgen, (1977), *StrafrechtAllgemeinerTeil*, 8. Auflage, Bielefeld, s. 668; WARDA Günther, (1962), *DogmatischeGurndlagendesrichterlichenErmessens im Strafrecht*, Köln, s. 152

⁴⁶ EXNER Franz, (1931), *StudienüberdieStrafzumessungspraxis der deutschenGerichte*, Leipzig,1931, s. 100

belli eden bir özellik mevcut ise, artık çifte değerlendirme yasağından bahsedilemeyeceğini ve bu özelliğin cezanın belirlenmesinde değerlendirilebileceği fikrini geliştirmiştir⁴⁷.

Alman Ceza Hukuku'nda çifte değerlendirme yasağı, cezanın belirlenmesi çerçevesinde ve en sık ve en ağır hataların yapıldığı alandır. Böyle bir çifte değerlendirme yasağı, eğer o şart, o suçun unsuru ise cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Bir başka ifadeyle, suçun unsuru olan şey, cezanın artırılması veya azaltılması için kullanılamayacaktır. Çifte değerlendirme yasağına örnek olarak, hırsızlık ile suçlanan kişinin (malvarlığını hukuk dışı olarak alan kişi) durumu gösterilebilir. Bu kişi çalıntı eşyaya amaçsızca zarar vermiş olsa da; StGB m.242' ye göre yargılanacak ve cezalandırılacaktır. Çünkü çalınan eşyaya amaçsızca zarar verilmiş olması, normal şartlarda ek bir ithamı ve cezalandırmayı gerektirmez⁴⁸.

Silahlarla ilgili (silah kanunu ve savaş silahlarını kontrol kanununa muhalefet) özellikle "silahların tehlikeliliği" cezalandırmanın gerekçesidir ve bu yüzden ayrıca cezanın artırılması nedeni olarak kullanılamaz⁴⁹. Öldürme suçlarında maktulün yaşı faile (itham aracı olamaz) yüklenemez. Çünkü yaşamın hangi aşamasında bulunduğu hususu, ceza hukuku açısından etkili ve önemli değildir⁵⁰. Aynı şekilde doğrudan öldürme kastı da; öldürme suçunun asli unsuru olması nedeniyle cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz⁵¹. Nitelikli yağma suçunda (StGB 249, 250) ise, mağdurun ilerlemiş yaşı ve bundan kaynaklanan vücut güçsüzlüğü, faile yüklenebilecek ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Çünkü burada sadece fiilin ağırlığı⁵² (kriminal gücü) tariflenebilmektedir⁵³.

⁴⁷ BGHR StGB 46/3, Diebstahl 2.; JaguschHeinrich, *Entscheidungsanmerkung zu BGHSt 17, 103*

⁴⁸ BGH StV 1995, 634

⁴⁹ BGH StV 1995, 301

⁵⁰ BGH StV 1995, 634

⁵¹ BGH StV 1993, 72

⁵² BGHR StGB m.253/1, *Konkurrenzen 2*

⁵³ http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsorgans.

Fiilin gerçekleştirilmesi açısından tipik olan, suçun unsurları dışında sayılamayacak ve tanımlanamayacak özel şartların, ayrıca değerlendirilerek cezanın tespit edilmesi hatalıdır⁵⁴. Eylemin gerçekleştirilmesi aşamasında ateşli silahın kullanılması, genel olarak cezanın belirlenmesinde, artırım nedeni olarak değerlendirilemez. Özellikle olayda oyuncak-kurusıkı bir silahın kullanılmış olması ve bunu mağdurun gerçek sanarak korkudan ölmesi halinde dahi, cezanın artırılmasını gerektirecek bir sebep olarak dikkate alınamaz⁵⁵. Dolandırıcılık suçunda, kazanç sağlama maksadı cezanın belirlenmesi açısından olumsuzluk olarak faile yüklenip, ceza buna göre belirlenemez⁵⁶.

Koşullar tipiklikten epeyce uzaklaşıyorsa (fiilin unsurları dışına çıkıyorsa), cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Ancak tipik şartların eksikliği ise cezanın azaltılması nedeni olamaz. Örneğin, aynı suç unsurları içerisinde birçok alternatifin olması halinde bunun cezanın artırılmasında değerlendirilmesi, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde zararın giderilmesine yanaşmamak, cezanın belirlenmesinde, aleyhe değerlendirilecek bir husus⁵⁷ olacak ve çifte değerlendirme yasağının ihlali söz konusu olmayacaktır⁵⁸.

Çifte değerlendirme yasağı sadece suçun unsurları olan hususlar için değil, aynı zamanda diğer haksızlık ve kusurla ilgili durumlarda da geçerlidir⁵⁹. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç için, failin cezalandırma aşamasını aştıktan sonra geri çekilmesi (suçu işlemeyi bırakması-gönüllü vazgeçme), somut cezanın belirlenmesi açısından önemsizdir⁶⁰. Bir suçun daha ağır nitelikli halini oluşturan bir şart (besondersschwer Fall), ikinci

⁵⁴ Schönke/Schröder-Stree , 2011, 46

⁵⁵ BGHR StGB 46/3, Raub 3 ve 5; BGHR StGB 253/1, Konkurrenz 2

⁵⁶ Schönke/Schröder-Stree , 2011, 48

⁵⁷ *BGH GA 75, 84*

⁵⁸ http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsorgans.

⁵⁹ BGH StV 1997, 519

⁶⁰ BGH Beschl. v. 17.1.2006 – 4. StR 422/05

kez cezanın artırılması için kullanılamaz. Bu sadece ana kural için geçerli değil, aynı zamanda ağırlık derecesi ana kural ile aynı olan şartlar⁶¹ için de geçerlidir⁶².

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma veya kasten öldürme suçlarında mağdurun ölmüş olması, fiilin cezasının belirlenmesinde artırıcı bir neden olarak dikkate alınamaz. Yine aynı şekilde cinsel saldırı suçunda orta düzeyde şiddet kullanılmış olması, uyuşturucu ticaretinin kazanç sağlama maksadıyla yapılması, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 174'te kardeşe karşı cinsel saldırı, nitelikli hal (artırım nedeni) olarak düzenlendiği halde, failin, cinsel saldırı suçunu kız kardeşine karşı gerçekleştirmiş olması, cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak verilmesine gerekçe yapılamaz. Aksi halde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır⁶³.

Failin, fiili teşebbüs aşamasından önce bırakabileceği halde, devamını getirmesi veya suça teşebbüs edip, sonrasında mağdur için yardım çağırılmayarak suçun tamamlanmasına neden olması hallerinde, birinci halde teşebbüs ve ikinci durumda tamamlanmış suç için kanunda öngörülen cezalara çarptırılacak, ayrıca cezanın artırılarak tespiti söz konusu olmayacaktır⁶⁴.

Suçun doğrudan unsuru olmasa da; suçun unsurlarına ilişkin davranışlar ve unsurlarına ilişkin sonuçların değerlendirilmesi de, çifte değerlendirme yasağına tabi olacaktır. Bu yüzden failin, mağduru öldürme sonucunu elde etmek maksadıyla onu boğazlaması, onun yaşama hakkını alması ve yaşama şansı bırakmamasına yönelik olup, suçun unsuruyla ilişkilidir. İşleniş şeklinde başka gaddarca (örneğin, bıçağın özellikle kör seçilmesi gibi) bir niyet yok ise, bu durum (boğazlayarak öldürme), ayrıca artırım nedeni olamayacaktır⁶⁵.

⁶¹ BGH NStZ-RR 2004, 262

⁶² http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf, *Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkeldes Revisionerichtes*.

⁶³ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

⁶⁴ BGH NStZ-RR 2007, 194, BGH NStZ-RR 2003, 41; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

⁶⁵ BGH StV 182, 167; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

Buraya kadar izah edilen hususlar, suçun işleniş şekli anlamında nitelik ve nicelik açısından derecelendirme yapılmasına engel değildir. Bu yüzden, m. 211'deki birden fazla kişinin bir eylem ile yaralanması veya öldürülmesi, m. 223'e göre yaralanmanın ağırlığı, m. 224/1'e göre kullanılan silahın veya aracın tehlikeliliği, cinsel saldırıda kullanılan şiddetin türü, ağırlığı ve şekli⁶⁶, hilenin şekli, vergi kaçakçılığında kaçırılan vergi miktarı, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu şekilde dikkate alma durumu çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir. Suçu oluşturan unsurlardan birden fazlasının aynı şartta gerçekleşmesi halinde, cezanın artırılması sebebi olabilecektir. Bu şartların yüklenebilirlik anlamında kusurun derecesine etkisinin olması gerekir. Örneğin: failin açgözlülüğü (hırsı) yüzünden bir kişiyi gasp etmek maksadıyla öldürmesi halinde, hırs için ve başka suçu işlemek için olmak üzere iki neden birleşmektedir. Bu durumda cezanın artırılarak tespiti gerekecektir. Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 176a'ya göre (cinsel saldırı), daha önceden bu suçtan mahkûm olmak, kanunda açıkça nitelikli hal olarak belirtildiğinden, bu durum, cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Ancak, failin, daha önceden birden çok aynı tür (cinsel saldırı) mahkûmiyetinin bulunması halinde, cezanın belirlenmesinde bunun dikkate alınması, çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir⁶⁷.

Eğer failin fiili, kanunun iki ayrı şeklini ihlal edebiliyorsa bu durum önemli olabilir. Çünkü fiilin belirlenmesinde failin bu iki hükümden nitelikli ağır hali mi, yoksa hafif hali mi düzenleyen maddeye göre ceza alacağına incelenmesi gerekir. Failin eylemi neticesinde başka bir zarar daha meydana gelmişse (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç), bu durumda ağır netice faile cezanın belirlenmesi bakımından yüklenebilecektir. Örneğin: dolandırıcılık suçunu işlerken failin sahte belge kullanması durumunda, dolandırıcılık suçunun cezası artırılarak belirlenecektir. Buradaki ifadeden, sahte belgesuçundan ayrıca ceza alıp almayacağı hususu açıklanamamaktadır. Ancak TCK açısından m. 212 nedeniyle her iki suçtan ayrı ayrı ceza alacaktır. Ayrıca Türk Ceza

⁶⁶ BGH NStZ-RR 2002, 136

⁶⁷ BGH NStV-RR 2004, 71; BGH 14.8.2007, 1 StR 201/07; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

Hukuku'nda 43. Madde sorunu çözmektedir. Buradan anlaşılan, sahte belge için ayrıca cezalandırılmasına karşılık, dolandırıcılık için cezanın artırılarak verilmesidir⁶⁸.

Çifte değerlendirme yasağı, sadece suçun kanuni unsurları açısından değil, kusur ve haksızlığı etkileyen diğer nedenler açısından da geçerlidir. Kanunda, suçun derecelendirilmesi veya ayrıcalıklı bir hale gelmesine neden olmamakla birlikte; o suç için kanunda belirlenmiş olan ceza sınırlarını değiştirmesine neden olan sebepler de, çifte değerlendirme yasağı kapsamında dikkate alınacaktır. Bunların bir kez daha cezanın belirlenmesinde kullanılması, yasağın ihlali anlamına gelecektir. Bunlara, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren haller ya da tipik suç dışında kalan durumlar denilmektedir. Bu durumlarda da kanun tarafından değerlendirme, öncelikle yapılmış ve cezalar ona göre belirlenmiştir. Suçun nitelikli halleri, cezanın belirlenmesinde ikinci kez dikkate alınamayacaktır⁶⁹. Nitelikli hallere genel örnekler; dolandırıcılık (StGB m. 263/3) ve uyuşturucu ticareti (BtMGm. 29/1) suçlarında, failin kazanç sağlama maksadıyla (ticari faaliyet çerçevesinde) hareket etmesi; hırsızlığın kilit kırarak gerçekleştirilmesi (StGB m. 243/1), cezanın belirlenmesinde artırım sebebi yapılamayacaktır⁷⁰.

Tanımlanmamış olan nitelikli ağır ve hafif hallerde, kanundaki suçun normal ceza sınırı mı, yoksa nitelikli hallerine ilişkin sınırların mı uygulanacağını irdelenmesini gerektirir. Örneğin: çok değişik bir hile şeklinin kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, bunun hangi ağırlıkta değerlendirilerek, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal sayılacağını belirlenmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı, StGB m. 49/2'de ifadesini bulan, emredici veya takdiri olarak başka bir ceza çerçevesi belirlenmesine sebep olan (tipik olmayan indirim nedenleri) hususları da kapsar. StGB m. 27/2, 28/1, 30/1-2 maddelerinde zorlayıcı nedenler (daha az cezayı gerektiren zorunlu haller); StGB m. 13/2, 17/2, 21, 23/ maddelerinde ise takdire bağlı olarak indirimin yapılabileceği durumlar belirtilmiştir.

⁶⁸ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

⁶⁹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

⁷⁰ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

Bu nedenler, cezanın alt ve üst sınırlarını değiştirerek yeni alt ve üst sınırlar (StGBm. 49/2 ye göre) belirlemektedir. Bu sebepler suçun unsurları ve kanunda belirlenmiş olan ağırlaştırılmış hallerin uygulanmasına engel olmayacaktır. Örneğin; kasten öldürmeye teşebbüs halinde, genellikle StGB m. 212/2 gereğince, StGB m. 49/2'nin atfi nedeniyle ceza azaltılacaktır. Failin, fiili önceden dikkatli bir şekilde planlanmış olmasına rağmen, tamamen istisnai bir durumun gerçekleşmesinden dolayı sonucu elde edememiş olması halinde, fiilin, daha ağır değerlendirilmesine engel olmayacaktır. Tam tersine bir olayda ise, daha az ceza çerçevesi (eğer şartları varsa) söz konusu ise, bu durum, indirim nedeni olarak dikkate alınarak (alt sınırdan ceza verilmesi) uygulama yapılabilecektir⁷¹.

Suç siyaseti temel fikrinden dolayı, bir unsurun gerçekleşmesine hizmet eden düzenleyici ilkeler (her suç açısından geçerli olan hukuki konuların ihlali) de çifte değerlendirme yasağına tabidir. Örneğin; kasten yaralamada vücut dokunulmazlığı, cinsel saldırıda cinsel kişiliğini belirleme ve tercih hakkı⁷², vergi kaçakçılığında sosyal zarar, reçeteye bağlı olarak verilmesi gereken ilaçların satılması durumunda muhatabın sağlığı⁷³, çocukların cinsel istismarında çocuğun cinsel gelişim hakkı⁷⁴, uyuşturucu suçlarında bağımlıların zor durumu, özellikle gençlerin bu anlamda korunması (BtMG m. 29/1)⁷⁵, trafik suçlarında (StGBm. 315b, 316) trafik güvenliği, kaza yerini terk suçunda kazaya maruz bırakılan diğer araç sahibinin ekonomik çıkarı⁷⁶, kara para aklama suçunda paranın dolaşımının fonksiyonu⁷⁷ gibi hususlar, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır⁷⁸.

⁷¹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

⁷² BGH NStZ-RR 2004, 41

⁷³ BGH NStZ 1982, 113

⁷⁴ BGH StV 1987, 146

⁷⁵ BGH 14.11.2001, 3 StR 352/01

⁷⁶ BayOLGDAR 1984, 238

⁷⁷ BGH NStZ 1987, 494

⁷⁸ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

Fiilin düzenli sonuçları ve tipik davranışların ne zaman ve hangi derecede çifte değerlendirme yasağına tabi olduğu hususu tartışmalıdır. Federal Mahkeme uzun süredir bu tip durumlarda m. 46/3'ü kullanmakta ve çifte değerlendirme yasağını uygulamaktadır. Buna gerekçe olarak düzenli sonuçlar için suçun unsurlarının oluşmasını göstermektedir. Bu yüzden, örneğin; cinsel saldırı suçuna meni boşaltma da bir doğal (düzenli) netice olarak dâhildir⁷⁹. Tabi bununla bağlantılı olarak, hamilelik riski, hastalık bulaşma tehlikesi de bu haksızlığın içerisinde kanun koyucu tarafından önceden hesaplanan risklere dâhil olduğundan, bunlar açısından çifte değerlendirme yasağı geçerli olacak ve bunlar cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Aynı şekilde nitelikli yağma suçunda fail, mağduru, gerçek (StGB m. 250/1) veya kuru sıkı(StGBm. 250/2) tabanca çekmek suretiyle ölüm korkusuna salmış ise, bu durum, cezanın belirlenmesinde yine dikkate alınamayacaktır⁸⁰.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, suçun unsurlarının gerçekleştirilmesi (tamamlanması) cezanın belirlenmesinde etkili olamaz ancak suçun unsurlarının gerçekleştiriliş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olabilir⁸¹. Bu şekilde çok farklı suç modelleri (aynı suçun değişik şekillerde işlenmesi halleri), cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir⁸². Yine başka bir şekilde unsurların gerçekleştirilmesindeki dereceler (ağırlıklar) de, cezayı belirlemede göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin; birden fazla kişinin öldürülmesi gibi. Buna karşılık, hukuka aykırılık unsurunun, cezayı artıran bir neden olarak kullanılamayacağına da hükmetmiştir⁸³.

Federal Mahkeme, daha geniş anlamda, sadece mecburi unsurların değil, kural olarak suç yapısına temas eden şartların da, cezanın artırılması için bir kez daha kullanılmayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak, "bu unsurlara bir kez daha artan şekilde haksızlık içeriği

⁷⁹ BGH NStZ 1985, 215

⁸⁰ BGH NJW 1990, 2570; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

⁸¹ BGHSt 19, 113, 116

⁸² BGH VRS 4, 359 (VRS: Verkehrssrechtsammlung)

⁸³ BGH MDR 1972, 750 (MDR: MonatschriftfürdeutschesRecht); Hettinger, 1982: 43

yüklenemeyeceğini” göstermiştir⁸⁴. Örneğin; öldürücü bir alet ile öldürme şeklindeki fiil, aynı zamanda cezanın artırılması nedeni olarak faile yüklenemeyecektir⁸⁵. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşıldığı üzere, Federal Mahkeme, çifte değerlendirme yasağını (DVV: Doppelverwertungsverbot) sadece suçun unsurları açısından değerlendirilen şekliyle değil (dar anlamda değil), genişliği olan bir ilke olarak yorumlamıştır. Bazı kararlarda Mahkemenin bu yaklaşım tarzı açıkça ortaya çıkmaktadır⁸⁶.

Alman Federal Mahkemesi'nin BGHSt 37, 153 sayılı kararına göre, norm tarafından düzenlenmiş bir normal olay mevcut değildir. Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu bunu açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, cinsel saldırı suçuyla ilgili (m. 177) verdiği kararında, suçun tamamlanması için gerekli olan hususların, çifte değerlendirme yasağına konu olabileceğine hükmetmiştir⁸⁷. Bu kararın verilme zamanında geçerli olan kanuna göre, cinsel saldırı suçunun oluşması için organ sokma gereklidir. Bununla bağlantılı olan diğer hususların, örneğin; vajinaya tamamen girmenin, vajinada bulunma süresinin, vajinaya girerken mağduru hastalıktan koruyacak önlem alıp almamanın, failin, mağdurun içinde iken boşalıp boşalmasının, bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına karar vermiştir. Bugün ise bu

⁸⁴ BGH MDR 1971, 362

⁸⁵ BGH MDR 1972, 922

⁸⁶ “Cürüm konusu eşyayı satın alma suçunun mesleki faaliyet çerçevesinde yapılması kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olduğundan bunun ayrıca cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak (alt sınırdan uzaklaşma) değerlendirilmesi mümkün değildir, aksi halde suçun unsurunun bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olacaktır ki bu da her suç açısından yanlış bir noktaya götürecektir”.(BGH NJW 1967, 2416); Hettinger, 1982: 44

“Kamunun güvenliğinin korunmasına yönelik yarar m. 249 ile kanun koyucu tarafından daha ağır ceza öngörülmek suretiyle düzenlenmişken, bunun genel ilkeler olarak kararda gösterilerek cezanın arttırılmasına karar verilmesi (alt sınırdan uzaklaşma) mümkün değildir. Ancak somut olayda olmayan örneğin, geceleyin şehir merkezinde bir yağma olayında artık ağırlatıcı nedenin varlığı kabul edilebilecektir.” (BGH MDR 1966, 26)

⁸⁷ BGHSt 37, 153

şekilde bir değerlendirmeye şüpheli yaklaşmak, özellikle hamilelikten korunma ve HIV (AİDS) açısından farklı değerlendirme yapmak gerekir. Zira organ sokma da, artık kanunda daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (m. 177/2/1).

Fiilin normal neticelerini aşan durumların ortaya çıkması halinde, bu sonuçların, kanunun korumasıyla alakalı olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Hastalıklara açık ve hamileliğe sebep olacak ilişki, gerçekten bunların olasılığını ortaya koymuşsa (gerçekleşme tehlikesini yaratmışsa), bunlar değerlendirme dışı bırakılamaz. Bu durum, failin muayeneden geçirilmesini (bu hususta rapor alınmasını) gerektirmez. Çünkü sadece mağdurun bunların olabileceği korkusunu yaşamış olması yeterlidir, fiilen bu sonuçların doğmuş olması gerekmez⁸⁸.

Federal Mahkemenin 37, 153 sayılı kararından bu yana, 1. Daire kendi uygulamalarını devam ettirmiştir. Yağmaya teşebbüs olayında mağdurun öldürülme korkusu yaşamış olmasını, cezanın arttırılması nedeni olarak gören mahkeme kararını onamıştır. Gerekçe olarak, m. 255, 249 ve 250’de beden bütünlüğüne yönelik bir şiddetten bahsedilmiş olmasını ve bu tanımın m. 46/3’te düzenlenmiş olan “tehdidin şekli ve şiddetini içermediği” olarak açıklamıştır⁸⁹.

Federal Mahkeme’nin 2.Ceza Dairesi, yerel mahkemenin cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak, cinsel ilişki sonucu mağdurun hamile kalma olasılığı nedeniyle artırım sebebi olarak gördüğü bu hali, mağdurun kendi önlemini alabileceği gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁰. Bir başka kararında ise, aynı tip olayda, bu kez failin kusurunun çok yüksek olması gerekçesiyle ağırlatıcı nedeni kabul etmiştir⁹¹. 2. Ceza Dairesi bir kararında, anal yoldan cinsel saldırıda prezervatif kullanılmadığı bir olayda, bu şekilde, hastalık bulaştırma riskinin daha da arttığı gerekçesiyle, cezanın arttırılmasına hükmeden mahkeme kararını onamıştır⁹². Başka bir kararında, yerel mahkemenin uyuşturucu ticareti suçunda “failin kendi

⁸⁸ BGH NStZ 1999, 505; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

⁸⁹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

⁹⁰ BGHR StGB 177 Abs. 2 Strafzumesung 10

⁹¹ BGHR StGB 46 Abs. 2 Vorleben 19

⁹² BGHR StGB 177 Abs. 1 Strafzumesung 14

eylemine başkalarını da bulaştırmış olması” nedeniyle cezayı artıran kararını, uyuşturucu ticaretinin içinde doğal olarak üçüncü kişinin bulunduğu ve bu durumun m. 46/3’teki çifte değerlendirme yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle reddetmiştir⁹³.

3. Ceza dairesi de aynen 1. Daire gibi kararlar vererek (yukarıda belirtilen 37, 153 sayılı kararı takip ederek), cinsel saldırı suçunda mağdurun onurunun kırılmasını⁹⁴, yağma suçunda kurusıkı bir tabanca kullanılması nedeniyle mağdurun ölüm korkusu yaşamış olmasını⁹⁵, cezanın belirlenmesinde etkili olacak nedenler arasında görmüş, çifte değerlendirme yasağının ihlali olmayacağına hükmetmiştir⁹⁶.

4. Ceza Dairesi, 1. Dairenin kararlarından farklı olarak; cinsel saldırı suçunda “failin davranışı nedeniyle ailenin zarar görmüş olması, kızlarına olan güven hususunda ağır darbe vurmuş olması” gerekçesini, bunların, bu suçun olağan neticeleri olması sebebiyle, cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılmayacağına hükmetmiştir. Ancak 4. Ceza Dairesi de son dönemde verdiği kararlarında bu fikirden geri adım atmaktadır. Örneğin, cinsel saldırı suçu nedeniyle “ailenin zarar görmüş olmasını⁹⁷” ve yağma suçunda “maske kullanılmış olmasını”, “kriminal enerjinin göstermesi bakımından⁹⁸” cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği, bunun çifte değerlendirme yasağının ihlali olarak saymadığı kararları mevcuttur⁹⁹.

V. Sonuç

Ceza kanunlarında öngörülen cezaların belirlenmesine ilişkin esaslar, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirmesi, diğer yandan suçlunun kişiliğini dikkate alması ve işlenen suçla ilgili adil bir cezanın tayini açısından önemli sonuçları olan

⁹³ BGHR StGB 46 Abs. 3 Handeltreiben 5

⁹⁴ BGH 14.4.1993, 3. StR 19/93- beiDetterNSStZ 1993, 475

⁹⁵ BGHR StGB 46. Abs. 3 Raub 5

⁹⁶Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

⁹⁷ BGH NSStZ 1997, 337

⁹⁸BGH 11.1.2000 4. StR 611/99

⁹⁹Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

düzenlemelerdir. Soyut ceza hukuku kuralları, uygulayıcıların elinde şekillenirler. Kanun koyucu suçlara ilişkin cezaları ve ceza sistemini kanunda göstermiştir. Uygulayıcı olan ceza hâkimi, bu soyut kuralları somut olaya ve faile uydurarak cezayı belirleyecektir. Hâkim cezayı belirlerken, TCK'nın 61. maddesindeki temel cezaya ilişkin ölçütleri, artırım ve indirim nedenlerini, uygulama sırasını, hesaplama birim ve yöntemini, çifte değerlendirme yasağını, cezanın amacını da gözetenek uygulama yapacaktır.

TCK ve StGB (Alman Ceza Kanunu)'nun çifte değerlendirme yasağı açısından, sadece suçun unsurlarının bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağına dair hükümleri yeterli değildir. Bu boşluk Türk ve Alman Ceza Hukuklarında öğreti ve uygulama tarafından doldurulmuştur. Bu hususun kanunilik ilkesi açısından ne kadar yerinde olduğu tartışılabilir. Cezanın belirlenmesinde suçun unsuruna ilişkin konuların değerlendirilmesinin zarureti öğreti ve uygulamada var olan çelişkili fikir ve uygulamaları derinleştirmektedir.

Teknolojik gelişmeler suç tipleri yanında, aynı suçun değişik şekilde işlenmesini de çeşitlendirmektedir. Esasen suçun unsuru olarak sayılabilecek konuların, normalin dışında özellik göstermesi, fail hakkında cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalarını mecbur kılmaktadır. Aynı husus, suçun nitelikli halleri açısından da söylenebilir. Olayda silah kullanılmasının nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, silahın niteliğinin cezanın belirlenmesinde hiç dikkate alınmaması, orantılı ceza açısından adaletli sonuca götürmeyecektir. Ceza kanunlarının suçun nitelikli hallerini ayrıntılı olarak saymak yerine ceza makaslarını geniş tutması, cezanın belirlenmesinde olay hâkimine takdir yetkisi bırakılması; vaka hâkiminin de; olayın tüm özelliklerini dikkate alarak, failin kusuruyla orantılı, cezanın genel ve özel önleme amaçlarına uygun yeterli gerekçeyle ceza belirlemesi gerekir.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK Mustafa, (2009) “*Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi*”, Adalet Dergisi (AD), 33. Sayı, Ocak

ARTUK, Mehmet Emin, **GÖKCEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, A.Caner, (2011). Ceza Hukuku Genel Hükümler II, (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi

BAUMANNJurgen, (1977), Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bielefeld

BEILINGErnst, Entscheidungsanmerkung zu RG, JW 1924, s. 1721

BRUNSHANSJurgen, (1985), Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis, Heymans Verlag, 2., neubearb. unterw. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München

CENTEL Nur/**ZAFER** Hamide/**ÇAKMUT** Özlem, (2011). Türk Ceza Hukukuna Giriş, (7. Baskı). İstanbul: Beta yayınları

CENTEL Nur, (2001), Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir

DOĞAN Koray, (2007), “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, CHD, S:4, Ağustos

DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, (2011), Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck Verlag, 58. Auflage, München

DREHEREduard, (1957) Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, in: JZ

EREM Faruk, (1946), “Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler”, AHFM, c.III, sy. 2,3,4

HAKERİ Hakan, (2011), 12. Baskı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara

HETTINGERMichael, (1982), Das Doppelverwertungsverbot bei strafbilden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB) / von, Dunckner & Humblot, Berlin

HIRSCHHans-Joachim, (1972), Besprechung von Reinhart Maurach, Besonderer Teil, 5. Auflage, ZStW 84

HOEGEL Hugo, (1909), Gesamtreform der oesterreichischen Strafrechts, Leipzig

HORN Karl, (1932), Entwicklung der Strafumessungbestimmungen in den EntwürfeinesdeutschenReichstrafgesetzbuches Worms

İÇEL Kayıhan/ **SOKULLU** Fusun/ **ÖZGENÇ** İzzet/ **SÖZÜER** Adem/ **MAHMUTOĞLU** Fatih S./ **ÜNVER** Yener, (2001), Yaptırım Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul

EXNER Franz, (1931), StudienüberdieStrafumessungspraxis der deutschenGerichte, Leipzig

JAGUSCHHeinrich, EntscheidungsanmerkungZuBghst 17, 103

JESCHECKHans-Heinrich/**WEİGEND** Thomas, (1996), LehrbuchdesStrafrechtsAllgemeinerTeil, Berlin

KONİ Burhan, (1956), Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti, SBF, s.56, 1956,

ÖZBEK Veli Özer/**KANBUR** M. Nihat/**BACAKSIZ** Pınar/**DOĞAN** Koray/**TEPE** İlker, (2010), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZGENÇ İzzet, (2010), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZTÜRK Bahri/**ERDEM** Mustafa Ruhan, (2006), Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara

ÖNDER Ayhan (1992),Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2. Baskı). C.II-III, , İstanbul: Beta Yayınları

SAVAŞ Vural, MollamahmutoğluSadık, (1999), Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara,

SAUER Wilhelm, (1955), AllgemeineStrafrechtslehre, 3. Auflage der "GrundlagendesStrafrechts", Berlin

SCHAFER/SANDER/VAN GEMMEREN, (2008), Praxis der Strafumessung, C.H. Beck, 4. AuflageMünchen

SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, (2001), StrafgesetzbuchKommentar, München

TOROSLU Nevzat, (2011), Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara

TOROSLU Haluk, (1962), Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınları

WARDAG Günther,
Dogmatische Grundlagendes richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln

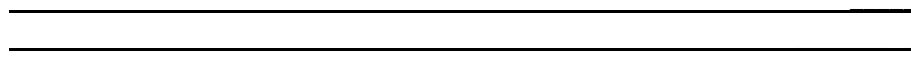
YÜCEL Mustafa Tören, “*Türk Ceza Kanunu Reformu*”, Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Reformu Panelindeki Konuşması, 21-22 Mayıs 2004, TBB

ZİPF Heinz, (1969) Strafmassrevision, München,

www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf

www.kazancihukuk.com.tr

Makaleler



Özel Hukuk

HUKUK MAHKEMESİNİN HÜKMÜNDE “TÜRK MİLLETİ ADINA” İBARESİNİN EKSİKLİĞİ

Doç. Dr. Recep AKCAN*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 297 uyarınca, hukuk mahkemesinin hükmünde, “Türk Milleti Adına” ibaresinin yer alması gerekmektedir. İbarenin eksikliğinde, istinafda esastan reddi veya düzelterek yeniden esas hakkında karar verilmesi; temyizde düzelterek onanması veya yanlışlığa işaret edilmesi usul ekonomisi ilkesine uygun olacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Türk Milleti, Kanun Yolu, Usul Ekonomisi, Karar.*

DEFICIENCY OF THE EXPRESSION “ON BEHALF OF THE TURKISH NATION” IN THE PROVISION OF CIVIL COURT OF LAW

ABSTRACT

According to the Article 297 of Civil Procedure Law The term ‘In the name of Turkish nation’ should take place in the court decision. Where the term is ommited it will be in accorance with the economy of procedure to correct the decision at the appeal to second level and court of cassation level.

KEYWORDS: *Turkish Nation, Legal Remedy of Appeal, Procedural Economy, Decision.*

* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Öğretim Üyesi.

A.GİRİŞ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HMK) uyarınca, hukuk mahkemesi hükmünde “Türk Milleti Adına” ibaresinin¹ (ifadesinin, başlığının) yer alması gerekmektedir (HMK m. 297). Bu incelemede, hükümde bu ibare eksikliğinin hukuki sonuçları tartışılacaktır. İncelemenin kapsamını aşmamak amacıyla, hükümde bulunması gereken diğer unsurlara girilmeyecektir².

B.MEVZUAT

HMK m. 297’de, Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ibaresi mevcuttur³. Hüküm, belli bir şekilde uygun olarak açıklanmalı ve

¹ İbare: “Bir şeyi ifade eden birkaç kelimelik söz” anlamındadır (Yılmaz E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 s.376). Türk Milleti ibaresi ile ilgili olarak bkz: **Erem F.**, “Türk Milleti Adına...” Deyimi (ABD 1969/2 s. 309-310).

² Hükümle ilgili olarak, doktrinin görüşleri ve Yargıtay’ın kararları ile ilgili bazı yayımlar için bkz: **Alangoya Y./Yıldırım M. K/Deren-Yıldırım N.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011 s. 435 vd; **Alangoya Y./Yıldırım M. K/Deren-Yıldırım N.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2006 s. 163 vd; **Karafakih İ. H.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952 s. 237 vd; **Karşlı A.**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011 s. 363 ve s. 622; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 457 vd, s.461; **Muşul T.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 446 vd; **Pekcanitez H./Atalay O./Özkes M.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 683 vd; **Ulukapı Ö./Akcan R.**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Konya 2002 s. 398 vd; **Umar B.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011 s. 804 vd; **Yılmaz E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 s. 1281; **Yılmaz E.**, Adli Yazı ve Yazışma Usulleri, Ankara 2006 s. 181 vd (Yılmaz-Adli Yazı); **Akcan R.**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s.84 vd, s. 184 vd; İsviçre Medeni Usul Kanunu m.238; Alman Medeni Usul Kanunu 311.

³ HMK m. 297 hükmü şu şekildedir:

(1) Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

yazılmalıdır. Bu şekil ve içerik, madde 297’de gösterilmiştir. Buna göre: Öncelikle hükmün başında “Türk Milleti Adına” verildiği belirtilecektir⁴.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu m. 238’de, İsviçre Milleti adına ibaresi yoktur.

Alman Medeni Usul Kanunu m. 311’de ise, kararın “Millet Adına” verilmesinden bahsedilmektedir. Hükümde, “Alman” ibaresi yoktur. “Millet Adına” ibaresi vardır. Bu ibarenin eksikliği, hükümde olmaması önemsiz olarak kabul edilmektedir⁵.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 388’de, bu ibare bulunmamaktadır. Hükmün muhtevası, HUMK’nu m.388,389,390 hükmünün paralelinde bazı yeni eklemelerle, HMK m. 297’de düzenlenmiştir. Buna göre: Hükümde: “Türk Milleti Adına” verilir ibaresi yer almalıdır⁶. Bu hüküm, yazılı yargılama usulüne ilişkindir. Basit yargılama usulünde HMK m. 321’de, hüküm içinde bu ibareye yer

a) Hükmü veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sınıflarla görev yapıyorsa hükmün hangi sınıfla verildiğini.

b) Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini.

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri.

ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

d) Hükmün verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin imzalarını.

e) Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi.

(2) Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 684.

⁵ **Thomas H./Putzo H.**, Zivilprozessordnung, München 1993 s. 585.

⁶ **Karlı** s. 622.

verilmemiştir. Fakat, HMK m. 322/1 nedeniyle, bu ibarenin basit yargılama usulünün geçerli olduğu mahkeme hükümlerinde de geçerli olması gerekir. Yani, genel ve özel hukuk mahkemelerinin hepsinin hükümlerinde, bu ibare yer almalıdır⁷.

HMK dışında, mevzuatta, bazı hukuki düzenlemelerde de, bu ibareye yer verildiği görülmektedir. Örneğin:

Anayasanın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yerine getirilir. Yine Anayasanın başlangıç ve m.5, m.6, m.7, m.81, m.103, m.104 hükümlerinde Türk Milleti ibaresini görmek mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 232/1 uyarınca: “*Hüküm başına, "Türk Milleti adına" verildiği yazılır*”.

Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun m. 1, I hükmünde: “*Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler*” den bahsedilmektedir.

Bazı usulle ilgili kuralları içeren kanunlarda, hükümde yer alması gerekenler içinde bu ibare sayılmamıştır. Örneğin:

İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 24’de, kararlarda bulunacak hususlarda, bu tür bir ibare aranmamaktadır.

⁷ “321. maddedeki "hükme ilişkin tüm hususlar" dan kastedilen HMK.nun 297. maddesindeki unsurlardır. Madde gerekçesinde tefhimin hüküm özetinin yazdırılması olduğu açıklanmıştır. Bu nedenlerle basit yargılamada da tefhim edilecek hüküm HMK.nun 297/2. maddesindeki unsurları taşımakla birlikte HMK.nun 321. maddesi uyarınca gerekçeli olmak zorundadır. Ancak Mahkemelerin iş yoğunluğu ve buna bağlı olarak duruşma dosyalarının çokluğu nedeni ile gerekçenin duruşmada yazdırılmaması halinde gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkartılması gerekir. Bu yasal şekil yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, hükmün infazında zorluklara ve tereddütlere, yargılamanın ve davaların gereksiz yere uzamasına, davanın tarafı bulunan kişi ve kurumların mağduriyetlerine sebebiyet verecek ve kamu düzeni ve barışını olumsuz yönde etkileyecektir (Hukuk Genel Kurulu - 2007/14-778 E, 2007/611 K, Dairemizin 01.04.2008 gün ve 2007/38353 Esas, 2008/7142 Karar sayılı ilamı)” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12/06/2012, 21654/20529: <http://www.hukukturk.com>. Erişim Tarihi (E.T). 10.12.2012).

Aynı şekilde; Askeri Yargıtay Kanununda; Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü Ve Disiplin Suç Ve Cezaları Hakkında Kanunda; Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunda; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda; Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanunda, Danıştay Kanununda; Yargıtay Kanununda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda bu ibareye yer verilmemiştir. HMK m. 359 uyarınca, istinaf mahkemesinin kararında ve HMK m. 436 uyarınca hakem kararlarında bu ibare aranmamaktadır.

C.YARGITAY ve DANIŞTAY KARARLARI

Bazı Ceza ve Hukuk Dairelerine ilişkin Yargıtay kararlarında, bu ibareye yer verildiği görülmektedir:

Bir Ceza Dairesinin kararında şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir: “*Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü*”⁸.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında bu ibareye yer verilmiştir. Bu kararda: “*Aynı Kanunun "Hükümün gerekçesi ve hüküm fıkrasının içereceği hususlar başlığını taşıyan 232 nci maddesi ise: " (1) Hükümün başına, "Türk Milleti adına" verildiği yazılır*”⁹ denilmektedir.

Bir Hukuk Genel Kurul kararında da, HMK m. 297’e atf yapılarak şu ifadelere yer verilmiştir: “*1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Hükümün Kapsamı" başlıklı 297. maddesinde de: " (1) Hüküm Türk Milleti Adına" verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar...*”¹⁰.

⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 14/06/2012, 6984/18834 (<http://www.hukukturk.com>. E.T. 10.12.2012).

⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06/03/2012, 240/85(<http://www.hukukturk.com>. E.T. 10.12.2012).

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11/04/2012, 149/291. Benzer bir karar için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08/02/2012, 726/57; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 22/11/2011, 11861/14137(<http://www.hukukturk.com>. E.T. 10.12.2012).

Danıştay kararlarında da bu ibareye yer verilmektedir ¹¹.

Bazı kararlar, HMK yürürlüğe girmeden önce verilmiştir. Yani, HUMK’nu tamamıyla yürürlükte iken, verilen bazı kararlarda bu ibare geçmektedir. Bu kararlar: “Türk Milleti Adına” ibaresi ile doğrudan ilgili değildir. Farklı konularda verilmiştir. Fakat, bu kararlarda, yargı yetkisinin Türk Milleti adına yerine getirildiği vurgusu vardır. Örneğin:

“...Bilirkişi olarak seçilen avukat mahkemeye hukuki görüşünü bildirmiştir. Bilirkişiye başvuru kanunun özel veya teknik konuyla ilgisi yoktur. Türk Milleti adına yargı hakkını kullanan hakimin bilmesi gerekli hukuki konuda bilirkişiye başvurusu yasaya aykırıdır” ¹².

Bazı kararlara göre: Hükümün tefhimi ile; Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerin verdikleri kararları, herkesin öğrenmesi ve toplumun, kendi adına kullanılan yargı yetkisini denetlemesi sağlanmak istenmiştir ¹³.

¹¹ Danıştay 2. Dairesi, 21/06/2012, 3022/4332; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24/05/2012, 2255/801; Danıştay 11. Dairesi, 20/06/2012, 4029/4562(<http://www.hukukturk.com>. E.T. 10.12.2012).

¹² *“...mahkemenin bu konuda bilirkişi incelemesine gitmesi ve hem de İstanbul’da uzmanlık sahası elektrik olan bir öğretim üyesini görevlendirmesi usul ve yasaya aykırıdır. Çünkü yargı gücünü Türk Milleti adına kullanan hakimin, genel kültür ve bilgisinin konuyu çözebileceği her türlü tartışmanın dışındadır.-Hakim bir taraftan hak ve adalete uygun karar verirken, diğer taraftan davayı en az giderle ve en kısa sürede sonuçlandırmak için kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Aksi halde pahalı adalet olgusu görülmekte olan davada da gerçekleşmiş olur.-Gereksiz yere bilirkişi incelemesi yaptırılması veya birlikte yapılacak işlerin ayrı ayrı zaman ve işlemlerle yapılması yalnız taraflara yargılama gideri yüklemekle kalmaz, hakkın alınmasını da geciktirir. Davanın temyiz incelemesinin yapıldığı şu anda bu durum sonuca etkili görülmemiş; ancak bu hataya değinilmekle yetinilmesi uygun görülmüştür”* (4. HD 15.9.1983, 6364/7388: ABD 1984/5 s. 786-787).

¹³ HGK 3.3.1999, 13/150-123 (İzmir BD 2000/1 s.93-94); 2. HD 17.12.1990, 7670/13206 (Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi 1991/6 s.92-94); 6. HD 16.2.1987, 12399/1532 (Yasa HD 1987/9 s.1342 no.566); 15. HD 26.11.1987, 836/4111 (Yasa HD 1988/4 s.602 no.304). *“.....açıklanan usul hükümleri kaynağını Anayasanın 9. Ve 141.maddelerindeki yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılması ve duruşmaların*

Yine bir kararda, bu ibareye ve millet adına karar veren hakimnin bazı vasıflarına yer verilmiştir. Karar şu şekildedir: “*Bilindiği gibi hukuk nizamını adaletli bir şekilde uygulamak, sosyal düzeni, ahengini bozmadan korumak görevi <Millet adına Yargı erkini kullanan> bağımsız hakimlere verilmiştir. Hakimlik, toplum düzeni, ferdin maddi ve manevi her türlü hakları ve hatta vücudu üzerinde söz söylemek, hüküm vermek gibi hükümlerlik hakkı ile benzer yetkiler sağlayan güçlü nüfuzla rağmen insanlık zaaf ve tutkularının üstünde (kalmayı, insan üstü çalışma ve direnmelerinin ödülünü maddi olanaklar sağlanmasında ve herhangi bir ünün görkeminde değil, vicdanının gönül rahatlığı, dirliği (huzuru) içinde bulmayı gerektiren yüce ve kutsal bir görevdir. Bu bakımdan hakim yukarıda kısaca anılan ilke doğrultusunda tam bir tarafsızlıkla hareket etmek ve özellikle Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vermek durumundadır. Çünkü, milletlerin kaderi, düsturların, resmi gazetelerin yaprakları arasındaki yazılara göre değil, hakimlerin kararlarına göre değişir. Bu ilkenin ne kadar gerçek olduğu günbegün gözlenmektedir. Bir toplumun dirlik ve düzenliğinin ve günden güne gelişip ilerlemesinin sağlanmasında hakimnin ve geniş bir söyleyişle yargının tarafsızlığının büyük ölçüde etken olduğu kuşkusuzdur. Çünkü gerçek adalet, ancak hakimnin tarafsızlığı, dürüstlüğü, güven verici tutum ve davranışları ve adalet duygusunun en üst düzeyde tutulmasıyla gerçekleştirilebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hakimnin gerçekten tarafsız olması yetmez. Türk Milleti adına adalet tevzi eden o hakimnin görev yaptığı çevrede ve*

açık ve kararların gerekçeli olarak yazılması ilkelerinden almaktadır. Kararın teshimi sadece davanın taraflarını ilgilendiren bir işlem olmayıp Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerin verdikleri kararları herkesin öğrenmesi ve toplumun, kendi adına kullanılan yargı yetkisini denetlemesi sağlanmak istenmiştir. Bu nedenle konu sadece davanın taraflarını ilgilendirmekle kalmayıp, toplumun hukuksal güvenliği ile de yakından ilgili bulunmaktadır. Böyle olunca kaynağını Anayasa’dan alan bu kuralların kamu yararı amacıyla konulmuş olduklarını ve kamu düzeniyle ilgili bulduklarını kabul etmek gerekir. Açıklanan nedenlerle Usulün alenilik ve güven ilkelerine aykırı olarak verilen hüküm bozulmalıdır” (13. HD 25.11.1985, 6806/7225: Bursa BD 1986/25-26 s.38-39).

kamu oyununda tarafsız olduğu konusunda tam ve yaygın bir kanaatin de oluşması gerekir”¹⁴.

D. ÖĞRETİ

Öğretide bu konuda şu görüşlere yer verilmektedir: Yargılamanın açık yapılmasındaki asıl neden, yargılamanın "millet (halk)" adına yapılmasındandır¹⁵. “Bazı hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri, Danıştay ve Askeri Yargıtay kararlarının başında kullanılan “Türk Milleti adına yargılama yapmaya ve hüküm vermeye yetkili...Mahkemesi” (“Türk Milleti adına adalet dağıtmaya yetkili...Mahkemesi” başlığı, bütün mahkemelerin uyguladıkları bir husus değildir; sözgelimi, Yargıtay kararlarında ve diğer bazı mahkeme kararlarında bu tür bir başlık kullanılmamaktadır. Bu başlığın kullanılması, Anayasanın 9 uncu maddesindeki ifade ile ilgilidir; anılan 9 uncu maddeye göre “yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”...Bugünkü durumda, bu tür bir başlığın kullanılmaması, verilen kararın geçerliliğine etkili değildir¹⁶.

Yargılamanın gerçek sahibi “millet”tir ve millet, bu yetkisini bağımsız hakimler vasıtasıyla yerine getirir. Bu tür bir ibareye, tüm yargı kolları içinde yer alan tüm ilk derece, ikinci derece ve yüksek dereceli mahkemelerin hükümlerinde yer verilmesi düşünülebilir. Fakat, günümüzde bu şekildeki bir ibareye yer verilmemesi nedeniyle oluşan eksiklik, verilen hükmün geçerliliğine etkisi olmamalıdır¹⁷.

SONUÇ

Usul kurallarına uygun olanı, bir hukuk mahkemesinin hükmünde, “Türk Milleti Adına” ibaresinin yer almasıdır. Hukuk mahkemesinden, medeni yargıdaki (hukuk yargısındaki) genel ve özel mahkemeler anlaşılmalıdır. Yazılı veya basit yargılama usulünün geçerli olduğu tüm genel ve özel hukuk mahkemelerinin kararlarında, bu ibarenin yer alması kanuni bir zorunluluktur (HMK m. 297, m. 321-322). Hakim, tüm muhakeme süresince ve hükümde HMK ve diğer kanunlarda

¹⁴ 4. HD 29.1.1981, 1060/694 (Yasa HD 1981/3 s. 407-409).

¹⁵ **Yılmaz E./Yılmaz H. Ü.**, Hukuk Rehberi (Adli Yazı ve Yazışma Usulleri), C.1-2-3, Ankara 1997 s. 2840.

¹⁶ **Yılmaz-Adli Yazı** s.182.

¹⁷ **Yılmaz-Adli Yazı** s.182; **Erem** s. 310; **Thomas H./Putzo** s. 585.

yer alan usul kurallarına titiz bir şekilde uymalıdır. İlgili kurallara uyulmamasının, kararın bozulması veya ibare eksikliğinin giderilmesi amacıyla dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gibi bazı hukuki sonuçları olacaktır.

HMK m. 297 uyarınca, hukuk mahkemesi hükmünün kapsamı içinde yer alması gereken: “Türk Milleti Adına” ibaresinin, hükümde yer almaması hükmün sonucunu etkileyen bir usul yanlışlığı olarak görülmemelidir. Bu eksiklik durumunda, hükümde başka önemli veya ağır usuli hatalar yoksa, kararın geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. İbare eksikliğinde, istinafa esastan reddine veya düzelterek yeniden esas hakkında karar verilmesi (HMK m. 353/b-1-2); temyizde düzelterek onanması (HMK m. 438, HMK m. 370/2)¹⁸ veya yanlışlığa işaret edilmesi usul ekonomisi ilkesine uygun olacaktır. Aksi halde, bir istinaf veya temyiz nedeni kabul edilerek yeniden yargılama yapılması belirtilen ilkeye aykırı olacaktır.

¹⁸ Bkz. HMK geçici madde 3.

TANIKLARDAN BİR KISMININ DİNLENİLMESİ İLE KARAR VERİLMESİ

Doç. Dr. Recep AKCAN*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 241 uyarınca, mahkemenin gösterilen tanıklardan bazılarının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edinmesi durumunda, diğerlerini dinlemeden karar vermesi, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı ilkesine aykırılık oluşturmaz.

ANAHTAR KELİMELER: Tanık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İspat, Hukuki dinlenilme hakkı, Adil yargılanma hakkı.

DECIDING BY LISTENING TO SOME OF THE WITNESSES

ABSTRACT

According to the Article 241 of Civil Procedure Law, when the court listens some of the submitted witnesses, if the enough information is gotten for the situation to be proved, an decides without listening other ones do not constitute a breach of right fair trial and legal right to be listened.

KEYWORDS: Witness, Civil Procedure Law, Proof, the Legal Right to Be Heard, the Right to a Fair Trial.

* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Öğretim Üyesi.

A. GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 241 uyarınca, tanıklardan bir kısmının dinlenilmesi ile yetinilmesi mümkündür. Bu hüküm yenidir, HUMK’unda bu şekilde bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili hüküm uyarınca: Tanıkların tamamı dinlenmeden, bazı tanıklar ile ispat edilmek istenin husus hakkında hakim, yeterli bir bilgiye ulaşırsa, diğer tanıklar dinlenmeden hüküm verilebilecektir. Bu şekilde verilen hüküm, usul kurallarına uygun mudur? Bu şekilde verilen kararlar, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı ilkesi gibi bazı ilkelerin ihlaline yol açar mı? Bu incelemede, bu ve benzeri soruların cevapları araştırma konusu yapılacaktır¹.

B. HUKUKİ DAYANAK

Tanıklarla² ilgili olarak HMK m. 240 ve devamında düzenlemeler mevcuttur. Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesi ile yetinilmesi ve

¹ Bkz. tanıklar konusunda: **Yılmaz E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 s.1147; **Kılıç H.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, C. II, Ankara 2011 s.1885, s.2167 vd; **Pekcanitez H./Korkmaz H. T./Meriç N.**, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011 s.257; **Alangoya Y./Yıldırım M. K/Deren-Yıldırım N.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011 s. 352 vd; **Ertanhan M.**, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005; **Alangoya Y./Yıldırım M. K/Deren-Yıldırım N.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2006 s. 136; **Karafakih İ. H.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952 s. 198 vd; **Karlı A.**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011 s. 526 vd; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 421 vd (Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul); **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2012 (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun); **Muşul T.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 383 vd; **Muşul T.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011 s.238 vd; **Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012 s. 645 vd; **Ulukapı Ö./Akcan R.**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Konya 2002 s. 288 vd; **Akcan R.**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s. 46, s.86, s.172 vd, s.151-152.

² Tanık: “Şahit, tanıklık (şehadet) eden kimse; yargılamada bir olay hakkında görgüsüne veya bilgisine başvurulan; bir olayın vukubulduğunu (olduğunu)

onunla ilgili olabilecek maddeler, yalnızca tanıklarla ilgili hükümler içinde düzenlenmemiştir. HMK içinde, tanıklıklardan bir kısmının dinlenilmesi ile ilgili bazı hükümler bulunmaktadır.

Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesi, HMK m. 241’de düzenlenmiştir.

Hükmün başlığı ve içeriği aşağıdaki şekildedir:

“Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yetinilmesi

MADDE 241- (1) Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir”³.

HMK m. 241 hükmü yenidir ve usul ekonomisine uygundur. Kanun koyucunun amacı da, dürüst olmayan tarafların davayı uzatma gayretlerinin hakim tarafından, engellenmesini sağlamaktır. Hakim, uygulamada tanık dinletmek suretiyle davayı uzatmak isteyen taraf veya vekillerinin, kötünietli davranışlarını bu hüküm ile önleyebilecektir. Bazı tanıkların dinlenmesi ile, yeter derecedeki bilgi ile vakıa aydınlanmış ise, diğer tanıkların dinlenmesine gerek kalmayacaktır. Taraflar; davanın başında, dilekçeler aşamasında somutlaştırma yükümlülüğü uyarınca, tanıkları hangi vakıa için dinletmek istediklerini açıkça belirtmek zorundadırlar. Hakim, tanıkların hepsini dinleyebilir

gören; olay veya işlem sırasında hazır bulunan” kimse şeklinde tanımlanabilir (Yılmaz E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 s. 837).

³ Hükümet Gereğesi: *“Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yetinilmesi” başlığını taşıyan bu madde, davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkânı ifade etmektedir. Bir önceki maddenin ikinci fıkrasıyla tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa yüklenmiş olduğunda dikkate alınarak, bu bağlamda, taraflarca tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenmesiyle yeterli derecede sonuç alınmış ise diğerlerinin dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilebilecektir” (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s. 269 dn.322).*

TBMM Adalet komisyonu gereğesi: *“Tasarınının 244 üncü maddesinde geçen “dinlenilmesinden vazgeçilmesine” ibaresi, daha doğru bir ifade olan “dinlenilmemesine” olarak değiştirilmiştir” (Kuru/Arslan/Yılmaz s.269 dn. 322).*

veya bazılarını dinleme ile, vakıa hakkında yeterli derecede bilgi edinmiş ise, geri kalan tanıkları dinlemeden hüküm verebilir. Bu şekildeki karar, usul ekonomisine ve usul kurallarına uygun olacaktır⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)nda, HMK m. 241 hükmüne benzer bu şekilde bir düzenleme yoktur.

HMK içinde, m. 241 ile ilgili bazı hükümler de bulunmaktadır. Bunları ilgileri oranında şu şekilde belirtebiliriz:

HMK m. 240'da düzenlenen ve tanık gösterme şekli başlığını taşıyan hüküm, m. 241 ile ilgilidir. Hüküm (m.240), ikinci tanık listesi verilip verilemeyeceğinin ve tanıklar konusunda ne zaman kesin süre verilebileceğinin cevaplarını vermektedir. Hüküm şu şekildedir:

“Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir(m.240/1).

Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez (m.240/2).

Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır” (m.240/3)⁵.

⁴ Karş. Umar B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011 s. 727.

⁵ Hükümet Gerekçesi: *“Maddenin birinci fıkrasında kimlerin tanık gösterilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, davanın tarafları dışında ancak üçüncü kişilerin davada tanık olarak gösterilebileceği açıkça vurgulanmıştır. Tanık deliline ancak davanın tarafları başvurabilecekleri için, davada tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıa ile dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini bir liste hâlinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir. Listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemeyecekleri gibi, ikinci bir tanık listesi de verilemez. İkinci tanık listesinin verilemeyeceğine ilişkin bu kesin kural, kamu düzeninden olup, davanın hâkimi bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır. İkinci bir*

Bu hüküm uyarınca, mahkemeye ibraz edilecek tanık listesinde, tanıkların hangi vakıa için dinletilecekleri belirtilecektir. Bu listede yer almayanlar, tanık olarak dinlenemeyecek ve ikinci bir tanık listesi verme yasağı söz konusu olacaktır. Kural budur. İstisna olarak, tanık listesindeki adresler hiç gösterilmemiş veya gösterilmesine rağmen tebligat yapılamamış ise, ilgili tarafa adreslerle ilgili olarak bir süre verilmesi gerekecektir. Bu süre kesindir. Bu istisna dışında, tanıklarla ilgili yeni bir süre yoktur. Bu süreye rağmen, kesin süre verilmesine neden olan hususlar devam ediyorsa, tanığın dinlenmesinden vazgeçilerek mevcut delillere göre karar verilebilecektir. Kesin süre verilmesi adres gösterilme halinde mümkündür⁶.

Dava dilekçesinin içeriği ile ilgili m.119/f hükmü de, m.241 ile ilgilidir. Hüküm: “*İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği*” şeklindedir.

Bu husus, somutlaştırma yükümlülüğü ile ilgilidir. Bu hüküm ile: Taraflara, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Yani, taraflara somutlaştırma yükü getirilmiştir. Bu yükümlülük uyarınca, davacı iddia ettiği her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini, dava dilekçesinde belirtmelidir. Bunun

tanık listesinin verilemeyeceğine ilişkin kural, aynı zamanda davaların makul süre içinde bitirilmesi açısından usul ekonomisine hizmet eden bir kuraldır. Tanığın mahkemece dinlenebilmesi için hâkim huzurunda bulunması gerekmektedir. Tanığa çıkarılacak davetiyenin, bildirilen adrese tebliği zorunludur. Bu amaçla, tanığın adresinin tanık listesinde gösterilmesi gerekir. Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu uygun süreyi hâkim kendisi tespit edecektir. Verilen süre içinde adres gösterilmez veya bildirilen yeni adres doğru olmazsa tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı düzenlemesine de yer verilmiştir. Böylece tanığın adresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesinden doğan gecikmelerin önlenmesi amaçlanmıştır” (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s. 268 dn.321).

TBMM Adalet Komisyonu Raporu: “Tasarının 243 üncü maddesinin birinci fıkrasında, fıkra hükmüne açıklık sağlanması ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önüne geçilmesi amacıyla değişiklik yapılmıştır” (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s.268 dn.321); karşı, HUMK m.274.

⁶ Adres gösterme ile ilgili olarak kesin süre ile ilgili olarak bkz: **Kılıç** s.2170.

sonucunda, özellikle ispat konusunda davaların usul ekonomisine uygun olarak tamamlanması mümkün olabilecektir⁷.

⁷ Hükümet Gerekçesi: “1086 sayılı Kanunun 179 uncu maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu madde ile, dava dilekçesinde bulunması gereken hususların neler olduğu, ilâve unsurlarla birlikte ve daha geniş olarak düzenlenmiştir. Mahkemenin adının dava dilekçesinde gösterilmesiyle, davacının dilekçeyi vereceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş olmaktadır. Davacı ve davalı gerçek kişi ise ad, soyadı ve adresleri; tüzel kişi ise bu takdirde tüzel kişinin türü, unvanı ve adresi belirtilecektir. Maddeyle davacının gerçek kişi ve Türk vatandaşı olması hâlinde Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarasının da dava dilekçesinde belirtilmesi esası getirilmiştir. Malvarlığı haklarına ilişkin ve konusu para alacağı olmayan davalarda, harca esas miktarın belirlenebilmesi bakımından, dava konusunun değerinin gösterilmesi esası da dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri hâline getirilmiştir. “Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi” başlıklı 198 inci madde ile, tarafların, hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu, yani somutlaştırma yükü getirilmiş olduğundan, bu yükümlülük gereği, davacının iddia ettiği her bir vakianın hangi delille ispat edileceğini, dava dilekçesinde belirtmesi esası da bir yenilik olarak maddede düzenlenmiştir. Böylece, özellikle ispat konusunda davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde, makul bir sürede sonuçlanması hedeflenmiştir. Tarafların kanunî temsilcilerinin ve davacı vekilinin kimlik ve adres bilgilerinin bulunması, davanın konusunun ne olduğu, davacının iddiasının dayanağı olan vakıaların neler olduğu, davanın hukukî sebepleri, açık bir şekilde istem sonucunun ve davacının varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin, dava açma iradesini ortaya koyan imzasının dava dilekçesinde bulunması esası 1086 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesi, yerleşik uygulama ve anlayışa uygun olarak muhafaza edilmiştir. Cevap dilekçesi verme süresi 132 nci maddede düzenlendiğinden ve bu nedenle davacının cevap süresini belirtme yetkisi kalmadığından, cevap süresi, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar arasında sayılmamıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkranın (b), (c), (ç), (ğ) ve (h) bentlerindeki hususlardan birinin veya birkaçının eksik olması durumunda, mahkemece davacıya eksikliği tamamlaması için kesin süre verileceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde, davanın açılmamış sayılacağı düzenlenmiştir” (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s.166 dn.164).

HMK m. 129 uyarınca, cevap dilekçesinde: “*Savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği*” (m.129/e) hususu yer almalıdır ve bu hüküm de tanıklarla ilgilidir⁸. Madde 129 hükmü de, m.119/f ve m.194 gibi somutlaştırma yükümlülüğü ile ilgilidir. Cevap dilekçesinde de, davalı hangi vakıanın hangi delille ispat edileceğini bizzat belirtmelidir. Bu durum, davalı için bir yükümlülüktür.

HMK m. 194’de düzenlenen somutlaştırma yükümlülüğünün de, tanık delili ile irtibatı vardır⁹. Madde başlığı, somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesidir. Hüküm içeriği ise, aşağıdaki şekildedir:

“*Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır*lar (m.194/1).

Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur” (m.194/2).

Hükümet gerekçesinde şu hususlara vurgu yapıldığı görülmektedir:

Bu madde yeni bir düzenlemedir. İddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır. Her bir vakıa bakımından, o vakıayı ispata yarayan ispat araçlarının da belirtilmesi önemlidir. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı

TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi: “Tasarının 124 üncü maddesinin ikinci fıkrasının başına, fıkra sayılan istisna bentlerinin ait olduğu fıkrayı belirtmek amacıyla “Birinci fıkranın” ibaresi eklenerek, yine aynı fıkra da geçen “yedi günlük” ibaresi, sürelerin hesabında kolaylık sağlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla “bir haftalık” olarak değiştirilmiştir” (**Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s.167**); karşı, HUMK m. 179.

⁸ Hükümet Gerekçesi: “1086 sayılı Kanununun 200 üncü maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, cevap dilekçesinde yer alması gereken hususlar, dava dilekçesine paralel olarak düzenlenmiştir” (**Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s.175 dn.176**); karşı, HUMK m. 200-201.

⁹ Karşı. HUMK m. 241, II.

doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür¹⁰.

Kural olarak sonradan delil gösterilemez. Ancak, geç bildirme kötüniyetli değilse, bir kusura dayanmıyorsa, mahkeme buna izin

¹⁰ Hükümet Gerekçesi: “Bu madde yeni bir düzenlemedir. Maddenin amacı, bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama yer vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmektir. Birinci fıkrada, somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdır. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır. İkinci fıkrada, somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar. Delil bir ispat aracı olarak, ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yarar. Dolayısıyla her bir vakıa bakımından o vakıayı ispata yarayan ispat araçlarının da belirtilmesi önemlidir. Uygulamada, tarafların iddia veya savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür” (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s.228-229 dn.256).

verebilir (HMK m. 145)¹¹. Bu durumlarda, mutlaka mahkemenin çok titiz davranması, tarafın durumunu objektif olarak değerlendirip yargılamada kötüniyetli davranışlara imkan tanımaması gerekir. Ayrıca, Yargıtay'ın da, bugüne kadar olan, bir kısmı tarafa esneklik sağlayan kararlarını gözden geçirmesi zorunluluk arz etmektedir¹².

C.GENEL DEĞERLENDİRME

Davada, tanıklar taraflarca gösterilir (m.240,1). Mahkeme, tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri kendiliğinden tanık olarak dinleyemez. İddia ve savunmasını tanıkla ispat etmek isteyen taraf (kural olarak ispat yükü kendisine düşen taraf) ilk önce tanıkların hangi husus (vakıa) hakkında dinleneceklerini mahkemeye bildirir. Dilekçelerde vakıanın tanık deliliyle ispat edileceğinin belirtilmesi yeterlidir. Tanıkların isim ve adresi daha sonra tanık listesi ile verilebilir¹³ veya dilekçeyle birlikte dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebligata elverişli adreslerini içeren tanık listesi mahkemeye ibraz edilebilir. Tarafın mahkemeye verdiği tanık listesinde adres gösterilmemiş veya tanık gösterilen adreste bulunamamışsa, mahkeme tarafa adres (duruma göre tebligata elverişli yeni adres) göstermesi için işin niteliğine uygun kesin bir süre verir (m.94). Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adreste tebligat yapılamazsa (bu adres de doğru adres değilse) bu tanığın dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılır (m.240,3). Tarafın yazılı olarak tanık dinletmek istemesi üzerine; mahkeme, o hususun tanıkla ispat edilip edilemeyeceğini inceler ve bu

¹¹ HMK m. 145'in Hükümet Gerekçesi şu şekildedir: "Uygulamada, davaların uzamasının temel sebeplerinden birinin de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelerle uyulmaması olduğu bilinmektedir. Maddenin ilk fıkrasıyla, Kanunda belirtilen sürelerden sonra, davada yeni delil sunulmasının yasak olduğu kural olarak benimsenmiştir. Fakat iki istisna kabul edilmiştir. Yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa, hâkim gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verilebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi, hukukî dinlenme hakkının tabî bir sonucudur" (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s. 189 dn.196); karşı.HUMK 244.

¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes s.582-583.

¹³ Kılıç s.2168.

konuda bir karar verir. Mahkeme tanıkla ispatın mümkün olmadığı durumlarda, tanık gösterme talebinin reddine karar verir. Ancak, bu durumda mahkemenin tanık gösterme talebini reddetmeden önce, karşı tarafın tanık dinletilmesine açık muvafakatının olup olmadığını sorması gerekir. Diğer taraf, açıkça muvafakat verirse, hakim tanık dinleyebilir; aksi takdirde dinleyemez (m.200,2)¹⁴. Yani, tanık dinlemede kesin delille ispat zorunluluğu olmamalıdır. Kesin delille ispata ilişkin istisna yoksa, hakim diğer tarafa hatırlatır, muvafakat verirse hakim tanık dinleyebilir, aksi halde dinleyemez¹⁵.

HMK m. 240,3 hükmü ile, mahkemelerin tarafların tanık deliline dayanmaları durumunda, bu delille neyi ispat edeceklerini açıklamaları şeklindeki uygulama, kanun hükmü haline getirilmiştir. Davada tanık gösteren taraf; tanıkları, ispat etmek istediği vakıaları, dinlenilmesini istediği vakıaları, dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadlarını ve tebliğe elverişli adreslerini bir liste halinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir. Listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci tanık listesi verilemez. Bu husus kamu düzenine ilişkindir, hakim bunu kendiliğinden dikkate almak durumundadır ve ikinci tanık listesi verilememesi kuralı usul ekonomisine uygundur¹⁶.

Tarafların dinlenilmesini istediği çok sayıda tanık bulunuyorsa, mahkeme gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeterli derece bilgi edinirse, usul ekonomisi (m.30) çerçevesinde, geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verebilir (m.241)¹⁷. HMK’da, hakim tanıkların bir kısmının dinlenilmesi ile yetinmesine ilişkin olarak m.241’de yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu husus, uygulamada yer alan bir durumun kanun ile tespit halidir¹⁸.

¹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 646; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul** s.422; **Karşı** s. 526-527.

¹⁵ **Kılıç** s.2167.

¹⁶ **Karşı** s. 527; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s.646

¹⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul** s.422; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 653

¹⁸ **Karşı** s. 527.

İkinci tanık listesi verme yasağı kamu düzenine ilişkindir. Karşı taraf, ikinci tanık listesi verilmesine muvafakat etse bile, mahkeme ikinci tanık listesindeki tanıkları dinleyemez. İkinci tanık listesi verme yasağı, yalnızca tanık listesinde gösterilen tanıklarla ispat edilmek istenen belli bir (veya birkaç) vakıa içindir. Buna karşılık, taraf, ispat etmek istediği başka bir vakıa hakkında (dava veya savunmanın genişletilmesi yasağı sınırları içinde) yeni bir tanık listesi verebilir¹⁹.

Buraya kadarki açıklamalar, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar içindir. Buna karşılık, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikinci bir tanık listesi verilebilir²⁰.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ve listede gösterilen tanıkların dinlenmesinin maddi bakımdan imkansız (gösterilen tanıkların ölmüş olması) bulunduğu veya gösterilen tanıkların taraflardan biriyle irtibatlı olması durumlarında yeni tanık listesi verilebilir²¹.

Bir taraf, tanık listesinde göstermiş olduğu tanıkların (bazısının veya tümünün) dinlenmesinden vazgeçebilir. Bunun için karşı tarafın muvafakatına gerek yoktur. Karşı taraf, tanık listesini veren tarafın vazgeçmiş olduğu tanıkların dinlenmesini, kendisi isteyebilir²². Davacı gösterdiği tanıkların dinlenmesinden vazgeçmemiş ise, tanıkları dinlenmeden hüküm verilmesi doğru değildir²³.

Davada somutlaştırma yükümlülüğü gereği, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yükür, bu yükü getirmeyen davacı (taraf) sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu hususlar, davalı taraf için de geçerlidir²⁴. Hükümet gerekçesinde de, bu husus vurgulanmıştır. İddia edilen her bir vakıanın, hangi delillerle ispat edileceği dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Bu düzenleme ile HMK

¹⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.422; Karşlı s.527.**

²⁰ **Karşlı s. 527; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.422.**

²¹ **Kılıç s.2169.**

²² **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 423; Kılıç s. 2174.**

²³ **Kılıç s.2174.**

²⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.285 ve s. 313.**

m. 194 birlikte ele alındığında, taraflara hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme, yani somutlaştırma yükümlülüğünün getirildiği ve yükümlülüğün HUMK’undaki düzenlemeye göre daha kesin bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bu eksikliğin varlığında, dilekçe hemen reddedilmemeli; hakim, bu eksikliği makul süre içinde, kendi yetkisi dahilinde ve davanın aydınlatılmasına ve ispat mükellefiyetinin ifasına yarayacak şekilde tamamlamalıdır²⁵. HUMK’nu m.179/3’de de, delillerin nelerden ibaret olduğunun; dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğu bulunmasına rağmen, Yargıtay, diğer delilleri de kapsayıcı şekilde “vs.deliller” veya “diğer kanuni deliller” gibi ifadeler varlığında, açıkça belirtilmeyen (aslında yalnızca tarafların göstermesi durumunda başvurulabilecek) bazı delillere başvurulabileceği şeklinde, aslında kanundaki düzenlemeye tam da uymayan kararlar veriyordu. Bu konudaki yeni düzenlemeden sonra, Yargıtay’ın bu yöndeki içtihatlarının geçerliliğinin olmaması gerekir²⁶.

Taraflarca hazırlama ilkesine tabi davalarda hakim, taraflarca beyan edilmeyen maddi meseleye ilişkin bir hususu (kural olarak vakıaları) kendiliğinden dikkate alamaz ve taraflara bu hususu hatırlatabilecek bir davranış içinde de bulunamaz (m.25). Yani, davada hakim tarafından bir karar verilebilmesi için, ispatı gereken vakıalara ilişkin tüm bilgiler kural olarak, davanın taraflarınca getirilmek zorundadır. Çünkü, taraflarca getirilme ilkesinin gereği olarak, dava malzemesini (vakıaları-vakia iddialarını ve delilleri) taraflar mahkemeye getirmek durumundadırlar. Somutlaştırma yükü, genel anlamda, tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve dilekçelerin verilmesi aşamasındaki görünümüdür. İddia ve somutlaştırma yükü üzerine düşen taraf, bunu yerine getirmedikçe, başkaca inceleme yapılması ve lehine bir karar elde etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda aleyhine karar verilecek ve talebi reddedilecektir²⁷.

²⁵ **Karşlı** s.426.

²⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s.428.

²⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 558-560.

Mahkemenin, davada tanık ifadelerinden hepsine, ayrıntılı olarak girmemesi serbest delil takdirinin atlanılması veya aşılması demek değildir²⁸.

Tanıklardan bir kısmının dinlenmemesine karar verilmesinde gerekçe gösterilmelidir (HMK m. 297/1-c). Bu gerekçe soyut değil, somut, ikna edici olmalıdır. Örneğin: Tanıklar dinlenmeden, tanıklığın kabul edilmeyiş nedenleri tutanakta gösterilmeden, diğer delillere göre karar verilmesi usul kurallarına aykırıdır²⁹.

Hakim, sadece vicdani kanaatine dayanarak hareket etmemeli, tanıklığa neden itibar edilip edilmediğini de kararında açıkça gerekçelendirmelidir. Hakimin, sadece inanmamış olması, tanık sözlerini geçersiz kılmaz³⁰.

Hakim, tanıklığı, serbestçe (ayrı olarak) değerlendirir; gerekçe göstermek suretiyle reddedebilir. Bir delilin gerekçe gösterilmeden reddi usule aykırıdır³¹. Gerekçede, deliller değerlendirilmemiş, özellikle de mahkeme, tanıklığı sorumluluğuna yaraşır biçimde denetlememiş ise, karar gerekçeden yoksun sayılmalı ve bozulmalıdır³². Bu gerekçe, akraba "tanıkların hakikati ifade etmedikleri" şeklinde genel bir gerekçe değil; akraba tanıkların gerçek dışında konuştuklarının makul ve hayatın olağan akışına uygun gerekçelerle izahı şeklinde olmalıdır³³.

Akraba olan tanıkların sözleri, tarafsız tanık beyanlarıyla da teyit edilmesinde gözönüne alınması gerekir. Tanıklardan bir kısmının, taraflardan birinin veya her ikisinin akrabası olması başlı başına ifadelerinin gözönüne alınmaması için bir neden olmamalı ve iki tarafa

²⁸ Akcan s. 246.

²⁹ Örneğin, dava dilekçesinde tanık deliline dayanıldığı halde, ayrıca taraflar arasında yakın akrabalık bulunması nedeniyle, tanık dinlenmeden, teklif edilen yemine dayanılarak hüküm verilmesi bozma nedenidir (13.HD 15.12.1988, 4534/6128: Yasa HD 1989/4 s.528 no.251).

³⁰ HGK 11.5.1979, 2-61/453 (İKİD 1980/227, s.7418).

³¹ 9.HD 3.2.1987, 10406/946 (Yasa HD 1987/4 s.622-623); 15.HD 19.6.1996, 3158/3503 (YKD 1997/2 s.237-240).

³² Akcan s. 86.

³³ 2.HD 20.12.1973, 7756/7335 (İBD 1974/1-4 s.217-218); HGK 20.6.1973, 2/1470-530 (İKİD 1973/153 s.2235-2237).

aynı derecede yakın bulunan tanıkların tanıklığına dayanılmalıdır³⁴. Aksini gösterir kesin ve inandırıcı delil ve olaylar olmadıkça tanıkların doğruyu söylemeleri asıldır. Akrabalık, arkadaşlık veya diğer çağdaş (medeni) ilişkiler, başlı başına tanık sözlerini değerden düşürmeye yeterli olarak görülmemelidir. Fakat, bu akraba tanıkların tarafsız kalamayacağı kabul edilebilecek durumlarda, ifadelerinin hükme esas alınması usule uygun olmayacaktır.

Mahkeme, olayda tanık dinlenmesi gerekirken dinlemeyerek, davayı reddetmiş ve fakat karar sonuç bakımından doğru ise karar onanır³⁵. Listesi verilen tanıklardan başka o vakıa hakkında tanık dinlenmesi usule aykırı olmakla birlikte, bu aykırılık kararın sonuca etkili değilse, verilen karar bozulmaz. Usule aykırılığa işaret edilerek karar onanır³⁶.

Kesin süreye ilişkin ara kararda, tarafın ne yapması gerektiğinin açık olarak belirtilmemesi³⁷ halinde, tarafın kesin süreye uymadığı kabul edilerek, tanık gösterme hakkını kaybettiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu halde, karar bozulmalı ve tanıklar dinlenmeli ve ona göre karar verilmelidir³⁸. Mahkemece verilecek kesin süre içinde, tarafın tanık listesi vermemesinde, tanık listesi verme ve tanık dinletme hakkı düşer. Kesin süreden sonra verilen tanık listesinde belirtilen tanıkların dinlenmesi ve bu tanıkların ifadelerine değer verilmesi usule aykırıdır³⁹.

³⁴ HGK 8.2.1969, 3-1294/95 (ABD 1969/3, s.542).

³⁵ 13.HD 1.3.1979, 526/922 (ABD 1979/5 s.97).

³⁶ **Akcan** s.194.

³⁷ Kesin sürenin hukuken sonuç doğurabilmesi için, yapılması gerekenin kararda ve gönderilecek tebliğ belgesinde açıkça belirtilmesi gerekir (HGK 21.9.1983, 14-2447/825; İKİD 1984/278, s.2417; 2.HD 16.3.1978, 1973/2050: YKD 1979/6, s.776; 1.HD 4.5.1978, 4973/5037: YKD 1978/8, s.1272).

³⁸ 2.HD 29.1.1974, 7916/498 (YKD 1975/3 s.36-37; RKD 1974/4-5 s.167-168); 2.HD 20.11.1970, 5488/6136 (RKD 1971/2 s.49).

³⁹ 2.HD 22.11.1996, 11030/12174 (YKD 1997/4 s.512-513); 2.HD 12.12.1985, 11045/13571 (YKD 1996/5 s.709-710); HGK 4.12.1971, 1-911/716 (ABD 1972/2, s.278); HGK 17.2.1971, 2-875/87 (TİK 1971/2, s.319).

Delil ikame hakkının kısıtlanması usule aykırıdır⁴⁰.

Tanık dinlenmesi gerekirken, tanık dinlenmeden karar verilmesi eksik incelemedir⁴¹. Yani, bazı tanıkların dinlenmemesi üzerine, davada yeterli bilgiye ulaşılamamışsa veya bazı tanıkların dinlenmemesi konusunda gerekçe gösterilmemiş veya gerekçe yetersiz ise, bu husus usul kurallarına aykırı olacaktır. Tanık veya tanıklar dinlense bile, sonuç değişmeyecek ise, karar onanmalıdır. Kararda önemli veya ağır usule aykırılıklar varsa, hüküm bozulmalıdır⁴². Hükümün bozulması ve uyma kararı verilmesi üzerine dinlenmeyen bu tanıkların dinlenmesi gerekecektir⁴³. Bozmaya uyularak, tanığın dinlenmesine karar verildiği halde, tanık dinlenirken duruşma günü bildirilmeyerek, davalı tarafın yargılamada hazır bulunma hakkından mahrum edilmesi, sonucu etkileyen usul yanlışlığıdır⁴⁴.

Kararın, mahkemenin gösterilen tanıkları dinlememiş olması nedeniyle bozulmasında, tanıkların dinlenmemiş olmasından önceki işlemler geçerlidir. Dinlenmeden sonraki işlemler ise, sadece bozmanın kapsamına dahil oldukları oranda geçersizdir. Bu durumda, mahkemenin tanık dinlemesi üzerine keşif yapılmış, bilirkişi incelemesine başvurulmuş ise bunlar geçerlidir. Yalnız tanık dinlenmemesi ile ilgili işlemler geçersizdir. Kararın bozulmasından sonra yeniden hüküm vermesi gereken hakim, dinlenmeyen tanıkları dinler, davanın taraflarının görüşlerini alır, ondan sonra hükmünü verir. Fakat, mahkeme tanıkla işpatı mümkün olmayan bir vakiada, dinlememesi gerekirken, tanık

⁴⁰ 9.HD 12.6.1984, 5379/6520 (Yasa HD 1984/7 s.1038).

⁴¹ 11.HD 16.3.1995, 367/2016 (YKD 1995/6 s.904-905); 2.HD 10.1.1994, 12359/25 (İKİD 1994/400 s.10237); 4.HD 31.1.1991, 1779/567 (Yasa HD 1991/4 s.534-535); 1.HD 25.2.1985, 1628/2150 (Yasa HD 1985/6 s.915-916); HGK 22.6.1966, 2-372/198 (İKİD 1966/69 s.4798-4799). Ancak, dosyadaki raporlar ve toplanan deliller karşısında, tanık dinlenmiş olsa dahi, sonuç değişmeyecek idiyse, tanığın dinlenmemesi nedeniyle verilen karar bozulmaz (2.HD 22.4.1982, 2092/3666: YKD 1983/1 s.36-37); eksik inceleme konusunda ayrıca bkz: **Akcan** s. 255 vd.

⁴² Kararın usule aykırılıktan dolayı bozulabilmesi için yararlanılabilecek asli ve tali ölçütler hakkında bkz: **Akcan** s. 228 vd.

⁴³ Hükümün bozulmasından sonraki durum için bkz: **Akcan** s. 342 vd.

⁴⁴ **Akcan** s. 321; 2.HD 1.2.1973, 7700/441 (RKD 1973/4-5 s.168-169).

dinlemiş ve temyiz edilen hüküm de yalnızca bu nedenle bozulmuş ise, dinlenmemesi gereken tanığın dinlenmesinden sonraki keşif ve bilirkişi incelemesi işlemleri de geçersizdir⁴⁵.

SONUÇ

Hakim, tanıklardan bir kısmını dinlemesi sonucunda; vakıa hakkında, yeterli bir bilgiye ulaşmış ise; diğer tanıkları dinlemeden hüküm verebilecektir (HMK m.241). Uygulamadaki mevcut durum, kanun maddesi haline getirilmiştir. Bu şekilde verilen hüküm, usul ekonomisi ve adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı ilkesi gibi usul ilke ve kurallarına da uyum içinde olacaktır. Hakimin, bu konudaki kararında, diğer tanıkların dinlenmemesi hususunda ikna edici, somut bir gerekçe göstermesi gerekir. Bu halde, hukuki dinlenilme hakkı ilkesinin ve adil yargılanma hakkı ilkesinin ihlali olmayacaktır. Bu husus taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalar için geçerlidir. Bu ilkenin geçerli olduğu davalarda, tanıklardan bir kısmının dinlenilmesi ile vakıalar aydınlanmış ise, diğer tanıkların dinlenmesine gerek yoktur. Kanun koyucunun amacına uygun olanı budur. Kalan diğer tanıkların dinlenmesi amacıyla, kesin bir süre verilmesine gerek yoktur. Kesin süre yalnızca adres konusundadır (HMK m. 240). Tanıkların dinlenmesi konusunda hakime bir yükümlülük yüklenmemiştir. Asıl yükümlülük, dilekçeler aşamasındaki somutlaştırma yükümlülüğü nedeniyle, taraflara aittir. Dava dilekçesinde somutlaştırma yükümlülüğü uyarınca, taraflar hangi vakıa için tanık göstereceklerini belirtmeleri gerekir (HMK m. 119, m. 129, m. 194). Bu sorumluluğunu yerine getirmeyen taraflar, sonuçlarına katlanacaklardır. İstisnai olarak, tanık listesinin geçersiz olması, tanıkların ölmesi gibi durumlarda ikinci tanık listesi verilebilir. Yine, şartların varlığında, hakimin uygun görmesiyle (m.145) yeni tanık listesi verilebilir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise, hakim tanık deliline her zaman başvurabilir.

⁴⁵ Akcan s.345.

**HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN
GİDER AVANSININ UYGULANMASI İLE İLGİLİ ORTAYA
ÇIKAN BAZI MESELELER VE BUNLARIN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. İbrahim ERCAN*

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN**

ÖZET

Yargılama esnasında oluşan ve yargılama sonunda haksız çıkan tarafça ödenen yargılama giderleri ile ilgili 6100 sayılı HMK önemli değişiklikler öngörmüştür. Kanun öncelikle yargılama giderlerinin neler olduğunu açıkça belirttikten sonra bu giderlerin davanın başında davacı tarafından peşin gider avansı şeklinde ödenmesini zorunluluk haline getirmiştir. Çalışmamızda öncelikle yargılama giderleri hakkında genel bilgiler verildikten sonra dava şartı haline gelen gider avansının zaman bakımından uygulanması ve delil avansı ile ilişkisi incelenmiştir. Gider avansının uygulanması ile ilgili ortaya çıkan bazı meseleler önceki kanun hükümleri, HMK'nın genel amacı ve diğer kanunlardaki düzenlemeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: *Gider avansı, Dava şartı, Delil avansı, Tanık, Bilirkişi.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**REGARDING THE IMPLEMENTATION OF ADVANCE
EXPENSES ARISING OUT OF SOME PROBLEMS AND THEIR
EVALUATION IN CIVIL PROCEDURE CODE**

ABSTRACT

Occurred during the trial and the trial costs and expenses paid by the party on the wrong end of foresaw no major changes HMK. After specifying the first trial made it clear that the law costs of the case at the beginning of these expenses must be paid by the plaintiff in the form of cash advances have made it goes. After giving an overview of costs and expenses is primarily the case study, which has become a requirement in terms of implementation time and expense of advances investigated for evidence. Some of the issues arising in connection with the implementation of advance payment go to the provisions of the previous laws, regulations or other legislation, taking into account the overall objective of evaluated.

KEYWORDS: *Expense advance, Lawsuit requirement, Evidence advance, Witness, Court expert.*

GİRİŞ

Devlet, Anayasanın kendisine yüklediği yargılama fonksiyonunu mahkemeler aracılığıyla yerine getirirken, bu esnada oluşan masrafın bir kısmını bu hizmetten yararlanan kişilerden talep eder, bu masrafa yargılama giderleri adı verilir. Kural olarak davanın başında ödenen ve dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenen bu giderlere ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu önceki kanuna kıyasla yargılamayı hızlandırıcı önemli değişiklikler içermektedir. Yıllardır uygulayıcılar elinde ve doktrinde alışlagelen eski kanun maddeleri ile 2011 yılında yürürlüğe giren yeni ve köklü değişiklikler içeren yeni kanun maddeleri arasında birtakım karışıklıklar meydana gelmesi doğaldır. Bu çalışmada özellikle HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada yargılama giderlerine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması ve delil avansı ile ilişkisi bakımından uygulamada oluşan birtakım sorunlar ele alınacaktır.

I-Genel Olarak

Hak arama özgürlüğü Anayasanın 36/I maddesinde öngörülen “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmü ile koruma altına alınmıştır¹. Devletin vatandaşa dava hakkını kullanması sonucu sunacağı adalet hizmeti, anayasal kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Devlet tarafından sunulan kamu hizmetinin temel ilkeleri arasında bedelsizlik ilkesi de yer almaktadır. Buna göre devlet sunduğu kamu hizmetlerinden yararlananlardan yararlanma karşılığı bir ücret almayacaktır. Ancak üstlenilen kamu hizmetinin çoğalması ve hizmetten yararlananların veya yararlanmak isteyenlerin sayısının artması sonucunda hizmetten yararlananlardan katılma payı adı altında bir ücret alınmaktadır². Bu durum ekonomik olarak zayıf kimseler bakımından her ne kadar Anayasanın 36. maddesinde açıkça düzenlenen hak arama özgürlüğünü olumsuz etkileyecek bir görüntü arz etse de, bu olumsuzluk, adli yardım müessesesinin daha etkin ve yaygın şekilde kullanılması ile aşılamayacak bir sorun değildir³.

¹ **Karlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul-2012, s.743; **Yılmaz**, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti (ABD 1984/2, s. 200-224), s.201; **Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2012, s.308; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammed: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara-2012, s.840.

² **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Ankara-2004, s.300.

³ Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü malî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise adli yardım ile mümkün olacaktır (HMK m.334 gerekçesi). Ayrıca 03.04.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesinde, adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Bu nedenle herkesin dava hakkı olmakla birlikte devletin, haklarına kavuşmak isteyenlerden parasal bir katkıda bulunmasını istemesi, adalet hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi ile ters düşmez⁴. Zira devlet, yargılama işlerinin görüldüğü mahkemeleri sürekli görev yapar bir şekilde hak arayanların hizmetinde tutabilmek için bir kısım harcamalarda bulunur. Personel giderleri, demirbaş ve kırtasiye masrafları bu harcamalarda önemli bir paya sahiptir. Yargılama harcı denilen ve kural olarak taraflardan alınan bu katılım payı karşılığında devlet vermiş olduğu yargılama hizmetini kesintisiz sürdürür⁵.

Tarafların, davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri paraların tümüne ise yargılama giderleri denir. Kural olarak davanın başında ödenen harçlarda bu giderlerin içerisinde yer almaktadır⁶.

II-6100 Sayılı Kanuna Göre Gider Avansı Müessesesi

Yargılama giderlerinin kapsamı, yani yargılama giderlerinin nelerden oluşacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre yargılama giderleri,

- a) Celse, karar ve ilam harçları,
- b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri,
- c) Dosya ve sair evrak giderleri,
- ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler,
- d) Keşif giderleri,
- e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler,

⁴ Anayasa Mahkemesi, T.24.10.1974, K.31/34, (AMKD, S.12, s.381)

⁵ **Karlı**, s. 741; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.711; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.841; **Muşul**, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, Temel Bilgiler, Ankara-2009, s.283; **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul-2000, s.765; **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1960, s.170.

⁶ Bir başka tanıma göre yargılama giderleri genel olarak bir yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan bütün giderleri ifade etmektedir. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.621.

f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler,

g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri,

ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti ve

h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden oluşmaktadır.

HMK m. 114'e göre, davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır⁷. Gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmemesi için her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın avans olarak davacı tarafından yatırılması zorunluluğu kanunda dava şartları arasında sayılmıştır.

III- Gider Avansı ile Delil Avansı Arasındaki Hukuki Ayırım

HUMK'un 414. maddesine tekabül eden delil ikamesi için avans başlıklı HMK m.324'e göre, taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan

⁷ Adalet Bakanlığınca 30.09.2011 tarihli 28070 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Gider Avansı Tarifesinin 4.maddesine göre davacı;

a) Taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri,

b) Dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve tebligat gideri,

c) Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL. ulaşım gideri,

ç) Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti,

d) Diğer iş ve işlemler için 50 TL toplamını avans olarak öder.

birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmese, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır.

HMK m.324'te yer alan ve delil ikamesi için düzenlenen avans uygulaması, HMK m.120 ile getirilen gider avansı ile ilgili düzenlemenin uygulaması ile karıştırılarak hukuka aykırı kararların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁸. Buna göre uygulamada HMK m.120'de düzenlenen gider avansı ile HMK m.324'te düzenlenen delil avansı aynı nitelikte görülmüş, bunun neticesinde aslında dava şartı sayılmayan, dava açıldıktan sonra davalının tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik talepleri için ödemesi gereken giderler de dava şartı olarak değerlendirilmeye başlanmıştır⁹.

⁸ Bu karışıklığın nedenlerinden biride 03.04.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesindeki fıkralar arasındaki uyum sorunudur. Yönetmeliğin 1. fıkrasına göre davacı, yargılama harçları ile her yıl Bakanlıkça çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade eder. Fıkra da gider avansının içinde davalı taraftan alınması gereken delil avansına dâhil olabilecek giderler de sayılmıştır. Yönetmeliğin 3. fıkrasında ise gider avansı ve delil avansı kavramları ayrı kavramlar halinde ele alınarak eksiklikleri farklı müeyyidelere tabi tutulmuştur. Buna göre gider avansının yatırılmaması halinde açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilir; delil avansının yatırılmaması halinde ise, o delilden vazgeçilmiş sayılır (Yönetmelik m.45/3).

⁹ “Dosya mevcut halde tahkikat aşamasında olması nedeniyle 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK itibarı ile dosyanın tahkikat aşamasında olması sebebiyle ön inceleme yapılması ve buna dayalı tutanak düzenlenmesine yer olmadığına karar verildikten sonra 6100 sayılı HMK'nın 120. Maddesi gereğince 60.00 TL tebligat masrafı, 50.00 TL diğer iş ve işlemler gideri olmak üzere 110.00 TL'nin davacı tarafça 2 haftalık kesin süre içerisinde mahkeme veznesine yatırılmasına, yatırılmadığı takdirde davanın reddine karar verileceğinin ihtarına ihtarat

HMK'nın 120. maddesinde dava şartı olarak düzenlenen gider avansı müessesenin delil avansını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması kanunun amacı ile bağdaşmaz¹⁰. Buna göre HMK m.324'ün gerekçesinde de belirtildiği gibi, madde kapsamında değerlendirilecek delil avansı incelemesi, daha ziyade davalının cevap dilekçesinde veya cevaba cevap dilekçesinde sunacağı delillere ilişkindir. Davacının davayı açmasından sonra dava dilekçesinde sunduğu delillere ilişkin öninceleme safhasında yapılan inceleme, gider avansı incelemesidir¹¹. Bu avans dava şartıdır, yatırılmadığı takdirde davacıya iki haftalık kesin süre verileceği bu süre içerisinde de yatırılmazsa davanın dava şartı eksikliğinden usulden reddedileceği davacıya bildirilir¹². Buna karşılık, daha ziyade davalıya yüklenilmiş olan delil

yapıldı". Diyarbakır 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 2010/682E.;24.11.2011T. (Yayınlanmamış Mahkeme Ara Kararı)

- ¹⁰ Yönetmeliğin 45. maddesinin 1. fıkrası ile 4 ve 5 fıkraları arasında uyum bulunmadığından, HMK'nın 324. maddesi gözetilerek Yönetmeliğin 45. maddesinin 4. ve 5. fıkralarının öncelikle uygulanması gerekir. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.880.
- ¹¹ 03.04.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesinde davacının, yargılama harçları ile her yıl Bakanlıkça çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu belirtildikten sonra gider avansının, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacı taraftan alınan meblağı ifade ettiği açıkça vurgulanmıştır.
- ¹² “Adalet Bakanlığınca çıkarılan ve 30.09.2011 tarihli 28070 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan gider avansı tarifesinin 4. maddesinde dava açılırken davacının ödemesi gereken avanslar gösterilmiştir. Tarifenin 6. maddesinde “Bu Tarifenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120. maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemelere göre, her ne kadar dava, 1086 Sayılı HUMK döneminde açılmış olsa da, istisnai hüküm bulunmaması nedeniyle davanın her aşamasında aranan gider avansı dava şartının 6100 sayılı HMK'nın 114/g, 115/2 ve 120 maddeleri gereği gözetilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Gider avansının eksik olduğunun anlaşılması halinde, tamamlattırılması için HMK'nın 120/2 maddesi gereğince verilecek iki haftalık kesin süre ile birlikte gider avansının

avansı yatırma şartı ise dava şartı niteliğinde değildir. Cevap dilekçesinde belirttiği delillere ilişkin delil avansını yatırmayan veya eksik yatıran davalıya, mahkeme öncelikle delil ikamesi avansının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır. Buna göre mahkeme daha ziyade davalı tarafa, avans yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde talep ettiği delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı konusunda uyarıda bulunmak zorundadır¹³.

nelerden ibaret olduğu net olarak belirlemeli ve tarafa avansın yatırılmamasının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir. Somut olayda, 29.11.2011 tarihli duruşmada verilen ara kararda davacı vekiline HMK'nın yürürlüğe girmesi dolayısıyla eksik avansı yatırması için 2 haftalık süre verilmesi ile yetinilmiş, sürenin kesin olduğu belirtilmediği gibi avansın hangi kalemlerden ibaret olduğu ve hesap edilen miktarı belirtilmemiş ve avansın yatırılmamasının hukuki sonuçları da hatırlatılmamıştır. Buna rağmen davacı tarafından 29.11.2011 tarihli ara kararda verilen iki haftalık süreden sonra 26.12.2011 tarihinde gider avansı ve delil avansı yatırıldığı, mahkemece, avansın verilen kesin süre içerisinde yatırılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği görülmüştür. O halde, HMK'nın 115/2 ve 120/2. maddeleri ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 6. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; gider avansının nelerden ibaret olduğu net olarak belirtilerek ve hukuki sonuçları hatırlatılarak, tamamlanması için kesin süre verilmesi gerekirken, bu hususlara dikkat edilmeden verilen süre içerisinde avansın tamamlanmadığından bahisle usulden red kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 12. HD.2012/3865E.; 2012/18998K.; 04.06.2012T. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

¹³ “Somut olayda mahkemece eksik gider avansının ikmal edilmesi hususunda davacıya 13.10.2011 tarihli ara kararında iki haftalık kesin süre verilmiş ise de, talep edilen giderlere nelerin dâhil olduğu, bu giderler içinde delil ikamesine yönelik gider olup olmadığı ve miktarı belirtilmemiştir. Dolayısı ile talep edilen avansın gider avansı veya delil ikamesi avansı olup olmadığı denetlenememektedir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı dava şartı iken delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması dava şartı nedeni ile davanın reddini gerektirmeyecektir. Taraf belirlenen sürede delil avansı giderini yatırmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır. Mahkeme dava

IV-6100 Sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önce Açılan Davalar Bakımından Gider Avansı

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış davaları; 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmiş davalar ile 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ancak ön inceleme aşaması tamamlanmamış davalar olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmiş davalar bakımından dava, 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce açıldığı için davacının davanın başında gider avansı ödemek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı açıktır. Zira HMK'nın zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen 448. maddesi ile Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 6. fıkrasına göre "tamamlanmış işlemlerde" gider avansı istenemeyeceği açıkça belirtilmiştir¹⁴. 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve esasa geçilmiş olan bir davada davanın başında alınması gereken gider avansı yatırma şartı, Kanun değişikliğinden bahisle Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da talep edilemez¹⁵. Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış bir davada sonradan

şartı olarak belirlediği gider avansına yönelik ara kararında gider avansını oluşturan harç, tebligat gibi gider gerektiren işlemleri kalem kalem açıklamalı, her kalemin miktarını ayrı ayrı göstermeli, dava şartına yönelik gider avansı ilgili olarak verilen kesin sürede yatırılmamasının sonuçlarını da duruşma zaptına açıkça yazmalıdır. Yukarıda açıklanan şekilde uygulama yapılmadan soyut kesin süre verilerek dava şartı noksanlığından davanın reddine karar verilmesi doğru değildir." Yargıtay 6. HD. 2012/3222E.; 2012/7175K.; 14.05.2012T. (Yayımlanmamış Yargıtay Kararı).

¹⁴ 01/10/2011 tarihinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi m.6)

¹⁵ "Mahkemece davacının HMK 115/2 maddesi uyarınca verilen iki haftalık kesin süre içinde dava şartı olan gider avansını yatırmadığı gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dava 13.05.2011 tarihinde 1086 sayılı HUMK yürürlükte iken açılmıştır. 1086 sayılı HUMK'u yürürlükten kaldıran 6100

meydana gelecek giderler ise artık dava şartı niteliğindeki gider avansı niteliğinde değil Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifenin 6. maddesinde lafzı geçen ikmal (tamamlama) avansı niteliğinde kabul edilmeli ve dava açılırken yatırılması gereken gider avansına ilişkin müeyyideler burada uygulanmamalıdır. Ancak 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalar bakımından, davacının aynı sorumluluklara tabi olacağı şüphesizdir.

6100 sayılı Kanunun 120. maddesinin gerekçesine bakıldığında maddenin düzenleniş amacının uygulamada gerçekten kangren haline gelen, küçük meblağlar nedeniyle davaların uzamasının önlenmesi ve bunun sonucunda da mahkemelerin üzerindeki iş yükünün hafifletilmesinin yattığı anlaşılmaktadır. Bunun için yeni düzenlemede, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Dava esnasında ise bu tür giderler için gereken avansın dosyada bulunmaması veya yetmemesi durumunda ise tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Kural olarak delillerin taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemimizde, 6100 sayılı Kanun

sayılı HMK, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6100 sayılı kanunun 120. maddesine göre, davacı yargılama harçları ile Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Adalet Bakanlığınca çıkarılan ve 30.09.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Gider Avansı Tarifesinin 4. maddesine göre, kanun hükümleri tamamlanmış işleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır. Davanın açılış tarihi gözetildiğinde tarifenin 4/d maddesinde yer alan 50 TL'nin ödenmesi istenemez. Davanın bulunduğu aşamaya göre tarifenin 4/a maddesinde yer alan bütün tebligat giderinin ödenmesi de istenemez. 6100 sayılı HMK 448 maddesi hükmü gözetilmeden, gider avansı saptanıp davacıya kesin süre verildiği anlaşılmaktadır. Gider avansı ile ilgili ara karar, davanın açılış tarihi gözetildiğinde, HMK'nın 448. maddesine aykırı olması nedeniyle usulden reddi isabetsiz olduğu gibi, davacının temyiz dilekçesinde yer alan 21/12/2011 tarihli "yurtiçi havale kabul" belge tipli tahsilat/ödeme belgesi-haber kağıdının incelenmesinden süresi içerisinde mahkemece belirlenen avansın yatırıldığına gözetilmemesi de bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 19. HD. 2012/6228E., 2012/9694K., 07.06.2012T. (Yayınlanmamıştır)

yürürlüğe girmeden önce açılmış ve tahkikat aşamasına hatta hüküm aşamasına gelmiş bir davada, taraflardan birinin iddialarını ispatlamak için mahkemeye sunmak istediği delile ilişkin gideri mahkeme veznesine yatırmamış olmasından dolayı davasını usulden kaybetmesi, maddenin genel amacı ile bağdaşmaz. Zira dava delile ilişkin avansın yatırılmaması nedeniyle usulden reddedilmesi halinde ortada esasa ilişkin bir kesin hüküm bulunmayacağı için davacı tarafından yeniden dava açılması muhtemeldir. Bu ise neredeyse hüküm safhasına gelmiş bir davanın belki de başka bir hâkim tarafından en baştan incelenmesi zorunluluğunu doğuracaktır. Bu ise yargılama hukukunun temel ilkelerinden “usul ekonomisi ilkesine” aykırılık arz edecektir. Bu şekilde olumsuz bir sonuca neden olacak katı bir yorumdan hukuk uygulayıcısı olan mahkemelerin kaçınması yerinde olacaktır. Bununla birlikte mahkemelerin 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmiş davalarda gideri sanki dava yeni açılıyormuş gibi 6100 sayılı Kanunla hukukumuzda giren ve dava şartı olarak düzenlenen HMK m.114/g ve 115/2 hükmünü uygulaması, bu yönde ara kararlar vererek tarafları bu giderleri yatırmaya zorlaması HMK'nın zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen m.448 ve HMK Tarifesi m.6'ya aykırılık arz edecektir.

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış tahkikat aşamasına ve hatta hüküm aşamasına gelmiş davalara ilişkin yargılama giderlerine ilişkin olarak verilen ara kararlarda, yargılama giderlerinin kesin süre içerisinde yatırılmaması halinde HMK m.114/g ve m.115/2 maddesi gereğince davanın usulden reddi yerine; HMK m.324/2 hükmünün uygulanması yerinde olacaktır¹⁶. Söz konusu maddeye göre,

¹⁶ Dava, 1086 sayılı HUMK döneminde 01.04.2011 tarihinde açılmıştır. 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihi itibari ile davanın ilk aşaması olan dilekçeler aşamasının tamamlandığı ve “gider avansı ile ilgili olarak eksik yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine” ilişkin ara kararın verildiği, 04.10.2011 tarihi itibari ile tahkikat aşamasına geçildiği, taraflara eksik delillerinin sunulması için süre verildiği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda; gerek 6100 sayılı HMK'nun 120 maddesi, gerekse; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 45. maddesindeki düzenlemelere göre; tarifede sayılan gider avanslarının dava dilekçesi ile davanın açılması sırasında mahkeme veznesine yatırılması gereken gider olması nedeni ile, dilekçeler

tarafardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmese, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. HMK m.324/2'deki yeni düzenlemenin esas amacı, HMK m.100'de düzenlenen 'kesin süre' hükmü nedeniyle yargılamanın uzamasının önüne geçmektir. Bu nedenle madde, sunulan delilin getirilmesi amacıyla masraf yatırılması için, mahkemece ilgili tarafa verilecek sürenin kesin olduğunu vurgulamış ve verilen süre içinde masrafı yatırmayan tarafın delilden vazgeçmiş sayılacağını açıkça belirtmiştir¹⁷.

aşamasının tamamlanmış bulunması ve HMK'nun 448 maddesinin açık hükmü karşısında, dava dilekçesinde tanık ve bilirkişi deliline dayanmış olan davacı yönünden HMK'nun 120. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle; 1086 sayılı HUMK'nun yürürlükte olduğu 01.10.2011 tarihinden önceki dönemde açılan bu dava için yapılacak masraflar nedeniyle istenilecek giderlerin delil avansı kabul edilip, HMK'nun 324. maddesi uygulanmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekir'. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2012/ 9-1170E., 2012/1172K., 12.12.2012 T. (Yayınlanmamıştır).

¹⁷ Usul hukukunda eskiden beri kabul edilen kurala göre taraflar, yapılmasını istediği usuli işlemin masraflarını ödemekle mükelleftir. Aksi takdirde o muamelenin yapılması talebinden feragat etmiş sayılır. Buna ilişkin düzenleme 1086 sayılı Kanun'un 414. maddesinde düzenlenmişti. HUMK'un 414. maddesi hükmüne göre hâkimin, gösterdiği herhangi bir delil için ilk duruşma gününe kadar masraf yatırması yönünde ilgili tarafa süre verebilmesi, bu sürenin sonuna kadar masrafın yatırılmaması durumunda ise ikinci kez süre vermesi mümkündür. İkinci süre, 1086 sayılı kanunun 163. maddesi uyarınca kesindi. Kanundaki bu hükümler dolayısıyla, ilgili tarafın dosyayı yeterince takip etmemesi veya yargılamayı uzatma niyetinde olması gibi sebeplerle, davada başkaca işlem yapılmaksızın yargılama en az bir oturum ertelenmektedir. Hâlbuki yeni düzenlemede (HMK m.324) bu kuraldan ayrılmış, ikinci defa süre vermek imkânı kaldırıldığı gibi, ilk verilen süre de kanuni düzenleme ile kesin kabul edilmiştir. Bkz. **Karşı**, s.747.

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ve tahkikat aşamasına gelinmiş davalarda özellikle tebligata ilişkin giderler de göz önünde bulundurularak HMK'ya göre daha özel kanun hükmü niteliğindeki Tebligat Kanunu m.5 hükmünün uygulanması da mümkündür. Buna göre “ücret ve masrafın peşin ödenmesi” başlıklı Tebligat Kanunu m.5 hükmü şu şekildedir: “Tarifede yazılı PTT ücretlerini veya dördüncü madde mucibince verilecek zaruri masrafları, hilafına bir hüküm bulunmadıkça tebliğin yapılmasını isteyen peşin olarak öder. Tebliği çıkaracak merci tarafından tayin olunan mehil içinde gerekli masrafı vermeyen, talebinden sarfınazar etmiş addolunur. Zaruri sebeplerden dolayı bu mehle riayetsizlik halinde yeni bir mehil verilir”.

Bunlara ilave olarak HMK m.115/3 hükmü de, hâkime özellikle diğer dava şartlarından farklı olarak sonradan da doğabilecek yargılama giderlerinden dolayı, takdir yetkisini bahsettiğimiz gibi kullanması konusunda önemli bir yetki vermektedir. Zira imza, görev gibi diğer dava şartlarının davanın başında incelenmesi ve bir eksiklik yoksa esasa geçilmesi mümkündür. Ancak yargılama giderlerine ilişkin dava şartı, niteliği itibarı ile “sabit” bir dava şartı değildir. Başta böyle bir eksiklik yokken sonradan özellikle davacının ikame edeceği deliller neticesinde böyle bir dava şartı eksikliğinin ortaya çıkması da muhtemeldir. İşte sırf bu nedenle davanın reddedilmemesi için kanun koyucunun hâkime takdir hakkı tanıyan HMK m.115/3 hükmünü düzenlemesi oldukça yerinde olmuştur. HMK m.115/3 hükmüne göre, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış ancak gider avansı yatırılmamış davalara ilişkin ikinci ihtimal; 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde esas defterine kaydı yapılmış veya layihalar safhası başlamış ancak henüz tahkikat aşamasına geçilmemiş, bu bağlamda yeni kanunda ön inceleme aşaması henüz tamamlanmamış işlere karşılık gelen davalara ilişkindir. Bu durumda olan bir davada, davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmamış olması şeklindeki dava şartı eksikliği, kanaatimizce davanın açılması anında veya layihalar safhasında fark edilirse davacıya kesin süre verilmeli eksiklik giderilmemişse dava usulden reddedilmelidir. Bu durum kanunun zaman bakımından

uygulanmasını düzenleyen maddelere ve kanunun amacına ters düşmez. Zira dava HUMK zamanında açılmış olsa bile HMK'da ön inceleme safhası tamamlanmamıştır. Henüz tamamlanmamış usuli işlemlerde HMK m.448 hükmüne göre kanunun yeni hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle de gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesini amaçlayan HMK m.114/g ve m.115/2 hükmünün getirdiği yeniliklerin bu durumdaki davalarda uygulanması hukuka aykırılık arz etmeyecektir.

V-Sonuç

Davanın başında ödenen ve dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenen bu giderlerin bir kısmı, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde peşin olarak ödenirken özellikle tanık, bilirkişi, keşif ve sair işlemlere ilişkin giderler, davacı veya davalı fark etmeksizin davanın her aşamasında, talebin mahkemece kabulü üzerine mahkeme veznesine yatırılarak ödenmekteydi. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK, uygulamada davaların uzamasına da sebebiyet veren bu giderler konusunda oldukça radikal değişiklikler getirmiştir. Kanun öncelikle yargılama giderlerinin neler olduğunu açıkça belirttikten sonra bu giderlerin davanın başında davacı tarafından peşin gider avansı şeklinde ödenmesini zorunluluk haline getirmiştir. Bununla birlikte kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yargılama giderlerine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması ve diğer maddelerle ilişkisi açısından uygulamada her kanun değişikliğinde yaşanacak türden birtakım karışıklıklar meydana gelmiştir. Bu bağlamda öncelikle dava başında davacının peşin olarak yatırması gereken ve dava şartı niteliğinde olan gider avansı ile bilhassa davalı tarafın dava esnasında ikame ettiği delillere ilişkin ödemesi gereken delil avansının hukuki niteliği ve bu avansların vaktinde ödenmemesi halinde uygulanacak yaptırım türü, farklı kararların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Davalı tarafça HMK m.324 te düzenlenen delil avansının ödenmemesi durumunda bu avansın HMK m.120'de düzenlenen gider avansına kıyasen dava şartı olarak nitelendirilmesi ve bu nedenle davaların usulden reddedilmesi kanımızca hem HMK'nın genel amacı ile hem de kanunun 115/2, 120/2. maddeleri ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 6. maddesi ile bağdaşmayacaktır. Bu tür durumlarda mahkemenin davayı usulden reddetmek yerine HMK m.324/2 hükmünü uygulaması yerinde olacaktır. Söz konusu maddeye göre, taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil

için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır.

Bununla birlikte gider avansı müessesesi 6100 sayılı kanundan önce açılmış davalar açısından da bazı sorunlara neden olmuştur. Gider avansı şartının HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılan davalar bakımından, davanın 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte geldiği aşama bakımından ikiye ayrılarak incelenmesi yerinde olacaktır. Dava, 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte tahkikat aşamasında bulunuyor ise gider avansına ilişkin dava şartı bu davalarda uygulanmamalıdır. Zira HMK hükümleri gereğince yeni açılacak davalarda davanın başında tamamlanması gereken bu eksiklik HUMK zamanında açılmış ve tahkikat safhasına geçilmiş davalarda, HMK m.448 ve HMK Tarifesi m.6 gereğince uygulanamaz. Buna karşılık 6100 sayılı kanundan önce açılmış olan bir dava, 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz layihalar aşamasında veya öninceleme aşamasında bulunuyor ise ortada tamamlanmış bir usuli işlem bulunmadığı için HMK'nın gider avansını düzenleyen hükümlerine tabi olmalıdır.

KAYNAKÇA

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1960.

Günday, Metin: İdare Hukuku, Ankara-2004.

Karşlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2012.

Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, Temel Bilgiler, Ankara-2009.

Pekcanitez, Hakan /**Atalay**, Oğuz / **Özekes**, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Medenî Usul Hukuku, Ankara-2012.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul-2000.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının...

Yılmaz, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti (ABD 1984/2, s. 200-224).

**THE IMPACT OF THE CHANGES TO UK SALE OF
GOODS LAW BROUGHT BY “THE SALE & SUPPLY OF
GOODS TO CONSUMERS REGULATIONS 2002” UPON
CONSUMERS OF FOOD PRODUCTS**

Doç. Dr. H. Gökçe TÜRKÖĞLU*

ABSTRACT

“1999/44/EC Directive on Aspects of the Sale of Goods and Associated Guarantees” was accepted in 1999 to bring minimum harmonization for the consumers all around the European Union. UK integrated the provisions of the Directive into its existing sales code by the “Sale & Supply of Goods to Consumers Regulations 2002”. This Regulation brought some important changes to UK Sale of Goods Law, one which is that it can only be applied to consumer sales. Additionally to that, the Regulations 2002 give broadened definition of the concept of “conformity with the contract”, make changes in the concept of “satisfactory quality” and add new remedies to protect consumers. But it can be said that the main amendment made by the Regulation is on the remedies. If the goods do not conform to the contract of sale at the time of delivery, the buyer has the right to require the seller to repair or replace the goods, or to require the seller to reduce the purchase price of the goods to the buyer by an appropriate amount, or to rescind the contract with regard to the goods in question. Even though the Directive and the Regulation, bring some changes with the aim of consumer protection, in time it has been seen that they actually do not protect consumers better than the existing laws in UK.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi - İZMİR

KEY WORDS: *EC Directive on Aspects of the Sale of Goods and Associated Guarantees, The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, Satisfactory quality, Implied terms*

“TÜKETİCİLERE MAL SATIŞ VE TEDARİKİ REGULASYONU 2002” İLE İNGİLİZ SATIM HUKUKUNA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİLERİN GIDA ÜRÜNLERİNİ TÜKETİCİLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

ÖZET

“1999/44/EC Malların Satımı ve Birleşik Garantilerin Durumu Hakkındaki AT Direktifi”, 1999 yılında, Avrupa Birliği dahilindeki tüketiciler arasında minimum uyum sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Birleşik Krallık, söz konusu Direktifin hükümlerini, kendi, var olan satım hukukuna ilişkin kanunlarına, “Tüketicilere Mal Satış ve Tedariki Regulasyonu 2002” ile dahil etmiştir. Bu Regulasyon ise, Birleşik Krallık Satım hukukuna, regulasyonun yalnızca tüketici satışlarında uygulanabilecek olması gibi, çeşitli önemli değişiklikler getirmiştir. Bunun yanı sıra Regulasyon, “sözleşmeye uygunluk” kavramının tanımını genişletmiş, “tatmin edici kalite” kavramında değişiklikler yapmış ve tüketicileri koruma amacıyla yeni yaptırımlar getirmiştir. Regulasyonun getirdiği en önemli değişikliğin de, yaptırımlar alanında olduğu söylenebilir. Eğer mal, teslim anında, satım sözleşmesine uygun değilse, alıcının satıcıdan malın tamir edilmesini ya da yenisi ile değiştirilmesini ya da malın fiyatının uygun miktarda azaltılmasını isteme veya sözleşmeyi feshetme hakkı bulunur. Fakat, tüketicinin korunması alanında çeşitli yenilikler getirmekle birlikte, Direktifin ve dolayısıyla da onu yürürlüğe koymak için kabul edilmiş olan Regulasyonun, bu alanda Birleşik Krallık’da uygulanmakta olan kanunlardan çok daha geniş kapsamlı bir koruma getirmediği zaman içinde görülmüştür. Bu yüzden de, Birleşik Krallık minimum uyum getirmeyi amaçlayan Direktifin getirdiği korumalarla yetinmeyerek, iç hukukunda daha fazla tüketiciyi koruma yanlısı düzenlemeler bu açığı kapamıştır.

ANAHTAR KELİMELER: *Malların Satımı ve Birleşik Garantilerin Durumu Hakkındaki AT Direktifi, Tüketicilere Mal Satış ve Tedariki Regulasyonu 2002, Tatmin edici kalite, Zımnî şartlar*

The Impact of the Changes to UK Sale of Goods Law Brought by “The Sale & Supply of Goods to Consumers Regulations 2002” upon Consumers of Food Products

With the aim of harmonizing consumer protection laws, creating common rights and remedies within the EU and encouraging people to shop across borders¹, EC Directive on Aspects of the Sale of Goods and Associated Guarantees² was accepted in the mid 1999.

The idea of a legally enforceable European quality standard has got its roots in EC Directive 99/44, on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, initially appeared in 1990 in the first draft of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. Harmonisation was proposed as a legal guarantee based on the legitimate expectations of the consumers³. Harmonisation is accepted as necessary in order to enable and encourage consumers to take advantage of the Single Market. Differences in the sales law of different Member States act as a deterrent to consumers who might shop abroad⁴.

As it sets a minimum baseline for consumers’ rights across the internal market, it is possible for the Member States to bring more

¹ SHEARS Peter & ZOLLER Francis E. & HURD Sandra N. "It will be the Biggest Change to Consumer Rights?" (2000) *Journal of Business Law* p. 263; The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, A Brief Introduction- Full Version, Department of Trade and Industry Consumer and Competition Policy Directorate, p. 1.

² Directive 1999/44/EC of the European Parliament and the council of 25 May 1999, OJL 171/12, 7 July 1999.

³ OUGHTON David & WILLET Chris “Quality Regulation in Europe Private Law” (2002) 25 *Journal of Consumer Policy*, p. 300.

⁴ BRADGATE Robert "Consumer Guarantees: the EC's Draft Directive", (1997), Web Journal of Current Legal Issues, Issue 1, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1997/issue1/bradgate1.html>

protective rules, as long as they conform to Treaty rules and do not cause an obstacle for free movement of goods within the Single Market⁵.

UK integrated the provisions of the Directive into its existing sales code by the Sale & Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 (in force from 31 March 2003). This method brings advantages in terms of familiarity and not having two overlapping regimes⁶. It provides effective co-ordination between the new and the existing rules and prevents having too many rules on the same subject. The rules of the Directive may be able to be brought under the umbrella of existing rules. This reduces the number of rules. It also leads to certainty, as affected parties are already familiar with the existing standard. This is likely to facilitate better compliance by sellers and reduce the amount of time spent on resolving disputes⁷.

But also it brings disadvantage in giving rise to some different appliances. Mainly all sales of goods rules are applied to both consumers and commercial sales. But the amendments brought by the Regulations 2002 cover only the consumer sales. Because of this reason, different rules apply depending upon whether the buyer is a consumer or not⁸.

The Regulations 2002 give broadened definition of the concept of conformity with the contract, make changes in the concept of satisfactory

⁵ Implementation of the Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees in the United Kingdom. <http://www.epravo.cz/top/clanky/implementation-of-the-directive-199944ec-on-certain-aspects-of-the-sale-of-consumer-goods-and-associated-guarantees-in-the-united-kingdom-18869.html>

⁶ TWIGG- FLESNER Christian & BRADGATE Robert "The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees- All Talk and No Do?" Web Journal of Current Legal Issues, Issue 2, p.5. <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>

⁷ OUGHTON & WILLET, (2002), p. 306. OUGHTON & WILLET, (2002), p.306; WATTERSON Stephen "Consumer Sales Directive 1999/33/EC- The Impact on English Law", (2001), 9 *European Review of Private Law*, p. 220.

⁸ OUGHTON & WILLET, (2002), p. 323.

quality and add new remedies to protect consumers. Not all amendments brought by the Regulations will be examined here. Instead we will focus only on the changes that affect the consumers of commercially supplied food products.

Seller is defined as “any natural or legal person who, under a contract sells consumer goods in the course of his trade, business or profession”⁹. And consumer is defined as “any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession”¹⁰.

Directive Article 2 regulates conformity with the contract. As the existing English law already regulated this area with a more consumer protective way¹¹, the only amendment brought by the Regulations is about Directive Article 2(2) (d). Regulations 2002 Article 3, add a new subsection-(2D) to s.14 SAG 1979: Any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling such as;

a) statements made solely by the seller in brochures, notices, labelling and general advertising

b) statements originally made by the producer or his representative (in brochures, notices, labelling and general advertising) but then passed on, displayed or otherwise conveyed to the consumer by the seller.

c) statements by the manufacturer or his representative in brochures, notices, labelling and general advertising which have not been passed on to the consumer by the seller, but rather conveyed directly to the consumer via the media, billboard advertising, direct mailing, text messaging etc.

⁹ Directive Article 1(2)[Eur-lex.europa.eu/LexUriServ](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ)

¹⁰ Directive Article 1(2); Regulations 2002 reg. 2. TWIGG-FLESNER & BRADGATE, (2000), p. 5; DEARDS Elspeth "*The Proposed Guarantees Directive: Is It Fit for the Purpose?*" (1998) 21 *Journal of Consumer Policy*, pp.101-102.

¹¹ Second Consultation on EC Directive 1999/44/ÊC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (DTI, London, 2002) p. 54 www.dti.gov.uk/ccp/archieve/consultations.htm.

are accepted as legally binding if the buyer deals as consumer.

(c) provides a new protection for the consumers. It brings liability from the statements by the manufacturer or his representative¹². Statements by the manufacturer or his representative play an important role in the development of consumers' expectations in modern markets. Before this provision, sellers would not have been liable for such statements of manufacturer or his representative under s. 14 SGA 1979¹³. And the courts were not keen on imposing contractual or tortuous liability on the manufacturer¹⁴. Now, such statements are taken into consideration in determining the seller's conformity obligation¹⁵.

The Directive does not place a direct liability on the manufacturer for advertising statements. But, such statements are now taken into consideration in determining the scope of the seller's conformity obligation¹⁶.

According to new subsection- (2E) added to s. 14 SGA 1979 by the Regulations 2002: The seller is not liable for the public statements:

a. at the time the contract was made, he was not and could not reasonably have been aware of the statement.

b. before the contract was made, the statement had been withdrawn in public or to the extent that it contained anything which was incorrect or misleading it had been corrected in public or,

c. the decision to buy the goods could not have been influenced by the statement¹⁷.

¹² WILLETT Chris & MORGAN-TAYLOR Martin & NAIDOO Andre "The Sale & Supply of Goods to Consumers Regulations" (2004, Jan.) *Journal of Business Law*, pp. 94 etc.

¹³ WATTERSON, (2001), p.208; WILLETT Chris "The Rule of Contract Law in Product Liability" in *The Law of Product Liability* (GRUBBS & HOWELLS eds. Butterworths, 2000), p. 73.

¹⁴ WILLETT, (2000), pp. 56-59.

¹⁵ OUGHTON & WILLETT, (2002), p. 312.

¹⁶ TWIGG-FLESNER & BRADGATE, (2000), p. 15.

¹⁷ TWIGG-FLESNER & BRADGATE, (2000), p. 16.

The goods must be in conformity with the contract at the time of delivery to consumer¹⁸. There is no definition of when exactly the delivery occurs in the Directive and this causes some problems¹⁹. In English law, risk passes, when the property of the goods passes to the consumer²⁰, unless either party is at fault in making or taking delivery²¹. In order to bring broader protection for consumers, under Regulations 2002, in cases where the goods are brought to the buyer by a carrier, risk passes when the goods are physically delivered to the consumer²².

The pre-existing remedies under Sales of Goods Act 1979 are the right to claim damages and a right to reject the goods and terminate the contract where there is a breach of a condition or for a sufficiently serious breach of an innominate term. With Part 5A of the Regulations 2002, some amendments have been made on remedies. According to the new regime, if the goods do not conform to the contract of sale at the time of delivery, the buyer has the right to require the seller to repair or replace the goods, or to require the seller to reduce the purchase price of the goods to the buyer by an appropriate amount, or to rescind the contract with regard to the goods in question²³.

The remedies of repair, replacement, price reduction and rescission are applied only to consumers²⁴. Consumers have an opportunity to choose among the different remedies. This new remedies regime is hierarchical. First, the consumer can ask for free repair or

¹⁸ Directive Art. 2; SGA 1979 ss. 13,14 and 48 F.

¹⁹ TWIGG-FLESNER Christian "The EC. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees" (1999) 7 *Consumer Law Journal* pp.177-179.

²⁰ SGA 1979 s. 20 (1)

²¹ SGA 1979 s. 20 (2).

²² Regulations 4 (2), (3) amending SGA ss. 20 &32.

²³ SGA 1979 s. 48A (2). MORGAN-TAYLOR Martin & NAIDOO Andre "The Draft Regulations to Adopt the Directive on Certain Aspect of Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees- Problems of the Time of Conformity for the Quality Obligation" (2002) 3 *Web Journal of Current Legal Issues*,
<http://webjcli.ncl.ac.uk/2002/issue3/taylor.3html>.

²⁴ OUGHTON & WILLET, (2002), p. 323; DEARDS, (1998), p. 105.

replacement. If so, the seller must repair or replace the goods within a reasonable time but without causing significant inconvenience to the buyer, bearing any necessary costs incurred in doing so²⁵. Second, the buyer can ask for price reduction and rescission if he is not entitled to repair or replacement; or if he has required the seller to repair or replace the goods, but the seller is in breach of the requirement of section 48B(2)(a) to do so within a reasonable time and without significant inconvenience to the buyer²⁶. The buyer must not require the seller to repair or replace the goods if that remedy is impossible, or disproportionate in comparison to the other of those remedies²⁷. A remedy will be disproportionate if it imposes costs on the seller. Also the buyer must give the seller a reasonable time to repair or replace the goods²⁸.

Reasonable time and significant inconvenience is determined by reference to the nature of the goods, and the purpose for which the goods were acquired²⁹. A partial or full refund is possible, depending on what is reasonable in the circumstances. If a product that was defective at the time of sale is returned to the retailer, the consumer is legally entitled to a full refund if this is within a reasonable time of the sale. But he cannot expect a legal remedy where goods have defects that he knew about before the sale or that should have been evident on reasonable inspection³⁰.

Generally, the consumer needs to demonstrate the goods were defective at the time of sale. This is so if the consumer chooses to request an immediate refund or compensation. It is also the case for any product returned more than six months after the date of sale. But if the consumer

²⁵ SGA 1979 s. 48B (2).

²⁶ SGA 1979 s 48C (2); also Directive Article 3(5); OUGHTON & WILLETT, (2002), p. 319.

²⁷ SGA 1979 s.48B (3).

²⁸ SGA 1979 s.48D (1).

²⁹ SGA s. 48B (5)

³⁰ British Institute of International and Comparative Law "Product Liability"(30.04.2004)
http://www.biicl.org/files/1123_overview_uk.pdf

returns goods in the first six months from the date of sale and request a repair or replacement or thereafter a partial or full refund, the consumer does not have to prove the goods were defective at the time of the sale. If the retailer does not agree, it is for him to prove that the goods were satisfactory at the time of sale³¹. Any lack of conformity becoming apparent within six months of delivery is presumed to have existed at the time of delivery unless such a presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity. There is a reversed burden of proof within six months³². Before these amendments, consumers had to establish a breach of contract even where a problem has emerged within six months of the sale. This six-month rule is a proper recognition of the informational imbalance that exists between sellers and consumers³³. Also sellers may have access to information to help them to establish that the goods are conformant³⁴.

Different from the Directive, SGA does not prevent a consumer from rejecting the product and obtaining a full refund even there is a minor defect³⁵.

Before these changes made by the Regulations 2002, consumers were allowed to go straight to rescission or price reduction but were not traditionally provided with repair or replacement remedies³⁶. SGA 1979 s. 53 (1) allows a damages remedy to be used by the buyer by setting up

³¹ SGA 1979 s. 48 A(3). The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, A Brief Introduction, p. 3.

³² SGA 1979 s. 48A (3), (4).

³³ OUGHTON & WILLETT, (2002), p.313.

STAUNDENMAYER Dirk “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantess- A Milestone in European Consumer and Private Law” (2000), 8. *European Review of Private Law*, p. 557.

³⁵ Implementation of the Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees in the United Kingdom. <http://www.epravo.cz/top/clanky/implementation-of-the-directive-199944ec-on-certain-aspects-of-the-sale-of-consumer-goods-and-associated-guarantees-in-the-united-kingdom-18869.html>

³⁶ WATTERSON, (2001), p. 210; WILLETT, (2000), p. 12; BEALE H.& HOWELLS G. EC Harmonisation of Consumer Sales of Law- A Missed Opportunity?”(1997), *Journal of Contract Law* V. 12, p. 30.

the breach of contract in diminution or extinction of the price. But obviously, it is different from the amendments made by the Regulations 2002³⁷. In fact, if the consumers would have been allowed to use the rescission remedy directly, they might have a stronger position, more bargaining power against the sellers. Most consumer disputes are in practice be resolved by negotiation with the seller, as the consumer might not time, knowledge or the necessary sources to go to the courts³⁸.

A clear right to reject the goods strengthens the consumers' position. This way, they can persuade the seller to give them what they want. Consumers, most of the times want a quick repair. Their ability to threaten rejection may provide sellers a good incentive to agree to do the repair³⁹.

Also, the private consumers have less incentive to reject unreasonably or dishonestly than do commercial buyers. For this reason, it is a good opportunity for private consumers to be able to have an immediate right to reject goods. Commercial buyers usually reject the goods when there is a downturn in the market. By doing so, they make resale less profitable⁴⁰.

Because of the nature food, when defective food is the case, most proper remedy would be damages depending on the value of the food and consequential loss caused by consumption of defective food. As seen, the new remedies can be described as less favourable to consumers. But in the UK, the immediate right to reject the goods and recover the price still operates until the buyer is deemed to have accepted the goods⁴¹.

Under the 48F goods do not conform to a contract of sale if there is, in relation to the goods, a breach of an express term of the contract or

³⁷ TWIGG-FLESNER & BRADGATE, (2000), pp. 22-23.

³⁸ OUGHTON & WILLETT, (2002), p. 316. RAMSAY Ian, *Consumer Law and Policy Text and Materials on Regulating Consumer Markets* (2. Ed. Hart Publishing, 2007), pp.646-647.

³⁹ COLLINS Hugh *Regulating Contracts* (Oxford Univ. Press, 1999), p.125; OUGHTON & WILLETT (2002), p.316.

⁴⁰ BRIDGE M. G. *The Sale of Goods* (Oxford Univ. Press, 1997), p.220.

⁴¹ SGA 1979 s. 35. *Bernstein v Pamsons Motors (Golden Green) Ltd* [1987] 2 All ER 220.

a term implied by section 13, 14 or 15. With the amendments made by 2002 regulations, a breach of an express term of the contract is accepted as non conformity with the contract.

The Regulations 2002 also bring some changes on the enforceability and transparency of commercial guarantees given to consumers⁴². In pre-existing English law there was no contractual connection between the producer and the consumer, but Regulations 2002 solved some uncertainties existed in pre-existing English law and made it easier for consumers to make a claim. Under the Directive Article 1(2)(e) Guarantee means any undertaking by a seller or producer to the consumer, given without extra charge, to reimburse the price paid or to replace, repair or handle consumer goods in any way if they do not meet the specifications set out in the guarantee statement or in the relevant advertising.

Where goods offered with a consumer guarantee, that guarantee will take effect at the time of delivery as a contractual obligation owed by guarantor under the conditions set out in the guarantee and associated advertising⁴³. The guarantee must set out its contents in plain, intelligible language (English for the goods offered within UK)⁴⁴ and make clear its duration and scope and the name and address of the guarantor⁴⁵. If the consumer requests, the guarantee must be made available in writing or other durable medium available and accessible to him within a reasonable time⁴⁶.

As a conclusion, we can say with its lower level of consumer protection, 1999/44/EC Directive was not a big success. In fact UK domestic law was providing a higher level of consumer protection than the 1999/44/EC Directive. As the Directive brought minimum

⁴² Directive Article 6 implemented as Regulation 15. Twigg-Flesner C. "Dissatisfaction Guaranteed? The Legal Issues of Extended Warranties Explored" (2002) *Web Journal of Current Legal Issues* <http://webjcli.ncl.ac.uk/2002/issue4/twigg-flesner4.html>.

⁴³ Regulations 2002 reg. 15(1). ADAMS John N. & MACQUEEN Hector *Atiah's Sale of Goods* (12. Ed. Longman, 2001), pp.290-291.

⁴⁴ Regulations 2002 reg. 15(5).

⁴⁵ Regulations 2002 reg. 15(2).

⁴⁶ Regulations 20002 reg. 15(3).

harmonization, UK chose to protect its higher level of consumer protection its regime while adopting 1999/44/EC Directive by the Regulations 2002. With this method, higher level of consumer protection was protected in many areas with just a few exceptions and the existing rules were amended to give effect to specific remedies which have been in use for many years but have not been part of the law, (like repair and replacement remedies). And these changes have had impact upon consumers of commercially supplied food products.

BIBLIOGRAPHY

ADAMS John N.& MACQUEEN Hector *Atiyah's Sale of Goods* (12. Ed. Longman, 2010).

BEALE Hugh & HOWELLS Geraint "EC Harmonisation of Consumer Sales of Law- A Missed Opportunity?"(1997), *Journal of Contract Law* V. 12, pp.21-46.

BRADGATE Robert "Consumer Guarantees: the EC's Draft Directive", (1997), *Web Journal of Current Legal Issues*, Issue 1

<http://webjcli.ncl.ac.uk/1997/issue1/bradgate1.html>

British Institute of International and Comparative Law "Product Liability" (30.04.2004) http://www.biicl.org/files/1123_overview_uk.pdf

COLLINS Hugh *Regulating Contracts* (Oxford Univ. Press, 1999).

DEARDS Elspeth "The Proposed Guarantees Directive: Is It Fit for the Purpose?" (1998), 21 *Journal of Consumer Policy*, pp.99-119.

Implementation of the Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees in the United Kingdom. <http://www.epravo.cz/top/clanky/implementation-of-the-directive-199944ec-on-certain-aspects-of-the-sale-of-consumer-goods-and-associated-guarantees-in-the-united-kingdom-18869.html>

MORGAN-TAYLOR Martin & NAIDOO Andre "The Draft Regulations to Adopt the Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees- Problems of the Time of Conformity for the Quality Obligation" (2002), 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2002/issue3/taylor3.html>

OUGHTON David & WILLETT Chris “Quality Regulation in European Private Law” (2002), 25 *Journal of Consumer Policy* pp. 299-328.

RAMSAY Ian *Consumer Law and Policy Text and Materials on Regulating Consumer Markets* (2. Ed. Hart publishing, 2007).

The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, A Brief Introduction- Full Version, Department of Trade and Industry Consumer and Competition Policy Directorate, pp. 1-21.

Second Consultation on EC Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (DTI, London, 2002) p. 54

www.dti.gov.uk/ccp/archieve/consultations.htm.

SHEARS Paul, ZOLLERS Francis E. & HURD Sandra N. "It will be the Biggest Change to Consumer Rights?" (2000), *Journal of Business Law*, pp. 262-277.

STAUDENMAYER Dirk “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees- A milestone in European Consumer and Private Law”, (2000), 8 *European Review of Private Law*, pp. 547-564.

TWIGG-FLESNER Christian “Dissatisfaction Guaranteed? The Legal Issues of Extended Warranties Explored” (2002) *Web Journal of Current Legal Issues*

<http://webjcli.ncl.ac.uk/2002/issue4/twigg-flesner4.html>

TWIGG-FLESNER Christian “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees” (1999), 7 *Consumer Law Journal*, pp. 177-192.

TWIGG-FLESNER Christian & BRADGATE Robert “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees- All Talk and No Do?” *Web Journal of Current of Current Legal Issues*, Issue 2, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html> pp.1-25

WATTERSON Stephen "Consumer Sales Directive 1999/44/EC- The Impact on English Law" (2001) 9 *European Review of Private Law*, pp. 197-221.

The Impactk of the Changes to UK Sale of Goods Law Brought By...

WILLETT Chris "The Rule of Contract Law in Product Liability"
The Law of Product Liability, (in Grubb&Howells eds. Butterworths,
2000).

WILLETT Chris & MORGAN-TAYLOR Martin & NAIDOO
Andre "The Sale & Supply of Goods to Consumers Regulations" (2004
Jan.) *Journal of Business Law*, pp. 94-120.

TÜRK İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ GÜVENCESİ UYGULAMASINDA EN AZ ALTI AYLIK KIDEME SAHİP OLMA KOŞULU

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT*

ÖZET

İşçi statüsünde çalışanların feshe karşı korunmaları açısından Türk İş Hukuku mevzuatında tanınmış önemli müesseselerden biri de, iş güvencesidir. Ancak işçi statüsünde çalışan herkes iş güvencesi sisteminin kapsamına alınmamıştır. Bunun için belirli koşullar öngörülmüştür. Bunlardan biri de işçinin en az altı aylık kıdem süresine sahip olmasıdır.

Kanunda belirtilen kıdemi dolduramayan bir işçi, iş güvencesi açısından öngörülen diğer koşulları sağlasa da, sistemin uygulama alanına dâhil olamayacaktır. Şüphesiz ki bu durum iş güvencesi için öngörülen bütün şartların aynı anda sağlanması zorunluluğunun bir sonucudur. Belirtelim ki, iş güvencesi açısından böyle bir bekleme süresi öngörülse de, bu sürenin tarafların anlaşması ile aşılması da mümkündür.

ANAHTAR KELİMELELER: *İş güvencesi, işçi, en az altı aylık kıdem, işveren, işyeri.*

CONDITION TO WORK AT LEAST SIX MONTHS IN THE APPLICATION OF JOB SECURITY FROM THE VIEW OF TURKISH LABOR LAW

* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Job security, in the Turkish Labor Law, is one of the important rights against termination of contract for those who work in the status of worker. However, not all workers are under the protection of job security system. There are certain conditions. One of them is the condition to have at least six months seniority in the place of work.

A worker who does not fulfill the demanded duration of seniority written in the law, will not be included in the application of law though the worker fullfills other criteria stated in the law. Certainly, this situation is a result of an obligation that all conditions must be met to have the right of job security. Yet, it is possible to suspend this condition if the parties agree.

KEYWORDS: *Job security, worker, six months seniority, employer, workplace.*

§ 1. GİRİŞ

İş hukukunda, işçi - işveren uyumsuzluklarında taraflar arasında çalışma barışını sağlamak ve iş sözleşmesinin güçlü tarafını teşkil eden işveren karşısında işçinin korunmasını temin etmek için önemli tedbirler geliştirilmiştir¹. Bu tedbirlerden biri de iş sözleşmesinin feshi sürecinde çalışanların korunmasıdır².

¹ Güçlü işveren karşısında ekonomik yönden bağımlı ve zayıf konumda olan işçinin korunması, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Nitekim, 1982 Anayasasında yer alan ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler bölümünde, çalışanların korunmasını öngören hükümlere yer verilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR, Erdem**, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:4, S:3, 2005, s.95-120.

² İş sözleşmesinin feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku, Beta Yayınları, 5.B. (Tıpkı Basım), İstanbul-2011, s. 448 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin**, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 4.B., Ankara-2011, s. 693 vd; **ÇELİK, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul-2008, s.191 vd; **SÜMER, Haluk Hadi**, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, 16.B., Konya-2011, s.89 vd; **UŞAN, M. Fatih**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C:1, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara-2006, s.100 vd.

Türk İş Hukukunda ilk olarak, 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”³ ile 1475 sayılı “İş Kanunu”nda⁴ gerçekleştirilen değişiklikler ile iş hukukunda süreli (bildirimli) fesih konusunda “iş güvencesi” başlığı altında değerlendirilebilecek önemli değişiklikler gerçekleştirilmiş⁵ ve işçilere belirsiz süreli iş sözleşmelerinin⁶ işveren

³ RG., 15.08.2002, 24847. Kanun, 15.03.2003’te yürürlüğe girmiştir.

⁴ 1475 sayılı İş Kanununun, kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hariç, diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ 4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş güvencesi sistemine göre, iş güvencesinin kapsamına giren hukuki ilişkiler açısından fesih serbestisi sistemi kaldırılmış, süreli fesih hakkının doğumu, Kanunda belirtilen *geçerli nedenlerin* varlığına bağlanmış, bu nedenleri *ispat yükü* işverene yüklenmiş, söz konusu nedenler gerçekleşmemiş ise, işçinin *işe iadesi* veya *özel bir tazminat* (iş güvencesi tazminatı) verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesi benimsenmiştir. İş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ise fesih serbestisi sistemi devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **UŞAN, M.Fatih**, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, **Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:10, S:1, 2008, s.1-47. ; **TUNCAY, A. Can**, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor” **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.1, Ocak-2003, s.3-18; **SÜZEK**, s.486-629; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.843-943.

⁶ İK’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SÜZEK**, s. 222 vd; **EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul-2005, s. 52 vd; **ÇELİK**, s. 85 vd; Aynı maddenin 2. fıkrasında, “Belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir” denilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi için bkz. **AYAN, Serkan**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:54, S:4, s.431 vd, s. 431 vd.; “Davacı işçi yabancı uyruklu olup, 6 yılı aşkın sürede davalya ait işyerinde öğretim elemanı ve sanat uygulayıcısı olarak yenilenen iş sözleşmeleriyle görev yapmıştır. Davacının 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanuna tabi olarak belirli süreli izinlerde çalışması ve işi dikkate alındığında bir ya da iki sömestr için

tarafından “*sürelî fesih*” yoluyla sona erdirilmesinde “*geçerli sebep*” gösterme zorunluluğu getirilmiş, işçiye feshe itiraz imkânı tanınarak işe iade edilebilmesinin yolu açılmıştır.

Türk İş Hukukunda iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçiler iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanına dâhil değildir. Dolayısıyla işçi statüsünde çalışmakla birlikte, hangi koşullarla iş güvencesinden yararlanmanın mümkün olduğu önem kazanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun (İK) 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*”.

Ayrıca 5953 Sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun”⁷’un (BİK) kapsamında işçi niteliğine sahip olanlar da iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir (BİK, m.6/son; İK, m.116). Nitekim BİK’nun 6. maddesinin son fıkrasına göre “*İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri*”nin BİK kapsamında işçi niteliğine sahip olanlara da kıyas yoluyla⁸ uygulanması öngörülmüştür.

belirli süreli iş sözleşmesi yapılması bakımından esaslı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle iş ilişkisinin belirsiz süreli hale dönüştürmesi mümkün değildir” Y9HD, 11.10.2005, E. 2005/12936, K. 2005/33070, **TÜHİS, İş Hukuk ve İktisat Dergisi**, Şubat-Mayıs-2006, s. 83; “*Davacı üniversitede öğretim üyesidir. 1998’den beri her yıl yenilenen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmıştır. Olayda birden fazla sayıda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı neden bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabulü gerekir*”. Y9HD, 02.05.2006, E. 2006/10643, K. 2006/12286, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım-2006, S. 6, C.20, s. 49.

⁷ RG., 20.06.1952, 8140.

⁸ Belirli bir olay için konulmuş bir kuraldaki esasların benzer bir başka olayda uygulanmasına hukukta *kıyas* adı verilmektedir. Bkz. **AYAN, Mehmet**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya-2005, s. 52; Ancak *kıyas* bazı yerlerde yasa koyucu tarafından açıkça emredilebilir. Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinin son fıkrası da bu şekildedir. Kanun koyucunun doğrudan yollama yapmak yerine *kıyasan uygulanır* demesinin nedeni söz konusu hükümlerin *uygulanabildiği ölçüde uygulanacağı* şeklinde

İK'nun 18. maddesinin son fıkrasına göre de, işçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, işletmenin⁹ bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı statüsünde veya işyerinin¹⁰ bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili statüsünde olmaması da gerekir (İK, m.18/son)¹¹.

anlaşılmasını sağlamak içindir. **ŞAHLANAN, Fevzi**, “*İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması*”, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006, s. 130; Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (e) ve (f) bentlerinin gazeteci için doğrudan uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Aynı şekilde 19. maddenin son cümlesinde yer alan “*Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır*” şeklindeki hüküm, Basın İş Kanunu'nda karşılık bulamadığı için bu hüküm, “...işverenin 5953 sayılı Kanunun 11. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen sebeplerle fesih hakkı saklıdır” şeklinde anlaşılmalıdır. **GÖKTAŞ, Seracettin/ÇİL, Şahin**, Basın İş Kanunu, Ankara-2003, s. 70.

⁹ İş Kanunu, işletme kavramını tanımlamamıştır. İşletme, işyerine göre genellikle daha geniş bir kavramdır. Örneğin bir bankanın şubeleri, otelcilik işletmesinin otelleri işletmenin kapsamına giren birden çok işyerini meydana getirir. Ancak işletmeyi çeşitli işyerlerinin toplamı olarak da görmemek gerekir. Bazen işletme, tek bir işyerinden de ibaret olabilir. İşyeri kavramı, belirli bir mal ve hizmet üretimine yönelik iken, işletme kural olarak *iktisadi ve mali* (kar sağlama) amaca dönüktür. **SÜZEK**, s. 178-179.

¹⁰ İş Kanunu'ndaki işyeri tanımı, Kanunun 2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” (İK, m. 2/1-3). Bu bağlamda olmak üzere, ayrı ayrı tescil edilen ancak iş organizasyonu kapsamında bir bütün oluşturan yerler *tek işyeri* olarak kabul edilecektir.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKTAŞ, Seracettin**, “*İşveren Vekilinin İş Güvencesi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, S.20, s.61-73; **AKYİĞİT**,

Görüldüğü gibi, işçi statüsünde çalışan herkes iş güvencesinden yararlanamamaktadır. Bunun için İK'nun 18. maddesinde belirtilen koşulları sağlamak gerekmektedir. Bu koşullardan biri de işçinin “*en az altı aylık kıdem süresine sahip olması*”dır.

Bu genel açıklamanın ardından, çalışmamızın bu aşamasından itibaren önce “*iş güvencesi kavramı*” hakkında bilgi verilecek ardından da iş güvencesinin uygulama alanına ilişkin *en az altı aylık kıdeme sahip olma*” koşulu, Türk İş Hukuku açısından aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

§ 2. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

İş güvencesi, iş sözleşmesinin feshe karşı korunması ve işçinin istihdamının güvence altına alınmasının bir aracı olarak uygulanmaktadır¹².

ILO'nun “*İş İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi*”, iş güvencesine ilişkin önemli temel ilke ve ölçütler belirlemiştir. 158 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinde, feshin yalnız geçerli bir sebebin varlığında hukuka uygun olacağı belirtilmiş ve böyle bir sebebin işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayanması gerektiği öngörülmüştür. Sözleşmenin 5. ve 6. maddesinde de hangi sebeplerin geçerli sebep olarak kabul edilemeyeceği hükme bağlanmıştır¹³.

Ercan, “*İşveren Vekilinin İş Güvencesi*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.4, 2004, s. 1-17.

¹² Bkz. **BAŞTERZİ, Süleyman**, “*4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi*”, **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul-2005 s.623 vd.

¹³ Buna göre, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatlerinde sendikal faaliyete katılmak, işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak, işvereni şikâyet etmek veya işveren aleyhinde mevzuata aykırılık iddiası ile başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle geçici olarak işe gelememek fesih için geçerli sebep niteliğinde kabul edilmeyecektir. Ayrıntı için bkz.

158 sayılı Sözleşme içerdiği hükümler itibariyle tutum ve verimi ile ilgili gerekçeler dolayısıyla sözleşmesi feshedilen işçiye *savunma* hakkı tanınması (m.7), feshe karşı yetkili mercilere *itirazda* bulunma (m.8), geçerli sebebin bulunup bulunmadığına ilişkin *ispat yükünün* işverene yükletilmesi (m.9), toplu işçi çıkarmada işçilerin korunması (m.13) konusunda güvenceler tanımıştır.

Ayrıca iş güvencesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın II. Bölümünde "İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı" başlığı altında 24. maddesinde de ele alınmış, "Akit tarafların çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkını etkin biçimde kullanması" gerektiği hükme bağlanmıştır.

İş güvencesi kavramı, işçinin işten çıkarılmasına mutlak engel olma anlamına gelmez. İş hukuku açısından işçinin korunması kadar, işletmenin de korunması gerekir. Zira diğer tüm hukuk alanlarında olduğu gibi, iş hukukunda da nihai amaç toplum yararının korunmasıdır¹⁴.

İş güvencesi, modern iş hukukunun işçinin feshe karşı korunması bakımından benimsediği ve işverenin fesih hakkını sınırlandıran ve ayrıca iş ilişkisinin sürekliliğini amaç edinen bir sistemdir¹⁵.

Ayrıca Türk iş hukuku açısından benimsenen iş güvencesi sisteminde, işe giriş konusunda güvence tanınmamıştır¹⁶. İş güvencesine ilişkin hükümler ile işini iradesi dışında kaybeden işçinin, karşılaşması mümkün ekonomik ve sosyal sonuçlardan korunması da amaçlanmaktadır¹⁷.

MOLLAMAHMUTOĞLU/Astarlı, s.865-880; **TUNCAY**, İş Güvencesi, s.16-18.

¹⁴ **SÜZEK**, s.17.

¹⁵ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.843. İş güvencesi öğretide "Dayanağını sosyal devlet ilkesinden alan, Anayasa ve Avrupa Sosyal Şartında yer alan, işçinin işte kalmasını amaç edinen, çalışma hakkını etkinleştiren sosyal bir hak" olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. **KILIÇOĞLU, Mustafa**, İş Kanunu Şerhi, Ankara-2001, s.1212.

¹⁶ **AKYİĞİT, Ercan**, İş Kanunu Şerhi, C-I, Ankara-2006, s.777.

¹⁷ Bkz. **KILIÇOĞLU**, s.1210.

Nihai olarak açıklamak gerekir ise, iş güvencesi ile amaçlanan husus, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır. Böylece işçi, geçerli bir nedene dayanmayan fesihlere karşı belli ölçüde korunmakta, işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır¹⁸.

§ 3. EN AZ ALTI AYLIK KIDEM KOŞULU

I. GENEL OLARAK

İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesinde İş Kanunu'nda öngörülen koşullardan biri de, işçinin belli bir kıdem süresine sahip olmasıdır¹⁹. Bu durumda işe girdikten sonra yasada belirtilen kıdeme ulaşmadan belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli feshedilen işçi, işyerinde çalışan işçi sayısı otuz veya daha fazla olsa bile, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanamayacaktır.

İşverence gerçekleştirilecek süreli fesihte, işçinin belirli bir kıdem süresine sahip olmasını öngören İK'nun 18. maddesine göre;

“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren... geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır” (İK, m. 18/1).

“Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır” (İK, m. 18/2).

“İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir” (İK, m. 18/4).

İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, altı ayın dolmasına kadar geçerli sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın, her zaman feshin yapılması olanağının bulunduğu ve bu durumda fesih için geçerli sebep gösterme zorunluluğunun olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır²⁰.

¹⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.150.

¹⁹ İş Kanununda “kıdem süresi” kavramı yerine “bekleme süresi” veya bekleme süresi anlamına gelecek ibarelere yer verilmesinin daha isabetli olacağı hakkında bkz. **EKONOMİ, Münir**, “İş güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:9, S:34, 2012, s.8.

²⁰ **ÇELİK**, s. 215; Bu durumda, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi olayın özelliğine göre, fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötü niyet (koşulları varsa ihbar) tazminatı isteyebilir. **KANDEMİR, Murat**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren

Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür²¹.

Görüldüğü gibi altı aylık kıdem süresinin nedeni, deneme süreli iş sözleşmelerine konulan deneme süresi ile benzer bir amacı taşımaktadır. Dolayısıyla deneme süresindeki yaklaşıma benzer şekilde, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında da, işçilerin altı aylık kıdem koşuluna sahip olması aranmış ve işverenlere ilk altı aylık dönemde geçerli sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın iş sözleşmesini feshetme olanağı tanınmıştır²².

Tarafından Feshi", Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, Eylül-2005, Y.3, S.6, s. 18.

²¹ Ancak 21. maddenin son fıkrası dışında kalan ve "iş güvencesi" adı verilen geçerli sebeple feshe ilişkin düzenlemelerin, işçi lehine olmak şartıyla aksinin kararlaştırılması mümkün olabilecektir. Buna göre toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile altı aylık kıdem süresinin kısaltılması (SOYER, Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul-2005, s.37-38; SÜZEK, s.497, 590; ÇELİK, s. 217; DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir-2009, s.246; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 857; AKYİĞİT, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 248; Y9HD, 22.02.2010, E. 2010/4905, K. 2010/4260, Çalışma ve Toplum, 2010/3, S.26, s.257), otuz işçi ölçütünün azaltılması (DEMİR, İş Hukuku, s.246; SÜZEK, s.497, 590; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.857; EKONOMİ, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.2, 2003, s.28; ÇELİK, s. 217; Y9HD, 22.02.2010, E. 2010/4905, K. 2010/4260, Çalışma ve Toplum, 2010/3, S.26, s. 257; Y9HD, 26.05.2005, E. 2005/12317, K. 2005/19404, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S.9, s.275) veyahut da tüm işveren vekillerinin iş güvencesinden yararlanmasının kararlaştırılması (GÖKTAŞ, İşveren Vekili, s.72; SÜZEK, s. 497, 590; Y9HD, 26.05.2005, E. 2005/12317, K. 2005/19404, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S.9, s.275; Y9HD, 22.02.2010, E. 2010/4905, K. 2010/4260, Çalışma ve Toplum, 2010/3, S.26, s.257) mümkündür.

²² Ülkemizde deneme sürelerinin kısa tutulmuş olması sebebiyle, işçinin iş güvencesinden yararlanma hakkını kazanabilecek duruma getirene kadar işverenin işçiyi tanımasına da olanak vermemesinden dolayı, deneme süresi yerine makul bir süre olarak en az altı aylık bekleme süresinin kabul

Belirtelim ki, en az altı aylık sürenin varlığı her türlü delille ispat edilebilir²³. Sürenin gerçekleştiği yönündeki iddiayı ispat yükü işçiye aittir²⁴.

İşçinin işyerinde işe başladığı (veya başlamış sayıldığı) tarihten itibaren, iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihe kadar altı aylık sürenin geçmesi gerekmektedir²⁵. Bu süre işçinin fiilen çalıştığı veya çalışmış sayıldığı sürelerin toplamından oluşur²⁶.

II. EN AZ ALTI AYLIK KIDEM SÜRESİNİN HESABI

A. Sürenin Başlangıcı ve Sürenin Sonu

1. Sürenin Başlangıcı

Altı aylık sürenin başlangıç tarihi *işçinin fiilen işe başladığı tarih* olarak kabul edilmelidir²⁷. Gerçekten de kıdeme bağlı haklardan kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne bakıldığında kıdem başlangıcı olarak işçinin fiilen işe başladığı tarih (İK, m.53/1; 1475 s.İş.K, m.14/2) göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla iş güvencesine ilişkin en az altı aylık kıdem koşulunun hesabında da işe başlama tarihinin dikkate alınması gerekir²⁸.

edilmiş olması isabetlidir. **EKONOMİ**, “Bekleme Süresi”, s.4 vd; **BAŞTERZİ**, s.637; Ayrıca bkz. **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s. 34.

²³ “Davacı işçinin gerçekte işyerine 23.3.2005 tarihinde girdiği buna göre 6 aylık kıdem şartının oluştuğu davacı tarafından ileri sürülmüş, bu konuda tanık deliline dayanılmış ve tanık listesi verilmiştir. Davalı işveren de tanıklarını bildirmiştir. Mahkemece tanık dinlenmesinin sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle yargılamaya son verilmiştir. Karar bu yönüyle hatalı olmuştur. Tanıklar dinlenmek suretiyle gerçek durumun tespiti gerekir”. Y9HD, 20.11.2006, E. 2006/22120, K. 2006/30720, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2, S.13, s. 264.

²⁴ **AKYİĞİT**, İş Güvencesi, s.234.

²⁵ **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s.5.

²⁶ Arada kesinti yaşandığı takdirde, hesabın da kesinti tutarı ile kesintinin başlangıç ve sonu dikkate alınarak yapılması gerekir. **AKYİĞİT**, İş Güvencesi, s.235.

²⁷ **SÜMER**, s.97.

²⁸ Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, **Çalışma ve Toplum**, 2011/2, S:29, s.398.

İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin hastalanması, kıdem süresinin başlangıcını etkilemeyecek; ancak işçinin kusuru sebebiyle işe geç başlaması söz konusu olursa, fiilen işe başlama tarihi altı aylık kıdem süresinin hesabı bakımından başlangıç olarak kabul edilecektir²⁹.

İş sözleşmesi, işçinin işe başlamasından önce veya sonra yapılmış olsa da, altı aylık kıdem süresinin hesabında işçinin fiilen işe başladığı tarih esas alınmalıdır³⁰.

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif nedenlerin bulunmaması sebebiyle yapılan iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi durumunda (İK, m.11/1), altı aylık kıdem hesabında işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile işe başladığı tarih esas alınmalıdır³¹.

2. Sürenin Sonu

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim tebliğ edildiği tarihte, altı aylık çalışma süresinin *tamamlanmış* olması aranmaktadır³². Fesih bildirim tebliğ edildiği tarihte işçinin raporlu olması ve rapor süresinin sonunda, altı aylık kıdem süresinin dolma ihtimalinin varlığı durumunda, iş sözleşmesinin fesih bildirim tebliğ edildiği tarihte mi, yoksa rapor süresinin bitimi tarihinden itibaren mi altı aylık kıdem süresinin hesaplanacağını belirlemek gerekir. Yargıtay kararına konu böyle bir olayda Yüksek Mahkeme, “4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/1. maddesinde fesih bildirimine itiraz davasının fesih bildirim tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde İş Mahkemesi’nde veya şartlan varsa özel hakemde açılması gerektiği düzenlenmiştir. Yazılı bir fesih bildirimini

²⁹ Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, **Çalışma ve Toplum**, 2011/2, S:29, s.398.

³⁰ İşçi işe başladığı tarihten itibaren altı aylık sürenin dolduğu gün, iş güvencesinden yararlanacak duruma gelmektedir. Bkz. **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s. 5; **KANDEMİR**, s. 13.

³¹ **AKTAY Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN/E.Tuncay**, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006, s. 183; **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s. 5.

³² **ÇELİK**, s. 215; Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, **Çalışma ve Toplum**, 2011/2, S:29, s.399.

yapılmadığı hallerde veya fesih bildirimının tebliğ edilmediği durumlarda davacının bir aylık dava açma süresinin hiçbir şekilde başlamayacağı ve dava açma hakkının her zaman mümkün olduğu şeklinde bir anlam ortaya çıkacağından dairemizce İş Kanunu'nun anılan hükmü sözlü ya da yazılı fesih iradesinin işçiye "ulaştığı" tarih esas alınarak bir aylık dava açma süresinin hesaplanması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Keza, dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, işyerinde çalışan işçi sayısının tespiti de fesih iradesinin davacıya ulaştığı tarih esas alınarak yapılmaktadır. Gerek dava açma süresi gerek işyerindeki işçi sayısı fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarih dikkate alınarak belirlendiğine göre altı aylık kıdem süresinin tespiti yönünden de aynı tarihin esas alınması gerekir" demek suretiyle, altı aylık kıdem süresinin, rapor süresinin bitim tarihi itibariyle değil, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarih itibariyle hesaplanması gerektiğine vurgu yapmıştır³³.

İşçinin fiilen işe başladığı tarih ile fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarih arasında kalan sürenin altı ay ve üzerinde olması durumunda işçi, diğer koşulları da taşıyor ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

Ancak fesih bildirimini yapıldıktan sonra, sürenin bildirim önelleri sonunda dolacak olması, güvenceden yararlanabilmek için yeterli görülmemektedir. Ayrıca, işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirir ise, söz konusu altı aylık süre, ihbar süreleri ile doldurulamayacak³⁴, iş sözleşmesi peşin ödemeli fesih bildiriminin yapıldığı tarihte son bulmuş olacaktır.

Görüldüğü üzere yazılı fesih beyanının ulaştığı tarih en az altı aylık kıdem süresinin tespiti bakımından belirleyici olmaktadır. Ancak fesih bildiriminin yapıldığı tarihte, altı aylık süre dolmamakla birlikte, işçinin kıdem süresinin bildirim süresi içinde veya sonunda dolacak olması ihtimalinde, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmaması *kanaatimizce* hakkaniyetli gözükmemektedir. Ne var

³³ Y9HD, 28.11.2005, E.2005/34667, K.2005/37461, <http://omerfarukuslu.blogcu.com> (22.06.2012).

³⁴ ÇELİK, s. 215; Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, **Çalışma ve Toplum**, 2011/2, S:29, s.399.

ki bu sonuç, İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir” hükmü ile uyumludur. Fakat altı aylık kıdem süresine, bildirim sürelerinin dâhil edilmesine engel olan bu düzenlemenin, işe iade davalarında, dava açma süresinin, önel süresinin bitiminden itibaren başlatılması halinde ancak etkisiz kalacağını da belirtmek gerekir. Dolayısıyla yasal düzenlemede belirtilen işe iade davası açma koşullarının buna göre belirlenmesi gerekir³⁵.

Kıdem süresinin sonu bakımından özellik gösteren bir diğer durum da, toplu işten çıkarmadır. İK'nun 29. maddesinde düzenlenen *toplu işten çıkarma* genel olarak “İşverenin belli bir süre içinde belli sayıda işçinin iş sözleşmesini belli nedenlerle feshetmesi” şeklinde tanımlanabilir³⁶. Hükme göre, işverenin toplu işten çıkarma eğilimine girmesi durumunda, “...bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna...” bildirmesi gerekmektedir (İK, m.29/1)³⁷.

İşverenin çıkaracağı işçilere karşı yönelteceği bildirimli veya peşin ödemeli fesih bildirimini, ancak toplu işten çıkarma isteğinin Bölge Müdürlüğüne bildirilmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır (İK, m.29/5). Fesih bildirimleri, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne³⁸

³⁵ **ÇİL Şahin**, Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006, s.177.

³⁶ **AKYİĞİT**, Şerh, (Cilt-I), s.1223; **ŞEN, Murat**, “Bildirimli Fesihte İhbar Önellilerinin Toplu İş Sözleşmesi İle Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı”, **AÜEHFD**, C.VI, S.1-4, 2002, s.46.

³⁷ İK'na göre, toplu işten çıkarmadan söz edilebilmesi için; “İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17 inci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi...” gerekmektedir (İK, m.29/2).

³⁸ Bölge Çalışma Müdürlükleri 02.11.2011 tarihli ve 28103 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 665 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmış ve hak ve yükümlülükleri Türkiye İş Kurumuna (İŞKUR) devredilmiştir. Kararnamenin Geçici 1. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına göre, “

bildirimden itibaren otuz gün sonra hüküm doğuracağı için, işveren fesih tarihini, bildirim yapıldığı tarihe en az otuz gün eklemek suretiyle tespit edebilecektir³⁹. Otuz günlük süre, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne yapılan bildirimden sonraki otuzuncu günün sonunda dolacaktır⁴⁰.

Sonuç olarak işveren toplu işten çıkarmaya yönelik fesih bildirimini yapmış olsa bile, fesih bildirimleri, toplu işçi çıkarma isteğini bildirdiği tarihten otuz gün sonra hüküm doğurmaya başlayacaktır. Dolayısıyla bildirimden itibaren geçmesi gereken otuz günlük süre, en az altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınacaktır.

Ayrıca işçinin en az altı aylık kıdemi, peşin ödemeli fesih durumunda, otuzuncu günün sonu itibariyle hesaplanacaktır⁴¹. Süreli fesih durumunda da, fesih bildiriminin tebliği tarihi esas alındığında,

(2) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının kapatılan Bölge Müdürlükleri ve Şube Müdürlüğüne ait her türlü taşınır, taşıt, araç, gereç ve malzeme, borç ve alacaklar, hak ve yükümlülükler, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıt ve dokümanlar, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın Türkiye İş Kurumuna devredilmiş sayılır. Mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan Bölge Müdürlükleri ile Şube Müdürlüğüne tahsis edilmiş olanlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın tahsis amacıyla kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumuna tahsis edilmiş sayılır. (3) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının kapatılan Bölge Müdürlükleri ile Şube Müdürlüğünün Türkiye İş Kurumuna devri, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlanır. Devir işlemleri tamamlanıncaya kadar, bu Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlükleri ve Şube Müdürlüğüne ait görevlerin mevcut personel tarafından ilgili mevzuatına göre yürütülmesine devam olunur”.

³⁹ ŞEN, s.57.

⁴⁰ Öğretide, fesih bildiriminin Bölge Müdürlüğüne bildirimden önce yapılması durumunda, bildirim süresinin Bölge müdürlüğüne bildirimle birlikte 30 gün süre ile duracağı, bu sürenin bitimi ile de kaldığı yerden itibaren yeniden işlemeye başlayacağını düşünmemek gerektiği, bunun yerine sürenin önceden hiç işlememiş gibi işlemeye başlayacağını kabul etmenin daha doğru olacağı belirtilmiştir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.952.

⁴¹ SÜZEK, s.556.

resmi makama yapılması gereken bildirimden itibaren geçmesi gereken otuz gün sonra bildirim süreleri işlemeye başlayacağından, yine otuzuncu günün sonu itibariyle işçinin en az altı aylık kıdem süresine sahip olması gerekir⁴².

Ancak Yargıtay, toplu işten çıkarmada Bölge Çalışma Müdürlüğüne (Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne) otuz gün önceden işverenin haber vermemesi durumunda, işçinin altı aylık kıdeminin, sözleşmenin fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibariyle hesaplanması ve otuz günlük sürenin ilave edilmemesi gerektiğine karar vermiştir⁴³.

İK'da toplu işten çıkarmaya ilişkin prosedüre aykırı davranılması durumunda, işverenin idari para cezasına çarptırılacağı düzenlenmiş (İK, m.100); ancak *hukuki* bir yaptırıma yer verilmemiştir⁴⁴. Dolayısıyla toplu işten çıkarmada, işverenin yetkili makamlara bildirimde bulunmaması durumunda, yasada öngörülen otuz günlük sürenin bildirim sürelerine, hiçbir etkisinin olmayacağını ileri sürmek *kanaatimizce* isabetli bir çözüm değildir. Bu nedenle İK'da öngörülen "*Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur*" (İK, m.29/5) şeklindeki ifadenin anlamsızlaştırılmaması ve söz konusu prosedüre uyulmaması halinde, işe iade davası açmak isteyen ancak en az altı aylık kıdem süresi, yasada belirtilen "*otuz günlük*" süre ile dolma ihtimali bulunan bir işçinin, iş güvencesi kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁵. Dolayısıyla bölge

⁴² EYRENCİ, Öner, "*Karar İncelemesi*", *Çalışma ve Toplum*, 2004/1, s.98.

⁴³ Y9HD, 26.01.2004, E.2004/1321/K.2004/1175, *Tekstil İşveren Dergisi*, Haziran – 2004, s.36.

⁴⁴ Yargıtay verdiği bir kararında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 29. maddesindeki prosedüre uymamanın yani önceden yetkili kurumlara bilgi vermeme ve sendika ile görüşmemenin yaptırımının feshi geçersiz kılmak olmadığını, buna ilişkin aykırılığın İK, m.100'de idari para cezası olarak öngörüldüğünü ifade etmiştir. Y9HD, 29.01.2007, E.2006/29843, K.2007/1029, *Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, (Kasım-2007, Şubat-2008), s.133; Aksi EYRENCİ, s.99.

⁴⁵ Toplu işten çıkarma prosedürüne aykırı hareket nedeniyle, mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetli bir çözüm olacaktır. Bkz. EYrenci, s.100; (URHANOĞLU) CENGİZ İftar, "*Toplu İşçi*

çalışma müdürlüğüne bildirim yapılmaması durumunda yapılan süreli feshe karşı işçi *geçersizlik*⁴⁶ iddiasında bulunulabilmeli ve mahkemece sırf bu sebebe dayalı olarak fesih bildirimının geçersizliğine hükmedilebilmelidir⁴⁷.

Önemle belirtelim ki, mevsimlik çalışmakla beraber, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin de süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkündür⁴⁸. Bu ihtimalde de süreli feshin

Çıkarma Prosedürüne Ayrılığın Yaptırımı”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S: 2-3, (Kasım 2007-Şubat-2008), s.137.

⁴⁶ İK, m.18-21 düzenlemesi çerçevesinde iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği görünüm olarak 818 sayılı Borçlar Kanununun 21-31. maddeleri (6098 sayılı Kanunun 30-39. maddeleri) arasında yer alan nisbi butlana (iptal edilebilirlik) benzetmekle birlikte, burada geçersizlik sebepleri, süresi, usulü gibi yönleriyle çok daha farklı bir rejime bağlanmıştır. Genel hükümlere uygun mutlak geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan geçersiz fesih, iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getiremez. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.580; Sonuç itibarıyla İK, m.21 hükmünde öngörülen geçersizlik, tarafların davranışlarına göre etkili olabilecek, yasada özel olarak düzenlenmiş, *kendine özgü bir geçersizlik türüdür*. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.580; Buradaki geçersizliğin, *işçinin* kanunda öngörülen süre içinde işverene işe iade için başvuruda bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmesi gerekir. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.927-930. Nitekim işçi, kanunda öngörülen süre içinde başvuruda bulunmadığı takdirde fesih geçerli sayılmaktadır.

⁴⁷ **EYRENCİ**, s.101; Aksi: (**URHANOĞLU**) **CENGİZ, İştar**, s.139; Toplu işçi çıkarma prosedürüne aykırılık durumunda, feshin geçerlilik kazanması için gereken otuz günlük süre işlemeye başlamayacağı için feshin de hüküm doğurmayacağı ve bildirim sürelerinin de işlemeye başlamayacağı yönündeki görüş için bkz. **ŞEN**, s.56.

⁴⁸ İş sözleşmesinin askıda olduğu dönemde iş sözleşmesi bildirimli fesih yoluyla sona erdirilse de önellere işlememekte ve peşin ödemeli fesih de gerçekleşmemektedir. **AKYİĞİT**, İş Güvencesi, s.234; Bu tür çalışmada, ayrıca mevsimlik işin başladığı dönemde işçinin işe çağrılmaması halinde de iş sözleşmesinin feshi olgusundan söz edilebilmektedir. Y9HD, 03.07.2006, E.2006/15549, K.2006/19346, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2007, S:3, C:21, s.58; Askıya alma bir fesih işlemi değildir. Bu olguyu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinin 7. fıkrasındaki

işçiye ulaştığı tarihte en az altı aylık kıdem süresinin tamamlanmış olması gerekir⁴⁹.

B. En Az Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesabına Esas Tutulacak Çalışma Süreleri

1. İşçinin Fiili Çalışma Süresi

Altı aylık kıdem süresinin hesabında öncelikle dikkate alınması gereken olgu, işçinin işyerinde fiili olarak çalıştığı sürelerdir. Çalışma süresi, işçinin kendisini işverenin emrine hazır tutmak zorunda olduğu süredir⁵⁰. Bu süre içinde işçi iş görme borcunu ifa etmekte veya ifa etmiş sayılmaktadır⁵¹.

İş Kanunu çalışma sürelerini düzenlemiş ancak kavrama ilişkin bir tanım getirmemiştir. İK'nun 63. maddesine istinaden çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁵² (ÇSY) 3.maddesinin 1. fıkrasında “*çalışma süresi*” kavramı tanımlanmıştır. Hükme göre “*çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir*”.

ÇSY'ne göre, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği sürenin, mutlaka fiilen çalışılması gereken süre olarak anlaşılması gerekir. İşçinin iş görme maksadıyla iş gücünü işverenin emrine hazır tuttuğu

düzenleme de doğrulamaktadır. Maddeye göre, mevsim sonu toplu işten çıkarmada, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz hükmü, iş sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesine dayanmaktadır. Y9HD, 05.02.2002, E.2001/20701, K.2002/2257, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.371.

⁴⁹ Yargıtay tek bir mevsim için yapılmış bulunan belirli süreli iş sözleşmesinin, mevsim bitiminde kendiliğinden sona ereceğini ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağını ifade etmiştir. Y9HD, 21.04.2009, E.2007/39576, K.2009/11409 (**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.404). Ancak Yargıtay'ın ulaştığı bu sonuç sürekli işlerde belirli iş sözleşmesinin yapılmasını objektif neden olgusuna bağlayan İK'nun 11. maddesinin 1. fıkrası hükmü çerçevesinde çelişkilidir. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.404.

⁵⁰ **AKYİĞİT, Ercan**, İş Kanunu Şerhi, C-I, Ankara-2006, s.1748; **ESENER**, s.191; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.1052.

⁵¹ Bkz. **SUBAŞI, İbrahim**, “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, **A. Can TUNCAY'a Armağan**, İstanbul-2005, s.317.

⁵² R.G., 06.04.2004, 25425.

(çalıştırılmadığı ya da çıkacak işi bekleyerek geçirdiği) süre çalışma süresi olarak kabul edilir⁵³.

Fiili çalışma süresi, işçinin iş sözleşmesi kapsamında yapmakla yükümlü olduğu işi yaptığı veya bu amaçla işverenin emrine işgücünü hazır tuttuğu süreyi ifade eder⁵⁴. Yani işçi açısından işin başlamasından bitmesine kadar geçen süre fiili çalışma süresi olarak adlandırılır⁵⁵.

2. Çalışma Süresinden Sayılan Haller (Farazi Çalışma)

İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre geçmesi gereken altı aylık kıdem süresinin hesabında, İK'nun 66. maddesinde düzenlenen "Çalışma süresinden sayılan haller" başlığı altındaki sürelerin dikkate alınması gerekir⁵⁶. Hükme göre; "Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır:

a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken

⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1052.

⁵⁴ Haftalık çalışma süresi İK'nun 63. maddesinin 1. fıkrasına göre en çok 45 saattir.

⁵⁵ SUBAŞI, s.321.

⁵⁶ İK'nun 66. maddesinin 1. fıkrasında geçen süreler çalışma süresinden sayılır (ÇSY, m.3/1).

her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz” (İK, m.66).

Belirtelim ki, İK'nun 66. maddesinde belirtilen ve “günlük çalışma süresinden sayılan” bu sürelerin, işçinin altı aylık kıdeminin belirlenmesine esas alınması gerekir. Ancak İK'nun 66. maddesi, belirtilen sürelerin dışında kalan askı sürelerini de dışlamamıştır⁵⁷. Dolayısıyla sözleşmenin devam süresi içinde yer alan çalışılmış sayılan sürelerin de dikkate alınması gerekir⁵⁸. Bu nedenle İK, m.18/2 hükmünde yer alan atfın, *yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 55. maddeye*⁵⁹ yapılmamış olması, söz konusu hükmün

⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.860.

⁵⁸ AKYİĞİT, Şerh, (Cilt I), s.785.

⁵⁹ “Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır:

a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).

b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve

uygulanmasını engeller nitelikte değildir⁶⁰. Dolayısıyla işçinin en az altı aylık kıdem süresi, ister “*günlük çalışma süresinden sayılan haller*”; ister “*yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış sayılan haller*” olsun, iş sözleşmesinin devam etmiş sayıldığı tüm süreler dikkate alınarak, belirlenmelidir⁶¹.

En az altı aylık kıdem süresinin hesabında, işçinin hastalık ya da ücretli izin nedeniyle çalışmadığı sürelerin⁶²; iş sözleşmesinde deneme süresi öngörülmuş ise, deneme süresinin⁶³; ücretsiz izin sürelerinin⁶⁴;

toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

i) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler.

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri.

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi” (İK, m. 55).

⁶⁰ Bu konuda bkz. **GÜZEL, Ali**, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi**, İstanbul-2001., s. 34; **AKYİĞİT, Şerh**, (Cilt I) s.785; **SÜZEK**, s. 498.

⁶¹ Bkz. **GÜZEL**, İş Güvencesi, s.33; **SÜZEK**, s.440; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.165; **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s.36-37; **BAŞTERZİ**, s.638-639.

⁶² **SÜMER**, s. 92; **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s. 5; **BAŞTERZİ**, s.638; Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başlayan bir işçinin, iki ay sonra örneğin hastalık sebebiyle 15 günü kapsayan bir rapor alması ve bu sebeple işe gelememesi durumunda, işe gelemediği askı süresi de kıdem süresinden sayılmalıdır. **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s. 5.

⁶³ **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s.5; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu İş**, Ankara-2010, s.156.

⁶⁴ **EKONOMİ**, “İş Güvencesi”, s. 5; İK’nun 55. maddesinin (j) bendi yıllık ücretli izne esas alınacak kıdem hesabında işverenin verdiği diğer izinlerin de esas alınacağını kabul etmiştir. Aynı sonucun en az altı aylık kıdem süresinin hesabı bakımından da düşünülmesi mümkündür. Bkz. **AKYİĞİT**, İş Güvencesi, s.247; Askı halinin uzun sürmesinin, geçen

hatta grev ve lokavtta geçen sürelerin de⁶⁵ dikkate alınması mümkündür. Ayrıca kısa çalışma uygulaması içinde geçen sürelerin de kıdem süresinde dikkate alınması gerekir (İK, m.55/j; 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, Ek Madde 2)⁶⁶.

Öte yandan mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçilerin, kıdem süresinin hesabında askı döneminin esas alınıp alınmayacağıın da ayrıca belirtilmesi gerekir. Yargıtay istikrarlı olarak verdiği kararlarında mevsimlik işçilerin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması durumunda, işyerindeki kıdemlerinin altı aydan fazla olması, belli konumda işveren vekili olmaması ve işyerinde otuz veya daha fazla sayıda işçinin çalışması durumunda iş güvencesinden yararlanabileceklerini kabul etmektedir⁶⁷.

sürenin altı aylık kıdem süresinin içinde sayılmasını engelleyebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başladıktan sonra alacağı uzun süreli rapor sonucu işe gelememesi sebebiyle hizmet akdinin askıda olduğu süre, altı aylık kıdemden sayılmamalıdır. Ancak kısa süreli hastalık ve ücretsiz izin halinde kıdeme esas süre işlemeye devam edecektir. **GÜNAY**, s.157.

⁶⁵ **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s. 36-37.

⁶⁶ “Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren; genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Yukarıda belirtilen nedenlerle işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde işçilere çalıştırılmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir” (4447, Ek Madde 2/1,2).

⁶⁷ Y9HD, 05.11.2010, E.2008/38488, K.2010/31854, www.turkhukuk sitesi.com; (18.06.2012); Y9HD, 28.12.2009, E.2008/13374; K.2009/38104, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, S:25, s.397-399.

Öğretide isabetle, askıda olsun veya olmasın işyerine bağlı olarak geçirilen sürelerin iş güvencesi yönünden kıdemi oluşturacağı, askı nedenlerinin ve süresinin önemli olmadığı vurgulanmıştır⁶⁸.

Yargıtay mevsimlik iş ve iş güvencesi konusunu incelediği bir kararında, işçinin mevsimlik işlerdeki çalışmasının kıdemden sayılacağına, ancak *askıda geçen sürelerin kıdemden sayılmayacağına* hükmetmiştir⁶⁹.

Mevsimlik işçinin fiili çalıştığı süre içindeki kıdeminin altı aydan fazla olması durumunda iş güvencesinden yararlanması mümkündür. Aynı şekilde çalışılmayan askı süresinin de, askı döneminde iş sözleşmesinin bozulmaması, yeni mevsim başında tekrar sözleşme yapılmaya gerek kalmaksızın işçinin mevsim başında yeniden işbaşı yapmasının mümkün olması nedeniyle, kıdemden sayılması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁰.

Ancak şüphesiz ki, işçinin, mevsimlik işlerde askı dönemi içinde farklı bir işyerinde çalışması halinde, farklı işveren yanında geçen süre altı aylık kıdeme esas alınmayacaktır⁷¹. Ancak mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman da işkolu önemli olmaksızın kıdem birleştirilebilecektir⁷².

⁶⁸ **AKYİĞİT**, Şerh (Cilt-1), s.807; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.861; Aksi: Mevsimlik işçinin altı aylık kıdeminin hesabında, sadece işçinin fiilen çalıştığı sürenin dikkate alınması, askıdaki sürenin kıdeme dahil edilmemesi gerekir. **KAR, Bektaş**, “Mevsimlik İş”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Aralık 2006, s.78.

⁶⁹ Y9HD, 22.01.2009, E.2007/36135, K.2009/732, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:22, S:1-2-3, (Şubat-Mayıs-Ağustos 2009), s.103-104.

⁷⁰ Bu tür çalışmada, ayrıca mevsimlik işin başladığı dönemde işçinin işe çağrılmaması halinde de iş sözleşmesinin feshi olgusundan söz edilebilmektedir. Y9HD, 03.07.2006, E.2006/15549, K.2006/19346, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2007, S:3, C:21, s.58.

⁷¹ Y9HD, 05.11.2010, E.2008/38488, K.2010/31854, www.turkhukuk sitesi.com; (18.06.2012).

⁷² Y9HD, 28.12.2009, E.2008/13374; K.2009/38104, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, S:25, s.397-399.

Ayrıca bir işte başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ancak daha sonra süreklilik gösteren bir işte çalışan bir işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışmasının da en az altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerekir.

III. EN AZ ALTI AYLIK SÜRENİN İŞ KANUNLARI KAPSAMINDA GEÇMESİ

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İK, m.18/4). Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir konu da, altı aylık sürenin hesaplanmasında, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte, diğer iş kanunları (BK, DİK)⁷³ kapsamında geçen sürelerin de dikkate alınıp alınmayacağıdır. İş sözleşmesinin sona erdiği tarihte İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında işçi olmak gerekmele birlikte, altı aylık süre içinde diğer iş kanunları kapsamında geçen sürelerin de göz önünde bulundurulmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, altı aylık sürenin tamamı (İK dışında diğer iş kanunları kapsamında da olsa)⁷⁴ iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmeli, ancak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte İş Kanunu (veya Basın İş Kanunu) kapsamında işçi olma şartı aranmalıdır⁷⁵.

Öğretide bir görüşe göre, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için yapılan işin *fikir ve sanat işi* niteliğinde olması gerektiğinden, gazetecinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için en az altı aylık kıdem süresinin *tamamının* Basın İş Kanunu kapsamında geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶.

Bir başka görüşe göre ise, 5953 sayılı yasa kapsamında olan bir işyerinde gazeteci sıfatına haiz olmaksızın çalışılan sürelerin de, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmekte,

⁷³ 854 sayılı Deniz İş Kanunu (DİK), 6098 sayılı Borçlar Kanunu (BK).

⁷⁴ AKYİĞİT, Şerh (Cilt-I), s.786.

⁷⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s.34-35; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 860.

⁷⁶ SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul - 2007, s.66-67.

ancak yapılan çalışmaların yalnızca işe iadeyle ilgili iş güvencesi öngören İK ile BİK kapsamında geçmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷.

Kanaatimizce, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılanların iş güvencesi hükümlerine tabi olması bakımından altı aylık kıdem süresinin tamamının bu Kanun kapsamında geçirilmesine gerek yoktur. Zira kanun koyucu altı aylık kıdem süresinin tamamlanması bakımından “*aynı işverenin*” bir veya değişik işyerlerinde geçen süreleri esas almış, bu işyerlerinin altı aylık sürenin devamı boyunca hangi iş kanunu kapsamında geçmesi gerektiğine ilişkin bir tutum sergilememiştir. Ayrıca altı aylık kıdem süresinin aynı işverenin aynı iş koluna tabi işyerlerinde geçirilmesi şartı dahi aranmamıştır. Bu bakımdan, Basın İş Kanunu kapsamında iş güvencesi hükümlerinin işlerliğinden söz edilebilmesi için, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte gazetecinin bu Kanun kapsamında (gazeteci) işçi sayılması yeterli olmalıdır.

Ayrıca çıraklıkta ve zorunlu stajyerlikte⁷⁸ geçen sürelerin de, altı aylık sürenin hesabında dikkate alınmaması gerekir.⁷⁹ Çıraklık sözleşmesi, iş sözleşmesinden ayrılır. Bu nedenle çıraklar hukukumuzda göre işçi niteliğini taşımaz⁸⁰ ve haklarında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla çıraklıkta geçen süreler de en az altı aylık kıdem süresine dâhil edilmez.

⁷⁷ ÇİL, s.177.

⁷⁸ Zorunlu staj döneminde, stajyer öğrencilerin iş ilişkisi iş sözleşmesine dayanmadığından ve bağlılık unsuru söz konusu olmadığından, çalıştığı süre içinde ücret ödense dahi İK açısından işçi niteliği taşımazlar. Bkz. SÜZEK, s.130.

⁷⁹ Çırakların hukuki durumu 3308 sayılı “Mesleki Eğitim Kanunu”nda (MEK) düzenlenmiştir. Kanunun 3. maddesinin (c) bendine göre, çırak “Çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıkları iş içerisinde geliştirilen kişi” olarak tanımlanmıştır. Çırak, öğrenmek ve çalışmakla ödevli bir kişidir. Zira çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru, bir meslek ve sanatın öğretilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya-1994, s.1 vd.

⁸⁰ Bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.34; SÜMER, s.31; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.157-160.

Stajyerler de çıraklar gibi işçi sayılmamaktadır⁸¹. Önemle belirtelim ki, zorunlu staj süresini tamamlayan kişi, aynı işverenin yanında çalışmasını sürdürürse, artık bu tarihten sonra işçi sıfatını kazanır⁸². Yani zorunlu staj döneminde geçen çalışmalar en az altı aylık kıdem süresinin hesabında göz önünde bulundurulmazken; staj süresinin bitmesinin ardından veyahut da programlarında zorunlu staj olmayan öğrencilerin, yapmış oldukları çalışmalarda işçi sıfatı taşıması söz konusu olacağından, bu süreler içinde geçen çalışmalar en az altı aylık kıdem süresi hesabında göz önünde bulundurulacaktır.

İşçinin iş kanunları kapsamında geçen çalışma süresinin belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle geçmesi mümkündür. Ancak iş sözleşmesinin sona erdiği anda İş Kanunu (veya Basın İş Kanunu) kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olmak gerekir.

Ayrıca önemle belirtelim ki, işçinin en az altı aylık kıdem süresini sağladığında iş güvencesinin diğer koşullarının işyeri açısından bulunmaması, işçinin sonradan altı aylık kıdem süresinin göz önünde bulundurulmasını engellemez. Önemli olan fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihte en az altı aylık kıdem süresinin tamamlanmış olmasıdır. Bu sürenin tamamının mutlaka iş güvencesi koşulları içinde tamamlanması aranmamalıdır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da, iş kanunları kapsamında geçen çalışmanın *kısmi* süreli iş sözleşmesi ile geçmesi durumunda kıdem süresinin nasıl hesaplanacağıdır. İK'nun 13. maddesinin 2. fıkrası, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan bir işçinin, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı, *tam süreli iş sözleşmesi* ile çalıştırılan bir işçiye göre farklı işleme tabi tutulmamasını hükme bağlamıştır. *Kıdem tazminatı* bakımından esas alınması gereken kıdem süresinin hesabında *kısmi süreli iş sözleşmesi* ile çalışan işçiler yönünden benimsenen *değişik işverenler yanında çalışmakta olan işçilerin de, her işverenden ayrı ayrı iş*

⁸¹ Zira bunlar da, bir meslek konusunda aldıkları teorik bilgiyi uygulama ile tamamlamak amacıyla bir işverenin işyerinde bulunurlar. Bunların amacı, teorik olarak edindikleri mesleki bilgileri geliştirmek ve deneyimlerini artırmaktır

⁸² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.157-160; **EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN**, s.34; **SÜMER**, s.31.

*sözleşmesi ile bağlı kaldığı sürenin tamamı için kıdem tazminatı talep edebilmesine ilişkin görüşün*⁸³, iş güvencesi uygulaması açısından geçmesi gereken altı aylık kıdem süresinin hesaplanması bakımından da göz önünde bulundurulacağı *kanaatindeyiz*. Bir başka deyişle, altı aylık kıdem süresinin hesabı bakımından *kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçinin* yalnızca çalıştığı süre değil, iş sözleşmesi ile işverene bağlı olduğu tüm süre göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak iş güvencesi uygulaması açısından, kısmi süreli çalışan bir işçinin kıdem süresinin hesabının, aynı işverenin işyerinde geçen tüm süreler dikkate alınarak yapılması gerekir. Örneğin işçi (A), belirsiz süreli iş sözleşmesi ile, işveren (B)'nin işyerinde haftada 20 saat çalışıyor olsa da, işçi (A)'nın iş güvencesi uygulaması bakımından kıdem süresi yalnızca 20 saatlik çalışma esas alınarak belirlenmemeli, (A)'nın işverene iş sözleşmesi ile bağlı olduğu tüm süre dikkate alınarak en az altı aylık kıdem süresi hesaplanmalıdır.

IV. EN AZ ALTI AYLIK KIDEM SÜRESİNİN AYNI İŞVERENİN BİR VEYA DEĞİŞİK İŞYERLERİNDE GEÇMESİ

İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, işçinin altı aylık kıdeminin, "*aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek*" hesap edileceği öngörülmüştür.

İK'da, otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünde arananın aksine, işçinin en az altı aylık kıdeminin hesabında geçmesi gereken çalışmanın *aynı işkolunda* olması şartı aranmamıştır⁸⁴. *Öğretide*

⁸³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.79; SÜZEK, s.698; Aynı şekilde Yargıtay da önceki kararlarının (Y9HD, 02.12.1997, 16566/20066, **Tühis**, Ağustos 1998, s.40-41) aksine kıdem tazminatına esas kıdem süresinin hesabında, iş sözleşmesi ile bağlı kalınan tüm sürenin dikkate alınması gerektiği doğrultusunda kararlar vermiştir. Aksi görüş: NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri – I, İzmir-1998, s.423-425.

⁸⁴ SÜMER, s. 92; İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesine göre, "*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir*".

belirtildiği⁸⁵ üzere bu durum işçinin korunması ilkesine uygun düşmektedir.

İK'da, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin aralıklı veya aralıksız olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla altı aylık sürenin hesabında çalışmanın sürekli olması aranmamalı, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklarla geçen süreler dikkate alınarak kıdem süresi hesaplanmalıdır⁸⁶. Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır⁸⁷.

Bir başka deyişle, en az altı aylık kıdem süresinin mutlaka tek bir iş sözleşmesi ile tamamlanması şartı aranmamalıdır. Zira fasıllı çalışmalar bakımından işçinin aynı işveren yanında çalışmakla beraber, önceki döneme ait sona ermiş bir iş sözleşmesinin ardından, yeni bir iş sözleşmesi yapılmış olması ve öncekine istinaden geçmiş bulunan örneğin, üç aylık bir kıdem süresinin, sonradan yapılan iş sözleşmesi kıdem süresine ilavesi mümkün olmalıdır⁸⁸.

Aynı işverenin yanında aralıklı olarak geçen çalışma sürelerinin kıdem süresine dâhil edilmesi gerektiğini *düşünmekteyiz*. Ancak önceki çalışmanın sona erme biçiminin önemli olup olmadığını belirtmek gerekir. Belirtelim ki, altı aylık kıdem süresine dâhil edilmesi düşünülen

⁸⁵ DEMİR, İş Hukuku, s. 246; Aksi: ULUCAN, Devrim, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.23.

⁸⁶ AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.183; “Birleştirmede fasıllı süreler dikkate alınmalıdır”, DEMİR, İş Hukuku, s.246; SÜMER, s. 92; ÇELİK, s. 215; SÜZEK, s.499; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 860; Aksi: AKYİĞİT, İş Güvencesi, s.231.

⁸⁷ Y9HD, 10.04.2006, E.2006/5885, K.20076/9361, <http://www.tisk.org.tr> (28.04.2012).

⁸⁸ Aksi görüşteki Akyiğit'e göre: “Yasal düzenlemeden bu sonucu çıkarmak güçtür. Zira yasa tıpkı kıdem tazminatındaki gibi tek veya fasıllarla yapılmış birden çok sözleşmeyle geçirilen hizmetten değil, hizmetin geçirildiği işverenin aynı veya farklı olmasının önemli olmadığından söz etmektedir. Bu nedenle...6 aylık sürenin tek bir hizmet sözleşmesiyle hizmet bütünlüğü içinde geçirilmesini aramak uygun olur” AKYİĞİT, İş Güvencesi, s.233.

önceki çalışma süresinin (ör: daha önceki 3 aylık kıdem süresi gibi), iş sözleşmesinin sona erme şekli ile ilişkilendirilmemesi; yani işçi istifa ederek işten ayrılmış olsa veya işveren haklı veya geçerli bir sebebe dayalı olarak sona erdirmiş olsa bile, önceki sürenin yeni çalışma dönemine eklenmesi gerekir⁸⁹.

Aralıklı çalışma halinde ise, en azından yüz seksen günlük bir çalışma olmalıdır. Sigorta primlerinin yatırılmamış olması, diğer delillerle kanıtlanmış olması halinde, çalışma olgusunu kabule engel oluşturmamalıdır⁹⁰. İş sözleşmesi sona ermeden önceki son çalışmanın belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde olması şartıyla, birleştirilecek sürelerden öncekilerin belirli süreli iş sözleşmesi ile geçmiş olmasının bir önemi yoktur⁹¹.

Aralıklı çalışmada, çalışılan sürelerin kıdemden sayılması için, aralığın (fasılanın) ne kadar süre devam etmesi gerektiği konusuna da vurgu yapmak gerekir. İlk derece mahkemesine yansıyan ve Yargıtay kararına da konu olan bir olayda, yerel mahkemenin “*önceki çalışma süresinin üzerinde uzun zaman geçtiği*” gerekçesi ile işçinin işe iade amacıyla açtığı davayı reddetmesi üzerine, Yargıtay, işçinin iki dönem çalışması birleştirildiğinde kıdemnin altı aydan fazla olduğu ve yasa gereği bu dönemlerin toplanması gerektiğine işaret ederek, feshin geçersizliğine hükmetmiştir⁹².

Yargıtay’ın aralıklı (fasıllı) çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine ilişkin görüşü *isabetli* olmakla birlikte, aralığın ne kadar süre ile devam etmiş olması gerektiğine ilişkin bir netlik yoktur.

Öğretide bir görüşe göre, uzun süreli ara verme durumunda aidiyet güçlüğü ortaya çıkacağından, işçinin yeniden denenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹³.

⁸⁹ Bkz. **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s.34.

⁹⁰ **GÜNAY**, s. 157.

⁹¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 860; **ÇİL**, s.178.

⁹² Y9HD, 10.04.2006, E.2006/5885, K.20076/9361, <http://www.tisk.org.tr> (28.04.2012).

⁹³ Örneğin on yıl önce haklı sebeple işten çıkarılmış olan bir işçinin tekrar işe alınması halinde, altı aylık süreçte bu işçinin tekrar denenmesi işverenin yararına. **ALPAGUT, Gülsevil**, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş

Öğretide bir başka görüş, bu konuda bir istisna oluşturmanın kötünietli uygulamalara yol açacağı gerekçesiyle, ara verme döneminin uzunluğunun veya kısalığının önemli olmadığını belirtmiştir⁹⁴.

Kanaatimizce, ara verme süresi önemli olmaksızın işçinin önceki dönem çalışmasının, sonraki dönem çalışması ile birleştirilmesi ve aradan geçen sürenin uzunluğunun önemsenmemesi gerekir⁹⁵.

İşçinin çalışmasının aynı holding veya şirketler topluluğu bünyesi içinde yer alan farklı tüzel kişiliğe sahip şirketlerde geçmesi durumunda, her bir şirket işçi karşısında bağımsız bir işveren statüsünde yer aldığından, farklı şirketlerde geçen çalışma süresinin birleştirilmemesi gerekir⁹⁶.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir konu da, işçinin aynı işveren nezdindeki önceki çalışma döneminin tazminatlarıyla birlikte tasfiye edilmesi durumunda, tasfiye edilen dönemin en az altı aylık kıdem süresi içinde dikkate alınıp alınmayacağıdır. Yargıtay bu konudaki

Güvencesi”, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s.207 – 208.

⁹⁴ **ALP, Mustafa**, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2006, Ankara-2009, s.133-177; **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s.34; **SÜZEK**, s.440; **ÇELİK**, s.216.

⁹⁵ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bekleme süresinin amacının bir yandan işçinin edimi, davranışları yeterliliği açısından denenmesi olduğu düşünüldüğünde, sözleşmenin uzun süreli askıya alınması halinde işçinin yeterliliği hakkında fikir sahibi olunamaz. Bu nedenle karşılıklı menfaatler dengesinin dikkate alınmasıyla, işçinin rızası alınmak suretiyle bekleme süresinin uzatılabilmesi imkânının kabulü yerinde olacaktır. Bkz. **ALPAGUT**, s.207.

⁹⁶ **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s.34; **Y9HD**, 07.03.2006, 37054/5673 (**AKYİĞİT**, İş Güvencesi, s.231). Ancak tüzel kişilik hakkının kötüye kullanıldığı durumda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi neticesinde, gerçekte tek bir işverenin varlığı ortaya çıkıyor ise, hizmetlerin birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Yargıtay tarafından da uygun bulunmaktadır. Bkz. **Y19HD**, 15.06.2006, E.2005/8774, K. 2006/5232 [www. turkhukuk sitesi.com](http://www.turkhukuk sitesi.com), (19.06.2012).

bir kararında “*Davacının davalı işverene ait işyerindeki önceki çalışması belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, daha sonra yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınmayacağı gözetilmelidir*” şeklinde hüküm vererek⁹⁷, tasfiye edilmiş dönemin en az altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmayacağını vurgulamıştır.

Ekonomi, Yargıtay’ın kararını isabetsiz bularak, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı olarak geçirilmiş olsa dahi işçinin çalıştığı sürelerin birleştirilmesi gerektiğini, işyerinde önceki iş sözleşmesinin sona ermesinde tazminat ve alacakların ödenmiş olmasının, işyerinde geçirilmiş olan sürenin daha sonra yeniden işçinin işe alınması durumunda bekleme süresi hesabına dahil edilmesinde hiçbir etkisinin olmayacağını belirtmiştir⁹⁸.

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen en az altı aylık kıdem süresinin, başlangıçta da belirttiğimiz üzere, işçinin tanınması ve deneme amacına dönük olması sebebiyle, tasfiye edilmiş önceki dönemin, en az altı aylık kıdem süresi bakımından dikkate alınmaması konusundaki bu kararı *isabetli bulmuyoruz*.

V. ALTI AYIN DOLMASINA KISA BİR SÜRE KALA YAPILAN FESİH

İş güvencesi uygulamasında altı aylık kıdem süresi doluncaya kadar, işveren tarafından, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi geçerli bir neden gösterilmeksizin feshedilebilir. Ancak işveren altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla iş sözleşmesini feshederse, gerçekleştirilen feshin dürüstlük kurallarına aykırılığı ileri sürülebilecektir⁹⁹. İşverenin altı aylık süre henüz dolmadan yaptığı süreli feshin, altı aylık süreden ne kadar süre önceye rastlaması durumunda kötüniyet olgusunun araştırılmasına sebep olacağı sorun oluşturabilir.

⁹⁷ Y9HD, 20.10.2011, E.2011/1014, K.2011/3133, <http://www.hukukokulu.com>, (22.06.2012).

⁹⁸ **EKONOMİ**, “*Bekleme Süresi*”, s.18.

⁹⁹ **ÇELİK**, s. 216.

Yargıtay altı aylık kıdemine dolmasına *onsekiz gün* kala yapılan fesih ile *sekiz gün* kala yapılan feshi kötüniyetli saymamıştır¹⁰⁰.

Öğretide, altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan feshin kötüniyetli olduğunun anlaşılması durumunda, İK'nun 21. maddesinde düzenlenen "*Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları*" başlığı altında düzenlenen hükümlerin uygulanamayacağı ve işverenin bu davranışının, kötüniyetli bir fesih niteliğinde olduğu gerekçesiyle, bu feshe bağlı sonuçların uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰¹.

Bu konuda, şartın gerçekleşmesine iki taraftan birinin iyiniyet kurallarına aykırı olarak engel olması durumunda o şartın gerçekleşmiş sayılmasına ilişkin BK'nun 154. (6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 175.) maddesi hükmünün uygulanması gerektiği¹⁰² ileri sürüldüğü gibi; iş

¹⁰⁰ Y9HD, 26.01.2004, 1303/1157; Y9HD, 01.12.2003, 19292/1975, **DEMİR**, İş Hukuku, s.247, dn.671; "...davalı işverence sezon içinde ortaya çıkan işgücü ihtiyacı nedeniyle 6 aydan az süreli sözleşmelerle işçi çalıştırıldığı, aynı şekilde çalıştırılan davacı işçinin de sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin 6 aydan az süre ile işçi çalıştırması sezon içinde ortaya çıkan ek işgücü ihtiyacının karşılanmasına yönelik olup...uygulamanın kötüniyete dayandığını söylemek mümkün değildir". Y9HD, 27.12.2010, E.2010/31565, K.2010/40628, www.turkhukuk sitesi . com, 22.06.2012); Yargıtay, altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihle ilgili kötüniyet iddialarını inceleyen yerel mahkeme kararlarını, "*işyerinde 6 aylık kıdemi doldurmadan işçi çıkarılmasına ilişkin genel bir uygulamanın bulunup bulunmadığı, fesihden sonra yeni işçi alınıp alınmadığı gibi hususlarla birlikte işverenin kötüniyetli olup olmadığı etraflıca araştırılarak, tarafların bu konudaki delilleri toplanarak sonuca göre davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme*" gerekçeleriyle bozmaktadır. Y9HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172. **ÇİL, Şahin**, İş Hukuku, Yargıtay İlke Kararları, 4.B, Ankara-2011, s.233.

¹⁰¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 861.

¹⁰² **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s. 37; "BK m.154 hükmünü kıyasen uygulamaya da gerek yoktur. Çünkü hakkın kötüye kullanılmasının genel yaptırımının bu konuda uygulanması aynı sonuca ulaşmak için yeterlidir" bkz. **SÜZEK**, s.500.

sözleşmesinin feshinin dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülebileceği de ifade edilmiştir¹⁰³.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında “*Borçlar Kanununun 154.maddesinde yer alan "şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur" kuralına göre işverence iyiniyet kurallarına aykırı olarak 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesi engellenmiş ise, şartın gerçekleştiği kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmeli gerekecektir*” şeklinde hükmetmiştir.

Altı ayın dolmasına kısa bir süre kala, sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla yapılan bir fesih işleminin ardından, yaptırım olarak kötü niyet tazminatının uygulanması, iş güvencesi hükümlerinin işlerliğini zayıflatacaktır¹⁰⁴. Öğretide belirtildiği gibi, yargılama sırasında kötüniyet olgusunu kendiliğinden dikkate alması gereken hâkimin, altı aylık kıdem süresinin tamamlanmış sayılmasını kabul ederek, iş güvencesine ilişkin usul hükümlerine aykırılık nedeniyle feshin *geçersizliğine* (İK, m.18-21) hükmetmesi gerekir¹⁰⁵.

§ 4. ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ YÖNÜNDEN EN AZ ALTI AYLIK KIDEM SÜRESİNİN BELİRLENMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

Üçlü iş ilişkileri, iş hukukunda aralarında hukuki ilişki bulunan iki işverenin varlığını gerektiren iş ilişkileri olarak ifade edilebilir¹⁰⁶. Aralarında hukuki ilişki bulunan her iki işveren, üçlü iş ilişkisi içerisinde

¹⁰³ Bkz. ÇELİK, s. 216; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.166; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 33–34.

¹⁰⁴ SÜZEK, s. 499.

¹⁰⁵ SÜZEK, s. 500; Yazara göre iş güvencesi kurallarının uygulanmasını engellemek amacıyla kıdem süresinin dolmasından kısa bir süre önce yapılmış fesih sırf bu nedenle geçersiz sayılmamalı, işverenin kıdem süresine ilişkin itirazı dikkate alınmamalıdır. SÜZEK, s.500.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara-2006, s.13 vd; ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul-2005, s.53 vd.

alt işverenlik (İK, m.2/6)¹⁰⁷, işyeri devri (İK, m.6)¹⁰⁸, geçici iş ilişkisi (İK, m.7) veya iş sözleşmesinin devri (BK, m.429) konularını içeren sözleşme yapmaktadırlar.

Bütün bu ilişkiler açısından şüphesiz ki, işverenin yönetim hakkı, işçinin korunması, ücret ve diğer haklar ile feshe bağlı sonuçlar bakımından bir takım hususlar önem kazanmaktadır. Çalışmamızda üçlü iş ilişkileri yalnızca, iş güvencesi uygulaması bakımından en az altı aylık kıdem süresine etkisi bakımından değerlendirilecektir¹⁰⁹.

I. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

İK'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen koşullar çerçevesinde geçerli olarak kurulan bir alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren işçileri, asıl işverenden alınan işte çalışsalar dahi, alt işveren işçisi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla alt işveren işçisinin kıdem süresinin hesabında, alt işveren yanında geçen süre esas alınacaktır. Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaa nedeniyle¹¹⁰ geçersiz olması durumunda¹¹¹, alt işveren işçileri baştan itibaren asıl işveren işçisi

¹⁰⁷ İK'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yapılan tanıma göre, “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. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur” (İK, m.2/6)

¹⁰⁸ İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredilebilir. (İK, m.6/1). İşyerinin devredilmesi sonucunda, “devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer” (İK, m.6/1)

¹⁰⁹ Diğer hususlar hakkında ayrıntı için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s.14 vd; ARSLANOĞLU, Üçlü İlişkiler, s.53 vd.

¹¹⁰ Uygulamada işverenlerin işçi sayısına bağlı yükümlülüklerden kurtulmak, sendikalaşmanın önüne geçmek için işçi sayısını azaltmaya yönelik alt işveren sözleşmeleri imzaladıkları görülmektedir.

¹¹¹ İK'nun 2. maddesi uyarınca bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde

olarak kabul edilecek ve alt işveren işçisi olarak gözüken bir işçinin kıdemi, asıl işveren işçisi olarak geçirdiği tüm süreler göz önünde bulundurularak hesaplanacaktır. Örneğin asıl işveren işçisinin hakları kısıtlanmak suretiyle alt işveren işyerinde işe alınması ve bu suretle çalıştırılması durumunda alt işveren işyerinde kıdem süresi altı aydan daha kısa olsa bile, belirtilen işçinin asıl işveren işyerinde geçirdiği

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. Yine aynı maddeye göre işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Kanuna göre, yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilir. Ancak alt işveren asıl işin bir bölümünde yalnızca işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde görev alabilir. Belirtelim ki, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde koşul öngörülmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır. Alt İşverenlik Yönetmeliği uyarınca; İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi; Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisi; Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesi; kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemler muvazaalı olarak kabul edilmiştir. İK'nun 2. maddesinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.141 vd; **ÇELİK**, s.45 vd; **ÇUBUKÇU, Erdoğan**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar”, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S:2-3, (Kasım-2007 Şubat-2008), s.1-7; **GÜZEL, Ali**, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum**, 2004/1, S:1, s.31-65.

toplam süre altı ayı aşıyor ise, alt işveren işyerinde geçirdiği süre değil, asıl işveren işyerinde geçirdiği toplam süre esas alınarak kıdem süresi hesaplanmalıdır.

II. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

Geçici iş ilişkisi, bir iş sözleşmesine taraf olan işçi ve işveren (geçici işçi veren işveren) ile işçinin iş gücünden geçici olarak yararlanan işveren (geçici işveren) arasında kurulan *üçlü bir ilişki* olarak ortaya çıkmaktadır. İşveren devir sırasında işçinin yazılı rızasını almak zorundadır (İK, m.7/1)¹¹².

Hemen belirtelim ki, geçici iş ilişkisi kurulmuş da olsa, işçi ile onun sürekli işvereni arasındaki iş ilişkisi devam etmektedir (m.7/1). Dolayısıyla işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları, geçici iş ilişkisi süresince de devam edecektir.

Bir işyerinde İK'nun 7. maddesi hükümleri çerçevesinde geçici iş ilişkisi ile çalışmakta olan bir işçinin, geçici olarak bulunduğu işyerinde geçirdiği sürenin, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işvereni yönünden kıdem süresine esas alınması gerekir¹¹³. Örneğin işveren (A) yanında henüz bir aydan beri çalışmakta olan işçi (B)'nin, üç ay süre¹¹⁴ ile işveren (C)'ye geçici olarak devri durumunda, (B)'nin işveren (C) işyerinde geçirdiği üç aylık süre, işveren (A) yanında geçmiş sayılmalı ve üç aylık bu süre, bir aylık süreye ilave edilmelidir.

Geçici iş ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi işverene dönmez yani geçici işverenin yanında çalışmaya devam ederse, işçi ile geçici işveren (artık sürekli işvereni) arasında yeni bir iş sözleşmesinin

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYİĞİT, Ercan**, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara-1995; **EKMEKÇİ, Ömer**, "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2004, s.369; **BENLİ, Abdurrahman/YİĞİT, Yusuf**, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:4, 2006, s.1 vd; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.33 vd.

¹¹³ Y9HD, 08.04.2008, E.2007/27725, 2008/7812, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2008_2009.pdf (25.06.2012).

¹¹⁴ Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir (İK, m.7/2).

kurulduğunu kabul etmek gerekir¹¹⁵. Bu durumda, geçici işveren yanında geçici iş ilişkisi boyunca geçen sürenin, yeni kurulan iş ilişkisi kapsamında iş güvencesi bakımından geçmesi gereken en az altı aylık kıdem süresi bakımından dikkate alınmaması gerektiği *kanaatindeyiz*. Belirtmiş olduğumuz durum dışında bir işçinin, geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştığı işyerinde, daha sonra yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi durumunda da, geçici iş ilişkisi kapsamında geçen sürelerin, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaması gerekir¹¹⁶.

III. İŞYERİ DEVRİ BAKIMINDAN

İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İK, m.6/1)¹¹⁷.

¹¹⁵ DEMİR, İş Hukuku, s.40-41; EKMEKÇİ, s.381-382; SÜZEK, İş Hukuku, s.266; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.98; Bu konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; “*Davacının davalıya ait Beylikdüzü’ndeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalının da mallarının satıldığı Mimaroba’daki işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği, iki aylık süre sonunda tekrar Beylikdüzü’ndeki işyerine ve işine dönmesi istenildiğinde dönmeyerek hizmet akdini haklı bir neden bulunmadığı halde davacının sona erdirdiği dosya içeriğinden anlaşıldığı halde yazılı şekilde ihbar, kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*” Y9HD, 22.09.2003, 2572/15250, www.legalbank .com (20.01.2012).

¹¹⁶ Y9HD, 08.04.2008, E.2007/27725, 2008/7812, [http://www.kamu-is.org.tr/pdf / 2008_2009.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2008_2009.pdf) (25.06.2012).

¹¹⁷ İşyeri devri bir fesih işlemi niteliğinde olmadığı için, feshe bağlı hakların istenmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, s.59-64; SÜZEK, İş Hukuku, s.183-190; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.39-40; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül, “*Avrupa Birliği ve Türk Hukuku’nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 85 vd; ÖZKARACA, Ercüment, “*İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk-Karar İncelemesi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, S:20, s.142.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İK, m.6/2). Bunun sonucunda ise işçilerin kıdemi, devreden işveren yanında geçen toplam süre göz önünde bulundurulmak suretiyle hesaplanacaktır.

İş güvencesinin uygulama alanının belirlenmesi bakımından aynı sonucun, en az altı aylık kıdem süresinin hesabı bakımından da göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı, İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan “*İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir*” hükmü karşısında sorunlu gözükmektedir. Dolayısıyla altı aylık süre hesaplanırken devirden önceki ve sonraki sürelerin birleştirilmesi (İK, m.6) gerekmele birlikte, İK'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında geçen hükmün ifade şekli bu yorumu engeller nitelikte görünmektedir. Ancak İK'nun 6. maddesi hükmü karşısında “*aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde*” geçen süreler dışında, farklı işverenler yanında çalışmakla birlikte bu çalışmanın “*aynı iş sözleşmesi*” ile yürütülmesi durumunda da altı aylık kıdem süresinin toplanabileceğini kabul etmek gerekir¹¹⁸.

Belirtelim ki, işçinin devirden önce ihbar ve kıdem tazminatlarını almış olması ve daha sonra devredilen işyerinde yeniden çalışmaya başlaması durumunda önceki işveren döneminde geçen sürenin dikkate alınmaması gerekir¹¹⁹.

Önemle ifade edelim ki, İK'nun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesinin son fıkrasında, işyeri devrine ilişkin hükmün, iflas tasfiyesi durumunda uygulanmayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu durumda en az altı aylık kıdem süresinin hesabı bakımından, iflas tasfiyesi nedeniyle işyerinin (kısmen veya tamamen) başka birine devri durumunda, müflis işveren yanında geçen sürenin kıdemden sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁸ “...Bu bağlamda, bir işyerinin, işvereni tarafından, bir şirkete sermaye olarak konulması halinde de, İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli, kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır”Y9HD, 14.03.2011, E.2009/8065, K.2011/6693, www.turkhukuk sitesi.com (19.06.2012).

¹¹⁹ DEMİR, İş Hukuku, s.246.

Öğretide, isabetli olarak iflas tasfiyesi sonucunda işyerinin devri işleminin gerçekleşmesi durumunda, taraflarca (devreden, devralan, işçi) iş sözleşmesi feshedilmemiş ve devralan işveren de sözleşmeleri devralmayı üstlenmiş ise, gerek müflis işveren yanında gerek iflas idaresine tabi olarak geçen sürenin, en az altı aylık kıdemden sayılması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁰.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ BAKIMINDAN

6098 sayılı Borçlar Kanunu, hukukumuzda pozitif düzenlemesi bulunmayan, ancak yargı içtihatları ile benimsenen *iş sözleşmesinin devri* konusuna yer vermiş ve konuyu 429. maddesinde düzenlemiştir¹²¹.

Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında ise başladığı tarih esas alınır (BK, m.429).

BK'nun 429. maddesine göre iş sözleşmesi sürekli olarak başkasına devredilebilecektir. Devir işlemiyle birlikte devralan bütün hak ve borçları ile birlikte, iş sözleşmesinin tarafı olacaktır¹²². Bu sonuca

¹²⁰ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s.232.

¹²¹ BK'da genel olarak sözleşmenin devrine de yer verilmiştir. Nitekim BK'nun 205. maddesine göre sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede taraf kalan arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. İK'da iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir hüküm yoktur. Şüphesiz ki buradaki devirden maksat, iş ilişkisinin *sürekli* bir şekilde devridir. Zira İK'da iş sözleşmesinin geçici devri konusuna (İK, m.7), "geçici iş ilişkisi" başlığı altında yer verilmiştir; İş sözleşmesinin devri sözleşmesi, her iki işveren arasında yapılarak, işçinin rıza göstermesiyle gerçekleşebileceği gibi, üç tarafın katıldığı kendine özgü bir sözleşme ile de yapılabilir. İş sözleşmesinin devri bakımında işçinin rızasının yazılı olarak alınması zorunludur. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.330.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İş Hukuku Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul-2009, s.303 vd; ARSLANOĞLU, M.Anil, "İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi", **Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:10, 2006, s.540 vd.

göre, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınarak, en az altı aylık kıdem süresinin hesabı yapılmalıdır¹²³.

Ayrıca iş sözleşmesi devredilen işçinin, daha önceki işi ile devredildiği işyeri arasında işkolu farkı bulunsa bile, farklı işkollarında geçen süre en az altı aylık kıdem süresi bakımından önemli olmadığı için, altı aylık kıdem süresi bakımından tüm sürelerin dikkate alınması gerekir.

Ş 4. EN AZ ALTI AYLIK KIDEM SÜRESİ UYGULAMASINDA İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİNİN ÖZEL DURUMU

İşyeri sendika temsilcisi, işçi sendikası üyesi işçiler ile sendika arasındaki ilişkilerin yürütülmesini sağlayan ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun (SK) 34. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen işçi sendikası*” tarafından atanan, işyerinde işçiler ile sendikanın menfaatlerini korumak zorunda olan bir temsilcidir¹²⁴.

İşyeri sendika temsilcisinin söz konusu faaliyeti sebebiyle, işveren ile ters düşmesi ve işini her zaman kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olması sebebiyle diğer işçilere göre daha özel bir korumaya ihtiyaç duyduğu muhakkaktır¹²⁵.

SK'nun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanun ile değiştirilmesinin ardından kabul edilen düzenlemeye göre, “*İşyeri sendika temsilcisinin*

¹²³ Aksi görüşte bkz.. **CANIKLIOĞLU, Nurşen**, “*İş Akdinin Devri – İş Arama İzni Verilmemesi*”, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, s.33-51.

¹²⁴ İşyeri düzeyinde işçi temsilini genel olarak sağlayan diğer bir kurum da, işçi temsilciliği kurumudur. Ancak işçi temsilcisi sendika tarafından değil, işyerindeki işçiler tarafından seçilmektedir. Hukukumuzda işyeri işçi temsilciliği kurumu bulunmamaktadır. Bu duruma son vermek için 2002 yılında 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı Eski İş Kanunu'nda yapılan değişiklik neticesinde geçici bir madde eklenmişti. 1475 sayılı Kanuna eklenen bu hüküm 4857 sayılı İş Kanununun ön tasarısında da yer almıştı. Ancak sendikaların karşı çıkması nedeniyle yasalaşamadı. **TINAR, Mustafa Yaşar**, “*Endüstriyel Demokrasinin Kaçan Fırsatı*”, **Mercek**, Temmuz-2003, s.77 vd.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **CENGİZ (URHANOĞLU)**, s.59 vd.

belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata...” (SK, m.30/1,2) hükmedilmesi esası benimsenmiştir¹²⁶.

SK'nun, 30. maddesinde işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi için “*İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır...*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade, İK'nun iş güvencesinin uygulama alanını belirleyen düzenlemelerinin, işyeri sendika temsilcileri için de geçerli olup olmadığı noktasında bir belirsizliğe sebep olmuştur. Konu öğretide tartışma konusu olmuş ve yargı içtihatlarına da yansımıştır.

Öğretide bir görüşe göre, işyeri sendika temsilcileri için de, İş Kanunu'nun iş güvencesinin uygulama alanını belirleyen koşulların aynen uygulanacağını benimsemiş iken¹²⁷; *bir diğer görüşe* göre de, İş Kanunu kapsamında bulunan işçiler için iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını belirleyen (otuz işçi koşulu, en az altı aylık kıdem gibi) koşulların, işyeri sendika temsilcileri için uygulanmaması, sırf işyeri sendika temsilcisi sıfatına sahip olunmasının, İş Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınan iş güvencesi hükümlerinin (İK, m.18-21) uygulanması için yeterli olması görüşü benimsenmiştir¹²⁸.

¹²⁶ SK'nun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki düzenlemesinde, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesinin yasal şartlara uyulmaksızın işverence feshedilmesi durumunda, işyeri sendika temsilcisi işçinin mahkemeye başvurusu üzerine feshin geçersizliğine, temsilcinin işine iadesine karar verilmesi mümkündü. Ayrıca kesinleşen karardan sonra süresi içinde işe başvuran temsilciye temsilcilik süresine ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi, işyeri sendika temsilcisi için sağlanmış bir güvence idi. Ayrıntı için bkz. **ŞAHLANAN, Fevzi**, Sendikalar Hukuku, 1995, s.237 vd.

¹²⁷ **DEMİR**, İş Hukuku, s.380-381; **SOYER**, Feshe Karşı Koruma, s.67-68; **TUNCAY**, İş Güvencesi, s.16; **ÇELİK**, s.417-418; **SÜMER**, s.386; Belirtelim ki bu görüş, sendikal nedenle fesih olgusunda ispat yükünün işçinin üzerinde olduğu da dikkate alındığında işyeri sendika temsilcisi açısından daha aleyhe bir durum yaratmaktadır.

¹²⁸ Burada “*ilgili hükümler*” teriminin yaptığı görev nedeniyle risk altında bulunan işyeri sendika temsilcilerinin lehine yorumlanması gerekir. Bkz. **SÜZEK**, s.594; **EKONOMİ**, “*İş Güvencesi*”, s.33.

Yargıtay bu konudaki kararlarında “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30.maddesinde “İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” Kuralına yer verilmiştir. Buna göre, temsilci için özel yararlanma şartları olarak gösterilen söz konusu güvence doğrudan “temsilcilik sıfatına” dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdemine varlığına bakılmaz” demek suretiyle, işyeri sendika temsilcisinin salt bu sıfatından dolayı İK hükümleri çerçevesinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını hükme bağlamıştır¹²⁹. Yargıtay’ın bu kararları şüphesiz ki, her an iş sözleşmesinin feshi riski ile karşı karşıya olan işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesi bakımından işçiyi koruma düşüncesine uygun düşen isabetli kararlardır.

Önemle ifade edelim ki, “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı”nın “İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi” başlıklı 24. maddesinde, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin hüküm, yukarıda belirtmiş olduğumuz ve 4773 sayılı Kanun ile farklılaşan uygulamalar da dikkate alınarak, yeniden düzenlenmiştir.

Tasarıdaki düzenlemeye göre: “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir. Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verir. Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma

¹²⁹ Bkz.Y9HD, 21.07.2008, E.2008/25552, K.2008/20932, **Çalışma ve Toplum**, 2009/2, S:21, s.170; Aynı yönde olmak üzere bkz. Y9HD, 29.01.2007, E.2007/29928, K.2007/1032, **Legal İHSGHD**, 2007/15, s.1054.

halinde de uygulanır. İşveren yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır. Bu madde hükümleri işverenle iş ilişkisi devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır”¹³⁰.

Böylece isabetli olarak, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi, İş Kanunu kapsamında öngörülen iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanından farklı olarak ele alınmış ve (işçi sayısı ile) en az altı aylık kıdem koşulunun işyeri sendika temsilcileri açısından aranmayacağı *tasarı* ile de benimsenmiştir.

§ 5. SONUÇ

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüş bulunan *en az altı aylık kıdem* koşulu ile ilgili mevzuat, öğreti ve yargı içtihatları doğrultusunda yapmış olduğumuz çalışmada ulaştığımız başlıca sonuçları aşağıdaki gibi belirtmek mümkündür:

1. En az altı aylık kıdem süresi, iş güvencesi kapsamına girebilmenin koşullarından biridir. İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, altı ayın dolmasına kadar geçerli sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın, her zaman feshin yapılması olanağının bulunduğu ve bu durumda fesih için geçerli sebep gösterme zorunluluğunun olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

2. En az altı aylık kıdem süresinin, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmesi aranmış ancak bu sürenin kesintisiz geçip geçmeyeceği noktasında İş Kanunu'nda bir hüküm yer almamıştır. Gerek öğreti gerekse Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda en az altı aylık kıdem süresinin *fasıllı* olabileceği kabul edilmektedir.

3. En az altı aylık kıdem süresinin tamamının aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmesi gerekmele beraber, bu sürenin tamamının aynı zamanda *işçi sıfatı* ile de geçmesi gerekir. Dolayısıyla, aynı işveren nezdinde dahi olsa işçi sıfatına sahip olan bir kimsenin, daha önce o işyerinde memur, sözleşmeli personel ve geçici personel statüsünde geçirdiği sürenin; işveren ile arasında daha önceden vekalet

¹³⁰ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss197.pdf> (01.06.2012).

veya istisna (eser) sözleşmesi bulunanların aynı işyerinde geçirdiği sürelerin en az altı aylık kıdeme dâhil edilmesi mümkün değildir.

4. En az altı aylık kıdem süresinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmesi aranmakla birlikte, bu sürenin tamamının **aynı işkolunda** geçmesi şart koşulmamıştır. Şüphesiz ki bu sonuç, işçinin yararınadır.

5. En az altı aylık kıdem süresinin bitmesine az bir süre kala yapılan fesihlerde gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında isabetli olarak **kötüniyet** olgusunun varlığının araştırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Fakat işverenin iş sözleşmesini işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla altı ayın dolmasına kısa bir süre kala feshetmesi durumunda varılacak sonucun, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiği *kanaatindeyiz*. Kötüniyet tazminatı gibi farklı çözümlerin benimsenmesi iş güvencesi hükümlerinin etkisizleşmesine sebep olabilecektir.

6. En az altı aylık kıdem süresinin hesabında **ihbar önelleri** Yargı içtihatları gereği göz önünde bulundurulmamaktadır. Bu sonuç, İK'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, "*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir*" hükmü ile uyumlu olsa da, işçi yararına bir durum değildir. Dolayısıyla bir aylık işe iade davası açma süresinin, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten değil, bildirim süresinin sona erdiği andan itibaren başlatılması ve yasal düzenlemede şartların buna göre belirlenmesi gerekir. Şüphesiz ki bu durumun, bildirim sürelerinin de en az altı aylık kıdemden sayılması gibi işçi yararına bir sonuç ortaya çıkaracağı muhakkaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C-I, Ankara-2006 (Şerh-Cilt-I).

AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C-I, Ankara-2006 (Şerh-Cilt-II).

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

AKYİĞİT, Ercan, “*İşveren Vekilinin İş Güvencesi*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.4, 2004, s. 1-17, (İşveren Vekili).

AKYİĞİT, Ercan, *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi*, Ankara-1995.

AKYİĞİT, Ercan, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007 (İş Güvencesi).

AKTAY Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN/E.Tuncay, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006.

ALP, Mustafa, “*İş Sözleşmesinin Devri*”, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İş Hukuku Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul-2009.

ALP, Mustafa, “*Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2006, Ankara-2009.

ALPAGUT, Gülsevil, “*İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*”, **III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 21-25 Eylül 2005.

ARSLANOĞLU, M. Anıl, *İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler*, İstanbul-2005 (Üçlü İlişkiler)

ARSLANOĞLU, M.Anıl, “*İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi*”, **Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:10, 2006.

AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Konya-2005

AYAN, Serkan, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:54, S:4

BAŞTERZİ, Süleyman, “*4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi*”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul-2005.

BENLİ, Abdurrahman/YİĞİT, Yusuf, “*4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:4, 2006.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, “*İş Akdinin Devri – İş Arama İzni Verilmemesi*”, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara-2006.

CELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul-2008.

ÇİL Şahin, Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006.

ÇİL, Şahin, İş Hukuku, Yargıtay İlke Kararları, 4.B, Ankara-2011.

ÇUBUKÇU, Erdoğan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar”, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S:2-3, (Kasım-2007 Şubat-2008).

DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir-2009.

EKMEKÇİ, Ömer, “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2004.

EKONOMİ, Münir, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.2, 2003, (İş Güvencesi).

EKONOMİ, Münir, “İş güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:9, S:34, (Bekleme Süresi).

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul-2005.

GÖKTAŞ, Seracettin/ÇİL, Şahin, Basın İş Kanunu, Ankara-2003

GÖKTAŞ, Seracettin, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, S.20, s.61-73, (İşveren Vekili).

GÜNAY, Cevdet İlhan, “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu İş**, Ankara-2010, s.153-179 (İş Güvencesi).

GÜZEL, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi**, İstanbul-2001, s.19-49, (İş Güvencesi).

GÜZEL, Ali, “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları*”, **Çalışma ve Toplum**, 2004/1, S:1.

KANDEMİR, Murat, “*İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi*”, **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan**, Eylül-2005, Y.3, S.6.

KAR, Bektaş, “*Mevsimlik İş*”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Aralık 2006.

KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara-2001.

KÖKKILINÇ ERALTUĞ, Ayşegül, “*Avrupa Birliği ve Türk Hukuku’nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 4.B., Ankara-2011.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri – I, İzmir-1998.

ÖZDEMİR, Erdem, “*İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:4, S:3, 2005.

ÖZKARACA, Ercüment, “*İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk-Karar İncelemesi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, S:20.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara-2003.

SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, **Legal Yayıncılık**, İstanbul - 2007.

SOYER, Polat, “*Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları*”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul-2005.

SUBAŞI, İbrahim, “*İş Hukukunda Çalışma Süreleri*”, **A. Can TUNCAY’a Armağan**, İstanbul-2005.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, 16.B., Konya-2011.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, 5.B. (Tıpkı Basım), İstanbul-2011.

ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması”, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006, s.127-154, (İş Güvencesi).

ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, 1995.

ŞEN, Murat, “Bildirimli Fesihte İhbar Önelllerinin Toplu İş Sözleşmesi İle Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı”, **AÜEHFD**, C.VI, S.1-4, 2002.

TUNCAY, A. Can, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor” **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.1, Ocak-2003, s.3-18.

ULUCAN, Devrim, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.

TINAR, Mustafa Yaşar, “Endüstriyel Demokrasinin Kaçan Fırsatı”, **Mercek**, Temmuz-2003.

(URHANOĞLU) CENGİZ İstar, “Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Ayrılığın Yaptırımı”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S: 2-3, (Kasım 2007-Şubat-2008).

UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C:1, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara-2006 (İş Hukuku).

UŞAN, M.Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, **Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:10, S:1, 2008, s.1-47.

UŞAN, M. Fatih, Çıracılık Sözleşmesi, Konya-1994 (Çıracılık).

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr