



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 78 Sayı: 2020/2 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik Tasarım | Graphic Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2020

Baskı ve Cilt | Printing and Binding



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2020 | Presidency of Ankara Bar Association, 2020
Tüm Hakları Saklıdır. | All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | Secretary

Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇIMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKEY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

| ÖZEL HUKUK | | |
|---|-------------|--|
| Avrupa Birliği Hukuku | | |
| ARAT, M. Tuğrul | Prof. Dr. | TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler |
| BAYKAL, Sanem Suphiye | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÖÇMEN, İlke | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Deniz Hukuku | | |
| DEMİR, İsmail | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KARAN, Hakan | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku | | |
| AKIN, Levent | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| AYDIN, Ufuk | Prof. Dr. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BAŐTERZİ, Süleyman | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BAYCIK, Gaye | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| CENDEL, Tankut | Prof. Dr. | Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ERTÜRK, Őukran | Prof. Dr. | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KOCAAÖĞLU, Ali Mehmet | Prof. Dr. | Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KORKMAZ, Fahrettin | Prof. Dr. | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| OKUR, Ali Rıza | Prof. Dr. | Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim | Prof. Dr. | İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YILDIZ, Gaye Burcu | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| Fikri Mülkiyet Hukuku | | |
| OĞUZ, Arzu | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya | Doç. Dr. | Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku | | |
| AKKAYA, Tolga | Doç. Dr. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ARSLAN, Aziz Serkan | Dr. Öğr. Ü. | Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| | | |
|----------------------------------|-------------|--|
| ARSLAN, Ramazan | Prof. Dr. | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| AŞIK, İbrahim | Doç. Dr. | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ATALI, Murat | Prof. Dr. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BORAN GÜNEYSU, Nilüfer | Dr. Öğr. Ü. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZBEK, Mustafa Serdar | Prof. Dr. | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZEKES, Muhammet | Prof. Dr. | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| SAYHAN, İsmet | Prof. Dr. | Avukat, Ankara Barosu |
| TANRIVER, Süha | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YILMAZ, Ejder M. A. | Prof. Dr. | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Medeni Hukuk | | |
| ABİK, Yıldız | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ALTAŞ, Hüseyin | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| AYDIN, Ramazan | Dr. Öğr. Ü. | Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| AYDOS, Oğuz Sadık | Doç. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BAŞPINAR, Veysel | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BELEN, Herdem | Doç. Dr. | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DEMİR, Mehmet | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan | Doç. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DOĞAN, Murat | Prof. Dr. | Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| EREN, Fikret | Prof. Dr. | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ERZURUMLUOĞLU, Erzan | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜVEN, Kudret | Prof. Dr. | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| İŞGÜZAR, Hasan | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat | Prof. Dr. | Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KOCAMAN, Arif B. | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan | Prof. Dr. | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KÜLAHÇI, Şölen | Doç. Dr. | Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay | Doç. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren | Dr. Öğr. Ü. | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZDAMAR, Demet | Prof. Dr. | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZLÜK, Betül | Dr. Öğr. Ü. | TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| | | |
|----------------------------------|-------------|---|
| ÖZTAN, Bilge | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E) |
| SARAN, Birol | Dr. Öğr. Ü. | Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye | Dr. Öğr. Ü. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YILMAZ, Süleyman | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Roma Hukuku | | |
| GÜNAL, Nadi | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜRTEN, Kadir | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Ticaret Hukuku | | |
| CAN, Mertol | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÇAĞLAR, Hayrettin | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÇETİNER, Selma | Prof. Dr. | Girne Amerikan Üniversitesi |
| DEMİRAYAK, Ezgi Başak | Dr. Öğr. Ü. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| EROĞLU, Muzaffer | Dr. Öğr. Ü. | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÖLE, O. Celal | Prof. Dr. | Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| HACİMAHMUTOĞLU, Sibel | Doç. Dr. | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZCAN, Fatma | Dr. Öğr. Ü. | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZDAMAR, Mehmet | Prof. Dr. | Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZTAN, Fırat | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E) |
| ŞENOCAK, Kemal | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TURANBOY, Asuman | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YONGALIK, Aynur | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YÜRÜK, Ayşe Tülin | Doç. Dr. | (E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu |
| Milletlerarası Özel Hukuk | | |
| AKINCI, Ziya | Prof. Dr. | Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÇALIŞKAN, Yusuf | Prof. Dr. | İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ERTEN, Rifat | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜNGÖR, Gülin | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZKAN, Işıl | Prof. Dr. | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| RUHİ, Ahmet Cemal | Dr. Öğr. Ü. | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TİRYAKIOĞLU, Bilgin | Prof. Dr. | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| KAMU HUKUKU | | |
|---------------------------------------|-------------|---|
| Anayasa Hukuku | | |
| AKBULUT, Olgun | Doç. Dr. | Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ANAYURT, Ömer | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi |
| DEMİRAY, Nezahat | Dr. Öğr. Ü. | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ESEN, Selin | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| FENDOĞLU, Hasan Tahsin | Prof. Dr. | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÖNENÇ, Levent | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KABOĞLU, İbrahim Özden | Prof. Dr. | |
| KANADOĞLU, Osman Korkut | Prof. Dr. | Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KESER, Hayri | Doç. Dr. | Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KORKUT, Y. Levent | Dr. Öğr. Ü. | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ONAR, Erdal | Prof. Dr. | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZBUDUN, Ergun | Prof. Dr. | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TUNÇ, Hasan | Prof. Dr. | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ULUŐAHİN, Nur | Dr. Öğr. Ü. | Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YÜCEL, Bülent | Dr. Öğr. Ü. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku | | |
| ARSLAN, Çetin | Prof. Dr. | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ARTUK, Mehmet Emin | Prof. Dr. | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| BIÇAK, Vahit | Prof. Dr. | Avukat, Ankara Barosu |
| CENDEL, Nur | Prof. Dr. | Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DEĞİRMENÇİ, Olgun | Doç. Dr. | TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi |
| DEMİRBAŞ, Ali Timur | Prof. Dr. | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DÜLGER, Murat Volkan | Doç. Dr. | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ERDAĞ, Ali İhsan | Doç. Dr. | Avukat, Ankara Barosu |
| ERDEM, Mustafa Ruhan | Prof. Dr. | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ERİŐ, A. Uğur | Dr. Öğr. Ü. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| FEYZİOĞLU, Metin | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÖKTÜRK, Neslihan | Doç. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| | | |
|---|-------------|--|
| GÜLŞEN, Recep | Prof. Dr. | İğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi |
| GÜNGÖR, Devrim | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| HAFIZOĞULLARI, Zeki | Prof. Dr. | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KARAKEHYA, Hakan | Doç. Dr. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KATOĞLU, Tuğrul | Prof. Dr. | Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KOCA, Mahmut | Prof. Dr. | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KOÇAOĞLU, Serhat Sinan | Doç. Dr. | Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZBEK, Veli Özer | Prof. Dr. | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZEN, Muharrem | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZGENÇ, İzzet | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZTÜRK, Bahri | Prof. Dr. | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| SIRMA GEZER, Özge | Dr. Öğr. Ü. | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| SOYASLAN, Doğan | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ŞAHİN, Cumhuri | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ŞEN, Ersan | Prof. Dr. | Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TAŞKIN, Ozan Ercan | Dr. Öğr. Ü. | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TEZCAN, Durmuş | Prof. Dr. | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TOROSLU, Nevzat | Prof. Dr. | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÜNVER, Yener | Prof. Dr. | Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÜZÜLMEZ, İlhan | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi | | |
| ÇEÇEN, Anıl | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E) |
| GEMALMAZ, Haydar Burak | Doç. Dr. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜNEŞ, Ahmet Mithat | Doç. Dr. | Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| HASPOLAT, Mehmet Emin | Doç. Dr. | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| MUMCUOĞLU, Maksut | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E) |
| ÖZKAZANÇ, Alev | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E) |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi | | |
|---------------------------------------|-------------|--|
| ATILGAN, Eylem Ümit | Doç. Dr. | Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KAYA, Emir | Doç. Dr. | Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KUÇURADİ, İonna | Prof. Dr. | Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E) |
| ÖKÇESİZ, Hayrettin | Prof. Dr. | |
| UYGUR, Gülriz | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÜYE, Saim | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YÜCEL, Mustafa Tören | Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Hukuk Tarihi | | |
| AVCI, Mustafa | Prof. Dr. | Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KONAN, Belkis | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| İdare Hukuku | | |
| AKINCI, Müslüm | Prof. Dr. | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ARDIÇOĞLU, M. Artuk | Dr. Öğr. Ü. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ASLAN, Zehrettin | Prof. Dr. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ATAY, Ender Ethem | Prof. Dr. | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜLAN, Aydın | Prof. Dr. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| GÜNDAY, Metin | Prof. Dr. | Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha | Dr. Öğr. Ü. | MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| KENT, Bülent | Prof. Dr. | Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ODYAKMAZ, Zehra | Prof. Dr. | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| OZANSOY, Cüneyt | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| ÖZTÜRK, Kaya Burak | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| SAYGIN, Engin | Doç. Dr. | Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| SEZGİNER, Murat | Prof. Dr. | Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| TEKİNSOY, M. Ayhan | Doç. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| YILDIRIM, Turan | Prof. Dr. | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

| Mali Hukuk | | |
|-----------------------------|-------------|--|
| AÇAR, Serkan | Dr. | Avukat / Ankara Barosu |
| AKKAYA, Mustafa | Prof. Dr. | Atılım Hukuk Fakóltesi |
| BAYAR, İbrahim Nihat | Dr. ÖĞr. Ü. | TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi |
| GÖKER, Cenker | DoÇ. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |
| Milletlerarası Hukuk | | |
| ABDULLAHZADE, Cavid | DoÇ. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |
| AKİPEK, Serap | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |
| AKSAR, Yusuf | Prof. Dr. | Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |
| BAŐEREN, SertaĐ Hami | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi |
| BOZKURT, Enver | Prof. Dr. | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |
| KESKİN, Funda | Prof. Dr. | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi |
| TÜTÜNCÜ, Ayşenur | Prof. Dr. | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi |

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR
<https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğünün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAĞKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Gerik Kabul Anlaşması'nın Uygulanmasının
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi 1
Dr. Ümit KILINÇ

6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen
Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması 37
Dr. Selman ÖZDEMİR

Türk Soylu Yabancıların Çalıştırılabilirliğine İlişkin
Kanun'un Eleştirisi: Yabancı Mı Yurttaş Mı? 77
Arş. Gör. Şeyma SAĞDIÇ

Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde
Cerrahin Yükümlülükleri 101
Av. Munise Gülen KURT

Mimarlık ve Hukuk İlişkisi Bağlamında
Ankara Adliyesi Balgat Ek Hizmet Binası Üzerine Notlar 135
Dr. Öğr. Ü. Duygu HATIPOĞLU AYDIN

MAKALELER (ARTICLES)

Özel Olan Politiktedir: Medeni Kanunun “Süresiz Nafaka”
Düzenlemesi İkinci Dalga Feminizmin Anti-Liberal Bir Mirası Mı,
Yoksa Hak Arama Hürriyetinin Asgari Ölçüde Bir Tezahürü Mü? 175
Av. Hilal YURT

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
7. Maddesine Dair Bir İnceleme 183
Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL

Ceza Hukukunda Zamanaşımı Kurumu ve İnfaz Zamanaşımı 201
Burak ALBAYRAK

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Kıymetli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu Dergisi'nin bir önceki sayısında baroların yapısının değiştirilmesine yönelik düzenlemelere ilişkin söylemlerin yeniden gündeme taşındığından söz etmiştim.

Avukatlık Kanunu Tasarısı ile kamu hizmeti niteliğinde serbest bir meslek olan avukatlık mesleğinin tüm temelleri alt üst edilerek avukatların bağımsızlığı ortadan kaldırılmak istenmektedir.

Karanlığa ve toplumun her bir parçasını birbiri karşısında ötekileştirmeye yönelik olan kutuplaştırma tutumuna karşı "Savunmayı Savunmak" zorunda kaldık. Baro Başkanlarımızın temsili yürüyüşlerindeki amaç, baroların ve haliyle savunmanın siyasallaşmasına ve bağımsızlığını yitirmesine sebebiyet verecek bu girişimin vatandaşa vereceği zararlara dikkat çekmekti.

Ne var ki; demokratik ve hukuka uygun tüm eylem ve söylemlerimiz tarifsiz baskılarla engellenmeye kalkışıldı. Önceki Başkanlarımızdan Sayın Av. Atılâ Sav'ın da söylediği gibi "Avukatlık mesleği, Cumhuriyet'in hukuk devriminin oluşturduğu bir kurumsallaşmadır."

Biz avukatlar, asla güce biat etmeyiz çünkü kutsal mesleğimizin sembolü olan cübbelerimizde düğme dahi yoktur. Çünkü bizim cübbelerimiz, altına kimsesiz çocukların, öldürülen mazlumların, yakılmış ormanların, talan edilen çevrenin ve ortadan kaldırılmak istenen koca bir adalet sisteminin barınağı, çatısı, kalkanıdır. Savunma etiğinin bir yansıması olarak bizler savunmayı savunduk ve hep savunacağız.

Dergimiz de savunma etiğinin başka bir yansımasını ortaya koymaktadır. Bilimsel açıdan mesleğimizin beslenmesine, gelişmesine katkı sunan yeni makaleleri sizlere takdim etmekten kıvanç duyuyorum.

"Geri Kabul Anlaşması'nın Uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", "6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması", "Türk Soylu Yabancıların Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un Eleştirisi: Yabancı Mı Yurttaş Mı?", "Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahın Yükümlülükleri", "Mimarlık ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Ankara Adliyesi

Balgat Ek Hizmet Binası Üzerine Notlar”, “Özel Olan Politikdir: Medeni Kanunun “Süresiz Nafaka” Düzenlemesi İkinci Dalga Feminizmin Anti-Liberal Bir Mirası Mı, Yoksa Hak Arama Hürriyetinin Asgari Ölçüde Bir Tezahürü Mü?”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. Maddesine Dair Bir İnceleme” ve “Ceza Hukukunda Zamanaşımı Kurumu ve İnfaz Zamanaşımı”.

Emeği geçenlere teşekkürlerimle...

Av. R. Erinç SAĞKAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles



GERİ KABUL ANLAŞMASI'NIN UYGULANMASININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Ümit KILINÇ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0868-0763>

DOI: 10.30915/abd.745805

Makalenin Geldiği Tarih: 26.02.2020 **Kabul Tarihi:** 26.04.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Strasbourg Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi ve Strasbourg Barosu üyesi. Bu makale, 27 Şubat 2015 tarihinde Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından organize edilen uluslararası sempozyumda yapılan “Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki İçeriği ve AİHM açısından Geri Kabul Anlaşması” başlıklı sunuşun güncellendirilmiş ve detaylandırılmış halidir.

ÖZ

1 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği ile Türkiye arasında kamuoyunda Geri Kabul Anlaşması olarak bilinen yasadışı bir şekilde taraf devlet topraklarında bulunan kişilerin geri gönderilmesi anlaşması karşılıklılık temeline dayanarak, Türkiye'ye veya AB'ye üye ülkelerden birine kaçak olarak giren veya kaçak duruma düşen kişilerin, belirli şartlar ve kurallar çerçevesinde ilk girdiği ülkeye geri gönderilmesini amaçlamaktadır. Bu Anlaşmada Türkiye tarafından verilen tavizlere karşılık olarak AB, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda Türkiye vatandaşlarına vize muafiyeti uygulamayı taahhüt etmiştir. Geri Kabul Anlaşması'nın imzalanmasıyla Türkiye, kaçak göçmenin geldiği ülkeye geri gönderilmesi ile ilgili AB göç politikasına dâhil edilmiştir. Ancak AİHM birkaç kararında, bu göç politikasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olabileceğine karar vermiştir. Bu çalışmada ele alınacak konu, bu Anlaşmanın uygulanmasını AİHM içtihatları ışığında değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: AİHM, Geri Kabul Anlaşması, Dublin yönetmeliği, Cenevre Sözleşmesi, Mülteci.

ANALYSIS OF THE AGREEMENT ON THE READMISSION
OF PERSONS RESIDING WITHOUT AUTHORISATION
IN LIGHT OF EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Coming into force on 1 October 2014, the Agreement between the European Union and Turkey on the readmission of persons residing without authorization provides for the reciprocal readmission of persons who entered and remained in Turkey or in a European country irregularly under certain conditions. In return for the concessions given by Turkey, the EU has accepted waiving of the visas for Turkish citizens provided certain conditions are met. After the signing of the Agreement on the readmission of illegal residents, Turkey has become part of the EU's immigration policy that provides for the return of the asylum seeker to the first European country to receive them. However, in certain judgments, the ECHR considered that this immigration policy could be contrary to the European Convention on Human Rights. The subject of this study is the analysis of the application of this Agreement in light of the case law of the ECHR.

Keywords: ECHR, Agreement on the readmission, Dublin Regulation, Geneva Convention, Refugee.

GİRİŞ

16 Aralık 2013 tarihinde Avrupa Birliği (“AB”) ile Türkiye arasında kamuoyunda Geri Kabul Anlaşması olarak bilinen, yasadışı bir şekilde taraf devlet topraklarında olan kişilerin geri gönderilmesi anlaşması (“*Accord entre l’Union européenne et la Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*” – “*Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without autorisation*”) imzalanmıştır^[1]. Bu Uluslararası Anlaşma^[2], AB Konseyi’nin 14 Nisan 2014 tarihli kararıyla Birlik adına kabul edilmiş ve taraflar için 1 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir^[3].

Geri Kabul Anlaşması^[4], Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka dışında diğer tüm Avrupa Birliği ülkelerini kapsamaktadır^[5]. Bu Anlaşma, karşılık-

-
- [1] Geri Kabul Anlaşmasının İngilizce ve Fransızca metni AB Resmi Gazetesinin 7 Mayıs 2014 tarih ve L 134 sayısında yayınlanmıştır. Metne (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:134:FULL>) ve (http://www.info-droits-et-rangers.org/pdf/accord_UETURQUIE.pdf) adreslerinden ulaşılabilir.
- [2] İlke GÖÇMEN, “Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının hukuki yönden analizi“, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 13, No:2, 2014, s. 23.
- [3] Geri Kabul Anlaşması Türkiye’ye 4 Mart 2003 tarihinde önerilmiştir. Uzun görüşmelerden sonra 21 Haziran 2012 tarihinde anlaşma taraflar arasında paraflanmış ve 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanmıştır. Geri Kabul Anlaşmasına göre, üçüncü ülke vatandaşları ile vatansız kişilerin geri kabulü ile ilgili yükümlülükler metnin yürürlüğe giriş tarihinden üç yıl sonra uygulanabilecektir.
- [4] Geri kabul anlaşmaları AB’nin göç politikasında geliştirdiği ve 1990’lı yıllardan sonra yoğun bir şekilde uyguladığı bir yöntemdir. Bu anlaşmalardaki amaç, göçmenlerin geldiği/geçtiği ülkeye geri dönmelerini sağlamak ve bu şekilde göçmen akınlarını kontrol altında tutmaktır. Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna göre, kişiler kendi ülkelerine dönme hakkına sahiptirler ve devletler kendi vatandaşlarını kabul etme yükümlülüğü altındadırlar. Ancak geri kabul anlaşmaları devletlerin kişilerin iradesi dışında vatandaşlarını veya yabancıları kabul etme yükümlülüğü ile ilgilidir. AB kapsamında ilk geri kabul anlaşmaları üye devletler arasında yapılmış ve sonradan sınırların ortadan kaldırılması ile birlikte bu anlaşmalar üye olmayan devletlerle de yapılmaya başlanmıştır. Bu konuda daha detaylı açıklama ve geri kabul anlaşmalarının AB kapsamında tarihsel süreç içinde uygulanma yöntemleri için, bkz. Kerem BATIR, “Avrupa Birliği’nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye İle AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2017, Cilt: 15, Sayı: 30, ss. 586-596.
- [5] Birleşik Krallık ve İrlanda, AB’nin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı bakımından farklı kurallara tabi olduklarından, Birlik tarafından yapılan geri kabul anlaşmaları

luluk temeline dayanarak, Türkiye'de veya AB'ye üye ülkelerden birine kaçak olarak giren veya kaçak duruma düşen kişilerin, belirli şartlar ve kurallar çerçevesinde ilk girdiği ülkeye geri gönderilmesini amaçlamaktadır^[6]. Bu geri gönderme işlemi sadece üçüncü ülke vatandaşlarını değil, aynı zamanda Türk vatandaşları, AB'ye üye bir ülkenin vatandaşları ve vatansızlar da Geri Kabul Anlaşması çerçevesinde geri gönderilebilmektedirler. Bununla birlikte geri gönderme işlemi sadece, kaçak durumda yaşayan veya kaçak duruma düşen şahısları değil, aynı zamanda onların çocuklarını ve eşlerini de kapsamaktadır^[7]. Geri Kabul Anlaşmasının hükümleri vatansızlara ve Türkiye'nin geri kabul anlaşması imzaladığı üçüncü ülke vatandaşlarına Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanacaktır. Buna karşın, geri kabul hükümleri Türkiye üzerinden AB'ye kaçak yollarla giden diğer üçüncü ülke vatandaşlarına Anlaşma'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıl sonra uygulanacaktır^[8].

Türkiye kendi vatandaşları için, Geri Kabul Anlaşması'nın Giriş bölümüne bir hüküm koymuştur. Bu hükme göre, bu Anlaşma'nın Türkiye ve AB arasında imzalanan 1963 tarihli Ankara Anlaşmasından, Katma Protokollerden, Ortaklık Konseyinin kararlarından ve Avrupa Birliği Adalet Divanının kararlarından çıkan haklara hanel getiremeyeceği ifade edilmiştir^[9]. Buna karşılık, bu durumlar dışında kalan ve Avrupa'da yasalara aykırı bir şekilde kalan vatandaşlar, Türkiye'ye geri gönderilebilecektir.

Bu Anlaşma'da öngörülen tavizlere karşılık olarak AB, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda Türkiye vatandaşlarına vize muafiyeti uygulamayı

bu iki ülkeyi zaten bağlamamaktadır. Danimarka ise Schengen sistemine çekince koyduğundan, Geri Kabul Anlaşması bu ülkeye de uygulanmamaktadır (Avrupa Birliği Bakanlığı, "Türkiye-AB vize muafiyeti süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları", Ankara, 2013, s. 2. Bu kaynağa (<http://www.ab.gov.tr>) sitesi üzerinden ulaşılabilir).

[6] Bkz., Anlaşmanın Giriş bölümü, parag. 2.

[7] Türkiye tarafından kabul edilecek üçüncü ülke vatandaşları, vatansızlar ile bunların eşleri ve çocukları için, bkz, Anlaşmanın 3. ve 4. maddeleri. AB tarafından kabul edilecek üçüncü ülke vatandaşları, vatansızlar ile bunların eşleri ve çocukları için, bkz, Anlaşmasının 5. ve 6. maddeleri.

[8] Bkz., Anlaşmanın 24. maddesi.

[9] Bkz., Anlaşmanın Giriş bölümü, parag. 5.

taahhüt etmiş ve bu konuda taraflar arasında bir yol haritası belirlenmiştir^[10]. Bununla birlikte, AB Geri Kabul Anlaşmasında belirtilen geri gönderme işlemlerinin sağlıklı yapılmasını sağlamak için Türkiye'ye maddi yardımda bulunma taahhüdünde bulunmuştur. Geri Kabul Anlaşmasının AB üye ülkelerinden Türkiye'ye kaçak yollarla gelen ve burada iltica talebinde bulunanların ilgili AB ülkesine de geri gönderilmesini öngördüğü doğrudur. Ancak uygulamada bu çok az rastlanan (hatta hiç rastlanmayan) bir durumdur. Geri Kabul Anlaşmasında önemli olan tek nokta Türkiye üzerinden AB ülkelerine giden yabancıların ve özellikle de Suriyelilerin, Iraklıların, İranlıların ve Afganların Türkiye'ye tekrar geri gönderilmesidir.

Görüldüğü üzere, Türkiye kendi vatandaşlarına AB'ye vizesiz girme hakkını elde etmek için Geri Kabul Anlaşmasını imzalamıştır. Ancak, bu yapılrken Türkiye'ye gelen yabancıların geri kabulü işleminde ortaya çıkacak insan hakları sorunları gözardı edilmiştir. Her ne kadar, Geri Kabul Anlaşmasının Giriş bölümüne^[11] ve 18. maddesine göre, Anlaşma metninin Türkiye'nin uluslararası hukuktan ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ("AİHS" veya "Sözleşme") doğan yükümlülüklerine halel getiremeyeceği dile getirilmişse de, bu hükümlere dayanarak Türkiye'nin kendi ülkesine gönderilen yabancıları reddetme ihtimali yoktur. Türkiye'den geçiş yapan

[10] Bilindiği üzere, uzun yıllar Türk vatandaşları Avrupa'ya vizesiz bir şekilde seyahat edebiliyorlardı. Vizesiz seyahat hakkı, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve 1958 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Üyeleri Arasında Şahısların Serbest Dolaşımı Sözleşmesi ile Konseye üye ülkeleri için kabul edilmiştir. Çok sayıda Türk vatandaşının gelmesi ve kaçak işçi sayısının artmasından dolayı Almanya, 1980 yılında söz konusu Sözleşmeyi askıya aldığı bildirmiş ve Türk vatandaşlarına vize uygulaması getirdiğini belirtmiştir. Almanya'yı Fransa, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda takip etmiştir. 1963 tarihli Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi kararlarıyla işçilere ve ailelerine tanınan haklar dışında Türk vatandaşları Avrupa'ya vizesiz girememektedir (Işıl ÖZKAN, "Türk vatandaşlarının Avrupa ülkelerine giriş hakkı ve vize sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 420-421; Sibel ÖZEL, "Geri Kabul Anlaşması karşılığında Türk vatandaşlarının AB üyesi ülkelere vizesiz seyahat edeceği iddiasının açıklanmalı yol haritası hükümleri çerçevesinde ele alınması", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 15-16; Melih ÖZSÖZ, "Türk vatandaşlarının vizesiz Avrupa yolculuğu: Geri Kabul ve Sonrası", **Ankara Üniversitesi Jean Monnet Kürsüsü Konferans Dizisi**, 2013-2014, s. 135-136).

[11] Bkz., Anlaşmanın Giriş bölümü, parag. 3.

ve sonrasında geri gönderilen tüm yabancıların sayısı dikkate alındığında^[12], bunların insani şartlarda kalmasını sağlamanın çok zor olduğunu ve bu durumun insan hakları ihlallerine neden olabileceğini söylemek mümkündür.

Bu çalışmada, Geri Kabul Anlaşmasının Ankara Anlaşması açısından değerlendirilmesine ve bu Anlaşma ile Türk vatandaşlarının haklarına zarar verilip verilmediği hususuna değinilmeyecektir. Aynı şekilde, Türk vatandaşlarına vizesiz Avrupa'da seyahat etme hakkı verilmemesi ve bununla ilgili nedenler tartışılmayacaktır^[13]. Buna karşın bu çalışmada ele alınacak konu, hangi yönlerden Geri Kabul Anlaşmasının uygulanması ile geri gönderilecek şahısların haklarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") önünde sorun çıkarabileceğidir. Öncelikle Geri Kabul Anlaşması'nın imzalanmasıyla Türkiye, kaçak göçmenin geldiği ülkeye geri gönderilmesi ile ilgili AB göç politikasına dâhil edilmiştir (I). AİHM birkaç kararında, bu göç politikasının Sözleşme'ye aykırı olabileceğine kanaat getirmiştir. Bu kararlardan hareketle, göçmenlerin Türkiye'ye geri kabulünde ciddi insan hakları sorunlarının ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür (II).

[12] Türk Kızılayı Göç ve Mülteci Hizmetleri Müdürlüğünün 2017 yılı göç istatistik raporuna göre, 2015 yılında 856 723 kişiden fazla yabancı Türkiye üzerinden Yunanistan'a geçmiştir. Bu sayı 2016 yılında 123 246 kişiye düşmüştür (https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/38492657_2017-yili-goc-istatistik-raporu-ocak-2018.pdf). Bu düşüşün nedenlerinin başında Türkiye'nin Geri Kabul Anlaşmasını uygulamaya başlaması yatmaktadır (Tülay Yıldırım MAT ve Selman ÖZDAN, "AB ile Türkiye arasındaki Geri Kabul Anlaşması'nın İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 37). Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne göre, 4 Nisan 2016 tarihinden itibaren AB ülkelerinden Türkiye'ye geri gönderilen yabancı sayısı 1 891 kişidir (bkz. Genel Müdürlüğünün resmi internet sayfası <https://www.goc.gov.tr/geri-alim>).

[13] Bu konuda, bkz., Melike AKKARACA KÖSE, "Geri Kabul Anlaşması ve Vizesiz Avrupa:Türkiye'nin Dış Politika Tercihlerini Anlamak", **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Eylül 2015, s. 195-214.

I. GERİ KABUL ANLAŞMASIYLA TÜRKİYE’NİN AVRUPA BİRLİĞİ GÖÇ POLİTİKASINA DÂHİL EDİLMESİ

Geri Kabul Anlaşması ile Türkiye, Dublin sistemi olarak bilinen^[14] kaçak göçmenin ilk geldiği ülkeye gönderilmesi göç sistemine dâhil edilmiştir (A). Ancak bu sistem, AİHM önünde ciddi bir şekilde incelenmiş ve mültecilerin ilk geldikleri ülkeye gönderilmelerinin AİHS’e aykırı olabileceğine karar verilmiştir (B).

A. Göçmenin İlk Geldiği Ülkeye Gönderilmesini Öngören Dublin Sistemi

1999 yılında Tampere’de düzenlenen Avrupa Konseyi^[15] toplantısından beri, AB tüm üye ülkeler için ortak bir göç politikası oluşturmuştur. Bu amaçla ilk adım olarak, politik göçmenlerin kabulü ile ilgili minimum standartlar oluşturulmuş, hangi şartlarda politik göçmen statüsünün verileceği belirtilmiş ve hangi devletin politik iltica talebini nasıl değerlendireceği açıkça dile getirilmiştir. Avrupa Konseyi tarafından 18 Şubat 2003 tarihinde kabul edilen Dublin Yönetmeliği, politik iltica talebinin hangi devlet tarafından incelenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre, iltica talebi şahsın Avrupa’ya ilk giriş yaptığı ülke makamları tarafından değerlendirilecek ve başka devletler sonradan yapılacak iltica taleplerini incelemeyen, ilgili şahsı ilk geldiği devlete geri gönderecektir. Bu Yönetmelik (Dublin II), 1990 yılında imzalanan Dublin Sözleşmesinin yerine geçmiş olup, tüm AB devletleri ile birlikte Norveç, İsviçre ve İzlanda’da da uygulanmaktadır.

Dolayısıyla, iltica talebinde bulunan şahsı ilk defa hangi ülkenin topraklarına girmişse veya hangi ülkeden vize almışsa, o ülke iltica talebini değerlendirmekle yetkilidir. Yetkisiz bir ülkede iltica başvurusunda bulunulması halinde, yetkili olan ülkenin makamlarından ilgili şahsın iltica talebini incelemeyi kabul edip etmeyeceği sorulur. 2 ay içinde olumlu cevap verilmesi halinde iltica talebinde bulunan şahsı, yetkili olan ülkenin makamlarına

[14] Dublin sistemi ile ilgili tüm bilgilere Avrupa Komisyonunun bu konuya ayrılmış resmi internet sayfasından ulaşılabilir: (https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants_en).

[15] Burada kastedilen Avrupa Birliği’nin organı olan ve üye devletlerin bakanlarından oluşan AB Konseyidir (*The Council of the European Union*). Bilindiği üzere, bu kurum Türkçe’de aynı ismi taşıyan ve bir uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi’nden (*The Council of Europe*) farklıdır.

gönderilir. Buna karşın 2 ay içinde olumlu cevap verilmezse veya olumlu cevaba rağmen geri gönderme işlemi 12 ay içinde yapılmazsa, yetkisiz olan ülke iltica talebini incelemek zorundadır.

Ancak, iltica talebinde bulunulan şahsın ilk geldiği ülkeye gönderilmesi kural olmakla birlikte bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır: Dublin Yönetmeliği'nin 3. maddesine göre, devlet ilgili şahsın iltica talebini kendisinin değerlendireceğine karar verebilir ve şahsı ilk geldiği ülkeye göndermeme kararı verebilir. Bu hükme “egemenlik hükmü” denilmektedir. Ayrıca, yine ilgili devlet, iltica talebinde bulunan bir ailenin değişik ülkelerde olması ve iltica taleplerinin farklı devletler tarafından incelenmesi durumunda, insani nedenlerle iltica talebinde bulunan şahsı ilk geldiği ülkeye göndermeyebilir ve iltica talebini kendisi incelemeye karar verebilir. Bu hükme “insancıl hüküm” denilmektedir.

Bir yabancıнын önceden başka bir AB ülkesinde iltica talebinde bulunup bulunmadığı nasıl tespit edilebilir? Tüm üye ülkelerde iltica talebinde bulunanların parmak izlerinin kaydedildiği Erodac sistemi bu bilgiyi sağlayabilmektedir. Dolayısıyla, Eurodac sistemi olmadan, bir şahsın daha önce nerede iltica talebinde bulunduğunu bilmek mümkün değildir. Dublin Yönetmeliği Erodac sistemi ile daha etkili hale gelmiştir. Dikkat edileceği üzere, Geri Kabul Anlaşması aynen Dublin Yönetmeliğinin öngördüğü gibi iltica talebinin şahsın ilk gittiği ülke tarafından incelenmesini öngörmektedir. Geri Kabul Anlaşmasıyla Türkiye üzerinden AB üye ülkelerine giden ve oralarda iltica talebinde bulunanlar otomatik olarak Türkiye'ye geri gönderileceklerdir.

Ancak, Dublin Yönetmeliği ile oluşturulan sistem AİHM'nin denetiminden geçmiş ve AİHM bu sistemin Sözleşmeye aykırı olabileceğine karar vermiştir.

B. Göçmenin İlk Geldiği Ülkeye Gönderilmesini Öngören Dublin Sistemi Konusunda AİHM'nin Değerlendirmesi

Kaçak göçmenin ilk geldiği ülkeye gönderilmesini öngören Dublin sistemi konusundaki ilk değerlendirmeyi AİHM, *T.I./Birleşik Krallık*^[16] davasında yapmıştır. Bu davada Srilanka vatandaşı olan başvurucu önce Almanya'da

[16] AİHM, *T.I./Birleşik Krallık*, n° 43844/98, 3 Temmuz 2000 tarihli kabul edilemezlik kararı.

politik iltica talebinde bulunmuş ve sonuç elde edemeyince, Birleşik Krallık topraklarına geçerek orada da aynı talebini yinelemiştir. Dublin sistemini uygulayan Birleşik Krallık başvurusunun talebini incelemeyen kendisini Almanya'ya geri göndermiştir.

Bu davada AİHM, uluslararası bir belgeye dayanarak veya bir uluslararası örgütün kararını yerine getirerek bir kişinin bir devletten başka bir devlete gönderilmesinin, gönderen devletin Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluklarını ortadan kaldırmadığının altını çizmiştir. Mahkeme bu davada, bir şahsı ilk iltica talebinde bulunduğu ülkeye göndermenin, gönderen devletin bu şahsın durumunu değerlendirmekten muaf kıldığını ve gönderen devletin gönderilen devlette işkence veya insanlık dışı muameleye maruz kalıp kalmadığını incelemek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu tespitlerden sonra AİHM, bu davada Almanya'nın Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Birleşik Krallık için de başvurusunun Almanya'da kötü muamele göreceği riski olmadığından aynı sonuca varmıştır.

T.I./Birleşik Krallık kararından sonra AİHM, Dublin sistemine *K.R.S./Birleşik Krallık*^[17] davasında tekrar eğilmiştir. Bu dava Yunanistan'dan Birleşik Krallık topraklarına gelen İran kökenli bir şahsın ilk geldiği ülkeye gönderilmesi ile ilgilidir. Mahkeme, Yunanistan'da başvurusunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamele göreceğini ortaya koyan bir durum olmadığını belirterek, gerek Yunanistan ve gerekse Birleşik Krallık açısından başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'in Dublin sisteminin uygulanmasının Sözleşme anlamında sorun çıkardığını belirttiği ilk karar *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*^[18] davasıdır. Bu davada Afgan vatandaşı olan başvuru, İran ve Türkiye üzerinden Yunanistan'a geçmiş, burada parmak izleri alınmış ve bir hafta tutulduktan sonra iltica talebinde bulunmadan bu ülkeden ayrılmıştır. Başvuru sonradan Fransa üzerinden Belçika'ya geçmiş ve burada iltica talebinde bulunmuştur. Parmak izlerinin alınmasından sonra, başvurusunun daha önce Yunanistan'a gittiği anlaşılmıştır. Başvuru Belçika'da iken Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Belçika Mülteciler Bakanına bir

[17] AİHM, *K.R.S./Birleşik Krallık*, n° 32733/08, 2 Aralık 2008 tarihli kabul edilemezlik kararı.

[18] AİHM, *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, n° 30696/09, 21 Ocak 2011 tarihli karar.

mektup yazıp Yunanistan'daki ilticacıların çok zor şartlarda kaldığını belirtmiş ve bunların bu ülkeye gönderilmemesi talebinde bulunmuştur.

Buna rağmen Belçika, başvurunun iltica talebini değerlendiremeyeceğine ve Dublin Yönetmeliğine göre başvurunun Yunanistan'a geri gönderilmesine karar vermiştir. Ayrıca, Belçika makamları Yunanistan'ın mülteciler ile ilgili Birleşmiş Milletler Cenevre Sözleşmesine uygun davranmayacağını gösteren bir durumun olmadığı belirtmişlerdir. Başvurucu verilen karara hemen itiraz etmiş ve Yunanistan'a gönderilme durumunda işkence ve kötü muameleyi yasaklayan AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edileceğini öne sürmüştür. Bu başvuru başvurunun avukatı gelmediği için reddedilmiş ve yaptığı ikinci başvurusu da reddedildikten sonra başvuru Yunanistan'a gönderilmiştir.

Atina Uluslararası Havalimanına getirilen başvuru, burada yirmiye yakın kişinin kaldığı küçük bir odaya konulmuş, burada polislerin keyfi muamelelerine göre tualete gidilebilmiş, temiz havaya çıkamamış, kendisine çok az yemek verilmiş ve kirli yataklarda ve hatta yerde yatmak durumunda kalmıştır. İltica talebinde bulunduktan sonra başvuru serbest bırakılmış ve kendisine iltica kartı verilmiştir. Başvuru parası olmadığı için Atina'da, politik ilticacıların yaşadığı bir parkta yaşamaya başlamıştır. Sonrasında AİHM, başvuru için Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesini^[19] uygulamış ve Yunanistan'a, AİHM önündeki dava bitmeden başvurucuyu Afganistan'a göndermeme talimatı vermiştir.

O arada başvuru, Yunanistan'dan ayrılmak isterken sahte belgelerle Atina Havalimanında yakalanmıştır. Başvuru burada polisin kötü muamelesine maruz kaldığını ve hiçbir şekilde bu şartlarda yaşayamayacağını belirtmiştir. Yargılama sonunda kendisine 2 ay hapis cezası verilmiş ve cezası ertelenmiştir. Sonrasında ise başvuru İtalya'ya gitme girişiminde bulunmuş ve Yunan polisi tarafından tekrar yakalanmıştır. Yunan polisi başvurucuyu Türkiye'ye bırakmak için sınıra götürmüştür ancak, bundan vazgeçmek zorunda kalmıştır.

AİHM öncelikle davayı Yunanistan bakımından ele almış ve Yunanistan'ın Atina Havalimanındaki tutulma şartlarından ve başvurunun barınma ve

[19] İçtüzüğün bu maddesine göre AİHM, tarafların yararı ve yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesi için geçici tedbirler almaya karar verebilir. Bu hüküm, Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddelerinin uygulandığı sınır dışı/iade davalarında ve çocuk kaçırma davalarında uygulanmakta ve yargılama sonuna kadar başvurucuların/çocuğun iadesini durdurma amacı taşımaktadır.

kendi günlük ihtiyaçlarını karşılayamamasından dolayı işkence ve kötü muameleyi yasaklayan Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca, Yunanistan'daki mültecilerin kabulü ve iltica başvurularının incelenmesi ile ilgili prosedürün Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili başvuru yolu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'nin Yunanistan ile ilgili verdiği karar, konu ile ilgili genel içtihatlar çerçevesinde verilmiştir.

Bu davanın önemli tarafı, Dublin sistemini tamamen uygulayan Belçika'nın başvurucağı Yunanistan'a gönderdiği için aynı şekilde Sözleşme'nin 3. maddesine göre mahkûm edilmesidir. Belçika, AİHM önünde AB Hukukunu ve Dublin Yönetmeliğini uyguladığını ve dolayısıyla devlet olarak Birlik hukukunu uyguladığı için Sözleşme anlamında sorumlu olmadığını öne sürmüştür. Mahkeme, Dublin Yönetmeliği'nin 3. maddesinde öngörülen "egemenlik hükmüne" göre taraf devletlerin kendi topraklarında olan yabancıyı ilk geldiği ülkeye göndermeme yetkileri olduğunu ve Belçika'nın Yunanistan'daki tutulma şartlarını bildiği halde başvurucağı Yunanistan'a göndermesinden dolayı Sözleşme anlamında sorumlu olduğu sonucuna varmıştır^[20].

AİHM, Yunanistan'ın Dublin sistemini uygulamada sorunlar yaşadığının uluslararası kuruluşların raporlarından anlaşıldığını ve bu raporların düzenli bir şekilde yayınlandığını gözlemledikten sonra, Belçika'nın bu durumu bilmemeziğinden gelemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yunanistan'daki şartlar konusunda Belçika'daki göçmenlik ile ilgili bakanı uyarmıştır. Yunanistan tarafından verilen diplomatik güvenceler yetersizliği bir yana, bu güvenceler genel kalıplaşmış ifadeler kullanılarak başvurucağının sınırışı edilmesinden sonra verilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, Belçika makamlarının başvurucağının Yunanistan'a gönderilmesi halinde insanlıkdışı ve onurkırıcı muameleye maruz kalacağını bildikleri veya bilmeleri gerektiğine karar vermiş ve bu nedenden dolayı Belçika'nın Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır^[21].

[20] Bazen de Dublin Yönetmeliğinde öngörülen prosedürün uygulanmaması nedeniyle AİHM taraf devleti mahkûm edebilmektedir. AİHM, *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan* (n° 16643/09, 21 Ekim 2014 tarihli karar) davasında başvurucağının iltica talebini almayan ve onları hemen Yunanistan'a gönderen İtalya'yı mahkûm etmiş ve Sözleşme'nin 3. maddesi, 13. maddesi ve 4 Nolu Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

[21] AİHM tarafından verilen bu karara dayanan Avrupa Birliği Adalet Divanı, Dublin Yönetmeliğinin uygulanması konusunda benzer bir sonuca varmıştır (ABAD, *N. S.*

Dublin sistemi ile ilgili olarak AİHM'nin *M.S.S.* kararında vardığı sonuç, *Tarakhell/İsviçre*^[22] kararında teyit edilmiştir. Bu davada AİHM, AB üyesi olmayan ama Dublin sistemine dâhil olan İsviçre'nin başvurusuyu tutulma şartlarının kötü olduğu İtalya'daki bir tutulma kampına göndermesinin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir^[23]. AİHM, *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan* davasında açıkça, Dublin sisteminin Sözleşme'ye uygun bir şekilde uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Özellikle ayrımcı ve toplu bir şekilde sınırdışı etmenin bu sisteme dayanılarak haklı gösterilemeyeceğini ve iltica talebini inceleyen devletin iltica taleplerini etkin bir şekilde inceleme hakkı vermesi ve başvuru sahiplerinin tehlikede olduğu ülkelere gönderilmemesi için gerekli güvenceleri almaları gerektiğini belirtmiştir^[24].

ve diğerleri, n° C-411/10 ve n° C-493/10, 21 Aralık 2011 tarihli karar).

[22] AİHM, *Tarakhell/İsviçre*, n° 29217/12, 4 Kasım 2014 tarihli karar.

[23] Buna karşın birçok davada AİHM, Dublin sistemine göre başvuru sahiplerinin gönderilmesinin Sözleşme anlamında sorun çıkarmadığı sonucuna varmıştır. *Mohammed Hussein/Hollanda ve İtalya* (n° 27725/10, 2 Nisan 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı) davasında Somali vatandaşı olan başvuru sahibi, Hollanda'dan İtalya'ya gönderilmesinin kendisi ve küçük yaşta çocukları için kötü muamele riski doğuracağını iddia etmiştir. AİHM, İtalya'ya gönderme durumunda böyle bir riskin oluşacağını söylemenin mümkün olmadığını ve İtalya'da mültecilerin genel durumunun da bu davada ihlal kararı vermeye imkân vermediğini belirtmiş ve başvuru sahibinin davasını temelden yoksun olmasından dolayı kabul edilemez bulmuştur. AİHM aynı sonuca *Halimi/Avusturya ve İtalya* (n° 53852/11, 18 Haziran 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı) ve *Abubeker/Avusturya ve İtalya* (n° 73874/11, 18 Haziran 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı) kararlarında da varmıştır. Bir başka davada AİHM, başvuru sahibinin Avusturya'dan Macaristan'a gönderilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal etmediği sonucuna varmıştır zira, Macaristan'da mültecilerin tutulma şartları kabul edilen yasalarla düzeltilmiştir. Örnekler çoğaltılabilir (AİHM, *Sharifi/Avusturya*, n° 60104/08, 5 Aralık 2013 tarihli karar; *Safii/Avusturya*, n° 44689/09, 7 Mayıs 2014 tarihli karar; *Mohammadi/Avusturya*, n° 71932/12, 3 Temmuz 2014 tarihli karar; *S.M.H./Hollanda*, n° 5868/13, 17 Mayıs 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı; *N.A. ve diğerleri/Danimarka*, n° 15636/16, 28 Haziran 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı; *A.M.E./Hollanda*, n° 51428/10, 13 Ocak 2015 tarihli kabul edilemezlik kararı ve *A.S./İsviçre*, n° 39350/13, 30 Haziran 2015 tarihli karar). Buna karşın AİHM, Sudan vatandaşı olan başvuru sahibinin Macaristan'a zorla gönderilmesine karşı başvurabileceği etkin başvuru yolunun olmamasından dolayı Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Mohammed/Avusturya*, n° 2283/12, 6 Haziran 2013 tarihli karar).

[24] AİHM, *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan*, a.g.k.

Sonuç olarak, Geri Kabul Anlaşması ile Türkiye Dublin sistemine dâhil edilerek, Avrupa Birliği ülkelerinin ilgilenmek istemediği yabancıların otomatik olarak Türkiye'ye gönderilmesi sağlanacaktır. Prensip olarak, gönderen ülke "egemenlik hükmüne" dayanarak ilgili şahısları Türkiye'ye göndermekten vazgeçmeyecek ve Türkiye de bu şahısları reddedemeyecektir. Geri Kabul Anlaşmasıyla amaç mültecilerin Avrupa'ya geçerken kullandıkları güzergâh üzerinde bulunan Türkiye'de tutulmasıdır^[25]. Bu durumda bu şahısların insani şartlarda yaşamalarını sağlamak Türkiye'nin görevidir. Türkiye, kendi toprakları üzerinden AB ülkelerine giden tüm mültecilerin insani koşullarda yaşamalarını sağlamak için gerekli şartlara sahip midir? Bu soruya AİHM içtihatları ışığında cevap vermek mümkündür.

II. GERİ KABUL ANLAŞMASIYLA TÜRKİYE'NİN AVRUPA BİRLİĞİ GÖÇ SİSTEMİNE DÂHİL EDİLMESİNİN İNSAN HAKLARI AÇISINDAN ORTAYA ÇIKARABİLECEĞİ SORUNLAR

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, Türkiye'ye gelen yabancıların yakalanması ve sınırdışı edilmesi çok ciddi sorunlara neden olmaktadır. Bu konuda yasal düzenleme bulunmadığı için, AİHM birçok davada yabancı olan başvuru sahiplerinin yakalanmalarının Sözleşme'nin 5/1 maddesine, neden yakalandıklarının kendilerine bildirilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 5/2 maddesine ve yakalanma ve sınırdışı edilme işlemlerine karşı etkili bir başvuru yolunun olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5/4 maddesine aykırılık tespit etmiştir. Bu konuda AİHM tarafından kabul edilen ilke kararı *Abdolkhani ve Krimnia/Türkiye* kararıdır^[26]. Bu davayı başka birçok dava ve ihlal kararı takip etmiştir^[27].

[25] Tülay Yıldırım MAT ve Selman ÖZDAN, a.g.e., s. 45.

[26] AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, n° 30471/08, 22 Eylül 2009 tarihli karar.

[27] Bu konuda bkz. AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, n° 72710/11, 24 Haziran 2014 tarihli karar, §§ 39-50; *Alimov/Türkiye*, n° 14344/13, 6 Eylül 2016 tarihli karar, §§ 38-40; *Aliev/Türkiye*, n° 30518/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar, §§ 54-69; *Musaev/Türkiye*, n° 72754/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar, §§ 29-31; *Amerkhanov/Türkiye*, n° 16026/12, 5 Haziran 2018 tarihli karar, §§ 64-74; *Batyrkhairov/Türkiye*, n° 69929/12, 5 Haziran 2018 tarihli karar, §§ 64-69; *Dbouba/Türkiye*, n° 15916/09, 13 Temmuz 2010 tarihli karar, §§ 50-55; *Charahili/Türkiye*, n° 46605/07, 10 Nisan 2010 tarihli karar, §§ 66-67; *D.B./Türkiye*, n° 33526/08, 13 Temmuz 2010 tarihli karar, §§ 49-55; *Z.N.S./Türkiye*, n° 21896/08, 19 Ocak 2010 tarihli karar, §§ 56-63; *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, n° 32940/08, n° 41626/08, n° 43616/08, 13 Nisan 2010 tarihli karar, §§ 70-80; *Alipour ve Hosseinadgan/Türkiye*, n° 6909/08, n° 12792/08 ve n° 28960/08,

Yeni yasanın Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili sorunları ortadan kaldırdığı doğrudur. Ama başka ciddi sorunları çözdüğünü söylemek mümkün değildir. Geri Kabul Anlaşması ile yabancıların Türkiye'ye geri gönderilmesinin ortaya çıkaracağı insan hakları sorunlarının başında, göçmenlerin tutulma şartları (A) ile yaşama şartları gelmektedir (B).

A. Göçmenlerin Tutulma Koşullarının Ortaya Çıkarabileceği Sorunlar

AİHM içtihatlarına göre, tutulma şartlarının insan onuruna uygun olması gerekmektedir^[28]. İnsan onurunu zedeleyen, insanı aşağılayan tutulma şartları insanlık dışı fiil veya muamele olarak kabul edilmektedir. Hangi tutulma şartlarının AİHS'nin 3. maddesi anlamında insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele sayıldığı konusunda yine *M.S.S.* kararını incelemekte fayda vardır. Hatırlanacağı üzere başvuru Atina Havaalanındaki tutulma şartlarından şikâyet etmiş ve bu şartların AİHS'nin 3. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. AİHM, üye devletler için kaçak göçmen ve politik ilticacıların kabul edilmesinin ortaya çıkardığı zorlukların farkında olduğunu belirtmekle birlikte, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında, bu durumun üye devletleri sorumluluktan kurtarmadığını ifade etmiştir.

13 Temmuz 2010 tarihli karar, §§ 57-58; *Babajanov/Türkiye*, n° 49867/08, 10 Mayıs 2016 tarihli karar, §§ 87-96; *Athary/Türkiye*, n° 50372/09, 11 Aralık 2012 tarihli karar, §§ 31-42; *Ahmadpour/Türkiye*, n° 12717/08, 15 Haziran 2010 tarihli karar, §§ 47-49; *Moghaddas/Türkiye*, n° 46134/08, 15 Şubat 2011 tarihli karar, §§ 42-50; *Kurkaev/Türkiye*, n° 10424/05, 19 Ekim 2010 tarihli karar, §§ 19-20; *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, n° 28127/03, 3 Kasım 2013 tarihli karar, §§ 40-49; *Keshmiri/Türkiye no 2*, n° 22426/10, 17 Ocak 2012 tarihli karar, §§ 27-41; *Ranjbar/Türkiye*, n° 37040/07, 13 Nisan 2010 tarihli karar, §§ 35-43; *T. ve A./Türkiye*, n° 47146/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar, §§ 60-77; *A. D. ve diğerleri/Türkiye*, n° 22681/09, 22 Temmuz 2014 tarihli karar, §§ 112-123; *Asalya/Türkiye*, n° 43875/09, 15 Nisan 2014 tarihli karar, §§ 63-77; Bu davaların bazılarında AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 5/5 maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

[28] AİHM içtihatlarında insan onuru kavramı için, bkz., Constance GREZE, "La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2014, no 3, s. 1-12. Son dönemlerde insan onuru ile ilgili önemli kararlar için, bkz., AİHM, *Bouyid/Belçika*, n° 23380/09, 28 Eylül 2015 tarihli karar, §§ 81-113; *W.D./Belçika*, n° 73548/13, 6 Eylül 2016 tarihli karar, §§ 169-170; *D.M.D./Romanya*, n° 23022/13, 3 Ekim 2017 tarihli karar, §§ 40-53 ve *Marcello Viola/İtalya* (no. 2), n° 77633/16, 13 Haziran 2019 tarihli karar, §§ 113-138.

AİHM başvuruçunun kaçak bir göçmen olmadığını ve Yunanistan'ın kendisinin kimliği konusunda Belçika'dan bilgi aldığını belirtmiş ve buna rağmen kendisine herhangi bir bilgi verilmeden hemen tutulduğunu^[29] söylemiştir. Uluslararası kurumların ve hükümet dışı kuruluşların raporlarına dayanan AİHM aşağıdaki sonuçlara varmıştır:

- Yunanistan'da politik göçmenlerin kendilerine bilgi verilmeden hemen tutulmaları idari bir pratik haline gelmiştir.

- Kötü muamele ile ilgili olarak, her ne kadar bu durum ispatlanmamışsa da uluslararası kuruluşlar, Yunanistan'da politik mültecilere yapılan muameleleri kötü muamele olarak kabul etmiştir. Yine uluslararası kuruluşlar raporlarında Atina Havalimanında tutulma şartlarının kötü olduğunu beyan etmişlerdir^[30]. Politik ilticacıların gerek kendi ülkelerinde ve gerekse gittikleri ülkelerde yaşadıklarından hassas olmalarını dikkate alan AİHM, yukarıda belirtilen tutulma şartlarının insan onuruna aykırı olduğuna karar vermiştir^[31].

[29] Bir hürriyetten mahrumiyet şekli olan tutulma (*retention/rétention*), yabancıların kendi ülkelerine veya başka ülkelere gönderilmeleri için kullanılan bir kavram olup, tutuklamaya (*detention/détention*) oranla daha hafif bir tedbirdir.

[30] Örnek olarak, göçmenlerin içecek suya ve tuvalete erişimlerinin çok zor olduğunu, polislin tuvalete gitmelerini engellediğini ve bazılarının plastik şişelerde tuvalet ihtiyaçlarını karşıladıklarını ve sonradan bunların atıldığını, tuvalete gitme durumunda bile temizliğin olmadığını, 110 m2 de 147 kişinin kaldığını ve her 14 veya 17 kişi için bir yatağın olduğunu ve tutulanlarının çoğunun yerde yattığını, hatta yer sıkıntısından dolayı çok sayıda kişinin uzanamadığı belirtilmiştir.

[31] Tutulma şartlarının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığı konusunda Yunanistan ile ilgili başka kararlar da bulunmaktadır. *S.D./Yunanistan* kararında AİHM, dışarı çıkma ve telefon açma imkânı olmadan ve yeteri kadar temiz olmayan prefabrik bir yerde iki ay süreyle bir politik mültecinin tutulmasının Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır (AİHM, *S.D./Yunanistan*, n° 53541/07, 11 Haziran 2009 tarihli karar). Aynı şekilde AİHM, *Tabesh/Yunanistan* kararında, kapalı bir yerde gezme ve tuvalete gitme imkânı olmayan ve kirli yataklarda yatılan, dinlenme yeri olmayan bir yerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. AİHM yine aynı kararda, politik mülteci olan bir şahsın 3 ay süreyle, hiçbir aktivite olmadan ve yeterli bir şekilde yemek hizmeti verilmeyen polis merkezinde tutulmasının Sözleşmeye aykırı olduğunun altını çizmiştir (AİHM, *Tabesh/Yunanistan*, n° 8256/07, 26 Kasım 2009 tarihli karar). *A.A./Yunanistan* kararında AİHM, temizlik şartlarının çok kötü olduğu, gereğinden fazla sayıda insanın tutulduğu, boş zamanların değerlendirmediği ve yeteri kadar yemek hizmetlerinin

Geri Kabul Anlaşmasında Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine halel getirilmeyeceği belirtilmektedir. Türkiye'nin, AİHS'yi ve uluslararası hukuku öne sürerek, geri gönderme işlemine karşı çıkabilmesi mümkün müdür? Teorik olarak karşı çıkabilmektedir. Ancak uygulamada hiçbir devlet, kendi ülkesinde işkence veya kötü muamele olacağını belirterek bir şahsı kabul etmekten imtina etmez. Ayrıca geri gönderilme isteminin reddedilmesi, Avrupa'ya vizesiz seyahat etmek için hala varolan umutların suya düşmesine neden olacaktır.

Geri Kabul Anlaşması hâlihazırda yürürlükte ve taraflarca uygulanmaktadır. Ancak Türkiye'de yabancıların durumu, tutulma ve barınma şartları AİHS'nin 3. maddesindeki kriterleri karşılamakta mıdır? Geri Kabul Anlaşması, Türkiye'nin AİHS'deki yükümlülüklerine uygun bir şekilde uygulanabilir mi?

Öncelikle, Türkiye'deki yabancıların Sözleşme'ye aykırı bir şekilde sınır-dışı edilebildiklerinin altını çizmekte fayda vardır. *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*^[32] kararında, 12 si çocuk olan 19 yabancı yasaya aykırı bir şekilde alıkonulmuş ve sonrasında zor kullanılarak İran sınırına bırakılmışlardır. Bu yapılırken tüm bu şahısların hangi şartlarda ve nasıl yaşayacakları dikkate alınmamıştır. Bu davranışın insanlıkdışı bir muamele olduğu sonucuna varan AİHM, Türkiye'yi Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılıktan dolayı mahkûm etmiştir. Aynı sonuca AİHM, *Babajanov/Türkiye* davasında, iltica talebi olan ve Türkiye'de ikâmetgâhı olan başvurunun yasaya aykırı bir şekilde, herhangi bir prosedür ve güvence olmadan İran'a gönderilmesinde de varmıştır^[33].

Ayrıca Türkiye'deki bir diğer problem ne yazık ki yabancılara suçlu muamelesi yapılması ve gözaltına alınmalarıdır. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* (2)^[34] kararında AİHM, başvurucuların Hosköy polis karakolunda 3 aya yakın bir süreyle tutulmalarını insanlık dışı ve onur kırıcı muamele

verilmediği bir tutulma yerinin insan onuruna zarar verdiğini belirtmiştir (AİHM, *A.A./Yunanistan*, n° 12186/08, 22 Temmuz 2010 tarihli karar).

[32] AİHM, *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, a.g.k., §§ 28-35.

[33] AİHM, *Babajanov/Türkiye*, a.g.k., §§ 43-49.

[34] AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* (no 2), n° 50213/08, 27 Temmuz 2010 tarihli karar, §§ 29-31.

olarak değerlendirmiştir. Yine aynı şekilde, *Aliev/Türkiye*^[35] ve *Charahili/Türkiye*^[36] kararlarında AİHM, yabancı olan başvurucunun Fatih Polis merkezindeki tutulmalarının ve tutulma şartlarının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Başka davada AİHM, İstanbul Güvenlik Şubesi Yabancılar Birimindeki^[37] ve Yalova Polis Karakolundaki^[38] tutulma şartlarının kötü muamele olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Son olarak, Aksaray Polis Karakolunda başvurucun tutulması, kendisine bilgi verilmemesi ve kendisine etkili bir başvuru hakkının verilmemesinden dolayı *Tanasa/Türkiye* davasında, başvurucu ile dostane çözüm yoluna gidilmiştir. Dostane çözümü dikkate alan AİHM, başvuruyu kayıttan düşürmüştür^[39].

Bilindiği üzere yabancıların ilk tutuldukları yer havalimanlarıdır. Buradaki tutulma yerlerinin insan onuruna uygun olması gerekmektedir. Ama ne yazık ki, *M.S.S.* kararında AİHM'nin Atina havalimanı ile ilgili vardığı sonuç, kapatılan İstanbul Atatürk Havalimanı için de geçerliydi. *AİHM T. ve A./Türkiye*^[40] davasında, başvurucunun tutulduğu Atatürk Havalimanındaki şartların insan onuruna zarar verdiğini belirtmiştir. Mahkeme,

- tutulma yerinde kapasitenin üzerinde insan tutulduğunu;
- kadın ve erkeklerin beraber ve çok dar bir yerde kaldıklarını;
- güneş ışığının ve temiz havanın olmadığını;
- yatma yerinin yetersiz olduğunu ve insanların sırayla yattıklarını belirtmiştir.

Tehrani ve diğerleri/Türkiye^[41] kararında ise AİHM, üç tutulma yerindeki şartların insan onuruna uygun olup olmadığını incelemiştir. Didim ve Kırklareli tutulma yerleri ile ilgili olarak ihlal tespiti yapmayan AİHM, Tunca tutulma yerindeki şartların Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Sonrasında, Tunca tutulma yeri kapatılmıştır. AİHM Kırklareli

[35] AİHM, *Aliev/Türkiye*, a.g.k., §§ 79-88.

[36] AİHM, *Charahili/Türkiye*, a.g.k., §§ 75-78.

[37] AİHM, *Kurkaev/Türkiye*, a.g.k., §§ 31-35.

[38] AİHM, *Boudraal/Türkiye*, n° 1009/16, 28 Kasım 2017 tarihli karar, §§ 27-36.

[39] AİHM, *Tanasa/Türkiye*, n° 37920/11, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

[40] AİHM, *T. ve A./Türkiye*, a.g.k., §§ 91-99.

[41] AİHM, *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, a.g.k., §§ 83-97.

tutulma yerinin 3. maddeye aykırı olmadığını *Z.N.S./Türkiye*^[42] ve *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*^[43] kararlarında da teyit etmiştir. Burada başvuru- rular, tutulma şartları konusunda detay vermekle birlikte, beyanlarını ispatlayacak bilgi/belge sunmaması ve Hükümet tarafından sunulan bilgi/ belgelere de itiraz etmemişlerdir^[44].

Buna karşın AİHM *Yarashonen/Türkiye*^[45] kararında, Kumkapı tutulma yerinin insan onuruna aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu tutulma yeri ile ilgili olarak Mahkeme, tutulan şahısların kapasitenin çok üstünde olduğunu, erkeklerin hiçbir şekilde dışarıya temiz havaya çıkamadığını, kadınların ise bahçeye çıkabildiğini ve ciddi oranda yatak sıkıntısı olduğunu belirtmiştir. Bu davanın bir başka önemi, etkili iç hukuk yolunu zorunlu kılan Sözleşme'nin 13. maddesi ile ilgilidir. Başvurucunun tutulma şartlarının kötü olmasından dolayı idare mahkemesine başvurabileceğini iddia eden Hükümetin talebini reddeden AİHM, tutulma şartlarından dolayı idare mahkemelerine başvurunun etkili bir yol olduğunu gösteren hiçbir karar verilmediğini ve dolayısıyla Türkiye'de bu konuda etkili bir başvuru yolunun olmadığını söylemiştir^[46].

AİHM, *Musaev/Türkiye*, *Amerkhanov/Türkiye* ve *Batyrkhairov/Türkiye* kararlarında aynı nedenlerle yine Kumkapı'daki tutulma şartlarının insan onuruna aykırı olması nedeniyle ihlal kararı vermiştir^[47]. *Asalya/Türkiye* davasında da AİHM, Kumkapı tutulma yerindeki şartların kötü muamele olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir^[48]. Kumkapı tutulma

[42] AİHM, *Z.N.S./Türkiye*, a.g.k., §§ 79-87.

[43] AİHM, *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*, a.g.k., §§ 68-74.

[44] Benzer bir durum için, bkz., AİHM, *Moghaddas/Türkiye*, a.g.k., §§ 51-56.

[45] AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, a.g.k., §§ 74-81.

[46] Mahkemenin Türkiye'de insan onuruna aykırı şartlarda kaldığını iddia eden mültecilere sunulan etkin başvuru yolunun olmadığı sonucuna vardığı başka davalar da bulunmaktadır. Bu konuda bkz., AİHM, *Alimov/Türkiye*, a.g.k., §§ 65-67; *Musaev/ Türkiye*, a.g.k., §§ 53-55; *T. ve A./Türkiye*, a.g.k., §§ 86-87; *Amerkhanov/Türkiye*, a.g.k., §§ 81-84; *Batyrkhairov/Türkiye*, a.g.k., §§ 78-79; *M. B. ve diğerleri/Türkiye*, n° 36009/08, 15 Haziran 2010 tarihli karar, § 40; *Aliiev/Türkiye*, a.g.k., §§ 91-93.

[47] AİHM, *Musaev/Türkiye*, a.g.k., §§ 60-61; *Amerkhanov/Türkiye*, a.g.k., §§ 87-89; *Batyrkhairov/Türkiye*, a.g.k., §§ 80-84.

[48] AİHM, *Asalya/Türkiye*, a.g.k., §§ 47-55.

yeri ile ilgili çok sayıda davada taraflar dostane çözüme varmış ve dosyalar kayıttan düşürülmüştür^[49].

Alimov/Türkiye davasında AİHM, Sabiha Gökçen Havalimanı ve Kumkapı tutulma yeri ile ilgili yabancıların tutulma şartlarını incelemiştir. Her iki yerin insan onuruna aykırı olup olmadığını tespit etmek için AİHM, birçok ulusal ve uluslararası rapora^[50] değinmiş ve başlıca iki sorunun var olduğunu gözlemlemiştir: yer darlığı (*overcrowding*) ve açık havaya erişim. Sabiha Gökçen Havaalındaki yer darlığı ile ilgili olarak Mahkeme, başvuru-

[49] AİHM, *Viskhadziev/Türkiye*, n° 34112/12, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı; *Ashirovi/Türkiye*, n° 81436/12, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı; *Khasanova/Türkiye*, n° 40072/11, 25 Nisan 2017 tarihli kayıttan düşme kararı; *R.M./Türkiye*, n° 62450/11, 2 Nisan 2019 tarihli kayıttan düşme kararı; *Holmatova ve diğerleri/Türkiye*, n° 14355/13, 25 Nisan 2017 tarihli kayıttan düşme kararı; *Lemghari ve Hajjaj/Türkiye*, n° 10641/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı; *Bakhtiarova ve Durmuş/Türkiye*, n° 74585/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı; *S.B./Türkiye*, n° 38287/11, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı; *Muhammed/Türkiye*, n° 12778/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı; *Cristina/Türkiye*, n° 13907/13, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı; *Musayev/Türkiye*, n° 20295/13, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı. Bununla birlikte dosyanın başvuru tarafından takip edilmemesi nedeniyle kayıttan düşürme kararlarının da verildiğini belirtmek gerekiyor. Örnek olarak, bkz., *Rahmanova/Türkiye*, n° 6144/15, 28 Mayıs 2018 tarihli kayıttan düşme kararı.

[50] Kumkapı tutulma yeri ilgili olarak, TBMM İnsan Hakları Araştırma Komisyonunda çalışan iki milletvekili 200 kişilik erkek ve 100 kişilik kadın mülteci kapasitesi olan yerde 297 erkek, 97 kadın ve 7 çocuk mültecinin kaldığını, yatak sayısının odadan odaya değiştiğini, tuvalet ve banyolarda temizlik konusunda eksiklikler olduğunu ve yabancıların haftada bir açık alana çıktıklarını tespit etmişlerdir. Aynı şekilde İşkenceyi Önleme Komitesi Kumkapı tutulma yerini ziyaret etmiş ve şu tespitlere varmıştır: tutulma yerinin kapasitesi çok yüksek, odalar çok küçük, ortak alanlar da alan ve malzeme olarak yetersiz, yer yetersizliğinden dolayı kadın ve çocuklar açık havadan günlük faydalanmasına rağmen, erkekler haftalarca hatta aylarca faydalanamamaktadır. Yabancılar yiyeceklerin kalitesinden yakınmaktadırlar ve bu konuda bütçenin artırılması gerekmektedir. Bununla birlikte, Mültecilerin İnsan Hakları ile ilgili BM Yüksek Komiseri Türkiye'ye yaptığı ziyaret sonrası, mültecilerin tutulması ile ilgili uygulamaların, tutulma sürelerinin ve şartlarının yetersizliğini dile getirmiştir. Komisere göre, her ne kadar 2010 yılında polis, mültecilere tutulma nedenlerini yazılı olarak verme ve onları düzenli bir şekilde hakları konusunda bilgilendirme konusunda genelge ile talimat almışsa da, uygulamada bu genelge sistemli bir şekilde uygulanmamaktadır. Ayrıca çocuklar dâhil tüm tutulananların kapıları kapalı tutulmakta ve açık havadan faydalanamamaktadırlar. Son olarak, yerin darlığını, temizliğin ve yemeğin yetersizliğini kaydetmek gerekmektedir (AİHM, *Alimov/Türkiye*, a.g.k., §§ 25-31).

rucunun iddialarını tanık gibi başka delillerle ispatlamasının zor olduğunu zira, 68 gün boyunca tutulduğu Sabiha Gökçen Havaalında hukuki yardım almadığını ve dil sorununun olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre, bu nedenle ispat külfeti hükümete aittir. Bu konuda odaların genişliği ve doluluk oranı ile ilgili hükümetin sunduğu beyanlar hiçbir belge ile desteklenmemiştir. Nitekim Mahkeme'nin talebine rağmen hükümet bu konuda hiçbir belge de sunmamıştır. Bu nedenle başvurucunun Sabiha Gökçen Havaalındaki tutulma yerinin darlığı ve tutulan sayısı ile ilgili beyanları çürütülmemiştir.

Kumkapı tutulma yerinin darlığı ile ilgili olarak ise AİHM, bu konuda başvuru ile Hükümetin beyanları arasında çelişki olduğunu tespit ettikten sonra, İşkenceyi Önleme Komitesi, BM Mültecilerin İnsan Hakları Yüksek Komiseri (*The United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*) ve TBMM İnsan Hakları Araştırma Komisyonu üyesi iki milletvekilinin raporlarının başvurucunun beyanlarını doğruladığını belirtmiştir. Açık havaya erişim ile ilgili olarak ise AİHM, İşkenceyi Önleme Komitesinin tutulan her mültecinin günde en az bir saat açık havaya çıkması gerektiğini belirten raporuna dayanarak, gerek Sabiha Gökçen havaalanında ve gerekse Kumkapı tutulma yerinde bu kuralın uygulanmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun yaşadığı yerin darlığı ve açık havaya çıkamaması nedeniyle işkence ve kötü muamaleyi yasaklayan, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır^[51].

Buna karşın, AİHM *Erkenov/Türkiye* davasında, Gaziantep tutulma merkezindeki şartlar ile ilgili olan bir davada Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varmak için Mahkeme, başvurucunun ve avukatının tutulma şartlarından dolayı ulusal hukukta şikayette bulunmadıklarını, başvurucunun tutulma şartları ile ilgili detaylar vermediğini, tutulma merkezine avukatının girme ve tutulma şartlarını tespit etme girişiminin olduğunu belirten bir belge olmadığını ve İşkenceyi İzleme Komitesinin ve İnsan Hakları İzleme Komitesinin raporlarında davaya konu tutulma yeri ile ilgili başvurucunun iddialarını destekleyici beyanlarda bulunmadığını belirtmiştir^[52].

[51] AİHM, *Alimov/Türkiye*, a.g.k., §§ 71-85.

[52] AİHM, *Erkenov/Türkiye*, n° 18152/11, 6 Eylül 2016 tarihli karar, §§ 33-42. Adana ve Aşkale tutulma yerindeki şartlar ile ilgili olarak, dört Rus vatandaşı AİHM'ye başvuru yapmış ve tutulma şartlarının insan onuruna aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Ancak, başvuru Anayasa Mahkemesine başvurmadıkları için AİHM, başvuruyu

Dolayısıyla, Türkiye’de bazı tutulma yerlerinde mültecilerin tutulma şartları insan onuruna aykırı olabilmektedir. Geri Kabul Anlaşmasıyla Türkiye’ye geri gönderilecek yabancıların söz konusu tutulma yerlerinde tutulmaları halinde var olan insan hakları ihlallerinin daha da ağırlaşacağını söylemek mümkündür. AİHM, sadece yabancıların tutulma şartlarını incelemekle yetinmemektedir. Yabancıların kaldığı ülkedeki yaşam koşullarını da incelemektedir. Türkiye’de yabancıların yaşam koşullarının Sözleşme’ye uygun olup olmadığı sorunu üzerinde durmakta fayda vardır.

B. Göçmenlerin Yaşam Koşullarının Ortaya Çıkarılabileceği Sorunlar

Göçmenlerin yaşama koşullarına ilişkin olarak yine *M.S.S.* kararı yol gösterici niteliktedir zira, bu davada AİHM başvurusunun Yunanistan’da yaşama şartlarını Sözleşme’nin 3. maddesi bağlamında incelemiştir. Bu konuda AİHM, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin, BM Mülteciler Yüksek Komiserliğinin ve bazı uluslararası kuruluşların raporlarına dayanarak Yunanistan’daki barınma merkezlerinin çok az sayıda olduğunu ve ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme Sözleşme’nin barınma hakkını düzenlemediğini, ama taraf devletlere tüm mültecilere belli bir yaşam düzeyini koruma yükümlülüğü yüklediğini hatırlatmıştır. Nitekim günümüzde, zor durumda olan politik mültecilere barınma hakkı tanıma ve belli bir seviyede yaşamalarını sağlama pozitif hukukun bir parçası haline gelmiş ve bu hak Yunanistan için bağlayıcı olan AB’nin 23 Ocak 2003 tarihli direktifinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca politik ilticacıların zor ve hassas durumda olmaları nedeniyle özel bir korumadan faydalanmaları gerekmektedir. Bu davada AİHM başvurusunun üç ay boyunca çok kötü şartlarda yaşadığını ve en temel ihtiyaçları olan beslenme, yıkanma ve barınma ihtiyaçlarını karşılayamadığını belirtmiştir. Bu yaşadıklarına, kendi durumunun ne olacağı kaygısı da eklendiğinde, başvurusunun durumunun daha da vahim bir hal aldığını ve kendisinin Yunanistan’ı ne olursa olsun terketmeye karar verdiğini söylemiştir.

AİHM yine uluslararası kuruluşların raporlarına dayanarak başvurusunun durumunun çok sayıda politik ilticacı için geçerli olduğunu ve onların

iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (AİHM, *Z. K. ve diğerleri/Türkiye*, n° 60831/15, 7 Kasım 2017 tarihli kabul edilemezlik kararı. Benzer bir durum için bkz., *Sakkal ve Fares/Türkiye*, n° 52902/15, 7 Haziran 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı).

yaygın bir uygulama olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme Yunanistan'da politik ilticacıların evsiz olduklarını polise bildirmeleri gerektiğini kaydetmiş ama onlara verilen bilgi formlarında bu durumun belirtilmediğinin altını çizmiştir. Aynı durumun başvuru için de geçerli olduğunu ve Yunan makamlarının başvuru kendilerine başvurmalarını beklemeden barınma sorununu çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM'ne göre, başvuru politik ilticacı olması, bu yönüyle zor durumda bulunması, dışarda ve hiçbir geliri olmadan, kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yaşayamaması onun onuruna zarar vererek kendisinde bir aşağılanma duygusu yaratmıştır.

Aynı durum Türkiye bağlamında dikkate alındığı zaman, Geri Kabul Anlaşması ile geri gönderilecek tüm yabancıların barınma sorunu olup olmadığı ve kendilerine minimum standartlarda yaşamaları için ekonomik yardımda bulunup bulunulmadığı sorunu üzerinde durmakta fayda vardır. Öncelikle Türkiye'de yabancıların yaşam koşullarından dolayı AİHM'in ihlal kararı bulduğu bir dava hâlihazırda bulunmamaktadır. Ancak, uluslararası insan hakları örgütlerinin raporları bu konuda sorunların olduğunu ortaya koymaktadır.

Uluslararası Af Örgütü, 2016 yılında yayınladığı “Güvenli olmayan sığınak Türkiye’de sığınmacılar ve mülteciler etkili korumaya erişemiyor” başlıklı raporunda, Türkiye’nin mültecilere uzun vadeli entegrasyon imkanı sağlamasının son derece uzak bir ihtimal olduğunu belirtmektedir. Af Örgütüne göre, “[d]evlet yetkilileri tarafından insanların temel ihtiyaçlarının, özellikle de barınma ihtiyacının karşılanmaması, insanların kendi kendine yeterliliği sağlamada karşılaştıkları engellerle birlikte değerlendirildiğinde Türkiye’nin sığınmacı ve mülteciler için onurlu bir yaşam sağlayacak ortamı oluşturmayı başaramadığı ortaya” çıkmaktadır^[53].

Aynı şekilde, İnsan Hakları İzleme Komitesi, “Geleceğimi Hayal Etmeye Çalıştığında Hiçbir Şey Göremiyorum”: Türkiye’deki Suriyeli Mülteci Çocukların Eğitime Erişiminin Önündeki Engeller” başlıklı 2015 tarihli raporunda, dil, ekonomik ve sosyal nedenlerden dolayı çok sayıda Suriyeli

[53] Uluslararası Af Örgütü, “Güvenli olmayan sığınak Türkiye’de sığınmacılar ve mülteciler etkili korumaya erişemiyor”, 2016, Londra, s. 19 ve 23 (Bu rapora <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4438252016TURKISH.pdf> adresinden ulaşılabilir).

çocuğun eğitim hakkına erişemediğini belirtmektedir^[54]. Bununla birlikte, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu 2018 tarihli raporunda, Suriyelilerin eğitim, sağlık ve işgücüne erişimleri ile yaşam koşullarının düzeltilmesi konularında yapılan düzenlemeleri hatırlattıktan sonra, halen bu konularda bazı iyileştirmelerin yapılması gerektiğinin altını çizmiştir^[55].

Ayrıca Türkiye'deki göçmenler bir belirsizlik içinde yaşamaktadırlar. Bilindiği üzere, Türkiye Cenevre Sözleşmesi'ne Avrupa dışındaki ülkelerden gelen şahısları mülteci olarak kabul etmeyeceğine dair kısıtlama koymuştur. Bu cekinceye göre, Avrupa Konseyine üye bir ülkeden gelen bir şahsa, "mülteci" statüsü tanınmakta, ancak bunun dışında kalan yabancı ülke vatandaşlarına ise "şartlı mülteci" statüsü verilmektedir. Şartlı mülteciler, Birleşmiş Milletler tarafından 3. güvenli bir ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalabilmekte ve burada çalışabilmektedirler. Bu iki statünün yanında 3. bir statü de bulunmaktadır: ikincil koruma statüsü. Bu statünün kapsamına, Cenevre Sözleşmesindeki şartları sağlamayan ama gönderileceği ülkede hayatı veya vücut bütünlüğü için tehlike olan yabancılar girmektedir^[56].

Doktrinde bir kesim, Türkiye'nin bu durumu ve güvenli 3. ülke olarak kabul edilememesi nedeniyle, Geri Kabul Anlaşmasının uluslararası hukuka aykırı olduğunu düşünmektedir. Türkiye'nin güvenli ülke olarak kabul edilebilmesi için iki temel şartın yerine getirilmesi gerekmektedir: etkin koruma ve yabancıların vücut bütünlüklerine veya kişi özgürlüklerine tehdit oluşturabilecek ülkeye gönderilme riskinin olmaması. Ancak Türkiye bu çekinceye dolaylı bu kriterleri yerine getirmemektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin güvenli ülke olarak kabul edilebilmesi için Cenevre Sözleşmesine koyduğu çekinceyi kaldırması ve savaştan kaçan tüm yabancıları mülteci sıfatını

[54] İnsan Hakları İzleme Komitesi, "Geleceğimi Hayal Etmeye Çalıştığımda Hiçbir Şey Göremiyorum": Türkiye'deki Suriyeli Mülteci Çocukların Eğitime Erişiminin Önündeki Engeller", 2015, s. 16-35 (Bu rapora https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/turkey1115tu_web.pdf adresinden ulaşılabilir).

[55] TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, Göç ve Uyum Raporu, 2018, 254-260 (bu rapora https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/goc_ve_uyum_raporu.pdf adresinden ulaşılabilir).

[56] 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa göre, mülteci, şartlı mülteci, ikinci koruma ve geçici koruma kavramlarının detaylı açıklaması için, bkz., Özlem UZUN, "Uluslararası mülteci hukuku ve Suriye sorunu", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 30-32.

vermesi gerekmektedir. Türkiye'den Avrupa'ya geçen mültecilerin büyük bir çoğunluğunun Avrupa dışından geldiği ve bu mültecilerin Avrupa'dan Türkiye'ye geri gönderilmesinin söz konusu olacağı dikkate alındığında, Geri Kabul Anlaşması'nın uluslararası hukukta kabul edilen geri gönderilmeme ilkesinin ihlali sayılacağı aşikârdır^[57].

Bununla birlikte, Geri Kabul Anlaşmasının AB hukukuna da aykırı olduğu iddia edilmektedir. Birlik hukuku bağlamında, mültecilerin iltica başvurusunda bulunabilecekleri ve başvurularının kabulü durumunda kendilerine sığınma hakkı verilen 3. güvenli ülkeye gönderilmeleri sorun çıkarmamaktadır. Ancak, Cenevre Sözleşmesine konulan coğrafi çekinceye dolayı, Avrupa dışından gelen yabancılar Türkiye'de mülteci olarak sığınma hakkı elde edememektedirler^[58].

Doktrindeki bir kesim ayrıca, geçici koruma^[59] statüsünün uluslararası hukukta var olan bir kavram olmadığını ve yeni yasa tarafından var olan duruma geçici bir çözüm olarak yaratıldığını belirtmektedir. Bununla birlikte, ulusal mevzuat bu statü ile kabul edilen yabancıların, başka herhangi bir uluslararası koruma statüsüne sahip olamayacağını belirtilerek, uluslararası hukukta varolan koruma statülerini hiçe saymaktadır. Doktrindeki bu kesim her ne kadar, bu statünün ülkeye kabul etme konusunda kolaylık tanıdığını kabul etmiş olsa da, bu statü “kabul edilenlerin daha sonra barınma, beslenme, sağlık gibi temel sorunlarının nasıl halledileceğine ilişkin çözüm önerileri üretmemektedir. Bu yüzden, düzenli kamplara kabul edilenler hariç, Suriyeli mültecilerin bugün Türkiye'nin her yerinde tamamen korumadan yoksun biçimde bulunuşları önlenememiştir”^[60].

Yukarıda belirtildiği gibi Türkiye Cenevre Sözleşmesi'ne çekince koymasından dolayı, başta Suriye vatandaşları olmak üzere Avrupa dışından gelen

[57] Kutluhan BOZKURT, “Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması”, **TBB Dergisi**, 2016 (125), s. 399-401.

[58] İbidem, s. 401-402.

[59] “Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara sağlanan korumayı ifade etmektedir” (Kutluhan BOZKURT, a.g.e., s. 393).

[60] Eda BOZBEYOĞLU, “Mülteciler ve İnsan Hakları”, **Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi**, 2015, 2(1), s. 74-75.

hiçbir yabancıya mülteci statüsü vermemekte ancak onlara geçici koruma hakkı tanıyabilmektedir. Dolayısıyla bu yabancılar, mültecilerin sahip olduğu haklara sahip olamamaktadırlar. Geri Kabul Anlaşmasının uygulanması için oluşturulan yol haritasında Türkiye, söz konusu çekinceyi tam üyelik halinde kaldırabileceğini söylemiştir^[61]. Bu çekinceden dolayı, Türkiye’de geçici olmaları sebebiyle söz konusu yabancıların entegrasyonunda ve sosyal yaşamlarında sorunlar yaşanmakta ve bunlar geldikleri ülkeye geri gönderilme riski ile yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar.

Nitekim AB, Geri Kabul Anlaşması kapsamında Cenevre Sözleşmesi hükümlerine konan coğrafi sınırlandırmanın kaldırılarak tüm sığınma talebinde bulunanlara mülteci sıfatının verilmesini istemektedir. Bu çekincenin kaldırılması Türk vatandaşlarına vizesiz seyahat etme hakkı için bir şart olmakla birlikte, mültecilerin uluslararası korumadan faydalanmaları ve Türkiye’de sosyal faaliyetlere etkin bir şekilde katılmaları için gereklidir. AB’nin buradaki amacı, mültecilerin Türkiye’de kalması ve Türkiye’ye entegre olmalarıdır^[62]. Bu şekilde Geri Kabul Anlaşmasıyla Türkiye’ye gönderilen yabancılar, Türkiye’de uzun süre kalabilecekler, Avrupa’ya gitmeyecekler ve kendi ülkelerine gönderilemeyeceklerdir^[63].

[61] Sibel ÖZEL, a.g.e., s. 20.

[62] İbidem, s. 20.

[63] Bunlara ek olarak, Türkiye’de ilk başlarda Suriyeli mültecilere karşı bir hoşgörü varken, zamanla bu hoşgörü yerine dışlayıcı ve yabancı düşmanlığı niteliğindeki tepkilere bırakılmaktadır. Bu hoşgörüsüzlüğün ve dışlanmanın temelinde ilk olarak ekonomik nedenler yatmaktadır. Türkiye’deki işsizliğin ve hayat pahalılığının nedeni olarak göçmenler görülmektedir. Ayrıca suçluluk oranının artmasından dolayı kendileri sorumlu tutulmaktadır. Suriyelilere karşı takınılan bu ayrımcı tutum, beraberinde şiddeti getirmekte ve bu insanlar son zamanlarda çok sık bir şekilde ırkçı eylemlere maruz kalabilmektedir (Suriyelilerin maruz kaldığı bu eylemler ve nedenlerinin sosyolojik açıklaması için, bkz., İhsan ÇETİN, “Türkiye’de Suriyeli sığınmacıların sosyal ve kültürel entegrasyonu”, **Sosyoloji Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı 34, s. 210-215). Bu durumu TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonunun 2018 tarihli raporu da teyit etmiş ve medyanın ırkçı bir dil kullanmaktan ve nefret söylemlerinden vazgeçmesi gerektiği belirtilmiştir (TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, Göç ve Uyum Raporu, s. 266-268). Buna paralel olarak Suriyeli mültecilere karşı politik karşı tepkiler de gelmeye başlamış ve çok sayıda Suriyelinin ülkesine gönderilmesi hâlihazırda tartışılmaktadır. Suriye’de savaşın hala devam ettiği dikkate alındığında, bu durum Türkiye’nin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olacaktır.

SONUÇ

AB geri kabul anlaşmalarını imzaladığı ülkelerin vatandaşlarına vize kolaylığı/ muafiyeti sağlama taahhüdünde bulunmaktadır zira uygulamalar, vize kolaylığı veya vizesiz seyahat imkânı tanımının Avrupa'da düzensiz göçün oluşmasına neden olmadığını göstermektedir^[64]. Suriye'de çıkan içsavaştan kaçan çok sayıda kişinin Avrupa topraklarına gelmesini engellemek için, Türkiye ile geri kabul anlaşması yapmak AB için bir zorunluluk haline gelmişti. Savaştan kaçan kişileri kabul etme ve onlara sığınma hakkı verme uluslararası hukuka göre bir zorunluluk olmasına rağmen, AB geri kabul anlaşmasını bu uluslararası yükümlülüğünden kaçınmak için bir yol olarak kullanmıştır.

Yukarıda incelenen AİHM kararlarına göre, Türkiye hâlihazırda kendi topraklarında bulunan yabancıların insan onuruna uygun bir şekilde kalmasını sağlayacak imkânlarla sahip değildir. Geri Kabul Anlaşması ile Avrupa'ya giden yabancıların da Türkiye'ye geri kabülü halinde var olan insan hakları sorunu daha da ağırlaşabilecektir. 2019 tarihi itibarıyla geri gönderilen yabancı sayısının yüksek olmadığı (1 891 kişi) ve bunların çoğunun Avrupa ülkelerine yaptıkları iltica başvurularından vazgeçenler olduğu doğrudur. Ancak, Avrupa ülkelerinde iltica başvurularının yıllarca sürdüğü dikkate alındığında, bu aşamada Türkiye'ye geri kabul edilen yabancı sayısının yükseleceği tartışmasızdır^[65]. Türkiye'nin geri gönderilen yabancıları, yeterli alt yapıya, personele ve kaynağa sahip olmamasına rağmen kabul etmesi ciddi insan hakları ihlallerinin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bu yönüyle ve Cenevre Sözleşmesine konulan coğrafi çekince nedeniyle, Türkiye mülteciler için güvenli bir ülke olarak kabul edilememektedir^[66].

Mevzuata göre, iltica talebinde bulunanlar hakları konusunda yeminli tercümanlar aracılığıyla bilgilendirmekte ve onların adli yardımdan hızlı bir şekilde yararlanmaları sağlanmaktadır. Bununla birlikte, göçmen çocuklarının eğitimi ve okullara yerleştirilmeleri için gerekli altyapı çalışmaları devam etmekte ve toplumsal yaşama uyumlarının sağlanması için dil kursları oluşturulmaktadır. Özellikle, iltica ve bu konudaki uluslararası normlar konusunda, polisler, hâkimler, savcılar, avukatlar, sağlık personeli ve özellikle

[64] Kerem BATIR, a.g.e., s. 596.

[65] Aynı şekilde bkz., Kerem BATIR, a.g.e., s. 600.

[66] Tülay Yıldırım MAT ve Selman ÖZDAN, a.g.e., s. 47.

ilticacılarla ilgilenen personel eğitilmektedir. Ancak, Geri Kabul Anlaşması ile ortaya çıkabilecek insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için mevzuatta varolan bu hususların uygulamada da etkin ve eksiksiz bir şekilde yapılması gerekmektedir.

Bu yükümlülüklerin uygulamada yerine getirilememesi halinde, Türkiye'nin Geri Kabul Anlaşmasınının 24/5 maddesi uyarınca Anlaşma'dan tek tarafı bir şekilde çekilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çekilme, Türkiye'ye geri gönderilen yabancıların insan hakları ihlallerine maruz kalmasını ve AİHM'de mahkûm edilmesini önleyeceği gibi, Avrupa ülkelerinin de uluslararası hukuka göre sorumluluk alıp, savaştan kaçanları kabul etme ve onlara sığınma hakkı verme yükümlülüklerini de yerine getirmelerine vesile olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Osman Doğru & Atilla Nalbant: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, 2 Cilt, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2012.
- David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Frédéric Sudre vd, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 6. baskı, Puf, Paris, 2011.
- Vincent Berger, **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**, 12. baskı, Sirey, Paris, 2011.

MAKALELER

- Constance GREZE, "La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", **Revue générale du droit**, Etudes et réflexions 2014, no 3, s. 1-12.
- Eda BOZBEYOĞLU, "Mülteciler ve İnsan Hakları", **Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi**, 2015, 2(1), s. 60-80.
- Işıl ÖZKAN, "Türk vatandaşlarının Avrupa ülkelerine giriş hakkı ve vize sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 409-446.
- İhsan ÇETİN, "Türkiye'de Suriyeli sığınmacıların sosyal ve kültürel entegrasyonu", **Sosyoloji Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı 34, s. 197-222.
- İlke GÖÇMEN, "Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının hukuki yönden analizi", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:13, No:2, 2014, s. 21-86.
- Kerem BATIR, "Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye İle AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme", **Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2017, Cilt: 15, Sayı: 30, ss. 585-604.
- Kutluhan BOZKURT, "Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması", **TBB Dergisi**, 2016 (125), s. 387-408.

- Melih ÖZSÖZ, “Türk vatandaşlarının vizesiz Avrupa yolculuğu: Geri Kabul ve Sonrası”, **Ankara Üniversitesi Jean Monnet Kürsüsü Konferans Dizisi**, 2013-2014, s. 131-156.

- Melike AKKARACA KÖSE, “Geri Kabul Anlaşması ve Vizesiz Avrupa:Türkiye'nin Dış Politika Tercihlerini Anlamak”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Eylül 2015, s. 195-220.

- Özlem UZUN, “Uluslararası mülteci hukuku ve Suriye sorunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 27-35.

- Sibel ÖZEL, “Geri Kabul Anlaşması karşılığında Türk vatandaşlarının AB üyesi ülkelere vizesiz seyahat edeceği iddiasının açıklamalı yol haritası hükümleri çerçevesinde ele alınması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 90, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 15-27.

- Tülay Yıldırım MAT ve Selman ÖZDAN, “AB ile Türkiye arasındaki Geri Kabul Anlaşması'nın İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 36-49.

AİHM KARARLAR

Esasa İlişkin Kararlar

- *S.D./Yunanistan*, n° 53541/07, 11 Haziran 2009 tarihli karar.
- *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, n° 30471/08, 22 Eylül 2009 tarihli karar.
- *Tabesh/Yunanistan*, n° 8256/07, 26 Kasım 2009 tarihli karar.
- *Z.N.S./Türkiye*, n° 21896/08, 19 Ocak 2010 tarihli karar.
- *Ranjbar/Türkiye*, n° 37040/07, 13 Nisan 2010 tarihli karar.
- *Charahili/Türkiye*, n° 46605/07, 10 Nisan 2010 tarihli karar.
- *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, n° 32940/08, n° 41626/08, n° 43616/08, 13 Nisan 2010 tarihli karar.
- *Ahmadpour/Türkiye*, n° 12717/08, 15 Haziran 2010 tarihli karar.
- *M. B. ve diğerleri/Türkiye*, n° 36009/08, 15 Haziran 2010 tarihli karar.

*Geri Kabul Anlaşması'nın Uygulanmasının
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi*

- *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*, n° 6909/08, n° 12792/08 ve n° 28960/08, 13 Temmuz 2010 tarihli karar.
- *Dbouba/Türkiye*, n° 15916/09, 13 Temmuz 2010 tarihli karar.
- *D.B./Türkiye*, n° 33526/08, 13 Temmuz 2010 tarihli karar.
- *A.A./Yunanistan*, n° 12186/08, 22 Temmuz 2010 tarihli karar.
- *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye (no 2)*, n° 50213/08, 27 Temmuz 2010 tarihli karar.
- *Kurkaev/Türkiye*, n° 10424/05, 19 Ekim 2010 tarihli karar.
- *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, n° 30696/09, 21 Ocak 2011 tarihli karar.
- *Moghaddas/Türkiye*, n° 46134/08, 15 Şubat 2011 tarihli karar.
- *Keshmiri/Türkiye no 2*, n° 22426/10, 17 Ocak 2012 tarihli karar.
- *Athary/Türkiye*, n° 50372/09, 11 Aralık 2012 tarihli karar.
- *Mohammed/Avusturya*, n° 2283/12, 6 Haziran 2013 tarihli karar.
- *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, n° 28127/03, 3 Kasım 2013 tarihli karar.
- *Sharifi/Avusturya*, n° 60104/08, 5 Aralık 2013 tarihli karar.
- *Asalya/Türkiye*, n° 43875/09, 15 Nisan 2014 tarihli karar.
- *Safaii/Avusturya*, n° 44689/09, 7 Mayıs 2014 tarihli karar.
- *Yarashonen/Türkiye*, n° 72710/11, 24 Haziran 2014 tarihli karar.
- *Mohammadi/Avusturya*, n° 71932/12, 3 Temmuz 2014 tarihli karar.
- *A. D. Ve diğerleri/Türkiye*, n° 22681/09, 22 Temmuz 2014 tarihli karar.
- *Aliiev/Türkiye*, n° 30518/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar.
- *Musaev/Türkiye*, n° 72754/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar.
- *T. ve A./Türkiye*, n° 47146/11, 21 Ekim 2014 tarihli karar.
- *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan*, n° 16643/09, 21 Ekim 2014 tarihli karar.
- *Tarakhell/İsviçre*, n° 29217/12, 4 Kasım 2014 tarihli karar.
- *A.S./İsviçre*, n° 39350/13, 30 Haziran 2015 tarihli karar.
- *Bouyid/Belçika*, n° 23380/09, 28 Eylül 2015 tarihli karar.

- *Babajanov/Türkiye*, n° 49867/08, 10 Mayıs 2016 tarihli karar.
- *Alimov/Türkiye*, n° 14344/13, 6 Eylül 2016 tarihli karar.
- *Erkenov/Türkiye*, n° 18152/11, 6 Eylül 2016 tarihli karar.
- *W.D./Belçika*, n° 73548/13, 6 Eylül 2016 tarihli karar.
- *D.M.D./Romanya*, n° 23022/13, 3 Ekim 2017 tarihli karar.
- *Boudraa/Türkiye*, n° 1009/16, 28 Kasım 2017 tarihli karar.
- *Amerkhanov/Türkiye*, n° 16026/12, 5 Haziran 2018 tarihli karar.
- *Batyrkhairov/Türkiye*, n° 69929/12, 5 Haziran 2018 tarihli karar.
- *Marcello Viola/İtalya (no. 2)*, n° 77633/16, 13 Haziran 2019 tarihli karar.

Kabul Edilemezlik Kararları

- *T.I./Birleşik Krallık*, n° 43844/98, 3 Temmuz 2000 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *K.R.S./Birleşik Krallık*, n° 32733//08, 2 Aralık 2008 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *Mohammed Hussein/Hollanda ve İtalya*, n° 27725/10, 2 Nisan 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *Abubeker/Avusturya ve İtalya*, n° 73874/11, 18 Haziran 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *Halimi/Avusturya ve İtalya*, n° 53852/11, 18 Haziran 2013 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *A.M.E./Hollanda*, n° 51428/10, 13 Ocak 2015 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *S.M.H./Hollanda*, n° 5868/13, 17 Mayıs 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *Sakkal ve Fares/Türkiye*, n° 52902/15, 7 Haziran 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı.
- *N.A. ve diğerleri/Danimarka*, n° 15636/16, 28 Haziran 2016 tarihli kabul edilemezlik kararı.

- *Z. K. ve diğerleri/Türkiye*, n° 60831/15, 7 Kasım 2017 tarihli kabul edilemezlik kararı.

Kayıttan Düşme Kararları

- *Bakhtiiarova ve Durmuş/Türkiye*, n° 74585/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Cristina/Türkiye*, n° 13907/13, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Lemghari ve Hajjaj/Türkiye*, n° 10641/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Muhammed/Türkiye*, n° 12778/12, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Musayev/Türkiye*, n° 20295/13, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *S.B./Türkiye*, n° 38287/11, 13 Eylül 2016 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Holmatova ve diğerleri/Türkiye*, n° 14355/13, 25 Nisan 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Khasanova/Türkiye*, n° 40072/11, 25 Nisan 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Ashirovi/Türkiye*, n° 81436/12, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Tanasal/Türkiye*, n° 37920/11, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Viskhadziev/Türkiye*, n° 34112/12, 16 Mayıs 2017 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *Rahmanova/Türkiye*, n° 6144/15, 28 Mayıs 2018 tarihli kayıttan düşme kararı.

- *R.M./Türkiye*, n° 62450/11, 2 Nisan 2019 tarihli kayıttan düşme kararı.

AB ADALET DİVANI KARARLARI

- *N. S. ve diğerleri*, n° C-411/10 ve n° C-493/10, 21 Aralık 2011 tarihli karar

RAPORLAR

- Avrupa Birliği Bakanlığı, “Türkiye-AB vize muafiyeti süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları”, Ankara, 2013, s. 1-23 (https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf).

- İnsan Hakları İzleme Komitesi, “‘Geleceğimi Hayal Etmeye Çalıştığımda Hiçbir Şey Göremiyorum’: Türkiye’deki Suriyeli Mülteci Çocukların Eğitime Erişiminin Önündeki Engeller”, 2015, s. 8-58 (https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/turkey1115tu_web.pdf).

- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, Göç ve Uyum Raporu, 2018, 6-280 (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/goc_ve_uyum_raporu.pdf).

- Türk Kızılayı Göç ve Mülteci Hizmetleri Müdürlüğü, “2017 yılı göç istatistik raporu”, Temmuz 2017, 1-21 (https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/38492657_2017-yili-goc-istatistik-raporu-ocak-2018.pdf).

- Uluslararası Af Örgütü, “Güvenli olmayan sığınak Türkiye’de sığınmacılar ve mülteciler etkili korumaya erişemiyor”, 2016, Londra, s. 3 ve 35 (<https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4438252016TURKISH.pdf>).



6360 SAYILI KANUN KAPSAMINDA KÖYDEN MAHALLEYE DÖNÜŞEN ALANLARDAKİ YAPILARIN RUHSATLANDIRILMIŞ SAYILMASI*

Selman ÖZDEMİR**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2513-6073>

DOI: 10.30915/abd.769310

Makalenin Geldiği Tarih: 04.02.2019 **Kabul Tarihi:** 24.10.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. / Hâkim / Bölge İdare Mahkemesi Üyesi.

ÖZ

Son yıllarda ülkemizde pek çok alanda “af” niteliğinde muhtelif düzenlemelere yer verilmiştir. 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerleşim yerlerindeki yapılar hakkında da, bu Kanun’la af niteliğinde bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu af niteliğindeki düzenlemenin gerek kamuoyunda gerekse ilgili çevrelerde tartışılmadığı gözlenmiştir.

Uygulamada ise, hem bu alanlarda yapısı bulunan kişilerin, hem idarî uygulayıcıların, hem de mahkemelerin af niteliğindeki bu düzenlemenin “af şartlarını” yeterince incelemedikleri anlaşılmaktadır. Nitekim “bilerek veya bilmeyerek” bu aftan faydalanmak için kanun koyucu pek çok şart koymuştur. Ancak uygulayıcıların bu şartların genellikle üçünü göz önüne alarak işlemler tesis ettikleri; yargının da genellikle bu üç şart üzerinden kararlar verdiği görülmektedir.

Bu çalışmada; 6360 sayılı Kanun’la getirilen “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesinin şartları incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ruhsatlandırılmış sayılma, İmar mevzuatı, Büyükşehir kanunu, İmar affı, Kırsal yerleşme.

LEGITIMACY OF THE BUILDINGS AT SETTLEMENTS
THAT HAVE BEEN TRANSFORMED FROM THE VILLAGE
TO THE NEIGHBORHOOD VIA CODE NO. 6360

ABSTRACT

In recent years, various arrangements have been made in the form of amnesty for many areas of our country. In statutory regulation, with the Code No. 6360, an amnesty arrangement about the structures in the settlements that have been transformed from the village to the neighborhood has been regulated.

However, it was observed that this arrangement was not discussed in the public or relevant areas. In practice, it is understood that the persons who have structures in these areas, as well as the administrative authorities and the courts, have not examined the amnesty conditions adequately. As a matter of the fact, the lawmaker has made many conditions to benefit from this amnesty by intentionally or unintentionally. However, it is observed that the practitioners take into account three of these conditions, and the judiciary verdict while considering these three conditions.

This study examines the conditions of the make legitimacy of the buildings concept which is regulated by Code No. 6360.

Keywords: Legitimacy of the buildings, Construction legislation, Integrated metropolitan code, Forgiveness zoning, Rural settlement.

GİRİŞ

Hızlı kentleşme sonucunda büyük kentlerin daha çok büyümesi, belediye sınırları dışında düzensiz ve plansız gelişmelere yol açınca, Türkiye’de büyükşehirlerin yönetiminde özel modeller arayışı güncellik kazanmıştır^[1]. 1982 Anayasasının 127/3 üncü maddesine konulan “Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir” hükmüne istinaden, 1984 yılında başlayan büyükşehir belediyesi serüveni, en son 2012 yılında kabul edilen ve 30.03.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6360 sayılı Kanun’la başka bir boyuta taşınmıştır.

6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve KHK’lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun^[2] ile büyükşehir belediyesi statüsüne alınan ve büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde, pek çok değişiklikler yapılmıştır^[3]. Bu değişikliklerden birisi, büyükşehir belediyesi statüsüne alınan ve büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde belde belediyelerinin kapatılarak aynı adla bağlı oldukları ilçenin mahallesi olmaları, bir diğeri de köylerin statülerinin değiştirilerek mahalleye dönüştürülmeleri^[4]; köy tüzel kişiliklerinin kaldırılarak, bu köylerin de bağlı oldukları ilçe belediyesinin birer mahallesi haline getirilmeleridir.

Mahalle haline gelen köylerde ve bu köylerin idarî sınırları dâhilinde ise, bu köyler mahalle statüsüne dönüşmeden evvel, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun^[5] 27 nci maddesinde yer alan kurallara ve kezâ Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’nde^[6] yer alan kurallara aykırı şekilde pek çok yapının mevcut olduğu bir vakıadır.

[1] Mustafa Ökmen, Uluç Çağatay, Ahmet Uçar, Recep Arslan, “*Köylerin Mahalleye Dönüşüm Kararının Etkilerini Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma: Manisa Büyükşehir Belediyesi Örneği*”, Kamu Yönetiminde Değişimin Yönü ve Etkileri (13. Kamu Yönetimi Forumu) Kongresi Bildiriler Kitabı, Selçuk Üniv. Yayınları, Konya, 2016, s.1475.

[2] 06.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[3] Değişikliklerin özeti için bkz; Yüksel Demirkaya, Mesut Koç, “*6360 Sayılı Kanun İle Birlikte Mahalleye Dönüşen Köylerde Değişimin Katılım Açısından Muhtarlığa Etkisi: Menteşe ve Seydikemer İlçeleri Üzerinden Bir Değerlendirme*”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Issue 6, 2017, s. 132 vd.

[4] Demirkaya, Koç, a.g.m., s.125.

[5] 09.05.1985 tarih ve 18749 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[6] 02.11.1985 tarih ve 18916 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Zira gerek köylerin yerleşim alanlarında, gerekse köylerin yerleşim alanları dışında ancak köylerin idarî sınırları dâhilindeki tarım alanlarında (ovalarda), meralarda, yaylalarda, su havzalarında, göl kenarlarında, kıyı alanlarında, orman alanlarında, sit alanlarında; mesken amaçlı, turistik amaçlı, ticarî amaçlı pek çok tesisin (yapının) mevcut olduğu öteden beri bilinmektedir.

Bu köyler, 6360 sayılı Kanun ile mahalle statüsüne dönüşmeden önce, bu alanlarda İmar Kanunu'nda yer alan denetim, düzenleme ve yaptırım yetkilerini kullanmakla "görevli olan" İl Özel İdarelerinin, bu görevlerini "gereği gibi" yerine getirdiklerinden bahsetmek güçtür. Nitekim İmar Kanunu'ndaki denetim, düzenleme ve yaptırım görevinin ifasından kaynaklı olarak İl Özel İdaresi ile ilgili uyuşmazlıklara nadiren rastlanmaktadır ki; rastlanılan bu uyuşmazlıkların temelinde de genellikle birbiri ile anlaşamayan komşuların yahut taşınmaz hissedârlarının şikâyetlerinin yer aldığı dikkati çekmektedir. İl Özel İdareleri sorumluluk sahasındaki imar hukuku uyuşmazlıklarının şikâyet üzerine tesis edilen işlemlerden ibaret olması ise, İl Özel İdarelerinin İmar Kanunu'ndan kaynaklı görevlerini "gereği gibi" yerine getirip getirmediklerinin ister istemez sorgulanmasına sebep olmaktadır.

Hâl böyle olunca, mahalle statüsüne dönüşen köylerde ve bu köylerin idarî sınırları dâhilinde, bu köyler mahalle statüsüne dönüşmeden evvel İmar Kanunu'na ve kezâ Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne aykırı şekilde pek çok yapının mevcut olması durumu ile karşı karşıya kalınmıştır.

Gerek köylerin yerleşik alan sınırları dâhilindeki İmar Kanunu'na ve Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne aykırı biçimde yapılmış yapıların; gerekse köylerin yerleşik alan sınırları dışındaki ancak idarî sınırları dâhilindeki tarım alanlarında (ovalarda), meralarda, yaylalarda, su havzalarında, göl kenarlarında, kıyı alanlarında, orman alanlarında, sit alanlarında İmar Kanunu'na ve Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne aykırı biçimde yapılmış yapıların kaderini kanun koyucunun, bu yerlerin bağlandıkları ilçe belediyesinin "insafına" bırakmadığı görülmektedir.

Kanun koyucu, bahse konu yerlerdeki yapılara ilişkin olarak (kısımlı detayına aşağıda değinilecek olan) "ruhsatlandırmış sayılma" şeklinde yeni bir müessese ihdas etmiştir.

Kanun'un ilgili maddesinin metninde, "ruhsatlandırılmış sayılma"nın, "işyeri açma ve çalışma ruhsatı almış sayılma"ya karşılık gelen bir yönü daha bulunmaktadır. Ancak, bu makale kapsamında bizim inceleyeceğimiz

husus, “ruhsatlandırılmış sayılma”nın, “işyeri açma ve çalışma ruhsatı almış sayılma”ya karşılık gelen yönü değildir.

Bizim bu makale kapsamında “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi kapsamında inceleyeceğimiz husus; “ruhsatlandırılmış sayılma”nın yapıya ilişkin yönü olacaktır. Diğer bir ifadeyle ilgili kanun maddesinde, “ruhsatlandırılmış sayılma”nın kapsamına sadece “işyeri açma ve çalışma ruhsatı” girmemektedir; “yapı ruhsatı” ve “yapı kullanma izin belgesi” de “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi kapsamına girecek biçimde kanun çıkarılmıştır. Bu bakımdan 6360 sayılı Kanun’da düzenlenen “ruhsatlandırılmış sayılma”, İmar Kanunu’nun 21 inci maddesinde düzenlenen “yapı ruhsatına” ve İmar Kanunu’nun 30 uncu maddesinde düzenlenen “yapı kullanma iznine” karşılık gelmektedir.

Öte yandan; kanun koyucu tarafından “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi ihdas edilmekle birlikte gerek ilgili şahısların, gerek idarî mercilerin, gerekse yargının “ruhsatlandırılmış sayılma müessesesi”nin şartlarını “hatalı” değerlendirdikleri gözlenmektedir.

Zîra kanunda pek çok şart bulunmasına karşın ilgililerin kendi çıkarına olan şartlar bakımından idarelere müracaatlarda buldukları, idarelerin ise “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesinden faydalanabilmek için yapının, kanunun öngördüğü bütün şartları taşıyıp taşımadığını incelemek yerine, kişinin kendi çıkarına olacak şekildeki başvurusundaki şartlar bakımından inceleme yapmakla yetindikleri, yargının da kanunda sayıla şartların tamamını göz önünde bulundurmadan konuyla alakalı kararlar verdiği gözlenmektedir.

Günümüzde, bu alanlardaki yapılara ilişkin olarak ilgili belediyeler tarafından imar hukukunun denetim, düzenleme ve yaptırım yetkileri 2012 yılından bu yana kullanılmaktadır. Gelecekte de bu yetkilerin kullanılacağı izahtan varestedir.

Yapının “ruhsatlandırılmış sayılması”; yapıya, yapının kâin olduğu arsaya/araziye ve dolayısıyla yapı sahibine pek çok avantajlar sağlamaktadır. Dolayısıyla ilgililerin, bu alanlardaki yapıların “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi kapsamına girmesini istemeleri anlaşılabilir.

Ancak idarî mercilerin ve yargının, “kişi yararı”, “kişi menfaati” ile “kamu yararı”, “kamu menfaati” arasında bir denge gözetmeleri, bu dengeyi gözetirken de haliyle mevzuattaki kuralları uygulamaları gerekmektedir.

Mevzuattaki kuralların “eksik” uygulanması ise, “kişi çıkarı” ile “kamu çıkarı” arasındaki dengenin bozulmasına vesile olmaktadır.

Bu bağlamda çalışmada, detayları daha evvelden ilgili çevrelerce incelenmediği anlaşılan “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesinin şartlarının neler olduğu evvelâ mevzuat üzerinden incelenecek, ardından görseller yardımı ile bir örnek olay vasıtasıyla konu somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Ancak öncesinde, çalışma boyutlarını aşmamak maksadıyla kısaca, kırsal yerleşmelerdeki ve kentsel yerleşmelerdeki yapılaşma kurallarına değinilecek; yine çalışma boyutlarını aşmamak maksadıyla kısaca, 6360 sayılı Kanun ile getirilen “ruhsatlandırılmış sayılma müessesesi”nin niteliği ele alınacaktır.

Bu noktada bir hususu daha vurgulamak istiyoruz. Kazanılmış hak konusu, bu makalenin boyutlarını aşacak bir konudur. Bu sebeple çalışmada, “ruhsatlandırılmış sayılma”nın ya da ruhsatlandırılmış sayılma statüsüne dahil olmadan önce fiilen kullanılan yapının kazanılmış hak sağlayıp sağlamayacağı, kazanılmış hak sağlayacaksa kazanılmış hakkın hangi fonksiyonlarından faydalanılacağı – hangi fonksiyonlarından faydalanılamayacağı gibi konulara bu çalışmada değinilmeyecektir.

I. KIRSAL VE KENTSEL ALANLARDA YAPILAŞMA KURALLARI

Bu çalışma özelinde “kentsel yerleşme alanı” ile “belediye sınırları ile mücavir alan sınırları kapsamında kalan yerler”i; “kırsal yerleşme alanı” ifadesi ile de “belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan alanlar”ı kastetmekteyiz.

Bu başlık altında “teknik detaya girilmeden” kırsal yerleşme alanları ile kentsel yerleşme alanlarındaki “yapılaşma kurallarının” mevzuat açısından farkına değinilecektir.

İmar Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinde, “*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmî ve özel bütün yapılar, bu Kanun hükümlerine tabidir*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde gereği “belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan” yerlerin tamamında inşa edilecek bütün yapılar “kural olarak” İmar Kanunu hükümlerine tabidir^[7].

[7] Sadettin Yaman, Açıklamalı İçtihatlı ve Uygulamalı İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Cilt 1, Mahallî İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2004, s. 21.

Bu husus bize 3194 sayılı İmar Kanunu'nun, 6785 sayılı (mülga) İmar Kanunu'ndan^[8] farklı olarak, Ülke'deki "bütün yerleri" kapsadığını göstermektedir^[9]. Buradaki "bütün yerler" in içine hem "kırsal alanlar", hem de "kentsel alanlar" dâhildir.

Ancak İmar Kanunu sistematığıne bakıldığında kanun koyucunun,

a) "Plânlı alanlardaki yerleşmelerde", (bu yerleşmeler çoğunlukla belediye sınırları ile mücavir alanlar dâhilindeki alanlardır) ayrı yapılaşma ve imar uygulaması kuralları benimsediği;

b) "Plânlı alanlar dışındaki", başka bir deyişle belediye sınırları ve mücavir alanlar dışındaki yerleşmelerde, ayrı yapılaşma ve imar uygulaması kuralları benimsediği görülmektedir.

Zîra İmar Kanunu'nun 27 nci maddesinde, köylerde yapılacak yapılarla ilgili olarak, belediye sınırları ile mücavir alanlarda yapılacak yapılardan ayrıksı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Ayrıca İmar Kanunu'nun "Yönetmelik" başlıklı 44 üncü maddesinde, "Ruhsata tabi olmayan yapılarda uyulacak esasların", kezâ "Yerleşme alanlarıyla ilgili genel esasların" yönetmeliklerle belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

İmar Kanunu'nun 44 üncü maddesi hükümlerine istinaden plânlı alanlara ilişkin olarak Plânlı Alanlar (Tip^[10]) İmar Yönetmeliği^[11], plânsız alanlara ilişkin olarak ise Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur.

Bu kapsamda Ülkemizdeki köylerin (kırsal yerleşmelerin) büyük bölümü plânsız alan olarak vasıflandırılan Nazım İmar Plânı ve Uygulama (Tatbikât) İmar Plânı bulunmayan alanlarda yer aldığından, bu alanlardaki yapılar İmar Kanunu'nun 21 inci maddesinde bahsedilen "yapı ruhsatı"ndan bağışık tutulmuşlardır. Fakat bu alanlardaki yapılaşmalar, yapı ruhsatından (ve ruhsat eki projelerden) bağışık tutulmakla birlikte; bu durum, bu alanlarda

[8] 16.07.1956 tarih ve 9359 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[9] Türkay Tüdeş, Nihat Akyol, "Türkiye'de İmar Plânlama Mevzuatı ve Uygulaması", XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986 Trabzon) – İmar Plânlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İskân ve Şehircilik Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1987, s.96-97.

[10] 02.11.1985 tarih ve 18916 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[11] 03.07.2017 tarih ve 30113 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

tabiri caiz ise “keyfe keder” yapılaşmaya gidilebileceği, buralarda dilenildiği gibi yapı yapılabileceği anlamına gelmemektedir.

Çünkü gerek İmar Kanunu’nun 27 nci maddesinde, gerekse Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği’nde, köylerde ve diğer plânsız alanlarda yapılacak yapıların nasıl inşa edileceğine, buralarda imar ve yapı düzeninin nasıl sağlanacağına ilişkin pek çok kural mevcuttur. Nitekim bu alanlardaki yapılaşmalarda “yapı ruhsatı” müessesesine yer verilmemekle birlikte, “izin” müessesesine yer verilmiştir. Dolayısıyla gerek köylerin yerleşik alan sınırları içerisinde, gerek köylerin yerleşik alan sınırları dışında ancak köy idarî sınırı içerisinde, gerekse diğer plânsız alanlarda “keyfe keder” inşaata başlanması, yapı yapılması hukuken mümkün değildir. Bu sahalardaki yapılar da elbette bazı izinlere ve yapılaşma kurallarına tabidirler.

Ancak bu çalışmanın konusu, plânsız alanlardaki yapıların inşa koşulları olmadığından, çalışmada bu konuya daha fazla girilmeyerek, sadece hem kırsal alanlarda hem de kentsel alanlarda birbirinden farklı da olsa imar ve yapı düzeni kurallarının mevcut olduğu ve bu kurallara uyularak yapı inşa edilebileceği vurgulanmak istenmiştir.

II. 6360 SAYILI KANUN’DA YER ALAN “RUHSATLANDIRILMIŞ SAYILMA” MÜESSESESİNİN NİTELİĞİ

“Ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesinin şartlarının incelenmesine geçilmeden önce, “ruhsatlandırılmış sayılma”nın niteliğine değinmekte fayda olduğu değerlendirilmiştir.

Ancak 6360 sayılı Kanun ile köy statüsünden mahalle statüsüne dönüşen alanlardaki yapılar ruhsatlandırılmış sayılırken, büyükşehir belediyesi statüsünde olmayan, İl Özel İdaresi tüzel kişiliklerinin halen mevcut olduğu illerde aynı nitelikteki imar mevzuatına aykırı yapıların ruhsatlandırılmış sayılmamalarının eşitliğe aykırı olup olmadığı, düzenlemenin sonuçlarının neler olduğu/olacağı hususları, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu sebeple söz konusu hususlara bu çalışmada değinilmemiştir.

Daha evvelden de ifade edildiği üzere 6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyesi statüsündeki köylerin tüzel kişilikleri kaldırılarak, köyler mahalle olarak buldukları ilçe belediyelerine katılmışlardır. Böylelikle belediyeler

artık kırsal alanlarda da yetkili hale gelmişlerdir^[12]. Belediyelerin yetki alanlarına dâhil olan kırsal kesimler kapsamında, imar ve yapı tekniklerine ve mevzuata aykırı pek çok yapı da, bir anda belediyelerin yetki alanlarına dâhil olmuştur^[13]. Kanun koyucu ise tarım alanlarında (ovalarda), meralarda, yaylalarda, su havzalarında, göl kenarlarında, kıyı alanlarında, orman alanlarında, sit alanlarında mevzuattaki kurallara uyulmadan yapılan yapıları, 6360 sayılı Kanun ile “ruhsatlandırılmış saymakta”dır.

TMMOB Şehir Plâncıları Odası, 6360 sayılı Kanun ile getirilen, “kırsal alanlarda mevzuattaki kurallara uyulmadan yapılan yapıların ruhsatlandırılmış sayılması”na ilişkin hükmün “imar affı” anlamına geldiğini ifade etmektedir^[14].

TMMOB Şehir Plâncıları Odası, “Önemli bir bölümü kaçak yapı niteliğinde olan ve bir bölümü hakkında yıkım kararı bulunduğunu tahmin ettiğimiz bu yapıların, hiçbir teknik incelemeden geçirilmeden, yasallığı/yasadışıluğu sorgulanmadan, ruhsatlı sayılmasının kabul edilemez olduğu”nu belirtmektedir^[15].

TMMOB Şehir Plâncıları Odası, “Böylesi bir karar köylerimizi yozlaştıran, kıyı alanlarını işgal eden, sit alanlarını ve korunması gereken doğal değerleri tahrip eden ve aslen yıkılması gereken tüm yapıların bir anda affedilmesi anlamına geldiğini” söylemektedir^[16].

TMMOB Şehir Plâncıları Odası, “6360 sayılı Kanun’un vahim sonuçlarının, bu yerleşmelerde yaşanacak ilk depremde ortaya çıkacağını; bir yandan Afet Riskinin Azaltılması amacıyla riskli yapıların yıkılmak istendiği bir ortamda, kaçak yapılmış ve salt bu nedenle dahi “riskli yapı” niteliğine

[12] İlhan Tekeli, “50 Yılda Neler Değişti? (Türkiye İçin Bir Kentleşme Kuramı ve Kavramlarının İrdelenmesi)”, https://www.academia.edu/40840511/50_Y%C4%B1lda_Neler_De%C4%9Fi%C5%9Fti_T%C3%BCrkiye_%C4%B0%C3%A7in_Bir_Kentle%C5%9Fme_Kuram%C4%B1_ve_Kavramlar%C4%B1n_%C4%B0rdelenmesi_?fs=aw-1012395943, e.t. 07.11.2019.

[13] Selim Çapar, Recep Demir, “Türkiye’de Büyükşehir Yapılanması ve 6360 sayılı Kanun’a Uygulayıcıların Bakışı”, Türk İdare Dergisi, Sayı 484, Haziran 2017, s.41

[14] Hüseyin Çankaya, Sultan Karasüleymanoğlu, Volkan Uludağ, Demir Demircioğlu (Yayına Haz.), TMMOB Şehir Plâncıları Odası 27. Dönem Çalışma Raporu, TMMOB Şehir Plâncıları Odası Yayınları, Ankara, 2014, s.303.

[15] Çankaya v.d., a.g.e., s.303.

[16] Çankaya v.d., a.g.e., s.303.

6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması

sahip olan yapıların affının kabul edilemez bir çelişki olduğuna” dikkati çekmektedir^[17].

6360 sayılı Kanun’daki “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi hakkındaki değerlendirmesinde Ögdül de, 6360 sayılı Kanun’la mahalleye dönüşen köyler bakımından imar affının önünün açıldığını belirtmektedir^[18].

Özden^[19] ve Karaman^[20] da, 6360 sayılı Kanun’la getirilen bu düzenlemenin bir imar affı olduğunu ifade etmektedirler.

6360 sayılı Kanun’la getirilen “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesine yargının yaklaşımının da, bu düzenlemenin bir af niteliğinde olduğu yönündedir. Zîra yargının, bu alanlardaki yapılar hakkında alınan yaptırım kararlarının dava konusu edildiği uyuşmazlıklara uyguladığı ve konunun “ruhsatlandırılmış sayılma” düzenlemesi bakımından da incelenerek, yapılar “ruhsatlandırılmış sayılma” kapsamında kalmakta ise, yapılar hakkındaki yaptırımların iptaline karar verilmesi yönünde değerlendirmeler yaptığı görülmektedir.

Örneğin İstanbul İli, Sarıyer İlçesi, Zekeriyaköy, 1 pafta, 22 sayılı parsel imar mevzuatına aykırı şekilde yapılan yapı 08.12.2009 günlü ve 001349 sayılı yapı tatil tutanağı ile tespit edilmiş ve mühürlenmiştir. Mühürlemenin iptali istemi ile açılan dava hakkında yerel Mahkeme “*mühürlemeye konu yapının bulunduğu yerdeki (bir önceki) yapının 01.05.2001 tarihinde zabıta ekiplerince yıkıldığı, yıkımın ardından 2001 yılından sonra kişinin yeniden yapıyı inşa ettiği; yapının İmar Kanunu hükümlerine göre ruhsata tabi bir yapı olmasına karşın ruhsatsız yapılması nedeniyle mühürlenmesinin hukuka uygun olduğu*” gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir^[21].

[17] Çankaya v.d., a.g.e., s.303.

[18] Hürriyet Ögdül, “*Kırsal Mekân Politikalarında Yeni Dönem*”, Mimarlık Dergisi, Sayı 371, Mayıs-Haziran 2013, <http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=385&RecID=3153>, e.t., 21.01.2019.

[19] Pelin Pınar Özden, “*Forumlar Dizisi–Bütünşehir Yasası Hakkındaki Forum Konuşması*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 48, Mart 2013, s.184.

[20] Tayfun Karaman, “*Forumlar Dizisi–Bütünşehir Yasası Hakkındaki Forum Konuşması*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 48, Mart 2013, s.187.

[21] İstanbul 3 üncü İdare Mahkemesi’nin 30.06.2015 tarih ve E: 2014/678, K: 2015/1396 sayılı kararı.

Temyiz incelemesinde bu karar Danıştay tarafından özetle “6360 sayılı Kanununun 12.11.2012 tarihinde yürürlüğe girdiği, 12.11.2012 tarihi itibarıyla taşınmazın bulunduğu Zekeriyaköy’ün köy statüsünde olduğu; (...) 6360 sayılı Kanun’un “konutlardan, bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar bitirilmiş olanlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya belediye ya da üniversiteler tarafından fen ve sanat kuralları ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun yapıldığı tespit edilenler ruhsatlandırılmış sayılacağı” hükmüne göre, davacının yapıya ilişkin olumlu raporunun mevcut olduğu (...);

6360 sayılı Kanun uyarınca uyuşmazlığa konu binanın ruhsatlandırılmış bina hükmünü kazandığı, bu haliyle ruhsatsız olduğu gerekçesiyle yıkılmayacağı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemden hukuka uygunluk bulunmadığı” gerekçesi ile yerel mahkeme kararı bozulmuştur^[22].

Görüldüğü üzere yargının, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesini, “af niteliğinde” bir düzenleme olarak ele aldığı görülmektedir. Öte yandan, Kanun’da pek çok şart olmasına karşın yargının bu olayda 12.11.2012 itibarıyla köy statüsünde olma ve fen ve sanat kuralları bakımından olumlu rapor alma şeklinde iki şartı “ruhsatlandırılmış sayılma” için yeterli görmesi kanaatimizce uygun bir yaklaşım değildir.

Yargının, ruhsatlandırılmış sayılma düzenlemesine yaklaşımına bir başka örnek de İzmir İli’nde yaşanmıştır. İzmir İli, Bayındır İlçesi, Çenikler Köyü, 135 ada, 28 sayılı parsel üzerine imar mevzuatına aykırı biçimde yapılan yapının yıkımına ilişkin İl Encümeni tarafından karar alınmıştır. Bu kararın iptali istemi ile kişi tarafından idare mahkemesinde dava açılmış, idare mahkemesi davanın reddine karar vermiş ve davanın reddine ilişkin karar kesinleşmiştir. Ardından Bayındır İlçe Özel İdare Müdürlüğü 07.09.2012 tarihli bir yazı ile yıkım kararının icrasına yönelik olarak kişiden “yapının yıkılması” istenmiş ve “yıkımın kişi tarafından gerçekleştirilmemesi halinde idarece yıkılacağı” kişiye bildirilmiştir.

Bayındır İlçe Özel İdare Müdürlüğü’nün 07.09.2012 tarihli yazısının iptali istemi ile açılan davada yerel mahkeme özetle “bu yazının dayanağı olan İl Encümeni yıkım kararının iptali talepli davanın yerel mahkemece reddedildiği ve kararın temyiz incelemesinden geçerek kesinleştiği; bu nedenle

[22] Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 09.05.2017 tarih ve E: 2015/11023, K: 2017/3128 sayılı kararı.

İlçe Özel İdare Müdürlüğünün 07.09.2012 tarihli işleminin hukuka uygun olduğu” gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir^[23].

Temyiz incelemesinde bu karar özetle “6360 sayılı Kanununun Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü bendi kapsamında yapının ruhsatlandırılmış sayılıp sayılmayacağına araştırılması gerektiği” gerekçesi ile bozulmuştur^[24].

Dolayısıyla Danıştay’ın, yapının ruhsatlandırılmış sayılma şartlarını taşıması halinde yerel mahkemelerin yaptırım işlemlerinin iptaline karar vermesini istediği anlaşılmaktadır^[25].

Bu değerlendirmelerinden yargının (da) 6360 sayılı Kanun ile getirilen “ruhsatlandırılmış sayılma” düzenlemesine yaklaşımının, “ruhsatlandırılmış sayılma”nın af niteliğinde bir düzenleme olduğu yönündedir. Yargının yaklaşımına göre söz konusu düzenleme yürürlüğe girmeden evvel bu alanlardaki yapılar hakkında alınan yıkım kararlarına, mühürlemelere ve para cezası kararlarına ilişkin uyuşmazlıklarda, şayet yapı 6360 sayılı Kanun’daki ruhsatlandırılmış sayılma şartlarını taşımakta ise yıkım kararının, mühürlemenin ve para cezasının iptali yönünde hüküm kurulmasının, yargının düzenlemeye bir af kanunu niteliğinde yaklaştığına işaret etmektedir.

III. “RUHSATLANDIRILMIŞ SAYILMA” – “RUHSAT ALMA” AYRIMI

6360 sayılı Kanun ile getirilen ruhsatlandırılmış sayılma müessesesi, 3194 sayılı Kanun’daki ruhsat alınması müessesesinden farklı bir müessesedir. Bu sebeple, kişinin 6360 sayılı Kanun kapsamında idareye “ruhsatlandırılmış sayılma” başvurusunda bulunabileceği gibi; 3194 sayılı Kanun kapsamında “ruhsat alma” başvurusunda da bulunabilmesi mümkündür.

Hangi mevzuat kapsamında müracaatta bulunulursa, o mevzuat kapsamında idarenin konuyu incelenerek, o mevzuata göre bir işlem tesis edeceği tabiidir^[26].

[23] İzmir 4 üncü İdare Mahkemesi’nin 03.01.2014 tarih ve E: 2013/162, K: 2014/6 sayılı kararı.

[24] Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 27.04.2016 tarih ve E: 2014/3557, K: 2016/3409 sayılı kararı.

[25] Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 16.09.2015 tarih ve E: 2015/1070, K: 2015/6547 sayılı kararı.

[26] Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 30.05.2019 tarih ve E: 2018/2048, K: 2019/1166 sayılı kararı.

Kişi ruhsatlandırılmış sayılma başvurusunda bulunmuş ise, idarenin başvuru ve eki evrakı inceleyerek, ruhsatlandırılmış sayılma şartları mevcut ise yapının ruhsatlandırılmış sayılması yönünde işlem tesis etmesi; aksi halde ruhsatlandırılmış sayılma başvurusunun reddi yönünde işlem etmesi gerekmektedir^[27].

Kişi ruhsatlandırılmış sayılma yerine ruhsat alma başvurusunda da bulunabilir. Bu durumda idarenin ruhsat başvurusunu ve eki evrakı inceleyerek, ruhsat alma şartları mevcut ise yapıya ruhsat düzenlenmesi; aksi halde ruhsat talebinin reddi yönünde işlem tesis etmesi gerekmektedir^[28].

Bu bakımdan, ilgilinin söz konusu mevzuatlar kapsamında idareye müracaat ederek, dilerse “ruhsatlandırılmış sayılma”, dilerse “ruhsat alma” başvurusunda bulunmasına mani bir durum söz konusu değildir.

Görüldüğü üzere, ruhsatlandırılmış sayılma talebinde bulunacak olan, yapı sahibidir. Yapı sahibinin mevzuattaki şartları yerine getirerek yapının ruhsatlandırılmış sayılması talebi ile ilgili belediyeye müracaat etmesi gerekmektedir.

Kişi tarafından bu yönde bir müracaat yapılmaması halinde, mevzuata aykırı olan yapılar hakkında idarenin işlem tesis etmesi mümkündür. İdarenin mühürleme, para cezası veya yıkım gibi işlemler tesis etmesinin ardından bu işlemlere karşı açılan davalarda da bize göre mahkemenin yapının ruhsatlandırılmış sayılma şartlarını taşıyıp taşımadığını araştırmasına gerek yoktur. Zira yapının ruhsatlandırılmış sayılma şartlarını taşıdığını ispat etme yükümlülüğü yapı sahibine aittir.

Kaldı ki; kişinin ya ruhsat alma ya da yapının ruhsatlandırılmış sayılma kapsamına alınmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişi yapıya ne

Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 26.09.2019 tarih ve E: 2019/349, K: 2019/1585 sayılı kararı.

[27] Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 30.05.2019 tarih ve E: 2018/2048, K: 2019/1166 sayılı kararı.

Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 26.09.2019 tarih ve E: 2019/349, K: 2019/1585 sayılı kararı.

[28] Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 30.05.2019 tarih ve E: 2018/2048, K: 2019/1166 sayılı kararı.

Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 26.09.2019 tarih ve E: 2019/349, K: 2019/1585 sayılı kararı.

ruhsat almış ne de ruhsatlandırılmış sayılma kapsamına aldırılmamış ise, bu durumda idarenin yaptırım uygulaması gayet tabiidir.

Yapı sahibi mevzuattaki şartları sağlayarak ilgili idareye başvurup ruhsatlandırılmış sayılma yönünde işlem tesis ettirmediği sürece, yapının ruhsatlandırılmış sayılması teknik açıdan ve hukukî açıdan mümkün değildir. Mahkemenin de idarenin yerine geçerek yapıyı ruhsatlandırmış saymasının doğru bir usûl olmadığı kanaatindeyiz.

IV. “RUHSATLANDIRILIŞ SAYILMA”NIN ŞARTLARI

6360 sayılı Kanun’da bir yapının “ruhsatlandırılmış sayılması” için pek çok şartın getirildiği görülmektedir.

Ancak gerek yapı sahiplerinin, gerek idarî uygulayıcıların, gerekse yargının bu pek çok şarttan sadece üç tanesi üzerinde yoğunlaşarak, bu üç şartın mevcudiyeti halinde yapının ruhsatlandırılmış sayılacağı yönünde değerlendirmelerde buldukları gözlenmektedir. Yapı sahiplerinin, idarî uygulayıcıların ve yargının dikkate aldığı üç şart ise,

i) Yapının yapıldığı yerin 6360 sayılı Kanun’un yürürlüğünden evvel köy iken 6360 sayılı Kanun’la mahalleye dönüşmesi,

ii) 6360 sayılı Kanun’un yürürlüğünden evvel yapının yapılmış olması,

iii) Yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya belediye ya da üniversiteler tarafından fen ve sanat kuralları ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun yapıldığının tespit edilmiş olmasıdır.

Bize göre bu yaklaşım hatalı bir yaklaşımdır. Diğer bir ifadeyle bu yaklaşım mevzuata aykırı bir yaklaşımdır. 6360 sayılı Kanun’a göre bir yapının “ruhsatlandırılmış sayılması” için, bu üç şartın haricinde pek çok şarta daha yer verilmiştir. Dolayısıyla bir yapının ruhsatlandırılmış sayılıp sayılmayacağı konusu değerlendirilirken, diğer şartların da dikkate alınması gerekmektedir.

Mevzuattaki şartların tamamını taşıyan yapılar bakımından “ruhsatlandırılmış sayılma” durumu söz konusu olacaktır. Bu şartların tamamı taşınmamakta ise, yapının ruhsatlandırılmış sayılması ve bu kapsamda ruhsatlandırılmış sayılmanın sağladığı imkânlardan (haklardan) faydalanılması hukuken mümkün değildir.

Bu itibarla, gerek idarî uygulayıcıların gerekse yargının konuyu değerlendirirken sadece üç şart bakımından değil, mevzuattaki şartların tamamı

yönünden durumu incelemeleri gerekmektedir. Aşağıda, 6360 sayılı Kanun'un Geçici 1/14 üncü maddesindeki "ruhsatlandırılmış sayılma" şartları tek tek açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Coğrafi Konum Şartı

6360 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddenin 14 üncü fıkrası yakından incelendiğinde, "ruhsatlandırılmış sayılma"dan faydalanacak olan "yapının, mahalleye dönüşen köy sınırları dâhilinde kalmasının gerektiği" görülmektedir.

Bu durum bize, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinin 6360 sayılı Kanun'la sayısı 30'a çıkan^[29] büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde uygulanabilecek bir müessese olduğunu göstermektedir.

Ayrıca 30 adet büyükşehir belediyesinde, mahalleye dönüşen köylerin sınırları dışındaki yerlerde kalan yapıların, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanmaları da hukuken mümkün değildir.

Öte yandan; Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4/4 üncü maddesinde, "Köy ve mezraların cami, köy konağı gibi köy ortak yapıları ile köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlar tarafından, yapımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak inşa edilmiş yapıların toplu olarak bulunduğu yerlerde mevcut binaların en dışta olanlarının dış kenarlarından geçirilen çizginin içinde kalan alana köy yerleşik (meskûn) alanı; bu çizgi ile 100 metre dışından geçirilecek olan, valiliklerce tespit edilerek il idare kurulunca karara bağlanan sınırın içinde kalan alan ise, köy yerleşik alanı civarı" olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik'te yer verilen alan sınırı, "köy yerleşik alanı" sınırını ihtiva etmektedir.

Köylerin bir de Köy Kanunu^[30] uyarınca belirlenmiş olan idarî/mülkî sınırları bulunmaktadır.

6360 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan "mahalleye dönüşen köy sınırı"ndan kasıt, köylerin idarî/mülkî sınırlarıdır.

[29] Sefa Usta, Elvettin Akman, Mustafa Kocaoğlu, "6360 Sayılı Kanun'un Büyükşehir Belediye Sistemine Etkileri: Konya Büyükşehir Belediyesi Örneği", TESAM Akademi Dergisi, Nisan 2018, Yerel Yönetimler Özel Sayısı, s.226

[30] 07.04.1924 tarih ve 68 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Diğer bir ifadeyle “köy yerleşme alanı sınırı” ve “köy idarî sınırı” olmak üzere, imar işlemlerinde esas alınan köylere ilişkin iki adet sınır bulunmakta olup; köy idarî sınırı, köy yerleşik alan sınırını kapsayan mülkî sınırı ifade etmektedir.

İşte ruhsatlandırılmış sayılmadan faydalanacak olan yapılar, köy idarî sınırı dâhilinde kalan yapılardır. Bu yapının, köy yerleşik alanı sınırları içerisinde kalıp kalmadığının bir önemi bulunmamaktadır.

2. Adres Kaydı Şartı ve Coğrafi Konuma Dâhil Olma Şartı

6360 sayılı Kanun’un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrası yakından incelendiğinde, “*ruhsatlandırılmış sayılacak yapının, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olması*” gerekmektedir.

Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olmayan yapının “kural olarak” ruhsatlandırılmış sayılması mümkün değildir.

Ancak yapının Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olması şartına bir istisna getirildiği görülmektedir. Bu istisna; yapı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından uydu fotoğraflarıyla tespit edilmiş ise, bu halde yapının Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olması zorunlu değildir. Dolayısıyla,

=> Yapı Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı değilse,

=> Yahut yapı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından uydu fotoğraflarıyla tespit edilmemiş ise, bu yapının ruhsatlandırılmış sayılması mümkün değildir.

3. Adres Kaydına ve Coğrafi Konuma Dâhil Olma Süresi Şartı

Kanun koyucu, yapının ruhsatlandırılmış sayılabilmesi için Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olmanın belli bir tarihe kadar yapılmış olmasını şart koşmuştur.

Benzer şekilde kanun koyucu, ruhsatlandırılmış sayılabilmesi için yapının Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından uydu fotoğraflarıyla tespit edilmesinin de, belli bir tarihe kadar yapılmış olmasını şart koşmuştur.

Bu tarih ise, 6360 sayılı Kanun’un yayımlandığı tarih olan 06.12.2012 tarihidir.

Bu durum bize, ruhsatlandırılmış sayılabilmesi için 6360 sayılı Kanun'un yayımlandığı 06.12.2012 tarihi itibariyle yapının Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı olması gerekmektedir. 06.12.2012 tarihi itibariyle Ulusal Adres Bilgi Sistemine kayıtlı değilse, bu yapının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

Bu şart uydu fotoğrafiyla tesbit bakımından da söz konusudur.

Ruhsatlandırılmış sayılabilmesi için 6360 sayılı Kanun'un yayımlandığı 06.12.2012 tarihi itibariyle yapının Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından uydu fotoğraflarıyla tespitin yapılmış olması gerekmektedir. 06.12.2012 tarihinden önceki uydu fotoğraflarında yapı mevcut değil ise, bu yapının da ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

4. Yapının Türünün Kanun'da Sayılan Yapılardan Olması Şartı

6360 sayılı Kanun'a göre, her yapı ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanamayacaktır. Ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanacak yapıların hangi yapılar olacağıın Kanun'da açıklandığı görülmektedir.

Kanun'da sayılan yapılar ile bu yapıların özelliklerine aşağıda yer verilmiştir. Aşağıda sayılan nitelikleri taşımayan yapıların 6360 sayılı Kanun'la getirilen "ruhsatlandırılmış sayılma" müessesesinden faydalanması mümkün değildir. Ancak uygulamada yapı niteliği ve yapıya ilişkin diğer koşulların taşınıp taşınmadığı ayırımına gidilmediği, bu şarta "genellikle" dikkat edilmediği gözlenmektedir. Bu dikkate almamanın ise mevzuata uygun bir husus olmadığı açıktır.

a. Tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar

Ruhsatlandırılmış sayılacak yapının, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılardan olması gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu bütün tarım amaçlı yapıları ve bütün hayvancılık amaçlı yapıları, ruhsatlandırılmış sayılacak yapılardan saymamıştır. Nitekim yapının entegre tesis niteliğinde "olmayan" tarım ve hayvancılık amaçlı yapılardan olması gerekmektedir.

Tarım ve hayvancılık amaçlı yapı entegre tesis niteliğinde ise, bu yapının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir.

Örneğin, kişinin zati ihtiyacını karşılayacak sayıdaki (8-10 adet) tavuğu için yapmış olduğu kümes, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanabilecek bir yapıdır. Ancak kişi et tavukçuluğu firmalarında kesimi yapılmak üzere (ticarî amaçlı) 1000 tavukluk bir kümes inşa etmiş ise, bu kümesin zati ihtiyacı aşan ticarî niteliği dolayısıyla, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir.

b. Köyden mahalleye dönüşen yerlerde oturanların “günlük” ihtiyaçlarını karşılayacak yapılar

Ruhsatlandırılmış sayılacak yapının, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerlerde oturanların “günlük” ihtiyaçlarını karşılayacak “bakkal”, “manav”, “berber”, “fırın”, “kahve”, “lokanta”, “pansiyon”, “tanıtım ve teşhir büfesi” niteliğinde olması gerekmektedir.

Yapı, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerde oturanların “günlük ihtiyacını” karşılayacak niteliğin üzerinde bir yapı ise, bu halde yapının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir.

Örneğin yapı, o köy sakinlerinin ihtiyaçlarını karşılayacak bir bakkal yapısı ise bu yapı, ruhsatlandırılmış sayılabilecektir. Ancak yapı, o köy sakinlerinin ihtiyaçlarını karşılayacak bir bakkal yapısı değil de, o köyle birlikte civardaki diğer köylere de hitap eden şekilde faaliyet gösteren bir süpermarket yapısı ise, bu süpermarket yapısının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir.

c. Kooperatif yapıları

Ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanacak yapılar arasında, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerlerdeki kooperatiflere ait yapılar da yer almaktadır.

Ancak kanun koyucunun, kooperatif yapıları bakımından da bazı şartlar koyduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle her kooperatif yapısı ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanamayacaktır.

Evvelâ kooperatifin, yerleşim yeri halkı tarafından “kurulan ve işletilen” bir kooperatif olması gerekmektedir.

Dolayısıyla kooperatif yapısının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanabilmesi için, yapının sahibi olan kooperatif tüzel kişiliğinin

o yer halkı tarafından kurulması ve aynı zamanda o yer halkı tarafından işletilmesi gerekmektedir.

Şayet kooperatif tüzel kişiliği, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yer halkı tarafından kurulmuş ve aynı zamanda o yer halkı tarafından işletilmekte ise, bu halde büyüklüğüne ve bağımsız ünite sayısına bakılmaksızın kooperatif tüzel kişiliğine ait olan yapının, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkündür. Bu niteliği taşımayan kooperatif yapıları köyden mahalleye dönüşen yerlerde bulunsa dahi, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanmaları mümkün değildir.

d. O yerde oturanlara ait konut yapıları

Ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanacak yapılar arasında, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerlerde “oturanların” konutları da yer almaktadır.

Mesken nitelikli yapılarda “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesinden faydalanma taleplerinin, özellikle yaylalarda ve meralarda yoğun olduğu dikkate alındığında, bu şartta yer alan “oturma” kelimesi ile neyin kastedildiğinin biraz daha yakından incelenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Burada yer alan “oturma” kelimesi ile “ikâmet etme” durumu ifade edilmektedir. “İkametgâh” bir kişinin bir yere bağlılığını, bir yerle ilişkisini ifade eden bir kavramdır^[31]. İkametgâh vasıtasıyla kişi, bir yerle olan ilişkisi bağlamında toplum içerisinde bireyselleşmektedir^[32]. Bu bireyselleşmenin gerçekleştirilmesinde kanun koyucu hem kişi bakımından hem de toplum bakımından pek çok faydalar mülhaza ederek, ikametgâh kavramını ihdas etmiştir.

(Yeni) Türk Medenî Kanunu’nda ikâmetgâh kavramı yerine, “yerleşim yeri” kavramı kullanılmıştır. Türk Medenî Kanunu’nun 19 uncu maddesinde, “*Yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer*” olarak açıklanmıştır.

[31] Tan Tahsin Zapata, Medenî Hukuk, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.62.

[32] Aydın Zevkliler, Medenî Hukuk; Giriş ve Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1995, s.331.

Uygulamada “iradî ikametgâh”, “akdî ikametgâh”, “itibarî ikametgâh” ve “kanunî ikametgâh” olmak üzere farklı ikamet (oturma) türlerine rastlanılmaktadır.

6360 sayılı Kanun’da yer verilen “oturma” şartına, yukarıda sayılan ikâmet türlerinden hangisi dâhildir?

Bu sorunun cevaplanabilmesi için, sayılan ikamet türlerinin mahiyetinin açıklanması gerekmektedir.

İradî ikametgâh; sürekli kalma niyeti ile “oturulan yeri” ifade etmektedir. Sürekli kalma niyeti ile “oturulmayan yerler”, iradî ikametgâh kapsamında kalmamaktadır. Nitekim Türk Medenî Kanunu’nun 22 nci maddesinde, “*Bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz*” denilerek; eğitim, sağlık, bakım amacıyla bir yerde bulunmak yahut cezaevinde bulunmak, orada ikamet edildiği anlamına gelmemektedir.

Akdî ikametgâh; bir sözleşme ilişkisinde tarafların sözleşmede belirledikleri yeri ifade etmektedir^[33]. Sözleşmeden doğan taahhütlerin ve borçların yerine getirilmesi ya da tebliğlerin yapılması açısından gösterilen yer, akdî ikametgâhı ifade etmektedir^[34].

Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer de, o kişinin yerleşim yeri (ikametgâhı) sayılır. Bu tür yerleşime (ikametgâha) ise, “itibarî ikametgâh” adı verilmektedir.

Kanunî ikametgâh ise, velâyet ve vesâyet altındaki kişilerin ikametgâhını ifade etmektedir. Nitekim velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri (ikametgâhı), anasının ve babasının (...) yerleşim yeridir. Vesâyet altındaki kişilerin yerleşim yeri (ikametgâhı) ise, bağlı oldukları vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesinin) bulunduğu yerdir.

Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre, bir kişinin ikametgâhının (oturma yerinin) mutlaka bulunması zorunludur. İkametgâhı olmayan bir insan düşünülemez^[35]. Yine Kanunumuza göre, bir insanın ancak

[33] Elif Cenkeri, “*Uluslararası Düzeyde Yasa Çakışmaları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012), s.196.

[34] Cenkeri, 2012, s.196.

[35] Zevkliler, a.g.e., s.345.

bir adet ikametgâhı bulunabilir; bir kişinin aynı anda birden fazla sayıda ikametgâhının (oturma yerinin) bulunması hukuken mümkün değildir. “İkametgâhın tekliği” adı verilen bu kural, bir kişinin aynı anda birden fazla sayıda ikametgâh edinemeyeceğini ifade etmektedir.^[36] Ancak kişi elbette eskisini terk ederek, yeni bir ikametgâh edinebilecektir.

Bu çerçevede 6360 sayılı Kanun’da yer alan “oturma” şartı incelendiğinde, 6360 sayılı Kanun’daki oturma ile kastedilenin iradî ikâmet olduğu görülmektedir. Buna göre kişinin, ruhsatlandırılmış sayılmasını talep ettiği yapının bulunduğu köyde (mahallede) “yerleşme ve hayatını devam ettirme” iradesi ile fiilen yaşıyor olması gerekmektedir.

Kişinin ruhsatlandırılmış sayılmasını talep ettiği yapının bulunduğu köyde (mahallede) yerleşme ve hayatını burada devam ettirme iradesi ile fiilen yaşıyor olduğunun isbatı ise günümüzde, Nüfus Hizmetleri Kanunu^[37] ve Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği^[38] çerçevesinde tanzim olunan ve halk arasında “ikametgâh belgesi” adı verilen “Yerleşim Yeri Belgesi” vasıtasıyla yapılmaktadır.

Bu açıdan, ruhsatlandırılmış sayılması talep edilen yapının bulunduğu köy (mahalle) haricindeki başka bir köyde, mahallede yahut şehirde ikamet edenlerin, 6360 sayılı Kanun ile köyden mahalleye dönüşen yerlerde “oturan” şartını taşımadıkları aşikârdır.

Örneğin kişi İstanbul’da ikâmet etmekte iken, yaz aylarında birkaç haftalığına yayla havası almak maksadı ile yaylaya bir ev yapmış ise, bu kişinin yaylaya yaptığı ev konut (mesken) vasıflı olmasına karşın, bu yapının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir. Zirâ bu ev, köyden mahalleye dönüşen yerde “oturan” kişinin konutu değildir; bu ev, İstanbul’da oturan (ikâmet eden) ancak yaylada bir süre bulunan kişinin yaptığı bir konuttur ve bu konut ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanma şartlarını taşımamaktadır.

[36] Zevkliler, a.g.e., s.346.

[37] 29.04.2006 tarih ve 26153 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[38] 15.12.2006 tarih ve 26377 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

5. Yapının Tamamlanmış Olması Şartı

Ruhsatlandırılmış sayılma müessesinden faydalanabilmek için, yukarıdaki nitelikleri haiz olan yapıların inşasının “bitirilmiş olması”, diğer bir ifadeyle yapının “kullanıma hazır” yahut “kullanılıyor” olması gerekmektedir.

Kullanıma hazır nitelikte olmayan (inşaat halindeki) yapılar, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanamayacaktır.

6. Yapının Tamamlanma Süresi Şartı

Bir üst başlıkta, ruhsatlandırılmış sayılma müessesinden faydalanabilmek için, yukarıdaki nitelikleri haiz olan yapıların inşasının bitirilmiş, yapının kullanıma hazır yahut kullanılıyor olması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Ancak kanun koyucu yapının tamamlanmış olmasını belli bir süre ile sınırlandırmıştır. Diğer bir ifadeyle yapının, belli bir süreye kadar kullanıma hazır hale getirilmiş olması gerekmektedir. Bu süreden sonra kullanıma hazır hale getirilmiş olan yapıların ruhsatlandırılmış sayılma müessesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

Buna göre, yukarıdaki nitelikleri haiz olan yapıların, 6360 sayılı Kanun’un yayımlandığı tarih olan 06.12.2012 tarihi itibarıyla bitirilmiş olması; bu yapıların 6360 sayılı Kanun’un yayımlandığı 06.12.2012 tarihi itibarıyla kullanılıyor yahut kullanıma hazır olması gerekmektedir.

Yapı, 6360 sayılı Kanun’un yayımlandığı tarih olan 06.12.2012 tarihi itibarıyla bitirilmemiş ise, başka bir deyişle yapı 06.12.2012 tarihi itibarıyla yapı kullanma izin belgesi alma şartlarını taşıyor ise yahut da yapı 06.12.2012 tarihinden sonra tamamlanmış ise, bu yapıların ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

7. Fen Kurallarına ve Sanat Kurallarına Uygun Yapılmış Olma Şartı

Ruhsatlandırılmış sayılma müessesinden faydalanabilmek için, yukarıdaki nitelikleri haiz olan yapıların ayrıca, hem “fen kurallarına” hem de “sanat kurallarına” uygun yapılmış (inşa edilmiş) olması gerekmektedir.

Fen kurallarından kasıt, yapının statığının teknik şartlara uygun olması; beton yoğunluğunun, demir kalınlığının, taşıyıcı unsurların o yapıya uygun nitelikte yapılması ve kullanılması; yapıda çatlama, çökme, dönme, farklı oturma, sehim veya deplasman olup olmadığının incelenmesi; yapının

mevcut durumda yahut olası bir afet anında tehlike içermemesi gibi, daha çok inşaat mühendisliği ve yapı denetimi bakımından yapının teknik kurallara uygun olarak yapılmış olmasını ifade etmektedir.

Sanat kuralları ise, “binalar bakımından” daha çok mimarî tasarım ve estetik ile ilgilidir. Bu husus, fen kurallarında olduğu gibi teknik bir konudur. Asgarî düzeyde mimarlık bilgisi ve tasarım bilgisi gerektirmektedir. Dolayısıyla ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanacak yapı (konut, iş yeri, tarım, turizm gibi) hangi amaçla yapılmış ise mimarî ve estetik bakımdan o amaca uygun sanatsal tasarım arz etmesi gerekmektedir.

Öte yandan; fen kurallarına uygun yapılmış olma ve sanat kurallarına uygun yapılmış olma hususları teknik bilgi gerektirdiğinden, kanun koyucu bu durumların tesbitinin konunun uzmanları tarafından yapılmasını öngörmüştür.

Zirâ Kanun’a göre, yapının fen kurallarına ve sanat kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığına ilişkin tesbitin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (çevre ve şehircilik il müdürlükleri), belediyeler ya da üniversiteler tarafından yapılması gerekmektedir.

Bu bakımdan yukarıdaki başlıklar altında açıklanan şartları ve nitelikleri taşıyan yapıların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (çevre ve şehircilik il müdürlükleri, belediyeler ya da üniversiteler tarafından incelenmesi, inceleme sonucunda yapının fen kurallarına ve sanat kurallarına uygun olduğuna dair rapor hazırlanması gerekmektedir. Bu yönde bir raporun mevcut olmaması durumunda yapının, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

Ayrıca fen kurallarına ve sanat kurallarına uygunluk incelemesini yaptırıp, fen kurallarına ve sanat kurallarına uygunluğa dair rapor düzenletmesi gereken kişinin de yapı sahibi olduğu izahtan varestedir. Belediyelerin, üniversitelerin ya da çevre ve şehircilik il müdürlüklerinin (talep olmadan) re’sen böyle bir inceleme yapma ve rapor düzenleme yetkileri bulunmamaktadır.

8. İlgili Mevzuata Uygun Yapılmış Olma Şartı

6360 sayılı Kanun’un Geçici 1/14 üncü maddesinde “(...) ilgili mevzuat hükümlerine uygun yapıldığı tespit edilenler ruhsatlandırılmış sayılır” hükmüne yer verilerek, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanabilmek

için, yukarıdaki nitelikleri haiz olan yapıların ayrıca, “ilgili mevzuata” (da) uygun olarak yapılmış olması gerektiği belirtilmiştir.

Örneğin ruhsatlandırılmış sayılması istenilen yapı kahvehane ise, yapının kahvehane ile ilgili mevzuatlar olan yangın mevzuatına, işyeri açma ve çalışma mevzuatına, umumu hıfzıssıhha mevzuatına uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir.

Yahut ruhsatlandırılmış sayılması istenilen yapı mesken ise, bu yapının da ilgili mevzuat olan Plânsız Alanlar İmar Yönetmeliği’ndeki parsel oturma ve çekme mesafelerine ve konut yapı kurallarına uygun biçimde yapılmış olması gerekmektedir.

Öte yandan; yapının fen kurallarına ve sanat kurallarına uygun yapıldığının tesbitinde olduğu gibi, yapının ilgili mevzuata uygun yapıldığının da tesbit edilmesi gerekmektedir. Bu tesbitin de harita-kadastro ve inſaat alanındaki uzmanlarca yapılmasının gerektiği tabiidir.

Nitekim teknik bilgi gerektirmesi nedeniyle kanun koyucu bu tesbitin (de) konunun uzmanları tarafından yapılmasını öngörmüştür. Zirâ Kanun’a göre, yapının ilgili mevzuat kurallarına uygun olarak yapılar yapılmadığına ilişkin tesbitin (de) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (çevre ve şehircilik il müdürlükleri), belediyeler ya da üniversiteler tarafından yapılması gerekmektedir.

Bu bakımdan yukarıdaki alt başlıklarda sayılan şartları ve nitelikleri taşıyan yapıların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (çevre ve şehircilik il müdürlükleri), belediyeler ya da üniversiteler tarafından incelenmesi, inceleme sonucunda yapının ilgili mevzuat kurallarına uygun olduğuna dair rapor hazırlanması gerekmektedir. Aksi halde yapının, ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması hukuken mümkün değildir.

Ayrıca ilgili mevzuata uygunluk incelemesini yaptırıp, ilgili mevzuata uygunluğa dair rapor düzenlettirmesi gereken kişinin de yapı sahibi olduğu izahıta varestedir. Belediyelerin, üniversitelerin ya da çevre ve şehircilik il müdürlüklerinin (talep olmadan) re’sen böyle bir inceleme yapma ve rapor düzenleme yetkileri bulunmamaktadır.

9. Yapının Ruhsatlandırılmış Sayılmasının, Özel Mevzuat Hükümlerine Aykırı Olmaması Şartı

Yukarıda sekiz (8) alt başlık halinde sayılan bütün şartları taşıyan yapılar, 6360 sayılı Kanun kapsamında ruhsatlandırılmış sayılacaklardır.

Ancak 6360 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrasının son cümlesinde, “*bu fıkranın öngördüğü uygulamaların özel kanun/mevzuat hükümlerine aykırı olması durumunda, özel kanun hükümleri geçerlidir*” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Fıkradaki bu son cümle, yapının ruhsatlandırılmış sayılması için bir de 9 uncu şartın mevcut olduğunu göstermektedir.

Kanun koyucunun bu cümle ile özel kanun genel kanun ayrımını yaparak önceliği özel kanunlara ve özel kanunların ikincil mevzuatına verdiği görülmektedir. Bu şarta göre yapı, özel mevzuat gereği yapı ruhsatına bağlanamayacak (diğer bir ifadeyle yapı ruhsatı düzenlenemeyecek) bir alanda kalmakta ise, diğer bütün şartlar sağlansa dahi, yapının ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanması mümkün değildir.

Örneğin ruhsatlandırılmış sayılması talep edilen yapı 1 inci derece arkeolojik sit alanında kalmakta ise, 1 inci derece arkeolojik sit alanında kalan bir yapıya yapı ruhsatı verilmesi mümkün olmadığından, diğer bütün şartlar taşınsa dahi bu yapının ruhsatlandırılmış sayılması hukuken mümkün değildir.

V. ÖRNEK OLAY^[39]

Bu başlık altında, konuya ilişkin bir örnek olay aktarılacaktır. Böylelikle 6360 sayılı Kanun'la getirilen ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinin biraz daha somutlaştırılabileceği ümit edilmektedir.

1. Örnek Olaya İlişkin Veriler



[39] Örnek olaya ilişkin parsel kimlik bilgileri (ada ve parsel numaraları) çalışmadan çıkarılmıştır.

Konya ili, Beyſehir İlçesinde eskiden köy olan ancak 6360 sayılı Kanun’la birlikte Beyſehir İlçesi’nin bir mahallesi haline gelen Bademli Mahallesi’nin idarî sınırları kırmızı renkle Şekil 1’de görünmektedir. Ayrıca Şekil 1’de, örnek olaya konu olan parselin coğrafi konumu da sarı renk altıgenle gösterilmiştir. Bu parsel, mülga Bademli Köyü’nün idarî sınırların dâhilinde, sınırın kuzey ucunda (sarı renk okla işaretli yerde) yer almaktadır.

Parsel üzerinde; alt katı kafeterya (işletme), üst katları konut olarak kullanılan bir yapı bulunmaktadır. Yapı, yol kotu üstü üç katlıdır.

Yapı, 2007 yılında yapılan alan çalışması sırasında Ulusal Adres Bilgi Sistemine kaydettirilmiştir. Dolayısıyla buradaki yapı 6360 sayılı Kanun’un yayımlandığı 06.12.2012 tarihinden önce, Ulusal Adres Bilgi Sistemi’ne dâhil olmuştur.

Ayrıca yapı sahibi, yapı hakkında Selçuk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi’nden bir öğretim üyesine yapıyı inceletmiştir. İnceleme sonucunda “Yapısal Performans Analizinin Değerlendirilmesi Raporu” hazırlanmış ve raporda “yapıda fen ve sağlık kuralları açısından iskân ruhsatı alınmasına engel bir durum olmadığı” yönünde görüş verilmiştir.

Ardından yapı sahibi, 6360 sayılı Kanun’un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrası kapsamında bu yapının ruhsatlandırılmış sayılması talebi ile Beyſehir Belediye Başkanlığı’na müracaat etmiştir.

Beyſehir Belediye Başkanlığı (İmar ve Şehircilik Müdürlüğü), konuya ilişkin olarak Konya Büyükşehir Belediye Başkanlığı’ndan (İmar ve Şehircilik Dairesi Başkanlığı’ndan), Orman ve Su İşleri VIII. Bölge Müdürlüğü’nden (Millî Parklar Őube Müdürlüğü’nden), Konya Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü’nden ve Beyſehir Kaymakamlığı’ndan görüşler aldıktan sonra, kişinin yapının 6360 sayılı Kanun kapsamında ruhsatlandırılmış sayılması talebini reddetmiştir.

Kişi, yapının ruhsatlandırılmış sayılma talebinin reddinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile Konya 2 nci İdare Mahkemesi nezdinde dava açmıştır.

Konya 2 nci İdare Mahkemesi tarafından özetle, “*yapının 2007 yılında adres kaydının yapıldığı, ayrıca üniversite öğretim üyesi tarafından yapının fen ve sağlık kuralları bakımından ruhsatlandırılmasında sakınca olmadığı görüşünün verildiği, bu nedenle yapının ruhsatlandırılmış sayılma şartlarını*

taşıdığı” gerekçesi ile, ruhsatlandırılmış sayılma talebinin reddine vakî Beyşehir Belediye Başkanlığı işleminin iptaline karar verilmiştir^[40].

2. Örnek Olaya Konu Yapının Ruhsatlandırılmış Sayılma Şartlarını Taşıyıp Taşımadığının İncelenmesi

a. Millî Park Alanı bakımından inceleme

Alt katı kafeterya (işletme), üst katları ise konut olarak kullanılan ve yol kotu üstü 3 katlı olan yapı, 2007 yılında adres kayıt sistemine dâhil olmuş, ayrıca üniversite öğretim üyesi tarafından yapının fen ve sağlık kuralları bakımından ruhsatlandırılmasında sakınca olmadığı yönünde görüş verilmiştir.

Ancak bir yapının 6360 sayılı Kanun’un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrası kapsamında ruhsatlandırılmış sayılmasının şartlarına yukarıda “IV. RUHSATLANDIRILMIŞ SAYILMANIN ŞARTLARI” başlığı altında değinilmiştir.

Söz konusu başlık altında, 6360 sayılı Kanun’un Geçici 1/14 üncü maddesine göre bir yapının ruhsatlandırılmış sayılması için toplam dokuz (9) adet (ana) şart olduğu açıklanmıştır. Söz konusu şartların dokuzuncusu ise, “özellikli durumları” düzenlemektedir.

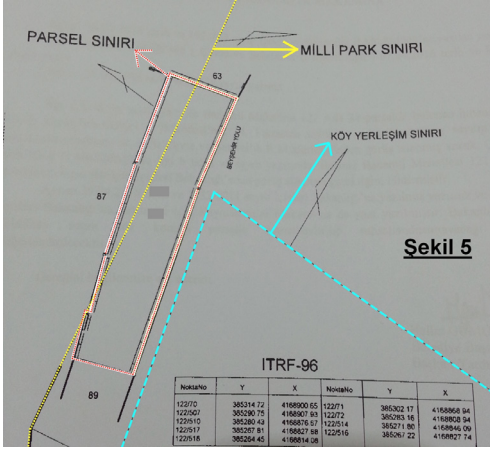
Yukarıda sayılan dokuz alt numaralı şarta göre yapı/parsel, özel mevzuat gereği ruhsata bağlanamayacak (yapı ruhsatı düzenlenemeyecek) bir alanda kalmakta ise, diğer bütün şartlar sağlansa dahi, yapının ruhsatlandırılmış sayılması hukuken mümkün değildir.

Örnek olaydaki parselin bir kısmı Millî Park sınırları dâhilinde kalmaktadır. Şekil 5’te, örnek olaydaki parsel sınırları düz beyaz hat üzerine nokta çizgili kırmızı renkte, Millî Park sınırları nokta çizgili sarı renkte, Köy Yerleşim Alanı Sınırı ise kesikli aralıklı çizgili turkuaz renkte gösterilmiştir.

Örnek olaydaki parsel ve parsel üzerindeki yapının konumu bu kapsamda incelendiğinde, hem parselin hem de parsel üzerindeki yapının bir kısmının Millî Park Alanı’nda kaldığı görülmektedir.

[40] Konya 2 nci İdare Mahkemesi’nin 10.01.2018 tarih ve E: 2016/684, K: 2018/46 sayılı kararı. {İlk derece Mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, Bölge İdare (İstinaf) Mahkemesi tarafından Konya 2 nci İdare Mahkemesi’nin bu kararı kaldırılarak, davanın reddine “kesin olarak” karar verilmiştir.}

6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüßen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması



İmar Kanunu'nun "Genel Esas" başlıklı 3 üncü maddesinde "*Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz*" hükmü yer almaktadır.

Dolayısıyla imar hukuku bakımından herhangi bir sahanın,

- i) Her ölçekteki plan esaslarına,
- ii) Bulunduğu bölgenin şartlarına
- iii) Ve Yönetmelik hükümlerine, aykırı maksatlar için kullanılması mümkün değildir.

Millî Park Alanı, 3194 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde sayılan ve yukarıdaki paragrafta (ii) numarada yer verilen "bulunduğu bölgenin şartları" kapsamında kalmaktadır.

Dolayısıyla örnek olaydaki parselin, bulunduğu bölgenin şartı olan Millî Park kullanım kararlarına aykırı biçimde kullanılması mümkün değildir^[41].

[41] 2873 sayılı Millî Parklar Kanunu'nun "Yasaklanan Faaliyetler" başlıklı 14 üncü maddesinde, "*Bu Kanun kapsamına giren yerlerde;*
a) *Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değeri bozulamaz,*
b) *Yaban hayatı tahrip edilemez,*
c) *Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz,*
d) *Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz,*

Ayrıca yapı ruhsatının, yapının tamamına yönelik düzenlenmesi gereken bir belge olması, örnek olaydaki yapının ve parselin ise bir kısmının Millî Park Alanı sınırları içinde kalması nedeniyle, yukarıda “IV. RUHSATLANDIRILIŞ SAYILMANIN ŞARTLARI” başlığı altındaki dokuz (9) alt numaralı başlıkta yer alan özel hüküm gereği, yapının 6360 sayılı Kanun’un Geçici 1/14 üncü maddesi kapsamında ruhsatlandırılmış sayılması (olay özelinde) hukuken mümkün değildir.

Zîra yukarıda yer verilen dokuz (9) numaralı alt başlıktaki şarta göre yapı/parsel, “özel mevzuat gereği” ruhsata bağlanamayacak (yapı ruhsatı düzenlenemeyecek) bir alanda kaldığından, diğer bütün şartlar sağlansa dahi, yapının ruhsatlandırılmış sayılması hukuken mümkün değildir.

b. Alana ilişkin imar plânı kararları bakımından inceleme

Yapının kâin olduğu parselin bulunduğu alanı kapsayan 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Plânı mevcuttur.

Alana ilişkin 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Planı Uygulama Hükümlerinin 3.1.94. maddesinde, “*kırsal yerleşmeler için belirlenmiş konut ve gelişme konut alanlarında yapı inşaat alanı 500 m²’yi geçmeyen; yerleşmenin ihtiyacına yönelik olarak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen (...) meyve depoları ile ilk ve orta öğretim tesisi, ibadet yeri, sağlık tesisi, güvenlik tesisi, atölye, tamirhane gibi “yüksekliği 2 katı geçmeyecek yapılar” için imar planı şartı aranmayacak olup; yapı nizamları, konum ve çevresel özellikler dikkate alınarak ilgili belediyesince belirleneceği, bu kullanımlar dışındaki her türlü faaliyet için uygulama imar planı yapılmasının zorunlu olduğu*” hükmüne yer verildiği görülmektedir.

6360 sayılı Kanun’a göre “ilgili mevzuat” olan İmar Kanunu’nu gereği herhangi bir sahanın,

- i) Her ölçekteki plan esaslarına,
- ii) Bulunduğu bölgenin şartlarına

e) Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sabahları dışında iskân yapılamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

iii) Ve Yönetmelik hükümlerine, aykırı maksatlar için kullanılması mümkün değildir.

Alana ilişkin 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Planı hükümleri, 3194 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde sayılan ve yukarıdaki paragrafta (i) numarada yer verilen "her ölçekteki plân esasları" kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla örnek olaydaki parselin, alana ilişkin imar plânı kararlarına aykırı biçimde kullanılması mümkün değildir.

İmar planı hükümlerine göre, "2 katı geçen her türlü faaliyet için" evvelâ (uygulama) imar plânı yapılması gerekmektedir. Ruhsatlandırma talep edilen örnek olaydaki yapı ise yol kotu üstü 3 katlıdır. Bu nedenle, diğer şartlar taşınsa dahi, parselin kâin olduğu alana ilişkin (uygulama) imar plânı yapılmadan, söz konusu alana 3 katlı yapı ruhsatı düzenlenmesi mümkün değildir.

Bu alana 3 katlı yapı ruhsatı düzenlenmesi mümkün olmadığından, yapı ruhsatı düzenlenemeyecek olan alandaki yapının (yukarıda yer verilen dokuz (9) numaralı alt başlıktaki şart gereği) ruhsatlandırılmış sayılması da hukuken mümkün değildir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kıt kaynaklardan olan toprağın ve toprağın üstünün (mekânın) kullanımının düzenlenmesi, haliyle egemen kudretin (devletin) toprağın ve toprağın üstünün (mekânın) kullanımı hakkında bir takım uyulması zorunlu kurallar koymasını gerektirmiştir^[42]. Bu düzenleme ve kural koyma ihtiyacı, “imar” kelimesi ile karşılanmıştır^[43].

Arapça ümran (düzenlilik^[44]) kelimesinden gelen imar sözcüğü^[45] kelime anlamı olarak bayındırlık, bayındır kılma, geliştirme, şenlendirme, medenîlik ve saadet anlamlarına gelmektedir^[46].

Çolak, imar kelimesinin zaman içindeki kullanımının “umur” kelimesi ile benzerlik taşıdığını ifade etmektedir^[47]. “Emir” kelimesinin, “umur” kelimesinden geldiğini ifade eden Çolak, “emir”in imar işlerini yerine getirmek üzere rol üstlenen kişi olduğunu, dolayısıyla imar kavramının “kamusal erk/güç” ile ilişkili olduğunu belirtmektedir^[48].

Teknik anlamda ise imar, belde sınırları içinde veya dışında, yapılaşmaya ve yerleşmeye konu olan yerlerin, belirli bir plân çerçevesinde bayındır hale gelmesini, dolayısıyla belirli bir bölgenin veya yerleşim alanının değil; bütün

[42] Selman Özdemir, “*İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme*”, Mahallî İdareler Dergisi, Sayı 69, Eylül 2018, s.104.

[43] Özdemir, a.g.m., s.104.

[44] “*Ümran*”, <http://www.osmanlicasozluk.net/osmanlica/49412-sozluk-UMRAN-anlam.html>, erişim tarihi 20.11.2009.

[45] Mustafa Yılmaz, “*Medeniyet Tarihi Kadar Eski, Hukuk Dalı Olarak Yeni Bir Olgu: İmar*”, Elektronik – Akademi Dergisi, Mart 2004, Sayı: 25, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MEDEN%C4%B0YET%20TAR%C4%B0H%C4%B0%20KADAR%20ESK%C4%B0,%20HUKUK%20DALI%20OLARAK%20YEN%C4%B0%20B%C4%B0R%20OLGU:%20%C4%B0MAR&kimlik=1078317234&url=makaleler/myilmaz-1.htm>, erişim tarihi 20.11.2009.

[46] “*İmar*”, (Çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=imar&ayn=tam>, erişim tarihi 20.11.2009.

[47] Nusret İlker Çolak, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İmar Hukukunun Temel İlkeleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.5.

[48] Çolak, a.g.e., s.s.5.

yurdun düzenli bir biçimde şehirleşmesini, düzenli bir şekilde gelişmesini ifade etmektedir^[49].

Türkiye kentleşme tarihi, imar mevzuatına aykırı yapılaşmayı beraberinde büyütmüş; kontrolsüz ve plânsız gelişmenin plânsız yapılaşmaya fırsat verdiği dönemler üzerinden ilerlemiştir^[50]. Bu nedenle her ne kadar imar, düzenin kurulması, geliştirilmesi ve denetimi ve bütün yurdun düzenli şekilde şehirleşmesini ifade etmekte ise de; bu düzene ve kurallara aykırılıklar zaman zaman affedilmiştir^[51]. İmar affi olarak bilinen bu kanunlarda imar mevzuatına aykırı yapılar hukukun içine “dahil” edilmiş; yasama yoluyla hukuka aykırılıklar hukuka uygun kabul edilmişlerdir^[52]. Diğer bir deyişle, Türkiye kentleşmesi, aynı zamanda “imar afları” üzerine yükselmiş “istisnaların” da bir tarihi olmuştur^[53].

Türkiye kentleşme tarihindeki imar aflarına ilişkin istisnalardan birisi de 6360 sayılı Kanun’la getirilmiştir. 6360 sayılı Kanun ile birlikte büyükşehirlerde köy tüzel kişilikleri ilga edilmiş, köyler mahalle statüsüne dönüşmüştür. Bu dönüşüm esnasında personel ve diğer hususlar bakımından kanun koyucu geçici maddeler ile intibak (geçiş) hükümleri ihdas ettiği gibi; imar işlemleri bakımından da intibak (geçiş) hükümleri ihdas etmiştir.

6360 sayılı Kanun’un gerekçesinde, “vilayet sınırlarında hizmet üretecek olan büyükşehir belediyesi sistemi ile, il çapında uyumlu biçimde imar uygulamalarının gerçekleşmesinin hedeflendiği”, “imar uygulamaları bakımından olumlu gelişmeler olacağı” ifade edilmiştir^[54]. Dolayısıyla 6360 sayılı Kanun’la büyükşehir belediyesi statüsündeki vilayetlerde bir bütün olarak imar hareketlerinin ve yapılaşmanın denetim altına alınması amaçlanmış; ancak bir takım yapılar geçici maddeler kapsamında ruhsatlandırılmış sayılma

[49] “İmar Hukuku Seminer Notları”, <http://www.bahum.gov.tr/etkinlikler/seminerler/sunumlar/imarHukukuSeminer.pdf>, erişim tarihi 14.11.2009.

[50] Ilgın Özkaya Özlüer, “İmar Barışı Düzenlemesine Hukukî Bir Yaklaşım”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, Yıl 2018, s.315.

[51] Özkaya Özlüer, a.g.m., s.315.

[52] Özkaya Özlüer, a.g.m., s.315.

[53] Özkaya Özlüer, a.g.m., s.315.

[54] 08.10.2012 tarih ve 4099 sayılı Başbakanlık (Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü) yazısı eki “Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0690.pdf>, e.t. 31.01.2019.

müessesesi kapsamına alınarak, bu kapsamdaki yapıların hem yaptırımlardan korunması, hem de yapı ruhsatının ve yapı kullanma izninin verdiği imkânlardan (haklardan) faydalanmaları öngörülmüştür.

6360 sayılı Kanun’la ihdas edilen “ruhsatlandırılmış sayılma” müessesesi bakımından kanun koyucunun bazı şartlar getirdiği görülmektedir. Bu şartlara yukarıda sayma yolu ile tek tek değinilmiş; konu bir örnek olay üzerinden somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Ruhsatlandırılmış sayılmanın şartlarına yakından bakıldığında, kanun koyucunun köyden mahalleye dönüşen yerleşim yerlerindeki yapıların ruhsatlandırılmış sayılmasını “sıkı şartlara bağladığı” görülmektedir. Bu şartları kanun koyucu beyhudeye getirmemiştir. Kanun koyucu bu şartların sağlanmasında ve mevzuattaki bu şartlara uyulmasında pek çok yönden kamu yararı öngörmüştür.

Kanun koyucunun köyden mahalleye dönüşen yerleşim yerlerindeki yapıların ruhsatlandırılmış sayılması bakımından sıkı şartlar getirmesinin altında yatan birden çok neden bulunmaktadır:

1) Köyden mahalleye dönüşen yerleşim yerlerindeki yapıların ruhsatlandırılmış sayılması bakımından sıkı şartlar getirilmesinin ilk sebebinin, kırsal kesimde yapılan yapıların büyük çoğunluğunun fen kurallarına ve sanat kurallarına uyulmadan inşa edilmiş olması, bu nitelikteki yapıların hukuken korunmaması amacı olduğu söylenebilir.

2) Köyden mahalleye dönüşen yerleşim yerlerindeki yapıların ruhsatlandırılmış sayılması bakımından sıkı şartlar getirilmesinin ikinci sebebinin, kırsal kesimde yapılan yapıların büyük çoğunluğunun Yönetmeliklerdeki bina temelinin parsel içine oturumu, temel nizamı, çekme mesafeleri, yükseklik ve alan kullanımı şartlarına uyulmadan inşa edilmiş olması, bu nitelikteki yapıların da hukuken korunmaması amacı olduğu söylenebilir.

3) Üçüncü olarak ise, kırsal kesimde yapılan yapıların büyük bir çoğunluğunun inşa edildiği parsellerin mera – yaylak – kışlak – sit alanı – millî park – orman – kıyı alanı gibi menfaati umuma ait alanlarda, Devletin hüküm ve tasarrufu altında kalan alanlarda yahut Hazine’nin mülkiyetinde kalan alanlarda bulunması nedeniyle, buralardaki yapıların da hukuken korunmaması amacının güdüldüğü söylenebilir.

6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması

Netice itibariyle, kanun koyucunun ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinin şartlarını çok sıkı tuttuğu; her yapının değil, yukarıda sayılan şartların tamamını taşıyan yapıların ruhsatlandırılmış sayılmasını öngördüğü görülmektedir.

Hâl böyle olmakla birlikte, gerek idarî uygulamalarda gerekse yargı uygulamalarında 6360 sayılı Kanun'da sayılı olan şartların tamamının dikkate alınmadığı gözlenmektedir. Hâlbuki uygulayıcıların mevzuatın bir kısmını görürken, bir kısmını görmezden gelmeleri düşünülemez. Hukuk Devletinde, hukuk normlarının bütün olarak uygulanmasının gerektiği izahtan varestedir. Bu nedenle 6360 sayılı Kanun kapsamında ruhsatlandırılmış sayılma müessesesinden faydalanabilmek için, hem idarî uygulayıcıların, hem de yargının 6360 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddesinin 14 üncü fıkrasını bir bütün olarak ele alarak; sadece birkaç şartın varlığını değil, bütün şartların mevcut olup olmadığını incelemek sureti ile bir neticeye varmaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Çenkeri, Elif: “*Uluslararası Düzeyde Yasa Çakışmaları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012).

Çankaya, Hüseyin; Karasüleymanoğlu, Sultan; Uludağ, Volkan; Demircioğlu, Demir (Yayına Haz.): TMMOB Şehir Plâncıları Odası 27. Dönem Çalışma Raporu, TMMOB Şehir Plâncıları Odası Yayınları, Ankara, 2014.

Çapar, Selim; Demir, Recep: “*Türkiye’de Büyükşehir Yapılanması ve 6360 sayılı Kanun’a Uygulayıcıların Bakışı*”, Türk İdare Dergisi, Sayı 484, Haziran 2017.

Çolak, Nusret İlker: Anayasa Mahkemesi Kararlarında İmar Hukukunun Temel İlkeleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Demirkaya, Yüksel; Koç, Mesut: “*6360 Sayılı Kanun İle Birlikte Mahalleye Dönüşen Köylerde Değişimin Katılım Açısından Muhtarlığa Etkisi: Menteşe ve Seydikemer İlçeleri Üzerinden Bir Değerlendirme*”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Issue 6, 2017.

“*İmar*”: <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=imar&ayn=tam>, (Çevrimiçi), erişim tarihi 20.11.2009.

“*İmar Hukuku Seminer Notları*”: <http://www.bahum.gov.tr/etkinlikler/seminerler/sunumlar/imarHukukuSeminer.pdf>, erişim tarihi 14.11.2009.

Karaman, Tayfun: “*Forumlar Dizisi–Bütünşehir Yasası Hakkındaki Forum Konuşması*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 48, Mart 2013.

Ögdül, Hürriyet: “*Kırsal Mekân Politikalarında Yeni Dönem*”, Mimarlık Dergisi, Sayı 371, Mayıs–Haziran 2013, <http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=385&RecID=3153>, erişim tarihi 21.01.2019.

Ökmen, Mustafa; Çağatay, Uluç; Uçar, Ahmet; Arslan, Recep: “*Köylerin Mahalleye Dönüşüm Kararının Etkilerini Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma: Manisa Büyükşehir Belediyesi Örneği*”, Kamu Yönetiminde Değişimin Yönü ve Etkileri (13. Kamu Yönetimi Forumu) Kongresi Bildiriler Kitabı, Selçuk Üniv. Yay., Konya, 2016.

6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması

Özden, Pelin Pınar: “*Forumlar Dizisi–Bütünşehir Yasası Hakkındaki Forum Konuşması*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 48, Mart 2013.

Özdemir, Selman: “*İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme*”, Mahallî İdareler Dergisi, Sayı 69, Eylül 2018.

Özkaya Özlüer, Iğın: “*İmar Barışı Düzenlemesine Hukukî Bir Yaklaşım*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, Yıl 2018.

Tekeli, İlhan: “*50 Yılda Neler Değişti? (Türkiye İçin Bir Kentleşme Kuramı ve Kavramlarının İrdelenmesi)*”,

https://www.academia.edu/40840511/50_Y%C4%B1lda_Neler_De%C4%9Fi%C5%9Fti_T%C3%BCrkiye_%C4%B0%C3%A7in_Bir_Kentle%C5%9Fme_Kuram%C4%B1_ve_Kavramlar%C4%B1n_%C4%B0rdelenmesi_?fs=aw-1012395943, erişim tarihi 07.11.2019.

Tüdeş, Turkey; Akyol, Nihat: “*Türkiye’de İmar Plânlama Mevzuatı ve Uygulaması*”, XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986 Trabzon) – İmar Plânlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İskân ve Şehircilik Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1987.

Usta, Sefa; Akman, Elvettin; Kocaoğlu, Mustafa: “6360 Sayılı Kanun’un Büyükşehir Belediye Sistemine Etkileri: Konya Büyükşehir Belediyesi Örneği”, TESAM Akademi Dergisi, Nisan 2018, Yerel Yönetimler Özel Sayısı.

“*Ümran*”: <http://www.osmanlicasozluk.net/osmanlica/49412-sozluk-UMRAN-anlam.html>, erişim tarihi 20.11.2009.

Yaman, Sadettin: *Açıklamalı İçtihatlı ve Uygulamalı İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Cilt 1, Mahallî İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2004.

Yılmaz, Mustafa: “*Medeniyet Tarihi Kadar Eski, Hukuk Dalı Olarak Yeni Bir Olgu: İmar*”, Elektronik – Akademi Dergisi, Mart 2004, Sayı: 25, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MEDEN%C4%B0YET%20TAR%C4%B0H%C4%B0%20KADAR%20ESK%C4%B0,%20HUKUK%20DALI%20OLARAK%20YEN%C4%B0%20B%C4%B0R%20OLGU:%20%C4%B0MAR&kimlik=1078317-234&url=makaleler/myilmaz-1.htm>, erişim tarihi 20.11.2009.

Zapata, Tan Tahsin: Medenî Hukuk, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.

Zevkliler, Aydın: Medenî Hukuk; Giriş ve Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1995.

08.10.2012 tarih ve 4099 sayılı Başbakanlık (Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü) yazısı eki “Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0690.pdf>, erişim tarihi 31.01.2019.

Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 09.05.2017 tarih ve E: 2015/11023, K: 2017/3128 sayılı kararı.

Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 27.04.2016 tarih ve E: 2014/3557, K: 2016/3409 sayılı kararı.

Danıştay 14 üncü Dairesi’nin 16.09.2015 tarih ve E: 2015/1070, K: 2015/6547 sayılı kararı.

Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 30.05.2019 tarih ve E: 2018/2048, K: 2019/1166 sayılı kararı.

Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesi’nin 26.09.2019 tarih ve E: 2019/349, K: 2019/1585 sayılı kararı.

İstanbul 3 üncü İdare Mahkemesi’nin 30.06.2015 tarih ve E: 2014/678, K: 2015/1396 sayılı kararı.

İzmir 4 üncü İdare Mahkemesi’nin 03.01.2014 tarih ve E: 2013/162, K: 2014/6 sayılı kararı.

Konya 2 nci İdare Mahkemesi’nin 10.01.2018 tarih ve E: 2016/684, K: 2018/46 sayılı kararı.

www.mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

UYAP Bilişim Sistemi



TÜRK SOYLU YABANCILARIN ÇALIŞTIRILABİLMELERİNE İLİŞKİN KANUN'UN ELEŞTİRİSİ: YABANCI MI YURTTAŞ MI?*

Şeyma SAĞDIÇ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8627-1060>

DOI: 10.30915/abd.769344

Makalenin Geldiği Tarih: 20.07.2018 **Kabul Tarihi:** 27.06.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Arş. Gör. / İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

Türk soylu yabancıların çalıştırılabilmelerine ilişkin kanun, Türk soylu kabul edilen bir kısım yabancıların Türkiye’de meslek ve sanatlarını yapabilmeleri ve çalışabilmeleri hususunda bir takım ayrıcalıklara sahip kılınmasına ilişkindir. Kanun kapsamında bu özel statülü yabancılara tanınan ayrıcalıklar bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan ilki kanunun özne belirlemesinin Türk soyluluğa referansta bulunmasıyla; yurttaşlık tartışmaları başta olmak üzere, modern hukukun kimliklerle girdiği ilişkinin çatışmalı haline örnek teşkil etmesidir. Bir diğeri ise kanunun “yurttaş” ve “yabancı” kategorilerinden ayrı olarak, Türk soylu yabancı adıyla bir ara özne formu yaratıp Anayasa’ya aykırı ve çelişkili uygulamalara izin vermesidir. Bununla birlikte kanun mevzu hukuka aykırılığın yanı sıra yarattığı hukuki belirsizlik ile de hukuk devletine aykırı uygulamaların bir örneğini sunar. Bu çalışmada ortaya konulan tüm hukuki sorunlar sosyolojik bir bakış açısı ile analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Soylu yabancı, yurttaş, yabancı, hukuk öznesi, hukuki belirsizlik.

CRITIQUE OF THE LAW ON EMPLOYMENT OF TURKIC FOREIGNERS: FOREIGNER OR CITIZEN?

ABSTRACT

The law on employment of Turkic foreigners embodies to allow one category of foreigners to have some privilege to perform their professions and art, and to work in Turkey due to their Turkish descent. Under this law, these privileges granted to foreigners who have special status are accompanied by a number of legal problems. The first problem is that, as a consequence of the determination of legal subject of this law refers to Turkish descent, the law exemplifies a conflict situation in the relationship between modern law and identity, peculiarly seen in citizenship debates. Another problem arises as the law creates a new subject form named Turkic foreigners apart from the “citizen” and “foreigner” categories, which leads to unconstitutional and conflicting practices. This law also illustrates a practice against rule of law by creating legal uncertainty, as well as demonstrating the violation of very same law. All legal issues that are revealed in this study are analyzed from the sociological point of view.

Keywords: Turkic foreigners, citizen, foreign, legal subject, legal uncertainty.

GİRİŞ

Bu çalışma, 1980 yılında askeri darbe sonucu yasama yetkisinin Milli Güvenlik Konseyi'ne ait olduğu dönemde çıkarılan kanunlardan biri olan 2527 sayılı “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun”un analizine odaklanmaktadır.

Söz konusu analiz, dogmatik hukuk içerisinde kanunun yorumlanması ve uygulamasındaki sorunlardan ziyade kanunun karşılık geldiği toplumsal ilişkilerin ve çelişkilerin ortaya çıkarılmasını amaç edinmektedir. Bu bağlamda öncelik, kanunun çıkarıldığı dönemde gerçekleşen ekonomik ve siyasal gelişmelerle kanunun ilgisinin kurulmasıdır. Böylece kanunu sosyolojik bir analize tabi tutarak temel hukuki çelişkilerin kaynağının gösterilmesi mümkündür.

Kanunun incelemesinde birbiriyle bağlantılı iki temel sorun tespitinden yola çıkılmıştır. İlk olarak, özne kategorisinin “Türk soylu” olarak nitelenmesinden hareketle, belirsiz kimliklerin hukuk alanına taşınması sorunu ele alınacaktır. Ardından bu belirsizliğe ek olarak, Türk soylu yabancılara tanınan imtiyazın, yurttaş ve yabancı arasında bir ara biçim olarak beliren yeni bir özne kategorisine karşılık gelmesinin yarattığı hukuki sorunlar tartışmaya açılacaktır. Bu iki temel sorunun modern hukuk içinde karşılığı, hukuki belirliliğin ortadan kaldırılması suretiyle hukuk devleti ilkesinin zayıflatılmasıdır.^[1] Bu bakış açısından hareketle bu çalışmada hukuk devletinin zarar görme biçimlerinin her an açık bir saldırıdan kaynaklanmayabileceği ortaya konulmaktadır. Kanuna ilişkin kavramsal tercihlerin hukuk alanında yarattığı zaafılar, ele alınan kanun örneği üzerinden araştırılmakla birlikte; bu örneğin münferit nitelik taşımadığı da akılda tutulmalıdır.

[1] Liberal paradigmaya uygun gelişen bir kavram olan hukuk devleti, prosedürel (şekli) anlamıyla hukuk özneleri için öngörülebilir ve hesap edilebilir düzen temin eder. Bu anlamda hukuki belirlilik liberal hukuk devletinin bir unsuru olarak, hukuki öngörülebilirliği ve hesap edilebilirliği sağlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz: ÇAĞLAR Selda, **Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta, İstanbul, 2013, s.175-196.

I. Kanunlaşma Süreci: Ekonomik ve Siyasi Gerekçeler

2527 sayılı “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun” 29/9/1981 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun “imtiyazlı” bir yabancı kategorisi yaratarak, bu statüde değerlendirdiği kişilerin Türkiye’de çalışma haklarını yurttaşların sahip olduğu haklara yaklaştırmıştır.^[2]

Kanun içeriği ve biçimselliği itibariyle hukuk devletinin gereğine uygun olup olmaması yönünden tartışmaya açıktır. Bu tartışmaların yapılabilmesi kanunun ne türden bir toplumsal gerçekliğe karşılık geldiğinin anlaşılmasıyla mümkün olduğu için, kanunun yapılış sürecinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanunlaştırma süreci tartışmalarını aktarmak için Milli Güvenlik Konseyi görüşmeleri yol gösterici olacaktır.

Hükümet teklifiyle 18/9/1981 tarihinde Konsey önüne gelen tasarıda kanunun amacı şu şekilde ifade edilmiştir:

“Türkiye’de yerleşen, hayatını devam ettirmek zorunda bulunan ve vatandaşlığımıza alınmadığı için de çok müşkül duruma düşmekte olan soydaşlarımızı korumak ve hem de memleket yararına bu soydaşlarımızın meslek ve sanatlarından faydalanmak amacıyla vatandaşlığımıza alınmasalar bile kendilerine, Türk vatandaşları gibi meslek ve sanatlarını serbestçe yapma olanaklarının tanınmasıdır.”^[3]

Bu genel gerekçeye ek olarak Konsey görüşmelerinde, Sağlık Bakanlığı tarafından doktor ihtiyacının karşılanması amacıyla yabancı doktor istihdamının kolaylaştırılması adına bu türden bir kanuna ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.^[4] Kanunun yapılmasına ilişkin bu özel motivasyon kanunun tartışmalı ifadelerine açıklık getirmesi bakımından önemlidir. Tasarının 1. maddesinin gerekçesi de söz konusu ihtiyaca işaret etmektedir: “Türk soylu

[2] ARICI Kadir, **Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakkı**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1984, Sayı 43, s.50.

[3] S. Sayısı 267, Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Yapabilmelerine, Kamu ve Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyon Raporu, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981.

[4] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, Hava Hakim Albay Zeki Güngör konuşması, s.367.

yabancıların meslek ve sanatlarını serbestçe yapabilmelerine, kamu, özel kuruluş ve işyerlerinde çalıştırılabilmelerine olanak sağlamaktadır.”^[5] Konsey görüşmelerinde görüldüğü üzere, 1. maddede söz konusu yabancıların kamuda çalıştırılabilmeleri bir takım güvenlik endişelerine yol açmıştır. Konsey başkanı tarafından bu endişe, Türkiye’ye çalışmaya gelen kişilerin geldikleri veya vatandaşı oldukları ülkeler adına faaliyette bulunmaları kastedilerek: “*Sovyet Rusya’dan gelirse?... İleride bu kanundan istifade ederek, oradan gelerek çeşitli vazifelere yerleştirilirlerse ne olacak?*”^[6] ifadeleriyle açıklanmış, bu nedenle madde metninden “kamu” ifadesinin çıkarılması talep edilmiştir. Ancak bu talep kanunun çıkarılmasındaki bu özel motivasyona^[7] aykırı olduğu gerekçesiyle yerine getirilmeyerek, Türk soylu yabancılar kamuda çalışma olanağına sahip olmuştur. Bu tartışma aşağıda genişletilecek olmakla beraber, kamuda çalışma hakkının Türk soylu yabancılar verilmesi halinde; yalnızca yurttaşların kamu görevlisi olabilme hakkının yabancılar da sağlanması gibi bir takım sorunların doğduğunu belirtmek gerekir.

Kanun tasarısına ilişkin bu tereddütlerle ilişkili bir diğer tartışma, Türk soylu yabancıların statüsüne dair belirsizliklerin yanı sıra “Türk soylu” belirlenmesinde yapılmaktadır. Buna göre “gizli çerçeve kararnamesi”^[8] ile bu kişilere sağlanacak haklar “Cumhurbaşkanı”^[9] tarafından özel sınırlamalara

[5] 2527 sayılı kanun tasarısı İçişleri Komisyon Metni, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, 267 Sıra Sayısı.

[6] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, Konsey Başkanı Kenan Evren konuşması, s.368.

[7] İçişleri Komisyon üyesi Erol Tezcan bu statüdeki yabancıların kamuda çalıştırılmalarının gereğini şöyle ifade etmektedir: “Özel kuruluşlarda daha fazla maaş aldıkları için, oralara gitmeleri önlensin diyoruz. Sağlık Bakanlığı diyor ki, mademki bu kadar imkan tanıyorum, ben onu Doğu’da da çalıştırabilirim ve doktorlar için de bir Doğu’da hizmet yasası var onu uygulayayım.” Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, s.368.

[8] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, s.367-369.

[9] Milli Güvenlik Konseyi görüşmelerinde “gizli çerçeve kararnamesi”nin Bakanlar kurulu tarafından çıkarılacağı ifade edilse de 2/7/2018 tarihli 700 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince, pek çok kanunda yer alan “Bakanlar Kurulu” ifadesi “Cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir. 2527 Sayılı Kanun için de bu değişiklik 700 sayılı KHK’nin 66. maddesiyle gerçekleşmiştir. Ancak 700 sayılı KHK ile 2527 sayılı kanunun yalnızca 8. maddesinde bu türden bir değişikliğe gidilmiş, Kanun’un 10. maddesi “Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.” ifadesi aynen korunmuştur. Bu durum Anayasa ile pek çok kanunun uyum sorunlarından birine

tabi tutulabilecektir. Bu durum özellikle hukuki belirlilik ilkesi yönünden tartışmaya açıktır. Bununla birlikte bu türden yabancılar verilen çalışma izninin devamına dair başka bir takım belirsizliklerin de var olması nedeniyle, Konsey tarafından taslak metin komisyona tekrar gönderilmiş; komisyonda ilgili değişiklikler yapılarak endişelerin bir kısmı giderilmiş ve kanun son şeklini almıştır. Özellikle “milli güvenlik” endişesinin giderilmesi yönünde, bu statüdeki yabancılar “ihtiyaç duyulan hallerde” ve “Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere” çalışma hakkına sahip olmuştur.^[10]

Konsey görüşmelerinden de anlaşıldığı üzere, ekonomik kaygılarla nitelikli işgücü ihtiyacının giderilmesi amacıyla çıkartılan bu kanun, darbe sonrası askeri rejimin temel meselelerinden biri olarak kabul edilen^[11] işgücü piyasasına yönelik düzenlemelerden biri sayılabilir. Kanunun Türkiye tarihinde “sermayenin emeğe yönelik karşı saldırısı^[12]” olarak nitelendirildiği; Türkiye ekonomisinin neoliberal politikalarla küresel sermayeye eklemlendiği döneme karşılık gelmesi, ekonomik motivasyonun koşullarını açığa çıkarır. Bununla birlikte askeri darbenin çalışan kesimler üzerinde giriştiği “mıntika temizliği^[13]” nedeniyle, özellikle nitelikli iş gücünün hapis, yer değiştirme, işten atılma veya ülkeden ayrılmaları da kanunun ortaya çıkışını hazırlayan koşulları oluşturmuştur.

Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, dünyadaki siyasi ve ekonomik gelişmelerin yarattığı koşulların, kanunun cevap vereceği toplumsal ilişkileri göstermesidir. Zira özellikle Sovyet Birliği'nin dağılmasının ardından bağımsız Türki Cumhuriyetlerin kurulması ve bu coğrafyadan gelen kişilerin iş gücü piyasasına entegre edilmesi ve ayrıca “Türklük kültür

örnek teşkil etmektedir. Bu durum kanun ile ilgili bir başka sorunu teşkil etmekle birlikte, bu kanuna özgü bir sorun olmadığı için bu çalışma kapsamına alınmamıştır.

[10] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 73. Birleşim 25/9/1981, 267 Sıra Sayılı Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyon Raporuna Ek 1, madde 1.

[11] BORATAV Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi 1908-2009**, İmge Yayınevi, Ankara, 2016, s.150,152.

[12] BORATAV, 2016, s.147.

[13] SARAÇOĞLU Cenk, Tank Paletiyle Neoliberalizm, **Osmanlı'dan günümüze Türkiye'de Siyasal Hayat**, (Haz. G. Atılğan, vd.) Yordam Yayınları, İstanbul, 2015. Bu “mıntika temizliği” ile 1402 sayılı yasa nedeniyle 9 bin 400 kişi kamu görevinden atıldı ya da sürüldü. 7 bin 233 devlet görevlisi bölgeleri dışına sürüldü. Pek çok kişi de yargılanmak üzere cezaevinde tutuldu. Kaynak: <http://bianet.org/biamag/siyaset/4547-sayilarla-12-eylul-askeri-darbesi> Erişim Tarihi: 14/04/2018.

hinterlandının^[14] geliştirilmesine yönelik bu kanunu öncül bir girişim olarak nitelendirmek de mümkündür. Buna paralel olarak da kanun kimi yazarlarca “Türk topluluklarının Türkiye’ye yönelişlerinde fevkaledede önemli rol oynadığı, bu tarihi olaylar karşısında biçilmiş kaftan” olduğu gerekçesiyle olumlu olarak değerlendirilmiştir.^[15]

Konsey tarafından gündeme getirilip getirilmemesinden bağımsız biçimde, belirli bir ekonomik gerekçeye ek olarak bir takım siyasi kaygıların da sonucu olan bu kanun, meşruluk zeminini “milli ve manevi”^[16] değerleri taşıdığı iddiasıyla kurmuştur. Özellikle yurttaşlara tanınan haklara yakın bir özne kategorisinin yol açacağı sorunlar; “eski ve büyük bir millet olarak tarihi sorumluluklarımız ve Osmanlı Devletinin mirasçısı olmamız hasebi ile yükümlülüklerimiz”^[17] sebebiyle bu düzenlemenin yapıldığı ideolojik kurgusuyla bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Bu gerekçelere karşın 2527 sayılı Kanun çeşitli sorunları içermektedir. İlk olarak Türk soylu ifadesinin taşıdığı anlam, kanunun siyasi gerekçesini ortaya koyarken; etnik/ırksal bir kimliğe atfı dolayısıyla modern hukuk sistemi içerisinde belirsizlikle ilişkili krize neden olmaktadır. Bununla beraber “imtiyazlı yabancı” olarak ifade edilebilecek yurttaş ve yabancı arasında bir ara özne kategorisi öngörerek çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Bu tartışma özellikle bu kişilerin kamuda çalışma hakkının tam olarak kapsamının belirlenmesi, başka bir anlatımla, yapabilecekleri mesleklerin belirlenmesi meselesinde önem taşır. Zira söz konusu kanuna dayanarak çıkartılan 14/01/1983 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan uygulama yönetmeliği, memur olma gibi yurttaşlara tanınan hakları “imtiyazlı yabancılara” tanıyarak bu tartışmalara zemin oluşturmaktadır.

II. Kanuna İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar

Kanunlaşma sürecinden itibaren bir takım tartışmalı unsurlara sahip olan 2527 sayılı Kanun, son dönem gelişmeler ve yasal düzenlemeler ışığında yeniden ele alınmayı gerekli kılmaktadır. Zira pratikte kanuna dayanılarak

[14] ATASOY Fahri, Küreselleşmenin etkisi Altında Milli Kimlikler ve Türk Kimliği, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötüken, İstanbul, 2009, s.844.

[15] SADRULEŞRAFİ Hüseyin Ali, Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları, **Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul,1999, s.310.

[16] ARICI, 1984, s.50.

[17] ARICI, 1984, s.52.

yapılan hukuki işlemlerdeki ikircikli tavır devam ederken, teorik olarak da kanun bir takım çelişkileri içermektedir. Bu çelişkilerin başlangıç noktasını kanunun amacını ifade eden 1. maddede bulmak mümkündür:

“Bu Kanunun amacı; Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilirliğine olanak sağlamaktır.”

Kanun, çıkarıldığı dönemde geçerli olan 2007 sayılı “Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun”la^[18] yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilen işlerin, “Türk soylu” yabancılara ayrıcalık tanınarak yapılmasını sağladığı için önemlidir. Ancak 2007 sayılı Kanunun 2003 yılında 4817 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun” hükümlerince ilga edilmesiyle, 2527 sayılı Kanunun ayrıcalıklı halinde görelî bir azalma söz konusu ise de pek çok özel kanunda aranan Türk vatandaşı olma şartı bu kanun sayesinde Türk soylu yabancılar için aranmamaktadır. Bununla birlikte 4817 Sayılı Kanun da uluslararası işgücü piyasalarının ihtiyaçları doğrultusunda, nitelikli işgücünün ülkeye getirilmesindeki engelleri kaldırmaya yönelik düzenlenen, yürürlükteki 28/7/2016 tarihli 6735 sayılı “Uluslararası İşgücü Kanunu” ile ilga edilmiştir.^[19] Ancak 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu” ve 4817 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun” aynı ihtiyacı karşılamaya yöneliktir ve 2527 sayılı Kanun yönünden hukuki etkilerinde değişiklik yoktur.

2527 sayılı kanunla ilişkilendirilebilecek gelişmeler doğrultusunda, kanuna dair iki başlık altında toplanabilecek sorunlardan ilki Türk soyluluk kavramının yarattığı belirsizlikken, diğeri yurttaş ve yabancı arasında yaratılan ara kategorinin doğuracağı hukuki sorunlardır.

[18] 16/06/1932 tarihli 2126 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

[19] 6735 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere yeni bir düzenleme ihtiyacı, 4817 sayılı mülga Kanunun artan yabancı istihdamını düzenlemeye yeterli olmaması nedeniyle doğmuştur. (Uluslararası İşgücü Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, s.3-4, erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>, erişim tarihi:14/04/2018)

A. Türk Soyululuk: Bir Belirsiz Kavram

Türk soylu kavramına dair söz konusu kanun tarafından herhangi bir tanımlama yapılmaması, bu belirlemenin hukuki alanda ne ifade ettiğinin tam olarak anlaşılmasında sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç ise hem uygulamada belirsizlik yaratır hem de Anayasa'da yurttaşlık ilişkisi olarak görülen Türklüğü etnik bir zemine kaydıran tartışmalara yol açar.^[20]

İlk olarak Türk soyluluk kavramı yürürlükte olan İskan Kanunu, Türk Vatandaşlığı Kanunu^[21] gibi pek çok kanunda benzer ifadelerle yer alsa da; kanun koyucunun herhangi bir tanımlamaya girişmemesi nedeniyle hukuki belirliliğe sahip değildir. Her ne kadar İskan Kanununda Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlı olmanın tayininin Cumhurbaşkanı kararı ile yapılacağı öngörülmüşse de; Cumhurbaşkanının bu kararı alırken gözeteceği ilkelere ilişkin bir çerçeve çizilmemiştir.^[22] 2527 sayılı Kanun dahilinde de Türk soylu belirlemesi idareye tanınan yetki kapsamında yapılmaktadır. Ancak idarenin bu yetkisini hangi esaslara göre belirleyeceği noktasında bir açıklık bulunmamaktadır.^[23] Zira kanuna ilişkin Konsey görüşmelerinde de

[20] İnsel'e göre Anayasa ve 2527 sayılı kanun gibi pek çok kanunda bulunan etnik vurgulu Türklük anlayışı, yurttaşlık ilişkisi içinde tanımlanan Türk milleti kavramıyla vahim ve kasıtlı bir karşıtlık yaratmaktadır. İNSEL Ahmet, **Türklük ve Türk Soylu Yabancılar**, Radikal İki, 01/01/2006, erişim: <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/59/turkluk-ve-turk-soylu-yabancilar#.WqmqmWujFLIU> (erişim tarihi: 09/04/2018).

[21] "Türk soylu" ifadesi, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Geçici 1. Maddesinde yer almakla birlikte esas olarak kanunun 06/04/2010 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan uygulama yönetmeliğinin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun yalnızca geçici maddesinde yer alan ifadenin, uygulama yönetmeliğinde düzenleniyor olması kanunilik ilkesi yönünden tartışmaya açık olmakla birlikte bu çalışmanın kapsamını aşması nedeniyle kısaca değinmeyle geçilmiştir.

[22] 700 sayılı KHK ile değişik, 26/09/2006 tarihli 26301 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 5543 sayılı İskan Kanunu madde 7/1: "Göçmen olarak kabul edilecekler bakımından Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlılığın tayin ve tespiti Cumhurbaşkanı kararı ile yapılır." 2006 tarihli İskan Kanunu kendisinden önceki 1934 tarihli İskan Kanunu mülga etmekle birlikte yeni düzenleme eski düzenlemeden temel konularda farklılık arz etmemiştir.

[23] CİN Mustafa, **Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Özgürlüğü**, Mevzuat Dergisi, 2005, Yıl:8 , sayı:88. Aynı yönde: ÇELİKEL Aysel, GELGEL Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta, İstanbul, 2017, s.212; AYBAY Rona, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul,2007, s.97.

bu husus, “gizli çerçeve kararnemeleriyle” düzenleneceği, aksi halde kanun metninde bu türden belirlemelerin “sakıncalı” olduğu ifade edilmiştir.^[24]

Böylece kavramın tanımına gitmeyen kanun koyucunun Türk soylu ifadesinde yürürlükteki hukuk dışındaki verilerden yararlandığı ifade edilebilir. Buna ilişkin doktrinde hakim görüş Türk kimliğinin belirlenmesinde dil unsurunun önemli olduğu; böylece Türkçe konuşan toplumların Türk soylu kabul edileceği yönündedir.^[25] Ancak bu kabul doğrultusunda, hukuki alanda birliği sağlayabilecek herhangi bir belirleme olmadığı gibi; Türk’ün kim olduğuna dair dil dışında ortak kültür, tarih, coğrafya da belirleyici olabilir.^[26] Bu açıdan sosyal bilimlerde yapılan tartışmalar dahilinde de Türk soylu olmanın net bir belirlenmesinin yapılamadığı görülmektedir. Bu durum kavramın kimliklere ilişkin olmasından kaynaklanır. Zira kimlikler belirsizliklerle dolu çelişkili anlamlarla ve “şeyleştirici çağrışımlar”la yüklüdürler.^[27]

Kimliklere referansta bulunan bir kavram üzerinden hukuki sonuçların doğması bu anlamda hukuki belirsizliğe kapı aralamaktadır. Zira modern hukukun belirli, evrensel ve genel niteliği kimliğin sürekli farklılığa ihtiyaç

[24] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, Hava Hakim Albay Zeki Güngör konuşması, s.369.

[25] DOIX Jean Paul, **Türklerin Tarihi Pasifik'ten Akdeniz'e 2000 Yıl**, (çev. A. Kazancıgil, L. Arslan Özcan), Kabalcı Yayınevi, İstanbul,2007, s.28; ERCİLİSUN Ahmet B., Kimlik ve Dil, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötüken, İstanbul,2009.

[26] BAYKARA Tuncer, **Türk Adının Anlamı**, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara,1998, s. 8 vd.; SADOĞLU Hüseyin, Küreselleşme Türk Kimliği ve Türk Dili, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötüken, İstanbul,2009, s.787. Buna ilişkin dini kimlik olarak müslümanlığın da bu belirlemede rol aldığı, Bulgaristan'dan gelen “Pomak” topluluklarının vatandaşlığa alınma kararında görülebilir. (Türkiye'nin yalnızca dinsel kimliğe bakarak Pomak'ları Türk olarak kabul ettiğine ilişkin görüş ve izlenen politikaların bir değerlendirmesi için bkz: PINAR Mehmet, **Tek Parti Döneminde Pomaklar**, Tarih Okulu Dergisi, 2016, Yıl:9 Sayı:25) Bu yaklaşım Türkiye'de yurttaşlık tartışmalarında mevcut yurttaşın müslüman ve Türk olarak kabul edildiğine yönelik tartışmalarda da görülmektedir. (SONER Ali B., Citizenship and the minority Question in Turkey, **Citizenship in a Global World European questions and Turkish Experiences**, (ed. F. Keyman and A. İçduygu), Routledge, Abingdon, 2005, s.298.)

[27] BRAUBAKER Roger, COOPER Frederik, Kimliğin Ötesine Geçmek, **Kimlik Politikaları Özdeşlik Tanınma ve Farklılık**, (ed. F. Mollaer), Doğubatı, Ankara, 2014, s.457.

duyan niteliği ve sınırsız olabilme kapasitesiyle çatışma haline girer.^[28] 2527 sayılı Kanunu tartışmaya açan hususlardan biri de bu çatışmalı halin yarattığı belirsizliktir.

Bununla beraber kanuna ilişkin tartışmaya açık tek konu Türk soylu kavramının tanımlanmaması değildir. Tartışılması gereken bir diğer husus, Türk soylu belirlemesiyle de ilişkili olarak, kanun kapsamına giren kişilerin hukuki özne alanındaki konumlarının ikircikli durumu ve bunun yaratacağı tartışmalardır. Devam eden başlıkta bu sorun ele alınmaktadır.

B. İmtiyazlı Yabancı: Yurttaş mı Yabancı mı?

Hukuk öznesi, hukuktaki özne alanına karşılık olarak; mübadele ilişkilerinde kişi, siyasal alanın oluşumunda da yurttaştır.^[29] Bu açıdan hukuksal ve siyasal özne alanlarının kesişme noktasında yer alan yurttaşın belirlenmesinde esas alınacak kriterler devletlerin yetkisi dahilinde görülse de, özellikle yeni yurttaşlık tartışmaları kapsamında yurttaşın herhangi bir kimlik vurgusuna sahip olmaması gerektiği ifade edilir.^[30] Türkiye’de de bu gelişmelere paralel olarak, “Türk Vatandaşlığı”nın Anayasa’daki düzenleme biçimiyle etnik bir kimliğe referansta bulunduğu iddiası, yurttaşlığın Anayasal tanımına yöneltilen eleştirilerin merkezinde yer alır.

Bu tartışmalara bağlı olarak resmi kabule de sahip olan görüş, Anayasa’da yer alan yurttaşlık tanımındaki Türk ifadesinin etnik bir referansa sahip olmadığı; tam aksine Türk ifadesinin bir üst kimlik niteliğinde olduğudur.^[31]

[28] CONNOLLY William, **Kimlik ve Farklılık Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri**, (çev. F. Lekezalın), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995, s.67.

[29] KARAHANOGULLARI Onur, Pasukanis ve Sönümlemeci Hukuk Kuramı, **Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Fikret Başkaya’ya Saygı 2**, erişim: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/>. s.142.

[30] Çokkültürlü yurttaşlık talepleri olarak da özetlenebilecek bu tartışmalar, modern yurttaşlık tasavvurunun somut bireyi yansıtmadığı bu nedenle de kimlik ve farklılıklara duyarlı yurttaşlık tanımlamasının gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu taleplerle bağlantılı olarak modern yurttaşlık kurumunun genel olarak ulusal bir kimliğe atıfta bulunmasının da çokkültürlü toplumlar nezdinde eşit yurttaşlık ilkesiyle örtüşmediği, bu nedenle yurttaşlık tanımının ulusal kimliğe referans vermemesi gerektiği ifade edilmektedir.

[31] Bu yaygın görüş, 2010 yılında yoğunlaşan “Yeni Anayasa Hazırlık” görüşmelerinde de mevcut yurttaşlık tanımının muhafaza edilmesi gerektiğini öne süren gruplarca tekrar edilmiştir. Buna göre her türlü farklı kimlik ve kültüre sahip yurttaşlara “Türk” üst kimliğinin verilmesiyle eşit yurttaşlık fikrinin gerçekleştiği ifade edilmiştir. Bu

Ancak bu kabul 2527 sayılı Kanun düşünüldüğünde sorgulamaya açık bırakılmıştır. Zira söz konusu kanunun Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olmayan kişilere –yabancılara– Türk soylu başlığı altında ayrı bir statü kurması ve bu yabancıların çalışma haklarını yurttaşların haklarına yakınlaştırması, yurttaşla Türk soylu olma halini büyük ölçüde eşitlemektedir. Bu durumu ortaya çıkaran ilgili maddelere yakından bakılması gerekmektedir.

Yabancılar, Uluslararası hukukun sağladığı temel güvence kapsamında ve eşitlik esası gereğince hukuk öznesi olarak tanınmalarına rağmen; yabancılar aleyhine kimi hak ve özgürlükler yönünden sınırlamaya gidilmektedir.^[32] Söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın 16. maddesi gereğince uluslararası hukuka uygun olmak şartıyla ve kanunla getirilebilir. Böylece temel hak ve özgürlükler yönünden yabancıların hukuk öznesi olarak yurttaşlarla eşit olması gerektiği, sınırlamaların ise istisnai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.^[33] Her ne kadar sınırlamalar genel kural olan eşitlik ilkesinin istisnasını teşkil etse de; Anayasal bir tercih olarak, siyasal haklar başlığı altında ele alınan haklardan (m.66 vd.) yabancıların yararlanması mümkün değildir.

Yabancılarla yurttaşların eşitliği prensibi göz önüne alındığında, yabancıların çalışma hakkının da bu prensip doğrultusunda ele alınması gerekir.^[34] Bu durum Anayasa'nın 49. maddesi “çalışma herkesin hakkı ve ödevidir” hükmü ile de desteklenmesine rağmen, iç hukukta çeşitli iş kolları nezdinde ve özel kanunlarla yabancılar aleyhine kısıtlamalar ve yasaklar mevcuttur.^[35] Bu türden kısıtlama ve yasaklamaları, yurttaşlık kurumu dolayısıyla yalnızca yurttaşların sahip olabileceği bir takım haklar nezdinde değerlendirmek doğru olacaktır. Zira yurttaş ve devlet arasındaki karşılıklı hak, ödev ve yükümlülük

yaygın görüşü ifade eden gruplar için bkz: Ülkü Ocakları Eğitim Ve Kültür Vakfı, 13.02.2012 Tarihli Meclis Anayasa 3 No'lu Alt Komisyon Tutanağı; Yör-Türk Yörük Türkmen Vakfı, 13.02.2012 Tarihli Meclis Anayasa 3 No'lu Alt Komisyon Tutanağı, Erişim: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/>, erişim tarihi: 14/04/2018. Ayrıca resmi kabule uygun benzer görüş için bkz: TÜRK Hikmet Sami, **Adı İnkâr Edilen Millet**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 71, Sayı: 2013/1, s.346.

[32] AYBAY,2007, s.43; ÇELİKEL, GELGEL, 2017, 64-66; DOĞAN Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s.195,196.

[33] AYBAY, 2007, s.75.

[34] Aynı yönde: DOĞAN, 2017, s.196.

[35] ÇELİKEL, GELGEL, 2017, s.181; EKŞİ Nuray, **Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular**, Beta, İstanbul, 2012, s.93.

ilişkisi yalnızca siyasal hakların değil; çalışma hakkının da yabancılara karşı yurttaşlar lehine farklılık göstermesini olağan kılmaktadır.^[36]

Buna göre Anayasa'nın 70. maddesi "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." diyerek kamu hizmetine girmeyi bir siyasal hak olarak yalnızca yurttaşlara tanımıştır.^[37] Bu durum yurttaşlık kurumunun devletle birey arasında karşılıklı hak, ödev ve yükümlülükler doğuran hukuki bir bağ olmasından kaynaklanır. Başka bir ifadeyle, siyasal hakları kullanmak için bu hukuki bağın aranması yurttaşlık hakkının önemini ortaya koyar.^[38]

Ancak 2527 sayılı kanununun 1. maddesi Türk soylu yabancıların kamu kuruluşlarında çalışmalarına olanak sağlamaktadır. Türk soylu yabancılara tanınan bu hakkın kapsamı konusunda, kanun metninde geçen "kamu kuruluşunda çalışma" ibaresinin ne ifade ettiğinin açıklanması gerekir. Kanun teklifi görüşmelerinde bu husus daha çok milli güvenliğe ilişkin endişelerle birlikte dile getirilmiş; ancak "kamuda çalışma" hususunun bu kişilere "memur"^[39] olma hakkını vermediği, her ne kadar belirli ayrıcalıklara sahip olsalar da bu kişilerin yabancı statüsünün devam ettiği vurgulanmıştır.^[40] Milli Güvenlik Konseyi'nin güvenlik endişeleri ikinci komisyon görüşmelerinden sonra 1. maddeye eklenen "Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere" ifadesiyle giderilse de, yine de kanunun ifadelelerinin yabancılara memur olmalarının mı yoksa yalnızca kamuda –sözleşme ilişkisi kapsamında– çalışabilmelerine mi olanak sağladığı hususu tartışma konusudur. Bununla birlikte söz konusu "imtiyazlı" yabancılara ilişkin

[36] AYBAY Rona, "Teba-i Osmani"den "T.C. Yurttaşı"na Geçişin Neresindeyiz?, **75 Yılda Tebaa'dan Yurttaş'a Doğru**, (ed. A. Ünsal), Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998, s.37; AYBAY Rona, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.157.

[37] KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti ve Kamu Çalışanı (Kimlik ve Önem Arayışına İlişkin Notlar)**, 2002, Toplu Sözleşme Süreci ve Kamu Reformu Paneli'nde sunulan tebliğ, ESM Sendikası, erişim: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti-kamucalisani.pdf>.

[38] KABOĞLU İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s.420.

[39] 2527 sayılı kanunun yapıldığı dönem itibarıyla 1961 Anayasası'nın geçerli olması sebebiyle Konsey içi tartışmalar 1961 Anayasası'nın terminolojisiyle "memur" kavramı üzerinden yapılmıştır.

[40] Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/9/1981, s.367-368.

durum, 1982 Anayasası'nın “terminoloji sorunu”^[41] olarak da adlandırılan; memur, kamu görevlisi ve kamu hizmeti gören kişiler arasında ne tür bir ayırım yaptığı hususuyla birleşince daha da karmaşık bir hal alır.

Kamu görevlisi geniş anlamda kamu kesiminde ve devletin herhangi bir organında görev yapan herkesi ifade ederken; dar anlamda devletin siyasal yapısını oluşturan –özel hukuk hükümlerine göre çalışanlar dışında kalan– görevliler olarak tanımlanır.^[42] Bu kapsamda Türk soylu yabancılar, kamuda çalışabilmeleri nedeniyle tartışmasız olarak geniş anlamda kamu görevlisi tanımına dahil olurken; dar anlamda kamu görevlisi yorumunda statülerinin belirsiz olduğu söylenebilir. Ancak, 2527 sayılı kanun uyarınca hazırlanan uygulama yönetmeliğinin 11. maddesi, 1982 Anayasasının terminolojik karışıklığından ve de kamu görevlisi tanımının geniş veya dar yorumundan bağımsız olarak, bu belirsizliği hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde sona erdirmektedir.

2527 sayılı Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliğin 11. maddesine göre:

“Bu Yönetmelik esaslarına göre, kendilerine çalışma veya çalıştırılabilme izni verilenler, bu izin süresince, sadece Türk vatandaşlarına hasredilen işleri de yapabilirler. Bunlar Doktorluk, Hemşirelik, Avukatlık, Mühendislik gibi meslekleri serbestçe veya kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde yapabilmek veya *memur olabilmek* için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler.

Ancak bunlar Türk Silahlı Kuvvetlerinde veya Güvenlik Teşkilatlarında çalıştırılmazlar.”^[43]

Görüldüğü üzere, kanunun çok tartışılan ifadelerinden biri olan “kamu kuruluşlarında çalışma” hakkının yabancılara tanınması hususu yönetmelikle birlikte netlik kazanmış, ancak bu netlik önemli bir hukuki sorunun somutlaşması anlamına gelmiştir. Burada doğan en önemli sorun, yabancılardan ayrı olarak devletle kurduğu siyasi ve hukuki bağ nedeniyle, belli

[41] GÜRAN Sait, Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu, Anayasa Mahkemesi 22. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla 1984 tarihli Sempozyumda Sunulan Metin, s.195, erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg1/guran.pdf.

[42] GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2015, s.580.

[43] Vurgular yazara aittir.

haklar ve yükümlülüklerle sahip olan yurttaşlara^[44] tanınan haklardan birisi olan “kamu hizmetlerine girme hakkı”nın; 2527 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği kapsamında Türk soylu yabancılara da tanınmasıdır.

Anayasa'nın 70. maddesine açıkça aykırılık teşkil eden bu durum, kanun ve yönetmelik metni içinde de bir tutarsızlık anlamına gelir. Zira gerek uygulama yönetmeliği gerekse de kanun metninde Türk soylu yabancılardan siyasi haklarının olamayacağı vurgulanmış^[45], buna rağmen memur olma hakkı söz konusu edilmiştir. Kimi yazarlarca bu açık çelişkinin, kanun koyucunun siyasi haklardan kastının “dar anlamda” olduğu ve bu nedenle kamu hizmetine girme hakkının siyasi haklara dahil edilemeyeceğinden bahisle mevcut olmadığı ileri sürülmüştür.^[46] Ancak bu görüşe katılmaya olanak yoktur; zira kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 70. maddesi “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığı altında yer almaktadır.

Benzer biçimde kanunun pragmatik gerekçelerle hazırlanmasına rağmen, soy-soydaşlık bağını önemseyerek bunu siyasi bağ arayışına feda etmediği öne sürülse de^[47]; bu tespit Türk soylu yabancılardan çalışma hakkını memur olma noktasına kadar genişleten kanun ve yönetmelik maddeleri düşünüldüğünde eleştiriye açıktır. Siyasi bir hak olan kamu hizmetine girme hakkını yurttaş dışında “soydaş” da tanımak, yurttaş belirlemesinin etnik bir referans taşıdığından bahisle mevcut yurttaşlık tanımına getirilen eleştirileri haklı çıkarır niteliktedir.

Bununla birlikte imtiyazlı yabancılar, her ne kadar çalışma hakları bakımından büyük ölçüde yurttaşın haklarına yaklaştırılmış olsalar da; bu kişilerin “yabancı” statüsünde olduğu kanun metninde yer almış; bu husus kanun görüşmeleri sırasında da vurgulanmıştır.^[48] Bu noktada Türk soylu

[44] GÜNGÖR Gülin, **Tabiiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.2-3.

[45] Bkz 2527 Sayılı Kanun madde 7/2, Uygulama Yönetmeliği madde 17.

[46] SADRULEŞRAFİ, 1999, s, 310.

[47] SADRULEŞRAFİ, 1999, s, 305.

[48] “...bunlar diğer yabancıların eşidi, diğer yabancıların misillü kabul edilmektedir. Diğer yabancılar gayet tabi nüfusa kaydolup olmamakta muhtardır; ama Türk soylu yabancılara biz çalışma hakkı veriyoruz, bir hak getiriyoruz. Onun dışında ‘yönetmelikle belirteceğimiz, şu, şu şu şartların da yerine getirilmesi lazımdır.’ dediğimiz zaman, kanunun tatbikatı ile ilgili olması bakımından, ona gayet tabii riayet edeceklerdir.” Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 73. Birleşim 25/9/1981, Hava Hakim Albay Zeki Güngör Konuşması, s.380.

*Türk Soylu Yabancıların Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un Eleştirisi:
Yabancı Mı Yurttaş Mı?*

olmayan yabancıların Türkiye’de çalışma izni alma koşullarıyla, Türk soylu yabancıların çalışma izni almalarının karşılaştırılması her ikisi arasında farkı görmek açısından gereklidir.

Özellikle neoliberal politikalarla birlikte uluslararası işgücü piyasasına uyumlu mevzuat yaratma ve işgücü göçünü denetim altına alma adına 2016 tarihli ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’yla yabancıların Türkiye’de çalışma koşullarında değişikliğe gidilmiştir. Bu kanun 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’u ilga ederek, “turkuaz kart”^[49] uygulamasıyla özellikle ihtiyaç duyulan alanlarda çalışacak yabancıların çalışma izinlerinde kolaylık sağlamıştır.^[50] Söz konusu kolaylıklar izin alma koşullarında kolaylık ve belirli hallerde muafiyet getirilmesiyle, özellikle nitelikli işgücü olarak nitelendirilen yabancıların Türkiye’de çalışmalarına imkan sağlamaktadır. Bununla beraber yabancıların çalışma kapsamı 6735 sayılı kanunun 2. maddesinde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Türkiye’de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya görmekte olan, staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınırötesi hizmet sunucusu yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsar.”

Buna göre yabancıların Türkiye’de çalışmasının sözleşme ilişkileri çerçevesinde düşünüldüğü, dolayısıyla 2527 sayılı kanunla Türk soylu yabancılara getirilen memur olma hakkının bu kişiler için söz konusu olmadığı ifade edilebilir. Böylece her ne kadar ekonomik gerekçelerle yabancıların Türkiye’de çalışma koşullarında kolaylıklar sağlanmış olursa da, bu durum yabancıların “yabancılık” statüsünde herhangi bir değişiklik anlamına gelmez. Böylece

[49] 6735 sayılı kanun madde 11- (1) Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir.

[50] ALTINTAŞ Ekin, **Uluslararası İş Gücü Kanunu’nda Yabancı İstihdamını Kolaylaştıran Yenilikler**, Dünya Gazetesi, 21/09/2016, erişim: <https://www.dunya.com/kose-yazisi/uluslararasi-is-gucu-kanununda-yabanci-istihdamini-kolaylastiran-yenilikler/330226> (erişim tarihi: 16/04/2018). 6735 sayılı kanunna ilişkin detaylı bir çalışma için bkz: ERGİN Hediye, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, Beta, İstanbul, 2017, 38-55.

çalışma hakları kapsamında hukuki belirsizlik, yurttaşın statüsüne yakınlştırıldığı için yalnızca Türk soylu yabancılar için söz konusudur.

SONUÇ

Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalıştırılabilmelerine ilişkin kanun, pek çok yönden hukuki belirsizlikle maluldür. Bu durum başta onun modern hukuk sistemi içinde etnik bir kimlik referansına sahip olmasından kaynaklanır. Zira Türk soyluluk/soydaşlık üzerinden özne tanımlamasına girişmesi, modern hukukun evrensel ve soyut olma iddiasıyla^[51] çatışmaya girmektedir. Bu çatışma kimliklerin belirsiz ve geçişken niteliklerinden dolayı Türk soyluluğun tanımlanmama hususunda netleşir. Türk soylu olarak beliren ve tanımlanamayan hukuk öznesi ise muğlak ve belirsiz kalarak öngörülebilirliği imkansız kılacaktır. Bu durum liberal hukuk devletinin dayandığı temellerden biri olan, öngörülebilir ve hesap edilebilir hukuki düzeni temin eden hukuki belirlilik ilkesinin bu kanun özelinde işlememesi anlamına gelmektedir.

Bu temel sorunun bir devamı olarak ortaya çıkan bir diğer sorun ise Türk soylu yabancıların statülerinin “yurttaş ve yabancılık arasında bir yerde” durmasıdır. Buna göre bu “imtiyazlı” yabancılar yurttaş olmamakla beraber, yurttaşlara özgü kamu hizmetine girme hakkına sahip kılınarak bir ara özne formuna dahil edilirler. Bu durumun bir sonucu uygulamada belirsizlik anlamına gelirken diğer bir sonucu ise statüsünün yurttaşla yaklaştırılmasından dolayı yurttaş belirlemesinin etnik /ırksal bir anlam taşımasıdır.

Böylece “imtiyazlı” yabancıların hukuki özne alanındaki belirsiz konumları, modern hukuk sisteminin en iddialı kazanımlarından saydığı hukuk devleti ilkesinde hukuki belirsizlikten kaynaklı bir gedik açma anlamına

[51] Burada modern hukukun özne belirlemede ulusal olana göndermede bulunmasının, onun evrensel ve soyut olma iddiasıyla örtüşmediği; tam aksine varolan ekonomik, sosyal, kültürel farklılıkların üstünü örttüğü yönünde eleştirilerin güçlü bir biçimde varlığını sürdürdüğü ifade edilmelidir. Bununla birlikte modern hukukun evrensel ve soyut olma iddiası, liberal anlayış ufkuyla, “özel-genel karşıtlığı içinde herkes için aynı biçimde uygulanan evrensellik anlamında” genel ve soyut hukuk kurallarının varlığı ile ilişkilidir. (ÜSTEL Füsün, Yurttaşlık ve Demokrasi, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 1999, s.55) Böylece modern hukukun özne belirlemede ulusal olana vurgu yapması onun “evrensel ve soyut” olma iddiasıyla, tarihsel olarak, çelişki anlamına gelmemektedir. Zira modern çağda “somut evrensel”in egemen toplumsal biçimi, tikel toplumsal kimliklerin mecrası olan ulus devlettir. (ZİZEK Slavoj, Kırılğan Temas Slavaj Zizek’ten Seçme Yazılar, (Haz. B. Somay, T. Birkan), (çev. T. Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2011, s.278.)

*Türk Soylu Yabancıların Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un Eleştirisi:
Yabancı Mı Yurttaş Mı?*

gelmektedir. Bir diğer ifadeyle Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmasına ilişkin kanun, prosedürel hukuk devletinin önemli ilkesi olan hukuki belirliliğe engel teşkil etmesi nedeniyle, hukuk devleti ilkesinde önemli zaafı yaratmaktadır.

KAYNAKÇA

ALTINTAŞ Ekin, **Uluslararası İş Gücü Kanunu'nda Yabancı İstihdamını Kolaylaştıran Yenilikler**, Dünya Gazetesi, 21/09/2016, erişim: <https://www.dunya.com/kose-yazisi/uluslararasi-is-gucu-kanununda-yabanci-istihdamini-kolaylastiran-yenilikler/330226>.

ARICI Kadir, **Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakkı**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1984, Sayı 43.

ATASOY Fahri, Küreselleşmenin etkisi Altında Milli Kimlikler ve Türk Kimliği, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötüken, İstanbul, 2009.

AYBAY Rona, "Teba-i Osmani"den "T.C. Yurttaşı"na Geçişin Neresindeyiz?, **75 Yılda Tebaa'dan Yurttaş'a Doğru**, (ed. A. Ünsal), Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998.

AYBAY Rona, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

BAYKARA Tuncer, **Türk Adının Anlamı**, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998.

BORATAV Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi 1908-2009**, İmge Yayınevi, Ankara, 2016.

BRAUBAKER Roger, Cooper Frederik, Kimliğin Ötesine Geçmek, **Kimlik Politikaları Özdeşlik Tanınma ve Farklılık**, (ed. F. Mollaer), Doğubatı, Ankara, 2014.

CİN Mustafa, **Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Özgürlüğü**, Mevzuat Dergisi, 2005, Yıl:8, sayı:88.

CONNOLLY William, **Kimlik ve Farklılık Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri**, (çev. F. Lekezalın), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995.

ÇAĞLAR Selda, **Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta, İstanbul, 2013.

ÇELİKEL Aysel, GELGEL Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta, İstanbul, 2017.

DOĞAN Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

*Türk Soylu Yabancıların Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un Eleştirisi:
Yabancı Mı Yurttaş Mı?*

DOÏX Jean Paul, **Türklerin Tarihi Pasifik'ten Akdeniz'e 2000 Yıl**, (çev. A. Kazancıgil, L. Arslan Özcan), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007.

EKŞİ Nuray, **Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular**, Beta, İstanbul, 2012.

ERCİLASUN Ahmet B., Kimlik ve Dil, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötügen, İstanbul, 2009.

ERGİN Hediye, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri**, Beta, İstanbul, 2017.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara, 2015.

GÜNGÖR Gülin, **Tabiiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

GÜRAN Sait, **Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu**, Anayasa Mahkemesi 22. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla 1984 tarihli Sempozyumda Sunulan Metin, erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg1/guran.pdf.

İNSEL Ahmet, **Türklük ve Türk Soylu Yabancılar**, Radikal İki, 01/01/2006, erişim: <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/59/turkluk-ve-turk-soylu-yabancilar#.WqqmWujFLIU>.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti ve Kamu Çalışanı (Kimlik ve Önem Arayışına İlişkin Notlar)**, 2002, Toplu Sözleşme Süreci ve Kamu Reformu Paneli'nde sunulan tebliğ, ESM Sendikası, erişim: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti-kamucalisani.pdf>

KARAHANOGULLARI Onur, Pasukanis ve Sönümleneci Hukuk Kuramı, **Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Fikret Başkaya'ya Saygı 2**, Erişim: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/>.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 72. Birleşim 18/09/2018.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 73. Birleşim 25/09/2018.

PINAR Mehmet, **Tek Parti Döneminde Pomaklar**, Tarih Okulu Dergisi, 2016, Yıl:9 Sayı:25.

SADOĞLU Hüseyin, Küreselleşme Türk Kimliği ve Türk Dili, **Türk Kimliği**, (ed. Ç. Özdemir), Ötüken, İstanbul, 2009.

SADRULEŞRAFİ Hüseyin Ali, Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları, **Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, 1999.

SARAÇOĞLU Cenk, Tank Paletiyle Neoliberalizm, **Osmanlı’dan günümüze Türkiye’de Siyasal Hayat**, (Haz. G. Atılğan, vd.) Yordam Yayınları, İstanbul, 2015.

SONER Ali B., Citizenship and the minority Question in Turkey, **Citizenship in a Global World European questions and Turkish Experiences**, (ed. F. Keyman and A. İçduygu), Routledge, Abingdon, 2005.

TÜRK Hikmet Sami, **Adı İnkâr Edilen Millet**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 71 sayı: 2013/1.

Uluslararası İşgücü Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>.

Ülkü Ocakları Eğitim ve Kültür Vakfı, 13.02.2012 Tarihli Meclis Anayasa 3 No’lu Alt Komisyon Tutanağı, Erişim: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/>.

ÜSTEL Füsün, **Yurttaşlık ve Demokrasi**, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 1999.

Yör-Türk Yörük Türkmen Vakfı, 13.02.2012 Tarihli Meclis Anayasa 3 No’lu Alt Komisyon Tutanağı, Erişim: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/>.

ZİZEK Slavoj, **Kırılğan Temas Slavaj Zizek’ten Seçme Yazılar**, (Haz. B. Somay, T. Birkan), (çev. T. Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2011.



ESTETİK MÜDAHALELER İÇİN KURULAN SÖZLEŞMELERDE CERRAHIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ*

Munise Gülen KURT**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8603-6626>

DOI: 10.30915/abd.769360

Makalenin Geldiği Tarih: 08.10.2019 **Kabul Tarihi:** 10.06.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Avukat, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

ÖZ

Tıp bilimindeki gelişim ve değişim sonucu ortaya çıkan yeni müdahale türlerinden biri de estetik müdahalelerdir. Estetik müdahaleler hekimin tıbbi bir endikasyon olmadığı halde müdahalede bulunduğu nadir durumlardandır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için kural olarak tıbbi bir endikasyona dayanması gerekse de; günümüzde sosyal ya da psikolojik endikasyon durumları da müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli kabul edilebilmektedir. Tıbbi bir endikasyon bulunmaması ve uygulamada hasta ve hekim arasındaki ilişkinin sonuç garantili eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi, estetik müdahaleleri diğer tıbbi müdahalelerden ayırmaktadır. Hekimin sorumluluğunu ağırlaştıran bu durumlar aydınlatmanın kapsamını da genişletmektedir. Bu bağlamda hekime külfet gibi görünen aydınlatma yükümlülüğü önem taşıyan bir mesele haline gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Estetik, Estetik Müdahaleler, Endikasyon, Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam.

OBLIGATIONS OF THE SURGEON IN CONTRACTS ESTABLISHED FOR AESTHETIC INTERVENTIONS

ABSTRACT

One of the new types of interventions that arise as a result of development and change in medical science is aesthetic interventions. Aesthetic interventions are one of the rare cases where the physician intervenes even though there is no medical indication. Although medical intervention must be based on a medical indication as a rule in order to be lawful, at the present time social or psychological indication situations can also be accepted as sufficient for the lawful of the intervention. The absence of a medical indication and the acceptance of the relationship between the patient and the physician in practice as a result guaranteed work contract distinguishes aesthetic interventions from other medical interventions. These situations, which make heavier the responsibility of the physician, also extend the scope of illumination. In this context, the obligation of illumination, which seems to be a burden to the physician, becomes an important issue.

Keywords: Aesthetic, Aesthetic interventions, Indication, Obligation to inform, Informed consent.

GİRİŞ

18.yüzyılda ortaya çıkan estetik; bir değer olarak güzellik kavramını, güzel olanı düşünmeyi ve araştırmayı amaç edinen felsefi bir kavramdır^[1]. Dönemin edebiyatçısı Stendhal tarafından “mutluluk vaadi” olarak yapılan güzelliğin tanımını çağlar boyu değişmemiş; modern insan daha da etkin biçimde, fiziksel olarak güzel ve kusursuz olmayı güç ve mutluluğun kaynağı olarak görmüştür^[2]. Modern çağın getirilerinden olan beden formu ve güzellik konuları bireylere gerçek güzelliğin, estetik cerrahi ile meydana gelen güzellik olduğu anlayışını empoze etmektedir. Ayrıca tıp teknolojisinin gelişimi, plastik ve rekonstrüktif cerrahideki gelişmeler de son yıllarda estetik müdahalelere yönelimi fark edilir derecede artırmıştır. Dünyadaki gelişime paralel olarak ülkemizde de estetik cerrahisi hızla ilerleyerek “estetik turizmi” adı altında yeni bir sektör oluşturmuştur^[3]. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak tıbbi müdahale olarak estetik müdahale kavramına değinilecek ve bu müdahalelerin hukuka uygunluğunun koşulları üzerinde durulacaktır. İkinci olarak estetik müdahalelerde kurulan borç ilişkisinin hukuksal niteliği ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü kısmında çalışmanın esas konusunu oluşturan estetik cerrahin yükümlülüklerine yer verilerek konu bütünlük içinde ele alınmaya çalışılacaktır.

I- TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ESTETİK MÜDAHALE KAVRAMI VE HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI

Türk Hukukunda tıbbi müdahale kavramı doğrudan tanımlanmamış, söz konusu boşluk ikincil mevzuatlarla, öğreti ve yargı kararlarında yer alan tanımlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Hukukumuzda tıbbi müdahale kavramının sıklıkla anıldığı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi^[4] de bu

-
- [1] GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, 2014, s.120.
- [2] ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi, “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, C.25, S.2, 2017, s.84.
- [3] Turizm’de Yükselen Trend: Estetik Turizmi, <https://www.medimagazin.com.tr/medilife/estetik-plastik/tr-turizmde-yukselen-trend-estetik-turizmi-10-89-74447.html>, E.T.08.12.2019.
- [4] Avrupa Konseyi düzenlemesi olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti

kavramı direk tanımlamamış, Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun^[5] 29. paragrafında tıbbi müdahale kavramının nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; “*Müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır.*” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre ise; “*Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhî girişimi, ifade eder.*”

Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ayrıca tedavinin mümkün olmadığı durumlarda rahatsızlığı hafifletmek, acıları dindirmek ya da kişileri hastalıklardan korumak ve nüfus planlaması yapmak için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince kabul edilen kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen her tür faaliyettir^[6]. Geniş anlamda tıbbi müdahale; güzelleşmek için yapılan estetikleri, üreme amacıyla yapılan tedavileri ve kürtajı, gelenek-görenek-inanç gereği veya delil toplamak amacıyla yapılan müdahaleleri de kapsamaktadır^[7]. Bu bağlamda hekimin doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik olmayan sözleri, önerileri, davranışları ve hastayla ilişkisinde kullanacağı yaklaşım tarzı dahi tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilecektir^[8].

Tıbbi müdahalelerinin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğinde olan diğer müdahalelerden farkı; kanun koyucunun tıp mesleğini belirli kurallara bağlayıp düzenleyerek, bu işlemlerin uygulanması bakımından

tarafından kabul edilerek TBMM'de 5013 sayılı Kanunla 03.12.2003 tarihinde iç hukuk düzenlemesi haline gelmiştir.

- [5] Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine; <https://rm.coe.int/16800ccde5>, s.6, E.T.28.02.2020.
- [6] ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s.15.
- [7] YÜCEL, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.3; ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.242.
- [8] SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000, s.42.

meslek mensuplarına özel yetki vermiş olması ve müdahalenin kişinin sağlık refahını artırmayı amaçlamasıdır. Tıbbi müdahalenin uygulanması sonucu meydana gelecek zararlar doğrudan insan hayatı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağı için, tıbbi müdahalenin kim tarafından uygulanacağı oldukça önemlidir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olan kişiler Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kanuna göre; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcıları ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişilerdir. Ancak sayılanlardan her biri sadece mevzuatta yetkili kılındığı tıbbi müdahalelerde bulunabilirler^[9].

Tıbbi müdahalede bulunurken kişinin yararına olacak mutlak bir amacın bulunması da gereklidir^[10]. Bu amaçlar hastalığı teşhis, tedavi ve kişiyi hastalıktan korumak olabilir. Sebepsiz bir tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edeceğinden hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “*Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre ise; “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*”

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” Tıbbi açıdan zorunluluk endikasyon olarak adlandırılır ve endikasyon tıbbi müdahalenin sebebini gösterir^[11]. Günümüzde tıbbi endikasyon haricinde, sosyal ya da psikolojik endikasyon durumları da müdahalenin hukuka uygunluğu için

[9] YÜCEL, Özge, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.194.

[10] YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2009/Girne), Ankara, 2010, s.44.

[11] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.226.

yeterli kabul edilebilmektedir^[12]. Erkek çocuklarının sünnet olmasının ve bazı estetik müdahalelerin örnek olarak verilebileceği bu hallerde; doğrudan değil dolaylı bir gereklilik hali söz konusu olmaktadır^[13]. Doğrudan ya da dolaylı bir endikasyona dayanmayan ve kanunda açıkça izin verilmeyen bir tıbbi müdahale Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında hukuka aykırı olacaktır. Ancak günümüzde herhangi bir endikasyon olmaksızın yapılan müdahalelerin hastanın rızasının bulunması ve hekimin müdahalesinin ahlaka aykırı olmadığı durumlarda kişilik hakları bakımından bir sakınca yaratmayacağı ve müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir^[14]. Nitekim tek amacın fiziksel güzelliğin artırılmasının olduğu, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacı taşımayan estetik amaçlı müdahaleler günümüzde tıp mesleği çerçevesinde uygulanmaktadır.

Plastik, rekonstrüktif cerrahinin sadece bir bölümünü oluşturan estetik müdahale kavramının daha iyi anlaşılması için bu cerrahinin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi; insan bedeni üzerindeki çeşitli yapıların şekillendirilmesi, yeniden yapılandırılması ve her türlü estetik müdahaleyi konu alan uzmanlık dalıdır^[15]. Medikal bilim ve sanatın uyumlu karışımına bağlı olan plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi bir nevi insan mimarlığı ve mühendisliği olarak da tanımlanabilir^[16]. Bu müdahalelerde temel amaç doku ve organların kaybettikleri işlevleri yeniden kazandırmak, mevcut işlevlerini geliştirmek ve görünüşün düzeltilmesiyle beraber kişinin yaşam kalitesini artırmaktır. Plastik cerrahi; yüz cerrahisi, yüz felci cerrahisi, el cerrahisi, okuloplastik cerrahi, pediatrik plastik cerrahi, çene cerrahisi, onkolojik cerrahi, urogenital cerrahi, kraniofasial cerrahi, mikrocerrahi ve transplantasyon gibi cerrahi girişimleri

[12] YÜCEL, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", s.227; HAKERİ, Hakan, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, s.20.

[13] YÜCEL, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", s.227.

[14] ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s.203.

[15] HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019, s.567.

[16] UYSAL, Ata, "İnsan Mimarlık ve Mühendisliği: Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi", https://www.tavsiyeediyorum.com/makale_1695.htm, E.T.08.12.2019.

kapsamaktadır^[17]. Rekonstrüktif cerrahinin kapsamına doğuştan eksik veya kusurlu olan organların onarımı ile kaza veya yanık sonucu oluşan doku ve organların onarımı ve tümör ameliyatları sonrası eksilen ya da bozulan organların onarımları girmektedir^[18]. Estetik müdahaleler ise kişilerin doğuştan veya sonradan meydana gelen nedenlerle, fiziksel görünümünde anatomik yapı ve beğeniye uygun olarak yapılan değişikliklerdir^[19]. Estetik müdahalelere burun ameliyatları, yüz germe, dolgu madde enjeksiyonları, yüz konturunun değişimi, saç ekimi, göz kapağı estetikleri, meme büyütme ve liposuction örnek olarak verilebilir.

Estetik müdahaleler amaçlarına göre; fiziki bir rahatsızlığı gidermek amacıyla yapılan estetik müdahaleler, ruhsal bir rahatsızlığı gidermek amacıyla fiziki görünümde değişiklik yapılması ve salt güzelleşme amaçlı estetik müdahaleler olmak üzere üçe ayrılmaktadır^[20].

Fiziki bir rahatsızlığı gidermek amacıyla yapılan estetik müdahalelere doğuştan gelen bir rahatsızlık olan ve tavşan dudak olarak adlandırılan rahatsızlığın düzeltilmesi, kaza sonucu oluşan yanık veya yara izlerinin kapatılması örnek olarak verilebilir. Tedavi amacının ön planda olduğu bu tür müdahaleler diğer tıbbi müdahalelerin tabii olduğu hukuksal rejime tabii olacaktır^[21]. Bu noktada devrimsel nitelikteki yüz nakillerine de değinilmesi gereklidir. Kısmi ya da tam yüz nakli şeklinde gerçekleştirilebilen yüz nakillerinin medyada güzelleşme amacıyla yapıldığı algısı oluşturulsa da; bu müdahalelerin amacı aslında normalleşmektir. Yüz sadece bir maskeden ibaret olmayıp işlevsel, dinamik ve estetik bir organdır. Yüzün bu özelliği de insanı diğer canlılardan ayırarak onu iletişime açık ve sosyal bir varlık haline getirmektedir. Dizi ve film sektöründe oluşturulan algının aksine yüz nakli alan bir kişi tam olarak yüzün gerçek sahibi gibi görünmeyecektir. Ancak yeni yüzle, nakilden önce sahip olduğu deforme yüz kıyaslandığında önemli oranda bir iyileşme söz konusu olacaktır. Yüz nakli ile bir taraftan deforme olan

[17] GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara, 2014, s.413.

[18] GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.413.

[19] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.120.

[20] ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2006, s.122.

[21] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.567.

yüz yeniden yapılandırılırken diğer taraftan kişinin görünümündeki iyileşme onu iletişime açık ve daha sosyal bir varlık haline getirecektir. Bu nedenle ciddi manada yüz deformasyonu yaşayan, toplum tarafından sergilenen negatif tutumlar ile ötekileştirilen bireyler için bu müdahalelerin ne kadar gerekli olduğunu düşünmeden, müdahalenin amacını güzelleşmeye indirgemek ve tedavi amacını arka plana atmak etik olarak doğru olmayacaktır^[22].

Estetik müdahale isteyen bazı hastalarda narsistik, histrionik kişilik bozukluğu, vücut dismorfik bozukluğu gibi bazı psikiyatrik durumlar söz konusu olabilmektedir^[23]. Ruhsal bir rahatsızlığı gidermek için yapılan estetik müdahalelerde fiziksel yapıdaki mevcut anormalliğin ruhsal yapıda meydana getirdiği bozuklukları tamir edip; hastanın ruhsal kişiliğini onararak dolaylı bir tedavi amacı güdülmektedir^[24]. Hedef, hastanın beden algısını düzelterek ruhsal durumunda iyileşme sağlamaktır. İlk bakışta, bu hedef kolay görünür. Ancak sorun içsel olduğu için yapılan müdahale hastayı tatmin etmeyecektir. Teknik olarak başarılı kabul edilen müdahaleler dahi hastanın algısındaki bozukluk nedeniyle hastayı tatmin etmeyecek; müdahaleden kısa süre sonra hasta kendisinde yeni kusurlar bulmaya başlayacaktır^[25]. Zira bu tür estetik müdahalelerin kişilerin öz saygısını artırma olumlu etkisinin olduğunu gösteren çalışmaların yanında, müdahalelerin hastaların psikolojisi üzerinde olumsuz etki gösterdiğini bildiren çalışmalar da mevcuttur^[26]. Bu nedenle ruhsal rahatsızlığa sahip hastalarda estetik müdahalelerin tek başına bir fayda sağlamayacağı açıktır.

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik bütün tıbbi müdahalelerin tedavi amacına yönelmesi şart değildir^[27]. Salt güzelleşme amaçlı estetik müdahaleler

[22] AGİCH, G J/SIEMIONOW, M., “Until They have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation”, *Journal of Medical Ethics*, C.31, S.12, 2005, s.707.

[23] TEVİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan, “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, *Adli Bilişimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi*, Ankara, 2016, s.327.

[24] PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, s.183; ARINCI/USTA, s.86.

[25] PETEK, s.186.

[26] *British Medical Journal* Dergisinde yayınlanan bir rapora göre, estetik ameliyatla meme büyüten 15-69 yaşları arasında, 3 bin 521 İsviçreli kadından 15'i intihar etmiştir. Bknz; *Estetik ve İntihar*; <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/estetik-ve-intihar-132349>, E.T.08.12.2019.

[27] ERMAN, s.200.

sadece güzelleşme, şöhret kazanma, maddi kazanç elde etme ya da sosyal anlamda iyi bir konum elde etme amacıyla yapılan ve doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi niteliği taşımayan müdahalelerdir. Amaçlarının bir kişinin tedavisine yönelmiyor olması, bu tür müdahalelerin tıbbi niteliğini ortadan kaldırmayacak, bunların hukuka uygunluğu açısından farklı koşulların aranmasına yol açacaktır^[28]. Bu bağlamda tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, diğer koşulların yanında, ahlaka uygunluk ölçütüne göre de denetlenecektir^[29]. Dolaylı da olsa tedavi amacı taşımayan, estetik müdahaleler ilgilinin hayatı ve sağlığı bakımından tıbben bir sakınca bulunmadığı ve riskin estetik girişimi gereksiz kılacak derecede büyük olmadığı durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilecektir^[30].

II- ESTETİK MÜDAHALELERDE KURULAN BORÇ İLİŞKİSİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Tıp bilimi ve estetik cerrahide meydana gelen hızlı gelişim ve ilerlemeye rağmen bu alanda çıkacak uyumsuzlukların çözümü bakımından mevzuattaki düzenlemeler yetersiz kalmıştır. Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi yasa dışı olarak düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden olmadığı için sözleşmenin tanımı, hukuksal niteliği ve sonuçları konusunda tam bir açıklık yoktur. Sözleşmenin hukuksal niteliği bakımından iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi olduğu görüşlerinin yanı sıra sözleşmeyi kendine özgü isimsiz bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirenler de vardır.

Tıbbi müdahalelerde genel olarak hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi ilişkisi bulunduğu kabul edilmesine karşın, estetik müdahaleler bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup görüş birliği bulunmamaktadır. Estetik müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki ilişkinin belirlenmesinde hekimin estetik müdahalesinin hangi amaçla yapıldığının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır^[31]. Genel olarak estetik müdahalelerde belirli bir fiziksel görünümün elde edileceğine dair garanti

[28] ERMAN, s.200.

[29] ERMAN, s.203.

[30] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.122; ARINCI/USTA, s.86; ERMAN, s.203.

[31] ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015, s.364; HAKERİ, s.571; ARINCI/USTA, s.88.

verilmişse hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkinin “eser sözleşmesi”, bir sonuç garantisi verilmemişse “vekâlet sözleşmesi” olacağı kabul edilmektedir^[32]. Ancak tedavi amaçlı müdahaleler ile tedavi amacı olmayan salt güzellik amaçlı estetik müdahaleler iç içe geçebildiğinden bu konuda kesin bir ayırım yapmak oldukça zordur.

A- Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmelerdir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır^[33].

Vekâlet sözleşmesi vekile vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen işgörmeyi zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesinin rizikosunu ona ait olmamak üzere yüklemektedir^[34]. Vekâlet sözleşmesinde işgörmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın borçlanması ve vekilin sonucun elde edilememesinin rizikosuna katlanmaması TBK madde 502'nin birinci fıkrasında yer alan tanımda öngörülmemiş olmakla beraber bu unsurlar aynı maddenin ikinci fıkrasının karşıt kavramından çıkarılabilecektir^[35]. Zira zamana bağlı olarak işgörme TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin bir unsurken, sonucun elde edilememesinin rizikosunu işgörme borçlusunun taşıması eser sözleşmesinin ayırt edici unsurunu oluşturmaktadır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu

[32] HAKERİ, Tıp Hukuku, s.571; ÖZAY, s.48; Y. 15. HD, E.2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[33] YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, 2019, s.638.

[34] TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3.Baskı, C.II, Ankara, 1987, s.356.

[35] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumlu olacaktır^[36].

Bir sözleşmenin vekâlet sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir^[37]:

- Vekâlet bir iş görme sözleşmesidir ve sözleşmesinin konusunu vekâlet verene ait bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması oluşturur. Vekâlet sözleşmesinden doğan işgörme borcunun konusunu hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiillerin yanı sıra maddi fiiller de oluşturabilecektir^[38]. Maddi fiillere ilişkin vekâlette vekilin, vekâlet veren için hukuki muamele yaparak ya da hukuki muamele benzeri fiilleri gerçekleştirerek haklar kazanması veya borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Bir hekimin hastasını muayene ve tedavi ya da ameliyat etmesi, bir hukukçunun mütalaa vermesi, özel ders verme, şarkı söyleme gibi eser ve hizmet sözleşmelerine girmeyen maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin konusu oluşturmaktadır^[39].

- Vekâlet sözleşmesinde, vekil sözleşmeye konu olan iş veya işlemi vekâlet veren adına ve hesabına yapmayı üstlenmiş olmalıdır. Kendisi için bir iş yapan kimsenin bu hususta bir alacaklısı bulunmadığı için bir kimsenin kendisine ait bir işi yapıp yapmayacağı ya da ne şekilde yapacağı kural olarak bir sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Başkasına ait bir işi görmeye yönelik sözleşmelerde, işin ait olduğu kimsenin menfaatine uygun olarak görülmesi bu sözleşmelerin doğal bir sonucu ve de unsurudur^[40]. Başkasına ait işin görülmesinde, iş sahibinin menfaatinin gözetilmesi gereği kendiliğinden kabul edilmesi gereken bir husus olsa da; ücretli vekâlet durumunda olduğu gibi işin görülmesinde iş sahibinin yanında vekilin de menfaatinin bulunması, vekâlet sözleşmesinin meydana gelmesini engellemeyecektir^[41]. Ayrıca işgörmenin vekâlet verenden başkasına ait olması da mümkündür. Böyle bir hukuki ilişkinin gerçekleşebilmesi için, üçüncü kişinin vekile karşı doğrudan

[36] Y.13.HD, E.2013/32755, K.2014/1498, 22.01.2014, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay,E.T.08.12.2019>

[37] KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s.533.

[38] YAVUZ, Özel Hükümler, s.639.

[39] TANDOĞAN, s.359, 360.

[40] TANDOĞAN, s.360, 361.

[41] YAVUZ, Özel Hükümler, s.641.

talep hakkına sahip olduğu bir durumun varlığı şarttır^[42]. Vekâlet verenin bir yakınının tedavisi için yapılan sözleşmelerin örnek olarak verilebileceği bu sözleşmeler, üçüncü kişi yararına vekâlet olarak kabul edilmektedir^[43].

- Vekâlete konu iş veya işlemin vekâletle yapılması mümkün olmalıdır.

- Vekâlet sözleşmesi borç doğurucu bir işlemdir ve tarafların anlaşmaları ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulur. Bu nedenle, borçlanma iradesi olmaksızın başkası yararına bir hizmet yapma, hatır için ve bir hukuki ilişki kurma niyeti olmaksızın bedava ve sorumluluk yüklenilmeksizin mütalaa veya tavsiyeler verme durumlarında vekâlet ilişkisinin doğduğu kabul edilemeyecektir^[44].

Hekimlik sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*” Bu nedenle, hasta ile onu tedavi eden hekim arasındaki ilişkinin, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Estetik müdahalelerde, hasta-hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünün temelinde; davayı kazanacağını garanti eden avukat gibi, bir hekimin müdahalesinin sonucunu garanti etmesinin şarlatanlıktan öteye gidemeyeceği görüşü yer almaktadır^[45]. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre; “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muabeze edilemez.*” Bu madde ile hekimin hastasının sağlığına kavuşmamasından dolayı tıbben sorumlu olmadığı ve hasta hakkında tasarruf eden değil hastaya yardım eden kişi olduğu ifade edilmektedir.

İnsan vücudu tam olarak keşfedilememiş, organik, dinamik ve canlı bir organizma olduğundan değişen durumlarda farklı reaksiyonlar verebilir ve reaksiyonlar kişiden kişiye değişebilir^[46]. Bu değişken ve öngörülemeyen

[42] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

[43] YAVUZ, Özel Hükümler, s.642.

[44] YAVUZ, Özel Hükümler, s.643.

[45] BELGESAY, Mustafa Reşit, “Doktorun Hukuki Borçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.11, S.3-4, 1945, s.109.

[46] TEMEL, Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.233.

niteliği sebebiyle insan vücuduna uygulanan tıbbi müdahalelerde sonuçtan ziyade dikkat ve özen yükümlülüğü önem taşımaktadır^[47]. Ayrıca sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin müdahalede bulunulan kişinin algısıyla ölçülmesi, sonucun teslim ve denetime maddi açıdan uygun olmaması sebebiyle de estetik müdahaleler sonuç garantisi vermeye uygun değildir^[48].

Bir diğer önem arz eden husus; kamu hastanelerinde idare hukuku açısından hizmet kusuru olarak nitelendirmede salt estetik amaçlı müdahaleler ile diğer tıbbi müdahaleler arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Salt estetik müdahalelerde İdari Yargıda sadece hizmet kusuru bulunup bulunmadığı incelenip sonuç garantili bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilmezken; özel hastanelerde yapılan müdahalelerin Yargıtay tarafından sonuç garantili eser sözleşmesi sayılması, uygulamada iki başlılık ve özel sektörde çalışan hekimler yönünden haksızlık yaratmaktadır^[49].

B- Eser Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Gerek hukuk öğretisinde gerek uygulamada eser; insan emeğinin ürünü olmak, maddi veya maddi olmayan bir varlıkta kendini göstermek ve ifade etmek kaydıyla; iş sahibinin yükleniciye bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği, yüklenicinin de bu bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlandığı akit türü olarak ele alınmaktadır^[50]. Eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan, işgörme faaliyetinin kendisinden ziyade bu faaliyetten ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur^[51].

[47] DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, “Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ed.Hakan HAKERİ/Cahid DOĞAN, Ankara, 2018, s.268.

[48] DOĞRAMACI, s.268.

[49] TEVİN/ÇINARLI/ÇELİK, s.326, 327.

[50] MEMİŞ, Yusuf, “Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.119, 2016 s.176.

[51] TANDOĞAN, s.1.

Bir sözleşmenin eser sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir^[52]:

- Bir eser meydana getirilmelidir. Bu unsorda yer alan eser kavramının kapsamına nelerin girebileceği hususu hem öğretide hem uygulamada oldukça tartışılan konulardan birini oluşturmaktadır. Önceleri, eserin mutlaka maddi bir varlığı olan ve devir ve teslimi kabil bulunan bir insan emeği ürünü olduğu fikri egemen olsa da; daha sonra insan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla maddi olmayan şeylerin de eser kavramı içerisine gireceği kabul edilmiştir^[53]. Geniş anlamda eser kavramı, yalnız maddi varlığı olan eserleri değil, maddi bir varlığa sahip bulunmama ile birlikte maddi bir şey içinde veya üzerinde kendini devamlı olarak gösteren şeyleri de kapsamaktadır^[54]. Bu anlamda bir gazeteye ilan verilmesi, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda konser vermesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, bisiklet yarışı düzenlenmesi gibi durumlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Buna karşın bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici ve maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen, bir hastanın tedavi edilmesi, bir doktorun hastanın beynindeki tümörü ameliyatla alması, eğitim ve öğretim faaliyetleri, bir ortaklığın muhasebesinin devamlı şekilde tutulması gibi insan emeği sonuçları ise, bir eser olarak kabul edilemeyecektir^[55]. Ayrıca eser kavramı gibi meydana getirme kavramı da geniş yorumlanmakta; bunun içerisine yeni bir eser ortaya koyma kadar, bir şeyin boyanması, bir binanın yıkılması, ayakkabı veya saat tamiri gibi var olan bir eserin değiştirilmesi ve onarılması da dahil edilmektedir^[56].

- Sözleşme bir bedel karşılığında akdedilmelidir. Vekâlet sözleşmelerinde ücret zorunlu unsur değilken eser sözleşmelerinde bedel zorunlu unsurdur^[57]. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir^[58]. Bu sözleşmede yüklenicinin asli borcu bir eser meydana getirmek ve bu eseri teslim etmek iken, yan borçları; sadakat ve özen gösterme, eseri bizzat yapma veya

[52] KILIÇOĞLU, s.443.

[53] TANDOĞAN, s.3.

[54] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014, s.585.

[55] YAVUZ, Özel Hükümler, s.544.

[56] YAVUZ, Özel Hükümler, s.544.

[57] KILIÇOĞLU, s.450.

[58] ARAL/AYRANCI, s.359.

yönetimi-denetimi altında birisine yaptırma, araç-gereçleri temin etme, genel bildirim, işe zamanında başlama ve ayıba karşı tekeffüldür^[59]. İş sahibinin asli borcu ise bedeli ödemektir^[60]. Kanun koyucu ücret yerine bedel kavramını tercih ederek sözleşmede bedel ödeme taahhüdünün bulunmasını yeterli bulmuş, miktarın önceden belirlenmiş olması şartını aramamıştır^[61]. Türk Borçlar Kanunu'nun 481. maddesine göre; “*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*”

- Eser sözleşmesi borç doğurucu bir işlemdir ve tarafların anlaşmaları ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulur.

- Eser sözleşmesi bağımlılık unsurunu içermemektedir. Yüklenici, sözleşme konusu eseri iş sahibinin talebi ve siparişi yönünde bağımsız olarak meydana getirir^[62].

Eser sözleşmelerini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli fark sonuç sorumluluğu, yani tarafların anlaşmaları doğrultusunda yüklenicinin bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesidir^[63]. Eser sözleşmelerinde, vekâlet akdindeki gibi sonuç garanti edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir^[64]. Buradan hareketle, öğretilerde ve uygulamada; hekimin sonuç garantisi verdiği, hastanın da karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği estetik müdahalelerde, hasta ve hekim arasında kurulan sözleşmenin niteliği itibarıyla tedaviye ilişkin sözleşmelerden farklı olduğu ve aradaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir^[65]. Ancak hekimin müdahalesinin belirli bir sonuca ulaşması, mahiyeti gereği yükümlülük altına giren hekim dışında kalan etkenlere de bağlı olduğundan, sonucun

[59] MEMİŞ, s.177; ARAL/AYRANCI, s.369 vd.

[60] MEMİŞ, s.177.

[61] ARAL/AYRANCI, s.366.

[62] KILIÇOĞLU, s.447.

[63] ARAL/AYRANCI, s.364; EREN, s.587; Y.15.HD, E.2017/2286, K. 2017/3847, 07.11.2017, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[64] Y. 15. HD, E.2010/589, K. 2011/263, 25.01.2011, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[65] ÖZAY, s.47; PETEK, s.192; AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.53; Y.15. HD, E.2018/5312, K.2019/139, 14.01.2019, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

gerçekleştirileceğinin hekime önceden yükümlenebilmesi mümkün değildir^[66]. Bu nedenle estetik müdahalelerde de cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekâlet hükümlerinin uygulanması daha doğru olacaktır^[67].

C- Hizmet (İş) Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesine göre; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.*”

Bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi sayılabilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir^[68]:

- Hizmet sözleşmesi bağımlılık unsurunu içermelidir. Hizmet sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en büyük fark işçinin işverene bağımlı çalışmasıdır. İşçi, işverenin emir ve talimatlarına uygun şekilde işi yerine getirmek zorunda olup, kendi karar ve takdirine göre hareket edemez^[69].

- Hizmet sözleşmesinin konusunu, işçinin işverenin belirlediği işi işverenin talimatı yönünde görmesi veya görmeyi vaat etmesi oluşturmaktadır^[70].

- Hizmet sözleşmesi ücret karşılığı bir sözleşme olup, işçinin yapma borcuna karşılık, işverenin ücret ödemesi söz konusudur. Buna göre taraflar, aralarındaki ilişkiyi hizmet ilişkisi olarak nitelendirirler ve bir hizmet sözleşmesi akdetmiş olduklarını beyan etseler dahi, anılan unsurları içermeyen hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak tasnif edilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Temelinde hekimin görevinin tüm insanlığa hizmet olduğu ve hekimin kamusal bir amaca hizmet ettiği düşüncesi yatan bu görüş Alman

[66] TANDOĞAN, s.21.

[67] TANDOĞAN, s.21.

[68] KILIÇOĞLU, s.387; AKKURT, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, 2008, s.15.

[69] KILIÇOĞLU, s.387.

[70] YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014, s.847.

Hukuku'nda taraftar bulmaktadır^[71]. Türk Hukuku'nda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinin özelliklerine uygun düşmediği savunulmaktadır^[72]. Hizmet sözleşmelerinde belirleyici ölçüt bağımlılıktır. Bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır^[73]. Oysa Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 6. maddesine göre; “.. *Tabip ve diğ tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.*” Hekimlik uzmanlık gerektiren bir meslektir ve hekim bu ilişkinin güçlü tarafını oluşturur. Bu nedenle, hekim tıp bilimince kabul edilen yöntemlerden yararlanmak şartıyla kullanacağı yöntemi seçerken serbest olup, hastaya bağımlı değildir.

Bir diğr üzerinde durulması gereken husus Türk Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde açıkça yer aldığı gibi hizmet sözleşmelerinde hizmet ediminin belirli veya belirsiz bir süre için vaat olunması gerekmesidir^[74]. Yani hizmet sözleşmesi tarafları arasında süreli bir borç ilişkisi doğmuş olmaktadır. Bu süre içerisinde, işçi tek bir iş yapmadığı gibi belirli bir sonuç meydana getirme borcu altında da değildir^[75]. Ancak, hekimin hastası ile olan ilişkisinin süreye bağlı olması hizmetin niteliği itibariyle mümkün olmayacaktır^[76].

D- Sui Generis Sözleşme Görüşü

Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmelerde taraflar; kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir araya getirirler^[77]. Bu tür sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme türlerinden hiçbirinde mevcut değildir^[78]. Yani kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, kanunda düzenlenmiş hiçbir sözleşme türünün unsurlarını taşımayan ve edimlerine uymayan, icat edilmiş yepyeni bir tür

[71] AYAN, s.52; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s.19.

[72] AYAN, S.54; AŞÇIOĞLU, s.19; ÖZAY, s.33.

[73] KILIÇOĞLU, s. 387.

[74] YAVUZ, s.847.

[75] YAVUZ, s.847.

[76] AŞÇIOĞLU, s.19.

[77] EREN, s.33; KILIÇOĞLU, s.18.

[78] YAVUZ, s.28.

söz konusudur.^[79] Bu nedenle kendine özgü yapısı olan sözleşmeler “gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren” sözleşmeler olarak ifade edilmektedir.^[80]

Estetik müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki ilişkinin sui generis sözleşme olduğu görüşünün temelinde; taraflar arasında bireysel çıkara dayalı karşılıklı edim ilişkisi yerine yardım, yoğun güven ve özen unsurları ağır basan bir ilişki bulunması yatmaktadır^[81]. İlişkinin çerçevesi tıp bilimi ve kamu hukuku tarafından belirlendiğinden her zaman irade serbestliği de söz konusu değildir^[82]. Ayrıca müdahalenin insan vücudu üzerinde gerçekleşmesi ve insanın en derin ve gizli sahasına ilişkin olması sebebiyle kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine dahil edilmesi mümkün olmadığından bu ilişki sui generis bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmelidir^[83].

III- ESTETİK CERRAHIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimlik mesleğinin doğal bir sonucu olarak hekim teşhis koyma, en uygun tedaviyi seçip uygulama, sadakat ve özen gösterme, hastayı aydınlatma, sır saklama, kayda geçirme gibi bir takım yükümlülükler altındadır. Ancak hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme uygulanacak tıbbi müdahale türüne göre değişeceğinden, hekimin yükümlülükleri ve yükümlülüklerinin kapsamı da kurulan sözleşmeye göre değişkenlik gösterecektir. Bu noktada, yaşam kurtarıcı bir niteliğe sahip olmayan estetik müdahaleler bakımından estetik cerrahın yükümlülükleri üzerinde durulması yerinde olacaktır.

A- Gereksiz Riskten Kaçınma Yükümlülüğü

Hekim ile hasta arasında güven ilişkisi olması yanında hekim hastaya karşı bir hizmeti ifa eden kişi durumundadır^[84]. Hekimin bu hizmeti uzmanlık gerektiren ve yönetmeliklerle özel olarak düzenlenen bir ifa olduğu için sorumluluk bakımından ağır şartlara tabidir^[85]. Hekimlik sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden değildir. Ancak

[79] SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019, s.100.

[80] ARAL/AYRANCI, s.56.

[81] ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih, “Hekimin Mes’uliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.28, İstanbul, 1954, s.143.

[82] ATABEK/SEZEN, s.145.

[83] ATABEK/SEZEN, s.145.

[84] TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011, s.111.

[85] ARAL/AYRANCI, s.438; KILIÇOĞLU, s.541.

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borcunu düzenleyen 506. maddenin ikinci fıkrasına göre; “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” Aynı husus eser sözleşmesine tabi edimler bakımından da düzenleme altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*”

Hekimin tedavi sona ermiş olsa dahi, hastası yararına davranışlarda bulunması, onun zararına olacak davranışlardan kaçınarak, hastanın yaşamına, sağlığına, kişiliğine ve kendisine bırakılan tüm değer ve çıkarlara saygı göstermesi, dürüst davranması hekimin sadakat ve özen borcunun yansımalarıdır^[86]. Zorunluluk gerektirmeyen estetik müdahalelerin ağır sonuçlar doğurabilmesi nedeniyle, hekimin sadakat ve özen borcunun daha geniş bir biçimde ele alınması gerekir. Tıbbi müdahaleler ile hastaya sağlanmaya çalışılan yarar, her zaman seçilen yöntemin içerdiği risklere değmelidir. Hekim risk artırma yasağı kapsamında; riski en az, başarı şansı yüksek yöntemi seçme ve hastayı gereksiz risk altına sokmama yükümlülüğü altındadır^[87]. Temelinde Hipokrat Yemini'nin yattığı yararlılık ilkesi; zararın azaltılması ve yararın artırılmasını ifade etmektedir. Gelişen hasta hakları ve hastanın özerkliğine saygı ilkesiyle yararlılık ilkesi zaman zaman çatışabilmektedir. Böyle durumlarda yarar-zarar dengesinin değerlendirmesi büyük önem arz eder. Estetik müdahaleler ancak ilgilinin hayatı ve sağlığı bakımından tıbben bir sakınca bulunmadığı ve riskin estetik girişimi gereksiz kılacak derecede büyük olmadığı durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir^[88].

B- Konsültasyon Yükümlülüğü

Uzmanlaşma alanlarının ve sağlık mesleklerinin çeşitlenmesiyle beraber tıbbi müdahaleler teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve teknolojiyi de içine alan

[86] ÖZAY, s.66.

[87] HAKERİ, s.526.

[88] GÖKCAN, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, s.122; Arıncı/Usta, s.86; Ayan, s.34.

geniş bir kavram haline bürünmüştür^[89]. Bu nedenle günümüzde, küçük sayılabilecek tıbbi müdahaleler dahi iş bölümü içerisinde gerçekleştirilmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesine göre “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder*”. Ancak hekimlerin, mesleki özerklikleri iş birliği yapmalarına engel olmayıp, konsültasyon sisteminin işletilmemesi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir^[90].

Hekimlik uzmanlık gerektiren bir meslek olup, hekim tıp biliminde kabul edilen metotları bilmekle ve uygulamakla yükümlüdür. Tıbbi müdahalelerde hekimin temel görevi doğru teşhisi koyarak, hastasının sağlığına kavuşması için tedavi olmasını sağlamaktır. Bu nedenle kişide ruhsal bir endikasyon tespit eden hekim, estetik müdahalede bulunmadan önce hastayı psikiyatrik muayeneye yönlendirmelidir^[91]. Genel sağlığın beden ve ruh sağlığının birleşmesinden oluşan bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği göz önüne alındığında; estetik müdahale öncesi ve sonrası psikiyatrik konsültasyondan yararlanmak hekimin sorumluluğu bakımından büyük bir öneme sahiptir.

C- Aydınlatma Yükümlülüğü

Yaşam kurtarıcı bir niteliğe sahip olmayan güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu noktasında kişinin kendi rızasının varlığı birincil derecede önem arz etmektedir^[92]. Ancak rızanın geçerli olması için bir takım unsurların varlığı aranmaktadır. Her şeyden önce verilen rızanın hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Ayrıca günümüzde “rıza”nın varlığı tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyip, aydınlatılmış rızanın varlığı aranmaya başlanmıştır.

Amacı teşhis, tedavi ya da korumaya ilişkin olsa da, kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin onamı gerekmektedir. Onamının geçerliliği bakımından kişinin neye onam verdiğini bilmesi önem arz etmektedir ki; bu bilme durumu da hastanın aydınlatılması ile mümkün hale gelir. Hastanın aydınlatılmış olması kısaca

[89] KORKMAZ, Yakup, “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaşılması Sorunu”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s. 243.

[90] KÖK, Ahmet Nezi, “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.391.

[91] HAKERİ, s.357.

[92] ARINCI/USTA, s.87; PETEK, s.183; HAKERİ, s.234.

hastanın neye anlaşma yaptığından haberdar olmasıdır^[93]. Geniş anlamda hastanın aydınlatılması ise; hastanın hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri, diğer tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, söz konusu işlemlerin hasta üzerinde oluşturabileceği etkileri ve müdahalenin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmesi olarak ifade edilebilir^[94]. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre; “*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.*”

Aydınlatılmış onam, hastaya bilgi aktarmanın haricinde bu bilgiyi anlaşılır kılma, hastanın sorularını yanıtlama, gerekiyorsa başkalarına danışmak için fırsat tanıyarak birlikte en doğru karara varma sürecidir^[95]. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği'nin düzenlediği III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sonuç Bildirgesi^[96]ne göre; aydınlatılmış onamın dayandığı iki temel ilke vardır. Bunlar; güvene dayanan ilişki kavramı ile bireyin kendi hakkında karar verme hakkıdır^[97]. Hekim aydınlatma ile bir taraftan hastasıyla arasındaki güveni tesis ederken, bir taraftan da hastanın tedaviyi kabul ya da reddederek kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlar^[98].

[93] ERSOY, Nermin/ŞENSES, Müeser Özcan/AYDIN ER, Rahime, “Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, C.16, S.1, 2010, s.3.

[94] OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.56.

[95] ÖZASLAN, Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, s.44; GEMİCİ, Hatice Betül/GÖKSOY, Özlem Evrim/DOĞAN, Ahmet/DOĞAN, Murat/ARICA, Vefik, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar”, Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5, S.3, 2014, s.497.

[96] III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu “Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları” Sonuç Bildirgesi, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, S.7-8, Ocak_Temmuz 2009, s.22, www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf, E.T.08.12.2019.

[97] TACİR, s.111.

[98] ORAL, Tuğçe “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.189.

Estetik müdahalelerde hekimin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların çoğu hasta ve hekim arasındaki iletişimsizlik ve buna bağlı olarak aydınlatmadaki eksiklikten kaynaklanmaktadır^[99]. Başta cerrahi müdahaleler olmak üzere, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar ve önlenemeyecek gelişmeler olabilir. Bu nedenle tedaviyi üstlenen hekim, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler ile kendi tecrübeleri doğrultusunda, hastayı mevcut hastalıkları ve tıbbi müdahalenin riskleri ile yan etkileri hususunda aydınlatmalıdır^[100].

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını somutlaştıran bazı özel kanunlar dışında, hukukumuzda genel bir kural bulunmamaktadır^[101]. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre; “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir.” Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre ise; “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.” Görüldüğü gibi aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı konusunda kesin ve net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Hekim,

[99] MAVROFOU, Anna/GIANNOUKAS, Athanasios/MICHALODIMITRAKIS, Emmanuel, “Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery”, Medicine and Law, 2004, s.479.

[100] Y.15. HD, E.2018/5312, K.2019/139, 14.01.2019, <https://www.corpus.com.tr/#/> Yargıtay, E.T.27.08.2019.

[101] OZANOĞLU, s.69.

aydınlatmanın kapsamını önüne gelen her somut müdahalenin ve hastanın kişisel özelliklerine göre belirlemektedir^[102]. Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda yargı organları tarafından tartışılan, bu takdir hakkının uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır^[103].

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken, sonuca ulaşmak için yaptığı müdahalenin özenle ifasından sorumlu olsa da hastayı iyileştirmeye borçlanmaz^[104]. Bunun temelinde de hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü yer almaktadır. Ancak estetik müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, sonucun hekimin elinde olmayan nedenlerle dahi olsa elde edilememesi hekimin sorumluluğunu doğuracaktır^[105]. Estetik müdahaleler canlı bir organizma üzerinde gerçekleştiğinden sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi sadece hekimin müdahalesine bağlı değildir. Kişinin biyolojik özellikleri ve müdahale sonrası davranışları da sonuç üzerinde etkili olacağından hekime sonuç sorumluluğu yüklemek pek de adil olmayacaktır^[106]. Bu adaletsizliğe karşı hekim kendini korumak adına aydınlatmanın kapsamını daha geniş tutmalıdır. Bu bağlamda hastaya sadece görülmesi muhtemel komplikasyonlar değil, öngörülebilir tüm komplikasyonlar bakımından aydınlatma yapılmalı ve arzulanan sonuç mümkün değilse hasta uyarılmalıdır^[107]. Ayrıca hastanın aydınlatılmasında çizim, fotoğraf gibi ekstra yöntemler de kullanılmalıdır^[108].

Estetik amaçlı müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü eser sözleşmesinde yüklenicinin sadakat ve özen borcu içerisinde değerlendirilmektedir^[109]. Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetecek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*” Diğer taraftan, sadakat ve özen borcunun bir gereği olarak, eser meydana getirilirken, iş sahibinden

[102] OZANOĞLU, s.70.

[103] KAYA, Mine, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.117, 2016, s.32.

[104] ERÇELTİK, s.131.

[105] HAKERİ, s.305.

[106] ARINCI/USTA, s.90.

[107] DOĞRAMACI, s.291.

[108] HAKERİ, s.306; Y.12.CD, E. 2014/19168, K. 2015/11291, 19.06.2015, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[109] MEMİŞ, s.175.

kaynaklanan bir durumun varlığı anlaşılır ve bu durum eserin yapılmasını tehlikeye düşürürse; yüklenici bu durumu iş sahibine bildirmek zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.” Tıbbi müdahale aşamalarında, hastanın başka bir hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık eserin yapımına engel ise; hekimin bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü halinde eseri yapması gerekir. Bu tür durumlarda aydınlatma yükümlülüğü Yargıtay tarafından, yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü^[110] içerisinde değerlendirilmiş olup; sözleşmenin gereği gibi ya da zamanında ifasını tehdit eden hallerin hastaya bildirilmesi gerekmektedir^[111].

Hekimin sadakat ve özen yükümlülüğü, anamnezden başlayarak, tedavi sonrası iyileşme dönemine kadar devam eder^[112]. Bu nedenle hekimin aydınlatma yükümlülüğü sadece tıbbi müdahale öncesine ait olmayıp müdahalenin tamamlanmasının ardından hekim; hastanın sağlığının korunması için gerekli yaşam tarzı, kullanması gereken ilaçlar hakkında da bilgi vermeli ve müdahale sonrası hastanın iyileşme sürecini uygun bir şekilde yürütmelidir. Ayrıca estetik müdahalelerde, bedel ödenmesi hastanın asli edimi olduğu için; hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ekonomik aydınlatma da dahil edilmelidir.

D- Mahremiyete Saygı Gösterme Yükümlülüğü

Mahremiyet sözcüğü, özel yaşama saygı hakkının bir boyutu olan özel yaşamın gizliliği anlamını ifade etmekte olup; mahremiyet hakkı da özel yaşamın gizliliği hakkına denk düşmektedir^[113]. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre; “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler

[110] Bknz, YAVUZ, s.986, “Burada basit bir bildirim yükümlülüğü yerine “aydınlatma” yı da kapsar bir bildirim yükümlülüğünden bahsetmek gerekir.”

[111] MEMİŞ, s.176; Kaya, s.26; Y. 15. HD,E.2008/969, K.2008/6813, 14.11.2008, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, E.T.08.12.2019.

[112] GÖKCAN, s.123.

[113] ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenleniş, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s.6.

bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” Mahremiyet hakkı kişinin özel yaşamına girdiğinden tıbbi müdahale esnasında ve sonrasında hastanın kişilik hakları ihlal edilmeyerek mahremiyeti korunmalıdır. Sağlık mevzuatının pek çok yerinde mahremiyet hakkına yer verilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesine göre; “Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

Sağlık hizmetlerinde hastanın kendisine ait, başka kişiler tarafından bilinmesi istenilmeyen kişisel verilerin sağlık personelleri tarafından öğrenilmesi mümkün olmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK)^[114] 3. maddesinde yer alan tanıma göre; “*Kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder.*” Kişisel Verilerin

[114] 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 07.04.2016 tarih 29667 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Korunması Kanun Tasarısı gerekçesinde^[115] kişisel veri, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafığı Hakkındaki Direktif'in^[116] 2. maddesine göre; “*Kişisel veri gerçek kişiye ilişkin fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya birden fazla faktöre veya bir kimlik numarasına göre doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen veya tespit edilebilir bütün bilgileri kasteder.*” Tanımlardan anlaşılacağı üzere kişisel veriler ilgili kişileri doğrudan tanımlayan isim, kimlik numarası gibi bilgileri kapsadığı gibi; güvenlik amacıyla kişiden alınan parmak izi, iris veya DNA bilgileri gibi kişiyi dolaylı olarak tanımlayabilecek bilgileri de kapsamaktadır^[117]. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*”

Hekimin hastanın mahremiyetinin sağlanmasına ilişkin en önemli borcu sır saklamadır. Hekimlerin, mesleklerinin icrası esnasında hastalarına dair öğrenmiş oldukları tıbbi olduğu kadar tıbbi olmayan bilgiler, hastanın kendisinden ya da hısımlarından doğrudan ya da dolaylı olarak öğrendikleri; sır sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve daha önce başkalarının bilgisi dahilinde olmayan hususlar genel olarak sır kapsamı içerisinde kabul edilmektedir^[118]. Hekim bu sırları hem hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu hallerde hem de sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde kişilik haklarına saygılı davranmanın bir sonucu olarak ve başka bir yönüyle sada-

[115] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, E.T.01.02.2020, s.4.

[116] 95/46/EC sayı ve 24.10.1995 tarihli Direktif; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, E.T.01.02.2020.

[117] ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Kompozit Doku Nakilleri Sonucu Oluşan Yeni Yüz ve Parmak İzlerimizin Hukuki Durumu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım 2013 Lefkoşa), Ankara, 2014, s.232.

[118] ATEŞ, Gül, “Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2014, s.419.

kat borcundan kaynaklanan bir alt borcu oluşturması nedeniyle saklamak zorundadır^[119].

SONUÇ

Estetik müdahalelerde hasta-hekim arasındaki ilişki uygulamada eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, herhangi bir uyuşmazlığın söz konusu olması durumunda eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu durum bir takım adaletsizliklere yol açmaktadır. Estetik müdahaleler insan vücudu üzerinde gerçekleştiğinden, sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi sadece hekimin müdahalesine bağlı olmayıp; kişinin biyolojik özellikleri ve müdahale sonrası davranışları da sonuç üzerinde etkili olmaktadır. Arzulanan sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin müdahalede bulunan kişinin kişisel algısına bağlı olması ve sonucun teslim ve denetime uygun olmaması da göz ardı edilen bir diğer husustur.

Ayrıca kamu tüzel kişilerinden alınan sağlık hizmetlerinde yapılan endikasyon dışı, ücret karşılığı estetik müdahalelerde; hizmet sağlayıcısının kamu tüzel kişisi olması değişmemektedir. Salt estetik müdahalelerde İdari Yargıda sadece hizmet kusuru bulunup bulunmadığı incelenip, sonuç garantili bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilmezken; özel hastanelerde yapılan müdahalelerin Yargıtay tarafından sonuç garantili eser sözleşmesi sayılması, uygulamada iki başlılık ve özel sektörde çalışan hekimler yönünden haksızlık yaratmaktadır. Bununla beraber sağlık sistemlerinde hasta merkezli paradigma değişikliği ile malpraktis dava sayılarındaki artış hekimleri mesleklerini icra edemeyecek duruma getirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar bir külfet olarak görünse de; hekim aydınlatma yükümlülüğü ile hastayı teşhis ve tedavi sürecine daha fazla katarak sorumluluğunu hafifletebilir. Ayrıca estetik müdahalelerde aydınlatmanın kapsamını genişleterek görülmesi muhtemel komplikasyonlarla yetinmeyip; öngörülebilir bütün komplikasyonlar hakkında hastayı aydınlatarak kendisinden beklenen sonuç sorumluluğunu bertaraf edebilir.

[119] AYDIN, Murat, “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul, 2016, s.111.

KAYNAKÇA

AGICH, G J/SIEMIONOW, M.: “Until They have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation”, *Journal of Medical Ethics*, C.31, S.12, 2005, s.707-709

AKKURT, Sinan Sami: “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerim Ayırt Edilmesi”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.2, 2008, s.13-64

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11.Baskı, Ankara, 2015

ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, *Turkish Journal of Plastic Surgery*, C.25, S.2, 2017, s.84-93

AŞÇIOĞLU, Çetin: *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara, 1993

ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih: “Hekimin Mes’uliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.28, İstanbul, 1954, s.135-165

ATEŞ, Gül: “Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2014, 413-428

AYAN, Mehmet: *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991

AYDIN, Murat: “Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu”, *I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi*, İstanbul, 2016, 109-120

BELGESAY, Mustafa Reşit: “Doktorun Hukuki Borçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.11, S.3-4, 1945, s.108-127

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, 1993

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: “Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi”, *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı*, Ed.Hakan Hakeri/Cahid Doğan, Ankara, 2018, s.265-293

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım*, C.II, 11.Baskı, İstanbul, 1997

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2014, Ankara

ERSOY, Nermin/ÖZCAN ŞENSES, Müeser/AYDIN ER, Rahime: “Acil Tıp’ta Aydınlatılmış Onam”, Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi, C.16, S.1, 2010, s.1-8

GEMİCİ, Hatice Betül/GÖKSOY, Özlem Evrim/DOĞAN, Ahmet/DOĞAN, Murat/ARICA, Vefik: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar”, Journal of Clinical and Experimental Investigations, C.5, S.3, 2014, s.496-503

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara, 2014

GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.93, 2014, s.119-131

HAKERİ, Hakan: “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, s.19-28

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019

KAYA, Mine: “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11,S.117, 2016, s.23-37

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019

KORKMAZ, Yakup: “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, TBB Dergisi, S.140, 2019, s.239-302

KÖK, Ahmet Nezih/ÇANKAYA, Hasan: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History, C.11, S.3, 2003, s.199-203

KÖK, Ahmet Nezih: “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.385-394

MAVROFOU, Anna/GIANNOUKAS, Athanasios/MICHALODİMİTRAKİS, Emmanuel: “Medical Litigation in Cosmetic Plastic Surgery”, Medicine and Law, 2004, s.479-488

MEMİŞ, Yusuf: “Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.119, 2016, s.174-222

NEJADSARVARI, Nasrin/EBRAHİMİ, Ali: “Different Aspects of Informed Consent in Aesthetic Surgeries”, World Journal of Plastic Surgery, C.3, S.2, 2014, s.81-86

ORAL, Tuğçe: “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.185-210

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.55-77

ÖZASLAN, Abdi: “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, s.43-54

ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2006

ÖZER, Çağlar: “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.241-252

PETEK, Hasan: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.177-240

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019

SÜTLAŞ, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000

TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011

TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara,2009, s.223-241

TEVİN, Aslıhan/ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan: “Estetik Amaçlı Plastik Cerrahi Uygulamalarında Endikasyon Sorunu”, Adli

Bilişimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2016, s.325-331

UYVAL, Ata: “İnsan Mimarlık ve Mühendisliği: Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi”, https://www.tavsiyeediyorum.com/makale_1695.htm, E.T.08.12.2019

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014

YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003

YÜCEL, Özge: “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.23-45

YÜCEL, Özge: “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.193-233



MİMARLIK VE HUKUK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA ANKARA ADLİYESİ BALGAT EK HİZMET BİNASI ÜZERİNE NOTLAR*

Duygu HATİPOĞLU AYDIN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3153-5310>

DOI: 10.30915/abd.769374

Makalenin Geldiği Tarih: 16.09.2019 **Kabul Tarihi:** 03.06.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Öğr. Ü. / Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

ÖZ

Hukuk ve mimarlık, mesajları olan, bu mesajları muhataplarına ileten, sembollere dayalı ve anlatılara sahip iki alandır. Adliye binaları, bir anlatının tasarımsal ifadesi olarak, hukuk ve mimari arasındaki ilişkinin ve ortaklığın görülebileceği yerlerden biridir. Mimarlık ile hukuk arasındaki ilişkiyi dünyadaki ve Türkiye'deki adliye binaları, Ankara'daki adliyelerin tarihi üzerinden görmek de mümkündür. Hukuk ve mimari, mekan ve adalet ilişkisinin somutlaştığı yerlerden biri olan, "Ankara Adliyesi Balgat Ek Hizmet Binası" da, her ne kadar bir adliye olarak tasarlanmasa da, hukuk işlerine ve adalet anlayışına dair birtakım mesajlar barındırmaktadır. Binanın adliye yapılması usulü ve süreci ile hali hazırdaki kullanımı, Türkiye'de hukuk uygulamasının yansımaları olarak okunabilir.

Anahtar Kelimeler: Adliye binaları, hukuk-mimarlık ilişkisi, mekan ve adalet, mahkeme mimarisi, Ankara adliyeleri.

NOTES ON ANKARA COURTHOUSE BALGAT
BUILDING IN THE CONTEXT OF THE RELATIONSHIP
BETWEEN ARCHITECTURE AND LAW

ABSTRACT

Law and architecture are two areas that have messages, that communicate those messages to their interlocutors, that are based on symbols and have narratives. In courthouses that are the design and schematic expression of a narrative, we can see the relationship and partnership between law and architecture. It is also possible to see the relationship between architecture and law through the history of courthouses in the world and Turkey and courthouses in Ankara. “Ankara Courthouse Balgat Building” is one of the places that the law- architecture, and space- justice relationship fade in. Although this building is not designed as a courthouse, it contains several messages on legal affairs and the understanding of justice. The procedure and process of building becoming a courthouse and its current use is a reflection of the Turkish law practice.

Keywords: Courthouses, law and architecture, space and justice, courthouse architecture, courthouses of Ankara.

GİRİŞ

Bir bina bize ne anlatır? Binayı yalnızca işlevine uygun şekilde mi görürüz? Bir ev, bir işyeri, alışveriş merkezi, idare binası? Kapısının tarzı, penceresinin biçimi, uzunluğu, yapımında kullanılan malzeme, tasarımı, onu tasarlayanlar ve tasarlandığı dönem, insanlar, alışkanlıklar ve yaşantılarla ilgili de bir şeyler anlatır.

Peki yasalar bize ne anlatır? Yasa yapım tekniğinden, düzenlediği konuya, dilinden yapısına incelendiğinde, bir yasa – ya da yasalar bütünü- coğrafyaya, tarihe olduğu kadar, iktidara dair de izler taşır. Yasa, yapıldığı dönemin ruhunu taşır; yaşantılar, alışkanlıklar, eğilimler, önemsenen konular, heyecanlar... O halde bir bina ile bir yasa arasında, bize anlattıkları bakımından pek çok benzerlik bulunabilir.

Peki mimarlık ve hukuk arasında nasıl bir ilişki vardır? Mimarlık da hukuk gibi mesajları olan ve bu mesajları muhataplarına ileten, sembollere dayalı bir alandır. Hukuk da mimarlık da iletişim kurarlar, mekanlar inşa ederler ve hareketlerimizi düzenlerler.^[1] Her ikisi de yaşam dünyasını şekillendiren bir gücü ihtiva eder; anlatının gücünü:

Adaletin kuralları ve ilkeleri, hukukun resmi kurumları ve bir toplumsal düzen uzlaşısı, elbette bu dünya için önemlidir ama bunlar normatif evrenin küçük bir parçasıdır. Hukuksal kurumlar ya da emirler seti onu konumlandıran ve ona anlam veren anlatılardan ayrılamaz. (...) Hukuk, bir kez onu anlamlandıran anlatılar bağlamında anlaşıldı mı, yalnızca uyulacak bir kurallar sistemi değil, içinde yaşadığımız dünya haline gelir.^[2]

Hukuk, adalet ve adalet yönetimine dair teoriler, kavramlar ve temsiller, hukuk mekanlarının fikrinin ve dönüşümünün arkasındaki ana faktörlerdir. Adalet mekanları her zaman hukuk ve adaletin, egemenliğin, devletin hakim algılanma biçimlerine göre düzenlenmiştir.^[3] Aslında adliyeler bir nevi arayüzdür. İki şey arasında iletişim kurulabilmesi için bir araç vazifesi görür arayüzler. Hukuk ile toplum arasındaki arayüzlerden biri de mekandır.

[1] Patrícia Branco, “Questioning the Connection Between Access to Law and Justice and Courthouse Architecture”, Oficina do CES (Portekiz: Centre for Social Studies, University of Coimbra, Eylül 2010), s. 2-3.

[2] Robert M. Cover, “Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review* 97 (1984 1983): 3-4.

[3] Branco, “Questioning the Connection Between Access to Law and Justice and Courthouse Architecture”, s. 3.

Elbette mekan tek başına adalete ya da hukuka, hukuk sistemine dair her şeyi söylemez ama örneğin yasaların dili, yasa yapım tarzı (torba yasalar vb), hukuken korunan değerler gibi, mekan da hukuk ve adaletin arayüzleri olarak hayat bulur. O halde adliyeler de, insanlarla hukuk sistemi arasında iletişim kuran bir arayüzdür. Örneğin Balgat adliyesi her şeyden önce kamusal bir hizmet olan adalet hizmetlerinde bir tutumun ifadesidir; eğretilik, belirsizlik, öngörülemezlik bunun bir parçasıdır. Binanın kiralama usulü kamusal hizmetlerin sürekliliği ve düzensizliği ilkelerinin zedelenmesine işaret eder, bu da ‘kamu’ fikrinin yargısal işlev yönünden de zarara uğratıldığı bir pratik olarak karşımıza çıkar. Binanın fiziksel özellikleri, verilen hizmetin kalitesini, dolayısıyla memnuniyeti ve yargıya güveni de etkiler. Yargının önemli unsurlarından biri olan avukatları dışlayan mekan, avukatların yargı düzenindeki mevcut durumunu özetlemektedir.

Bu çalışmanın iskeletini mimarlık ile hukuk arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Çalışmanın hedefi, mimarlık ve hukuk arasındaki değişen ilişkiyi anlamaya çalışmaktır. Bunun için farklı disiplinlere başvurulmuştur. Birinci kısımda mimarlık ve hukuk ilişkisi irdelenmeye çalışılmıştır. Mekanın inşasını, üretim ilişkilerinin toplumsal yansımalarının bir sonucu olarak ele aldığımızda, adliyeler de, adalet anlayışının yansımaları olarak görülebilir. Bu bölümde, hukuksal işlerin yürütüldüğü yerlerden en önemlisi olan adliye binalarının tarihine kısaca değinilmiştir. Burada adliye mekanlarının belirli bir hukuk anlayışını yansıttıkları iddia edilmektedir. Dünyada modern hukukun yapıları/mekanları olan adliye binalarının tarihi ve anlamı üzerine değerlendirmeler yapıldıktan sonra, Ankara adliyelerinin tarihçesine yer verilmiştir. İkinci kısımda mekanın ve hukukun etkileşimi tartışılmıştır. Burada mekanın modern hukukun vaad/uygulama ikiliğini nasıl yansıttığı değerlendirilmiştir. Üçüncü kısımda Ankara'nın Çukurambar semtinde bulunan ve gayriresmi adını giriş katındaki restoranın markasından alan, resmi adıyla “Ankara Adliyesi Balgat Ek Hizmet Binası” olan adliye örneğinin mimari yananamlarının hukuk uygulamasıyla örtüşüp örtüşmediği ve hukukun dönüşümüne bir örnek olup olamayacağı değerlendirilecektir. Balgat adliyesinin mimari göstergeler açısından irdelenmesi yanında, hukuksal işlere dair “vaat”leri ve mevcut durumu, genel olarak binanın tercihi, hizmete girme usulü ve bina kullanıcıları açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Mekan-Adalet ve Mimari-Hukuk İlişkisi

Winston Churchill, 1943'te, Britanya Avam Kamarası huzurunda, bir Alman bombardımanında yıkılan binanın nasıl yeniden inşa edileceği sorusunu şu şekilde cevaplar: “*Biz binaları biçimlendiririz, sonrasında binalar bizi biçimlendirir.*”^[4]

Binanın kendisi bir mekandır ve geniş toplumsal mekanın bir parçasıdır. Henri Lefebvre, mekanı üretim ilişkilerinin sadece bir ‘ürünü’ olarak görmez, “bir ürün olan mekan, etki ya da tepki yoluyla bizzat üretime müdahale eder.”^[5] Mekan statik değildir ve diyalektikleşir. Hem ürün hem de üretici olan mekan, ekonomik ve toplumsal ilişkilerin dayanağıdır. Toplumsal mekan, üretim tarzının sonucu ve gerekçesi olarak varlık kazanırken, aynı zamanda üretim tarzıyla birlikte değişir, yani toplumlar değiştikçe mekan da değişecektir.^[6] Bina ise, ürün-üretici mekanın temsillerinden biridir. Üretim ilişkileri belirli güç ilişkilerini içerir, bunlar da toplumsal mekan içinde gerçekleşirler ve “mekan bunların temsillerini binalarda, anıtlarda, sanat eserlerinde içerir.”^[7] Mekan, üretim ilişkilerinin toplumsal bir sonucu ve aynı zamanda onu yeniden üreten bir yerdir; içinden çıktığı toplumsal ilişkilerin hem yansımasıdır hem de o ilişkileri, o ilişkilere dair kavramları yeniden şekillendirir.

Mekanın tasarımının bir biçimi olarak mimarlık da, tıpkı mekan ve elbette hukuk gibi, bir anlatıya sahiptir. Anlatı, mimariye modeller, çizimler ya da diğer ifade biçimleri yoluyla, tasarımın illüstrasyonu olarak dahil olur. Mimari ifadenin bir yönü, yani tasarımın ne söylediği, temsil olarak anlatıyla ilgilidir. Anlatı, binaların, yerlerin semantik/anlamsal ifadesiyle ve toplumsal, kültürel mesajların dışavurumuna mimarının katkısıyla ilgilidir. Mimari, anlamı belirtmenin yanında sosyal ilişkileri ve mekanları düzenleyerek anlamın inşasına da katkı sunar.^[8]

[4] Norman Spaulding, “The Enclosure of Justice: Courthouse Architecture, Due Process, and the Dead Metaphor of Trial”, *Yale Journal of Law & the Humanities* 24, sy 1 (08 Mayıs 2013): 311, <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlv/vol24/iss1/16>.

[5] Henri Lefebvre, *Mekanın Üretimi*, çev. Işık Ergüden (İstanbul: Sel Yayıncılık, 2014), 24.

[6] Lefebvre, s. 24.

[7] Lefebvre, s. 62.

[8] Sophia Psarra, *Architecture and Narrative-The Structure of Space and Cultural Meaning in Buildings* (New York: Routledge, 2009), s. 2.

Hem mekanda hem de mimaride vurgulanan ortak nokta, her ikisinin de belirli bir tarihsel anın, dolayısıyla belirli üretim ilişkilerinin, o üretim ilişkilerine içkin güç ilişkilerinin, iktidarın hem sonucu, yani ürünü olmaları, hem de o geniş toplumsal ilişkileri ve kültürü yeniden üreten araçlar olarak işlemeleridir. Bu özellikler hukuk için de söylenebilir. Hukuk da, belirli bir tarihsel dönemin, belirli üretim ilişkilerinin bir sonucudur ve o ilişkileri hem sürdürür hem de yeniden üretir.^[9] O halde adalet mekanı adıyla inşa edilen yerler, yani günümüzde adliyeler, bir yandan adaletin tesis edildiği^[10], diğer yandan adalete yüklediğimiz anlamı ve adalet kavramını biçimlendiren yerler olarak değerlendirilebilir. Bir başka deyişle, adaletin tesis edildiği mekanlar, bizim adalet hakkındaki düşüncelerimizi de şekillendirir. Adalet işlerinin gerçekleştirildiği bir binanın tasarımı ve mahkeme salonunun fiziksel koşulları gerek hukuk sistemi, gerek adalet pratiği hakkında hem fikir verecektir, hem de mevcut ilişkileri o tasarımın fiziksel koşullarında sürdürecektir ve yeniden üretecektir.

Hukuk ve mimarlık arasındaki ilişkinin somut göstergesi, mekanın tasarımsal bir yansıması olarak kabul edilebilecek adliye binalarıdır. Bu binaların tasarımı, dış cepheleri, etraflarındaki heykel veya anıtlar, isimleri, yapıldığı dönemin adalet anlayışına dair doğrudan mesajlara sahiptir. Hukuk ve mimarlık ilişkisinin irdelenebileceği bir başka alan da binaların içidir. Binaların içinde bulunan mahkeme salonu, mahkeme kalemi, hakim-savcı-avukat odaları, bekleme salonları ve benzeri yerler hukuk uygulamasının özelliklerini yansıtır. Örneğin duruşma salonlarının fiziksel düzeni, hakim-savcı-avukatlara ayrılan yerler, izleyiciler, sanıklar, mağdurlar için çevrelenen alanlar, dosyaların muhafaza edildiği dolaplar, yeni teknolojilerin dahil edilmesi gibi unsurlar hukuksal işleyişe dair pek çok şey anlatır.^[11]

[9] Kapitalizm, hukuk ve siyaset ilişkisi ile liberal hukuk sisteminin özellikleri ve eleştirisi için bkz. Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi* (Ankara: İmge Kitabevi, 2016).

[10] Adaletin adliye mekanında tesis edildiği sadece sınırlı bir iddiadır. Bu iddia mevcut hukuksal düzenin iddiasıdır. Esasen adaletin ne olduğu, kime göre ve neye göre tesis edildiği göreceli ve ideolojiktir.

[11] Burada, yargısal faaliyetin her unsuru ve bu faaliyet kapsamında kurulan her ilişki gösterge çözümlemesine konu edilebilir, ancak bu, Uzun'un da belirttiği gibi, hukuk göstergebilimi değil, hukukta göstergebilim uygulamaları olabilir. (Ertuğrul Uzun, *Hukuk Göstergebilimi* (İstanbul: Nora Kitap, 2017), s. 30). Ayrıca, gösterge çözümlemesi açısından, adli işlerin yürütüldüğü mekanların tarihi uzundur ve bu mekanlar yalnızca adliyelerle sınırlı değildir.

Adliye Binaları ve Mahkeme Salonları Üzerine

Mimarlık tarihi içinde adalet mekanlarının yeri ayrıdır. Günümüzde adli işler, genellikle adliye denilen, sadece hukuksal işlere özgülenmiş yerlerde cereyan ediyor.^[12]

Antik Yunan'a kadar geri giden bir tarihsel süreç içinde, yargılamalar için her zaman özel yerler belirlenmiştir. Homeros, yaşlıların uyuşmazlıklar hakkında karar verdiği yerler olarak “kutsal döngü içindeki cilalı taşlar”dan bahseder.^[13] İngiltere’de “müzakere tepeleri”nin varlığı ya da “ağaç altında adalet dağıtmak” duvarların sarmalamadığı bir ortamda, açık havada yargılama etkinliklerine ev sahipliği yapıldığını gösterir.^[14] Yargılamalar ve diğer hukuksal işler için özellikle ortaçağda çok amaçlı mekanlar, örneğin hanlar, konaklar, hükümet binaları, kent meydanları kullanılırken, kaynakların genişlemesi, hukuk pratiğinin artan şekilde formelleşmesi gibi sebeplerle, amaca yönelik binalar inşa edilmeye başlanmıştır. Binaları tasarlayanlar ve inşa edenler binaların iç ve dış özelliklerinin sembolik ve fonksiyonel anlamına daha fazla dikkat etmeye başlamışlardır.^[15] Özellikle 18. yüzyıl ortalarından 19. yüzyıl son çeyreğine kadar neoklasik akım, Fransa’da güçlenmiş ve tüm Avrupa’yı etkilemiştir. Neoklasik akımın ortaya çıkışında, 18. yüzyıl sonundan itibaren Eski Rejim’in monarşik sistemlerinin bunalımı sonucu ortaya çıkan siyasal devrimler ve bağımsızlıklar etkiliydi.^[16] Geçmişin referanslarını modernleştirme iradesinin bir ifadesi olan neoklasisizm bir kolaylık ve rahatlık tavrı olarak görülmüş, entelektüeller ve devlet adamları tarafından da desteklenmişti.^[17] Ön cephesinde büyük sütunların olduğu adliye binaları,

[12] Hükümet binalarının bir bölümünde yargısal işlerin yürütülmesi, ayrı adliye binalarının olmadığı yerlerde yaygın bir uygulamadır. Bu mekansal kullanım ve bir aradalık, aslında kuvvetler ayrılığının derecesine de işaret eder. Mekansal olarak bağımsız olamayan bir yargı hizmetinde, yargının bağımsızlığı da sorgulanabilecektir.

[13] Richard Mohr, “In Between: Power and Procedure Where the Court Meets the Public Sphere”, *The Journal of Social Change and Critical Inquiry*, sy 1 (1999), https://www.academia.edu/1004516/In_Between_Power_and_Procedure_Where_the_Court_Meets_the_Public_Sphere.

[14] Linda Mulcahy, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law* (Routledge, 2010), s. 15-16.

[15] Spaulding, “The Enclosure of Justice”, s. 321.

[16] Gerard Monnier, *Mimarlık Tarihi*, çev. İsmail Yerguz (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013), s. 111.

[17] Monnier, s. 118.

o dönemde Berlin, Münih, St. Petersburg, Washington D.C., Londra, Paris gibi şehirlerde yaygınlaşmıştı. Binaların ön cephesi, Yunan ve Roma'nın sütun biçimli mimarisinin karkas tasarımına dayanıyordu. Hukukun işletileceği ve adaletin sağlanacağı bir mekan, süreklilik ve inanç ifade etmeliydi. Bunlar ise yasalara ve devletin anayasal yapısına saygı duyulmasını ummakla mümkün olabilirdi. Binaların cephesi, özgürlük ve otoritenin çoğulcu, demokratik bir toplumda, soyutlamaların ve uzak ümitlerin somut bir şekle sokularak nasıl uzlaştırılacağına dair kaygıları vurguluyordu.^[18]



Fotoğraf 1: United States Supreme Court Building

Benzer bir değerlendirme, 'US Supreme Court' için de yapılmıştır. 1935'te yapımı tamamlanan ve planlamasında, binanın, yargı organının bağımsız karakterini ve federal sistemin itibarını ifade etmesi beklenen Supreme Court'un sütunlu girişi yargısal yetkiyi, yargı gücünü sembolize eder.^[19] Binanın tepesinde oturan alınlık mahkemeyi tapınak olarak temsil eder ve çatı katını çerçeveler. Ayrıca buradaki üçgen biçimli çatı, adaletin belirli bir mantıkla ilişkisine işaret eder.^[20]

Batı hukukunun üçlü bir yapı üzerine kurulduğu söylenebilir. Martin Shapiro'nun "*the logic of triad*" olarak adlandırdığı bu üçlü yapıda, aralarında anlaşmazlık yaşayan ve bunu çözemeyen taraflar, çözüme ulaşmak için

[18] Spaulding, "The Enclosure of Justice", s. 325-26.

[19] John Brigham, *Materal Law- A Jurisprudence of What's Real* (Philadelphia: Temple University Press, 2009), s. 146.

[20] Brigham, s. 150.

üçüncü bir kişinin yardımını isterler. Bu üçlü uyumsuzluk çözüm yolu, evrensel politik bir fenomen olarak mahkeme yapısının mantığını oluşturur.^[21] Üçgen biçimli çatı, yargılamaya dair bu mantığı ifade eder; uyumsuzluğun iki tarafının eşit olarak dengede olduğu ve bir davanın görüldüğü ya da karar verildiği kurumsal bir dizi.^[22]

Adliyeler, mahkeme salonları gibi ‘ortam’lar, esasen bizim adalet ideallerimizle ilişkimizin fiziksel bir ifadesidir ve adaletin ya da adalet pratiklerinin bulanık tarihini de yansıtır.^[23] Örneğin Federal Alman Mahkemesi’nin içinde kullanılan cam, Üçüncü Reich’in korkuları ardından somut ve aynı zamanda mecazi bir şeffaflık yaratmak içindir.^[24] 2004’te Johannesburg’da, bir zamanlar Nelson Mandela’nın ve bir çok kişinin hapsedildiği yüksek güvenli hapishanenin bulunduğu bölgede kurulan mahkeme hakkında Mandela şunları söylemiştir:

Mahkemenin fiziksel temelleri, Old Fort hapishanesinin karanlık köşelerinde, hücrelerinde ve koridorlarında işlenen suçların acısı ve işkencelerin korkunç hatıraları üzerinde yükselecek. O dehşetli dönemin küllerinden doğarak bu yeni kurum, Güney Afrika’nın bu uçuruma asla geri dönmeyeceği ve gerçekten de herkes için daha iyi bir yer olduğu yönündeki güven ve iyimserliğimizin gelecek nesil için bir hatırlatıcısı olacaktır.^[25]

Bu yeni binanın, *apartheid* sonrası idareyi sağlamlaştırma ve geçmişin adaletsizliklerini anma olarak iki yönlü bir işlevi vardı. Buradan yola çıkarak hukuk binalarının her zaman otoritenin anıtsal mizansenleri ya da fermanları olduğu belirtmek mümkündür.^[26]

Sadece adliye binaları değil, mahkeme salonları da hukuk ve mekan ilişkisine dair anlamlar barındırıyor. Özellikle mahkemelerin iç tasarımının, görülen davaların çıktılarını belirleyip belirlemediği, mahkeme ortamının

[21] Martin M. Shapiro, *Courts-A Comparative and Political Analysis* (Chicago: The University of Chicago Press, 1981), s. 1.

[22] Brigham, *Material Law- A Jurisprudence of What’s Real*, s. 150.

[23] Linda Mulcahy, “Architects of Justice: The Politics of Courtroom Design”, *Social & Legal Studies* 16, sy 3 (2007): 383.

[24] Mulcahy, s. 384.

[25] Carrol Clarkson, *Drawing the Line- Towards an Aesthetics of Transnational Justice* (New York: Fordham University Press, 2014), s. 78.

[26] Alex Jeffrey, “Legal Geography 1: Court Materiality”, *Progress in Human Geography*, 2017, s. 5, <https://doi.org/10.1177/0309132517747746>.

hukuk ve adalet hakkındaki genel algıyı nasıl şekillendirdiği, hukuk ve güç ilişkilerinin, politikanın mahkeme salonuna nasıl yansıdığı hakkında pek çok çalışma bulunuyor. Bunlardan birinde, Linda Mulcahy, 19. yüzyılda mahkeme salonunun yapısının nasıl değiştiğinden bahsederken, dönemin üretim ilişkilerine ve yeni sınıfların doğuşuna da değinir. 18. yüzyıl sonu ve geç 19. yüzyıl arasında hukuksal işlere özgülenmiş büyük anıtsal yapılar, yasal muamelelere belirgin bir onur ve ağırbaşlılık veriyordu. Yeni hukuk sistemi ve sanayi toplumunun etkisi ise binanın içinde görülmeye başlanmıştı. 19. yüzyıl bir yandan bir reform dönemiydi ve çalışma, yaşama koşulları ve yaşanan resesyon nedeniyle huzursuz olmuş işçi sınıfına dair somut bir korkunun olduğu yıllardı. Bu açıdan bakıldığında yeni mahkeme salonları tehditkar kitleler üzerinde otoritenin kaba müdafaası olarak görülebilirdi. Mulcahy'ye göre işçi sınıfına dair korku mahkeme salonlarının dizaynını değiştirdi. Duruşma salonuna belli katılımcıları alma, belirli sığara sahip kişileri (sanıklar, tanıklar, jüri vb) önceden ayrılmış yerlere yerleştirme zaman geçtikçe daha çok göze çarpar oldu. 20. yüzyılın ilk yarısında, mahkeme salonu “sosyal mahkeme” olarak nitelendirilebilecek bir biçimden, oldukça fazla şekilde bölünmüş ve ayrılmış yerlere dönüştü.^[27]

Mahkeme salonu mekanının kullanımı, yargılama süreci ve davadaki güç ilişkilerine payanda olan ideolojiler hakkında pek çok sey anlatıyor.^[28] Binanın dışı da içi de, hukukun uygulanmasına ve adalet fikrine dair işaretler verirken, bir yandan vatandaşların hukuk uygulamasına karşı tutumlarını da etkiliyor. Pencak, bunun modern demokrasinin paradokslarından biri olduğunu belirtiyor; eşitlikçi ve özgür bir toplum iddiasına rağmen, mahkeme salonu sözcüklerin sınırlandırıldığı ve hukuksal işlerin belirli ritüellere bağlandığı katı bir hiyerarşi içerir.^[29] Mahkeme salonunun düzeni, yargı sürecine katılanlara ve yargılama işine adalet idealinin yansıdığı bir düzendir. Bu bağlamda, mahkeme salonu, mobilyalar, kıyafetler, söz alma sırası, yani ritüeller, hukuka, hakim, savcı ve avukatlara, davanın taraflarına, tanıklara dair tutumlar yaratır. Sally Engle Merry, incelediği davalarla ilgili olarak, kişilerin mahkemeye gelip gittikçe, mahkemelerin ailelerini ya da diğer

[27] Mulcahy, *Legal Architecture*, s. 9.

[28] Mulcahy, “Architects of Justice: The Politics of Courtroom Design”, s. 398.

[29] William Pencak ve Anne Wagner, *Images in Law* (Routledge, 2016), s. 3; Duygu Hatipoğlu Aydın, *Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 158.

problemlerini çok da ciddiye almadığını keşfettiklerini belirtiyor; mahkemeler çok yoğun, ilgili kişi ve önemli gördüğü sorunu, bu yoğunlukta değersizleşmeye başlar.^[30] Bazen hakimin duruşma salonunda, herkesten yukarıdaki pozisyonu, büyük bir kürsüyü işgal etmesi, hakime duyulan korkuyla karışık saygıyı perçinler. Ya da aynı hakim başını dosyalardan kaldırıp karşısındaki kişiyi görmez, onun da bir insan olduğunu farketmez, ne de olsa mahkeme insani sıcaklıktan uzak ‘soğuk’ bir ortamdır.^[31]

Ankara’da Kamu Binaları ve Adliye Mimarisi

Ankara adliyelerinin de mekan ve politika bağlamında ele alınabilecek bir tarihi var. Cumhuriyet mimarisi elbette yeni kurulan cumhuriyetin ideolojisini ve hedeflerini mimari tasarımlara ve binalara yansıtmıştır. Hükümetler, kendi politik ideallerini gerçekleştirmede mimarlığı bir araç olarak kullanmışlardır.^[32] Cumhuriyetin ilanı sonrası, ‘yeni’ olarak addedilen bir mimarlık anlayışının benimsetilmeye çalışılması, ‘eski’den belirgin bir kopuş hedefinin de göstergesidir. Yeni kavramı bir yandan o dönemin Batı/Avrupa mimarlığıyla özdeşleştiriliyor, Cumhuriyet dönemi mimarlığı da, ulus-devletin modernleşme süreci içinde tanımlanıyordu.^[33] Hedefler bunlar olsa da, sonradan ilk ulusal mimarlık dönemi olarak anılacak süreçte ideoloji-mimarlık birliği, özellikle dış cephelerde Osmanlı mimarlık öğeleri ve süsleme motiflerinin kullanılması şeklinde kendini göstermiştir. Aslanoğlu, hemen her binada benzer kütle düzenlerinin ve dış bezemenin tercih edildiğini, klasik Osmanlı yapı ve bezeme öğelerinin ulusal hisleri yansıttığı gerekçesiyle kullanıldığını belirtmektedir. Klasik Osmanlı mimarlığı, ulusçuluk idealleri içinde gelişen ideolojik bir ortamın sonucudur ve 1930’lara kadar devam etmiştir.^[34] Oysa, Türk mimarların geriye dönüp eskiyi yeniden yaşatmaya çalışmaları, bunun bir ‘milli üslup’ olarak görülmesi ve hükümetin de, hükmetmeye dair her binanın (okul, kışla, tren istasyonu vb) bu tarzda

[30] Sally Engle Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, 1 edition (Chicago: University of Chicago Press, 1990), s. 134.

[31] Hatipoğlu Aydın, *Güvencesiz Adalet*, s. 155-60.

[32] İnci Aslanoğlu, *Erken Dönem Cumhuriyet Mimarlığı (1923-1938)* (Ankara: ODTÜ Mimarlık Fakültesi Basım İşliği, 1980), s. 66.

[33] Elvan Altan Ergut, “Cumhuriyet Dönemi Mimarlığı: Tanımlar, Sınırlar, Olanaklar”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 7, sy 13 (2009): 122.

[34] Aslanoğlu, *Erken Dönem Cumhuriyet Mimarlığı (1923-1938)*, s. 30-31.

yapılmasını istemesi, bu üslubun özel binalar içinde uygulanmasının zorunlu kılınması için yasa talepleri, yeni cumhuriyetin hedefleriyle çelişki oluşturuyordu.^[35] Yeni bir atılım ihtiyacı mimarlık alanında da açığa çıkmıştır. Birinci Ulusal Mimarlık Dönemi olarak da adlandırılan milli üslubun 1927 sonrası etkisini görece hızlı bir şekilde yitirmesinin sebebi İlhan Tekeli'ye göre "Cumhuriyet'in tam ödünsüz bir batılılaşma arayışı içinde" olmasından kaynaklanmaktadır. Yakın bir yorum Mete Tapan'dan gelmiştir^[36], "(Atatürk) dil devriminde olduğu gibi, mimarlık alanındaki gelişmelerde de ulusallığın Osmanlı ve İslam kavramlarıyla ifade edilmemesi gerektiğine inanmıştır".^[37]

Milli üslubun izlenebileceği binalar arasında adliye sarayı ve Alman Sodet firmasının yapımını üstlendiği haberleşmeyi sağlayacak posta binası vardır; "bunlar köşe ve orta çıkmalarıyla simetrik kütleleri, geniş saçaklı çatıları, kemerli açıklıkları ve cephelerindeki, yapının bir süsleme sanatı olduğu düşüncesini kanıtlayan çini panoları ve Osmanlı bezeme motifleriyle ulusal mimarlıktan ne anlaşıldığının somut örnekleridir."^[38] Adliye olarak yapılan ve uzun yıllar Ankara Adliye Binası olarak kullanılan, sonrasında Kültür Bakanlığı'na devredilen bina, Ankara'nın ilk adliyesidir:

"1925-1926 tarihleri arasında mimar Arif Hikmet Koyunoğlu tarafından, Anafartalar Caddesi üzerinde inşa edilen bina üç katlıdır. Yapı, simetrik plan düzeninde mekanlar, yapı boyunca uzanan birbirine paralel iki koridor etrafına dizilmiştir. Kemerli bir girişten sonra üçlü bir merdivenle birinci kata ulaşılır. Burada büyük bir mahkeme salonu bulunmaktadır. Birinci Ulusal Mimarlık Dönemi özelliklerini yansıtan geniş saçaklar, sivri ve basık kemerler ve çini bezemeler görülmektedir."^[39]

[35] Aslanoğlu, s. 31.

[36] Ayla Ödekan, "Mimarlık ve Sanat Tarihi (1908-1980)", içinde *Çağdaş Türkiye 1908-1980*, 5. bs, Türkiye Tarihi 4 (İstanbul: Cem Yayınevi, 1997), s. 528.

[37] Bir süredir adliye, okul, üniversite gibi kamu binaları mimarisinde öne çıkan "Osmanlı-Selçuklu" mimari anlayışı, Cumhuriyet ile bağlarını düzenlemek anlamında hem birinci ulusal mimarlık dönemine atıf yapar, hem de yaşadığımız siyasal iklimin özelliklerini yansıtır. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Bülent Batuman, "Okul Cephelerinden "Cumhurbaşkanlığı Sarayı"na: Mimari Temsil Olarak Osmanlı-Selçuklu ve Ulusun Millet Olarak (Yeniden) İnşası", *Arredamento Mimarlık*, 2014.

[38] Aslanoğlu, *Erken Dönem Cumhuriyet Mimarlığı (1923-1938)*, s. 36.

[39] "Adliye Sarayı", 1926, Koç University Suna Kıraç Digital Library, ID No: 0135, <http://cdm21054.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/FKA/id/205>, E.T. 30/06/2019



Fotoğraf 2: Ankara Adliye Sarayı, 1926

Halk arasında, “öyle merdivenleri var ki, üç kişi yan yana çıkabiliyor” denilerek, Adliye binasının büyüklüğü ve görkemi ifade ediliyormuş. Kalın duvarları, ahşap çift kanatlı pencereleri ve şimdinin iki kat yükseliğindeki tavanları olan binanın birinci ve ikinci katlarında bulunan Ağır Ceza Mahkemelerinin; anfi şeklindeki geniş salonları, yüksek tavanı ve hafif loş aydınlatması ile ayrı bir görkemli görünüşü varmış.^[40]

Bu ilk dönemdeki ulusal mimarlığı özendirici çabalar hariç olmak üzere, Türkiye’de devlet güçleri tarafından mimarlara, üslubun ne olması gerektiği hakkında bir dayatma yapılmamıştır. Talep edilen, devletin yapı gereksinimlerinin yerine getirilmesidir. Yine de Türk mimarlar arasında yönetim yapıları için ağırbaşlılık ifadesi taşıyan bir anlatım yaratılması isteği olmuştur.^[41] Dönemin mimarlık dergisi *Arkitekt*’te 1939’da yayınlanan söyleşisinde Mimar Muallim Sedad Hakkı Eldem, Türk mimarisinin bir dönüm noktasında olduğunu, bunun, bugün kendi üslubuna vücut verecek kuvvet ve büyüklükte olan Türk inkılabının kendi karakterini ifade edebilecek kuvveti

[40] Sevil İnci Akyüz ve Ahmet Erdem Akyüz, “Zamanda Yolculuk–Ankara Adliye Binaları”, *Ankara Barosu Dergisi* 68, sy 2010/4 (2010): 261.

[41] Aslanoğlu, *Erken Dönem Cumhuriyet Mimarlığı (1923-1938)*, s. 67.

ve kendi büyüklüğü ile mütenasip olması gerektiğini vurgular.^[42] Öyle ki, kamu binaları başta olmak üzere, inkılap devrinde, insanların içinde yaşayacakları binaların dahi “terbiye edici kıymetleri olmalıdır”.^[43]

‘Kamu’nun mimari olarak kurulmasında Ankara’nın yerinin ayrı olduğu söylenebilir. Görece küçük ve çorak bir kent olarak, Osmanlı’nın tarihsel mirasından radikal bir kopuşu ifade edercesine başkent yapılan Ankara kentinde, kamusal yani devlet erkine ait binaların, yeni devrimi ve otoriteyi yansıtmayı önemsenmiştir. Özellikle o dönemin Ankara’sının ticaret merkezleri olan Ulus ve Anafartalar’da “yeni devletin kudretini ve ruhunu temsil edecek kamu yapılarının, yoğun bir inşaat faaliyetine sebep oldukları görülmüştür.”^[44] 1926-1927 yıllarından itibaren ise, Osmanlı döneminin etkilerini taşıyan mimari üslubun terk edilmeye başlandığı, hükümet merkezinin Yenişehir’e kaydığı ve özellikle yabancı mimarlar elinden çıkan enternasyonel biçimlerin etkisinin arttığı söylenmektedir.^[45] Zaten, 1928 yılında açılan bir yarışma neticesinde mimar Jansen’in planı kabul edilir ve şehir bu doğrultuda yapılan planlama ile inşa edilmeye başlanır:

Bu plandaki Devlet Mahallesi, Kızılay’da Güven Anıtı ile başlayacak, bakanlık binaları ile devam edecek ve en yüksek yerde halk egemenliğinin çağrıştıracak TBMM binası ile sonlanacaktır. TBMM binası; dönemin kısıtlı olanaklarına rağmen, tercih edilen mimarlık üslubu ile anıtsallığı sağlayan büyük ölçek, yüksek kolonlar ve pencereler, üç boyutlu etki yaratan yapı kitleleri, iç bahçeler ve mekânların birbiri ile mükemmel uyumu ile Türkiye Cumhuriyeti’nin ideallerinin simgesi bir anıttır. Anıtsallığı çağrıştıran neoklasik mimarlık öğeleri ile Cumhuriyetin modernize anlayışının simgesi olan parlamento binasının iç mekânlarında da aynı anıtsal etki gözlenmektedir.^[46]

1930-1940 arası dönem mimarlığı, “politikadaki devletçilik kavramına uygun olan ve bugün (1970’ler kastediliyor) hâlâ fonksiyonlarını yürütmeye devam eden birçok devlet ve kamu binasının çözümlenmesinde ilke olarak

[42] Sedat Hakkı Eldem, “Millî Mimari Meselesi”, *Arkitekt*, sy 9-10 (1939): 221.

[43] Eldem, s. 222.

[44] Yıldırım Yavuz, “Cumhuriyet Dönemi Ankara’sında Mimari Biçim Endişesi”, *Mimarlık*, sy 11-12 (Kasım-Aralık 1973): 27.

[45] Yavuz, s. 29.

[46] Doğan Tekeli, “Cumhuriyetin Binaları”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, 2006, s. 39.

kabul edilmiş olan simetrik planlama, devlet otoritesini yansıtan anıtsal ve resmi törenlere elverişli biçimlerin ortaya çıkmasına sebep olmuş” tur.^[47]

Yeni kurulan cumhuriyetin öncelikleri olan otorite ve anıtsallık izlerini her binada görmek zordur. “Resmi binaların milli ve resmi bir mimarisi olmalıdır. Bir karakol, bir maliye şubesi, bir adliye binası temsil ettiği otoriteyi ifade edecek bir mimaride olmalıdır”^[48] isteğine rağmen, yeni hukukun işleyeceği adliyelerde resmi, anıtsal ve otoriter şekli beklentinin karşılanamadığı görülür. Bunun bir sebebinin hızlı iş görme ihtiyacı olduğu söylenebilir. Yani bir binanın yapımını beklemek yerine, eldeki imkanlarla işlerin yürütülmesi çabası. Örneğin bugün de ihtiyacı karşılamadığı iddiasıyla farklı binalara taşınan mahkemelerle, adliye dağınık bir görünüm sergilemektedir. Bir diğer sebep ise, Türk mimarlığında serbest biçimlerle çözüm aranması fikrinin güçlenmeye başlamasıdır. Üstün Alsaç, bu bağlamda İstanbul Adalet Sarayı Proje Yarışmasının bir dönüm noktası olduğunu vurgular. O zamana dek “... mimari bakımdan cephelerin ve antrenin resmi bina karakteri taşıması” veya “... cephelerde Adalet binasında aranılan karakterler zayıftır” gibi jüri yorumlarının yerini “... bazı projelerin ağır sütunlu holler gibi mimari şekilciliğe kapıldıkları, karakterli bir şahsiyet gösteremedikleri” gibi eleştiriler almış ve birinci gelen proje için “... Mimari, mütevazı, orjinal, muhiti ile de pek güzel bir ahenk teşkil etmektedir” ifadeleri kullanılmıştır.^[49] Artık bina tasarımlarında daha fonksiyonel işler rağbet görmeye başlamıştır.

Ankara’da adliyeler, Sıhhiye’deki adliye sarayına kadar çok parçalı bir görüntü sunmuştur. Anafartalar Adliyesi olarak bilinen adliye binasından sonra 1960’lı yıllarda dağınıklık artar. Örneğin, Posta Caddesinde iki bina adliye olarak kullanılmıştır. Önceleri Modern Çarşı’nın üst katlarında bulunan icra dairelerine ek olarak Denizciler Caddesi’nde bulunan Börekçiler Han’da icra daireleri ve icra mahkemeleri açılır. Bir süre sonra Posta Caddesi’ndeki ATO Han’da hukuk mahkemeleri açılmıştır. Buradaki hukuk mahkemelerinin ve icraların bir kısmı Çankırı Caddesi’nde bulunan Kıraner Han’a taşınır. Uzun süre sonra hukuk mahkemeleri Rüzgarlı sokakta bulunan binaya taşınır, bu bina daha sonraları idare mahkemelerine ev sahipliği yapar. Bir de ayrı ilçe adliyelerinden bahsetmek gerekir. Yenimahalle Adliyesi

[47] Yavuz, “Cumhuriyet Dönemi Ankara’sında Mimari Biçim Endişesi”, s. 30.

[48] Zeki Sayar, “Kıracı Devlet Müesseseleri”, *Arkitekt*, sy 1 (1938): 30.

[49] Üstün Alsaç, “Türk Mimarlık Düşüncesinin Cumhuriyet Devrindeki Evrimi”, *Mimarlık*, sy 11-12 (Kasım-Aralık 1973): 17.

meşhur 5. durakta, Altındağ Adliyesi Dışkapı'dadır. Bir dönem Çankaya Adliyesi de açılır, bazı ceza mahkemeleri ile savcılık Kızılay'da bir binada hizmet vermeye başlar.^[50] Ankara Adliye Sarayı hizmete girmeden önceki adliyeler ile ilgili olarak bazı noktaları vurgulamak önemlidir. Daha önce adliye olarak kullanılan binaların adliye olarak tasarlanmaması sonucu, küçük odalar ve dar koridorlarda hizmet veriliyordu. Bu binalarda ayrı bir hakim odası yoktu. Bir oda hem duruşma salonu hem hakim odası olarak kullanılıyordu. Odanın bir tarafında kürsü vardı ve karşısındaki küçük bir masanın sağ ve solu davacı ve davalıya ayrılmıştı. Odanın diğer köşesinde de hakimin çalışma masası ve koltuğu yer alırdı. Duruşma sırasında hakim kürsüye geçer, ara verilince de masasına dönerdi.^[51] Bu koşullarda çalıştıktan sonra Ankara Adliye Sarayının adliye konusunda asgari bir standart oluşturduğu söylenebilir. Merkezi bir yerde, pek çok işin aynı anda halledilebilmesi, bugünkü adliye tartışmaları için de bir temel oluşturmaktadır.

Uzun süren dağınıklık sonrası, Ankara Adliye Sarayı 1973 yılında açılan ulusal yarışma için tasarlanır. Yarışmayı mimarlar Yüksel Erdemir, Edip Öner Us ve Umut İnan kazanır. Bu tasarımda fonksiyonellik beklentisinin karşılandığı söylenebilir. Örneğin, binanın tasarımında günde 40-50 bin kişilik insan sirkülasyonu göz önüne alınarak, koridor, merdiven ve holler geniş tutulur.^[52] Yarışmanın kazanılmasında etkili olan hususlardan bazıları binanın çok kişi tarafından rahat şekilde kullanılabilir olması ve amaca uygun şekilde yapılması olarak özetlenebilir.^[53] İçinde 173 duruşma salonu, 450 kişilik konferans salonu, 1350 kişinin yemek yiyebileceği lokantası, 118 tuvaleti ve toplam uzunluğu 14,5 km. yi bulan koridorları ile devasa bir binadır Ankara Adalet Sarayı.^[54]

[50] Akyüz ve Akyüz, "Zamanda Yolculuk–Ankara Adliye Binaları", s. 261-62.

[51] Akyüz ve Akyüz, s. 262.

[52] "Ankara Mimarlık Rehberi 2002" (Ankara: Türk Serbest Mimarlar Müşavirler Derneği, 2002), s. 38.

[53] "Ankara Adliye Sarayı Proje Yarışması", *Mimarlık*, sy 3 (Mart 1974): 16-21. Proje aşamasından itibaren uzun süre Ankara Adliyesi olarak anılan bina, 2000'li yılların başında, Ankara Adalet Sarayı adını almıştır. Aynı dönemde pek çok adliyenin ismi "adalet sarayı" olarak değiştirilmiştir. Binanın resmi adı hâlâ "Ankara Adliyesi"dir. <http://www.ankara.adalet.gov.tr/>

[54] Akyüz ve Akyüz, "Zamanda Yolculuk–Ankara Adliye Binaları", s. 263.



Fotoğraf 3: Ankara Sıhhiye Adliye Sarayı

Görüldüğü gibi, Ankara adliyeler tarihi açısından tam bir toparlanmadan söz etmek pek de olanaklı değildir. Ankara Adalet Sarayı, adliye olarak önceki yıllara göre daha derli toplu bir görüntü sunmaktayken, yıllar içinde pek çok tadilat geçirmiş, yeni mahkemelerin açılmasıyla yetersiz kalmış ve bazı binaların ek binalara taşınması suretiyle yeniden “dağılmıştır”. Yine de adli yargının bir araya toplanması için, Ankara Adliye Sarayı önemli olmuştur. Yüksek mahkemeler, idare mahkemeleri, fikri sınai haklar^[55] ve sonradan kurulan bölge adliye mahkemeleri Ankara’nın başka bölgelerine dağılmış durumdadır. Şu anda, Ankara merkez binada ağır ceza, asliye ceza, sulh ceza, çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemeleri ve aile mahkemelerinin yanında, savcılıklar görev yapmaktadır. İcra mahkemeleri ve icra müdürlükleri Söğütözü Mahallesi’nde, iş mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri Balgat’ta, asliye hukuk, sulh hukuk ve tüketici mahkemeleri Dışkapı’da hizmet vermektedir.

[55] Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri, Yenimahalle’de Patent Enstitüsü’nün yerleşkesi içinde yer almaktadır. Fahrettin Kayhan, vatandaşların mahkemeyi mekansal olarak Patent Enstitüsü şubesi olarak algıladıklarını, çoğu davada taraf olan kurumun bünyesinde izlenimi veren mahkemenin mekansal konumlanışının yargı bağımsızlığını etkilediğini belirtmektedir. Kayhan, “Yargısal Mekan Politikalarının Yargı İşlevine Etkileri”, s. 332.

Balgat Adliyesi Üzerine

Mimarlık ve hukuk arasındaki ortaklıklardan biri de her ikisinin de politik olmasıdır. Mekan, sadece toplumun değil aynı zamanda bireyin de kurucu ögesi olarak politika ve ideoloji ile yoğrulur:

Toplumsal yaşamın görünürde masum mekansal pratiklerinin altında soyut iktidar ilişkileri gizlidir. Gündelik yaşamın coğrafyasında göze kolay görünmeyen bir dizi politik ve ideolojik öge yer almaktadır. Mekansal pratikler hiçbir zaman ‘tarafsız’ değil, her zaman belirli bir ideolojinin taşıyıcısıdır. Mekan politiktir; çünkü toplumdaki eşitsiz güç ilişkilerinin bir aracı ve örtülü bir ifadesidir.^[56]

Alternatif uyumsuzluk yöntemlerinin gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla birlikte, adliyeler ve dolayısıyla mahkeme salonları, içinde adaletin tesis edildiği mekanlar olmak konusunda hakimiyetlerini yavaş yavaş yitirmeye başlıyor. Burada mahkemenin bir metafor olarak “ölümü” dikkat çekici.^[57] Mekanın değişimi, adalet anlayışımıza da yansıyor. Aynı şekilde yargılama faaliyetine giderek daha fazla egemen olan teknolojik uygulamaların etkisini de gözetmek gerekiyor. ‘Bir tıkla dava açmak’ ve benzeri uygulamalar, adliye mekanının kullanımında değişiklikler yaratıyor. UYAP gibi elektronik uygulamalar ve arabuluculuk gibi uyumsuzluk çözümünü mahkeme ortamı dışına taşıyan yöntemlerle mekanın kullanımı daralmaya başlasa da, adliye mekanı, hem vatandaş hem hukukçular açısından hâlâ en çok kullanılan yerlerdir. Dolayısıyla ‘mahkemenin ölümü’nün ülkemiz açısından henüz zayıf bir eğilim olduğunu belirtmekle beraber, bir on yıl sonra hukuk ve mekan ilişkisine bakarken mahkemeler yerine arabuluculuk merkezleri ve benzerlerini tartışma konusu yapmak olağanlaşacaktır. Bu tartışmalarla birlikte, bu çalışmanın odak noktası genel olarak adliye binaları ve özelde Balgat Adliyesi ile sınırlıdır.

Türkiye’de adliyeler esas ‘yargısal mekan’lardır. Yargısal mekan en geniş anlamıyla, devletin egemenliğinin tezahür ettiği kamusal alanlardır. Yani mekan ve egemenlik, dolayısıyla iktidar birbiriyle yakın ilişki içindedir.^[58] Mekanların tasarımının da dönüşen toplum ve iktidar hakkında söylecekleri mutlaka olacaktır. Örneğin Lefebvre, gökdelenler, kamusal yapılar ve

[56] Oğuz Işık, “Değişen toplum/meکان kavrayışları: Mekanın politikleşmesi, politikanın mekansallaşması”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, sy 64-65 (1994): 28.

[57] Spaulding, “The Enclosure of Justice”, s. 334.

[58] Fahrettin Kayhan, “Yargısal Mekan Politikalarının Yargı İşlevine Etkileri”, c. 4 (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu, 2006), s. 313.

özellikle devlet binalarının gururlu dikeyliğinin görselin içine fallokratik bir kibir kattığını belirtiyor. Bu binalar kendini teşhir eder, ama bunu, her seyircinin bu yapıdaki otoriteyi görmesi, fark etmesi için yapar. Lefebvre'ye göre "dikeylik ve yükseklik, şiddete muktedir bir iktidarın mevcudiyetini her zaman mekansal olarak ortaya koyar."^[59] Sonuç olarak hukuk da mimarlık da, bir yönüyle iktidarın, güç ilişkilerinin yansımasıdır. Burada adliye binası açıkça iktidarın gücünü yansıtırken, binanın içi ve detayları, üstü örtülü ve genellikle tarafsızlık iddiası arkasındaki hukuk ideolojisini yansıtmaktadır.

Mimarlık ve hukuk arasındaki benzerlik, her ikisinin politik olmasıyla sınırlı değildir. Üretim ve uygulama sürecinde de benzerlikler bulmak mümkündür. Vittoria Gregotti, mimarlığın tarifini yaparken onu sürekli devinim halinde bir olgu olarak ele alır:

Mimarlık kişisel ve kolektif niyetlerin, umutların, hırsların, sapkınlıkların yol açtığı huzursuzluğun patirtisini ve karışıklığını sürükler peşinden: Baştan aşağı anlatmak, dile getirmek, eleştirmek iradesi onun dümen suyuna girer. Zihnimizi dolduran imgeler ve anılar yığını onun peşine takılır. Disiplinin geleneği üzerine düşünceler, disiplinin sanatının ortaya koyduğu anıtlar ve mesleğin eğitimi üzerine düşünceler hep onun peşinden gider. Bir de, bunların üzerine ekonomik ve kurumsal kaygılar, onaşmalar ve karşı çıkmalar, uzaklaşmalar, değişen kanılar ve doğumuna eşlik eden gereklilikler ile birlikte projenin kendisinin patırtılı ve karmaşık olayı kapanır.^[60]

Hukuku da kolektif ve kişisel hırslardan, hedeflerden bağışık kılmak mümkün değildir. Bir bütün olarak toplumsallık içinde varolur ve bir toplum pek çok hukukiliğin bir araya gelmesinden ve/veya üst üste binmesinden oluşur. Bu yüzden tarih boyunca tek bir hukuktan bahsedilemez, hukuk yerine hukuklar vardır, ortak özellikleri hukukilik olan toplumlar vardır.^[61] Toplumun hukuka/hukuklara yansımaya benzer şekilde mimari bir projeye, içinde yaşanan toplum yansır.

Mimari eser tamamlanır tamamlanmaz, yaratım sürecindeki gürültünün yeniden başladığını belirtir Gregotti. Değişimler, eklemeler, çıkarmalar, alt-bölümlemeler ve üst üste bindirmelerin gürültüsünde bir anlatı gücü

[59] Lefebvre, *Mekanın Üretimi*, s. 122.

[60] Vittorio Gregotti, *Mimarlık Üzerine 17 Mektup*, (İstanbul: Janus, 2016), s.108.

[61] Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?*, (Ankara: Dost Yayınları, 2017), s. 39.

kazanır mimarlık. Yeni eserler için birer anıt, kolektif bellek, inceleme nesnesi, tapınma ya da terk ediş nesnesi ve malzeme halini alır.^[62]

Hukukun insanlara nasıl düşünmeleri gerektiğini öğreten asli bir işlevi vardır; mülkiyetin kutsallığı, sözleşme özgürlüğü, vatandaşların hukuk önündeki eşitliği, hukuk tarafından öğretilir, uygulamada işler farklı olsa da.^[63] Mekan da, tecrübeyi şekillendirmesi ve sınırlandırması anlamında toplumsal yaşama dair çeşitli anlamları üretir. Bu da mekan ve hukuk arasındaki başka bir benzerliktir. Örneğin 1948’de, Avrupa’nın en büyük adalet saraylarından biri olarak Milano Adalet Sarayı’nın tanıtıldığı yazıda, mimar Lütfi Topçubaşı, binayı betimler. Bu tasvir aslında bir beklentinin, hukuk uygulamasında ulaşılmak istenen idealin ifadesidir:

“(Mimar) Piacentini Sarayın plânını ve cephelerini çizerken binanın hizmet edeceği ideal vazifeyi düşünerek ona bir muvazenet ve adalete lâyık bir ciddiyet vermek istemiştir. Piacentini mesaisinde muvaffak olmuş ve bu adalet binasına aranılan vasıfları vermiştir; odaların taksimatı ve hacımlarının mütenasipliği, iyi ışık tertibatı, akustik mükemmeliyeti, ekonomik ve kolay irtibatı, gibi.^[64]

İş ve ticaret mahkemelerinin bulunduğu Balgat ek binası, “Ankara Adalet Sarayının fiziki olarak yetersiz kaldığı ve uzun süredir yer darlığı sıkıntısı bulunduğu göz önüne alındığında, tüm birimleri kapsayacak yeni bir adliye binası yapılıp hizmete geçinceye kadar adaletin daha hızlı ve etkin bir şekilde sağlanabilmesi amacıyla adliyenin ek binalarda hizmet vermesi zaruriyeti”ne^[65] binaen, özel kişilerden kiralanıp, tadilat geçirdikten sonra hizmete girmiştir.

Balgat ek binasının hizmete girmesi usulünde, son yıllarda artan bir eğilimin etkili olduğunu vurgulamak gerekiyor: Kiracı devlet. Özellikle son on yılda, ‘hizmet binası kiralama giderleri’ olağanüstü şekilde artmış durumda. 2008 bütçesinde bu gider kalemine 94.553 (bin) TL ayrılmışken, 2018 bütçesinde bu miktar 1.273.181 (bin) TL’ye çıkmış.^[66] Devlet, elindeki

[62] Gregotti, *Mimarlık Üzerine 17 Mektup*, s. 109.

[63] Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası- Hukuk Felsefesine Eleştirel bir Giriş*, (İstanbul: Pinhan, 2018), s. 326.

[64] Lütfi Topçubaşı, “Milano Adalet Sarayı”, *Arkitekt*, sy 193-194 (1948): 21.

[65] “Yazılı soru önergesi cevabı” (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, 15 Aralık 2016), <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/7/7-2024sgc.pdf>.

[66] Rakamlar www.muhasibat.gov.tr adresinden, “Genel Yönetim Mali İstatistikleri” başlığı altında “merkezi yönetim bütçe istatistikleri”nden alınmıştır: “(...) yılı merkezi

kamu binalarını özelleştirirken, özel sektörden kiralanana lüks plazalara, çok ciddi bir harcama yapmakta. Kiralık binalarda sürdürülen hizmetlerden biri de adalet hizmetleri. Ankara Adliyesi halihazırda çeşitli faaliyetlerini yedi ek binada sürdürüyor. Bunların üçü devlete ait, dördü ise kiralık. Bu dört kiralık binaya aylık toplam 1 milyon 55 bin TL kira ödeniyor.^[67] İş ve ticaret mahkemelerinin hizmet verdiği Balgat ek binasının aylık kirası ise stopaj hariç 329.358 TL. Söz konusu bina Başbakanlığın 12/03/2015 tarihli yazısına istinaden 5 yıllığına kiralanmış ve kiralanana binanın adliye hizmet binası haline getirilebilmesi için yapılan tadilat giderleri de mülk sahipleri tarafından karşılanmış.^[68]

“Kiracı devlet” anlayışının hukukta “özelleştirme” eğilimi ile benzerlikler taşıdığı söylenebilir. Devletin kamusal hizmetler alanından uzaklaşması ve bu alanları piyasa ilişkilerinin, özel sektörün inisiyatifine ve kurallarına bırakması hukuk alanını da etkilemektedir.^[69] Özelleştirmede özel sektörün hükümlerinin kamu sektörüne göre daha fazla değer görmesi söz konusudur. Özelleştirme sadece kamu mallarının özel sektöre satılması değildir. Yasaların tanıdığı haklardan vazgeçerek sözleşme yapılması; eskiden kamusal olan hizmetlerin özel sektörden temini; devlet tekellerinin özel sektörle rekabete maruz bırakılması; özel sektör yönetim pratiklerinin devlet bürokrasisine uygulanması da özelleştirmenin sonuçlarıdır.^[70] Burada kamu mülkiyeti, kamusal fayda üzerinde kamunun kontrolü anlayışına yaslanan kamu sektörünün parçasıdır. Bu özellikle kamusal mal ve hizmetlerin herkes için eşit bir temelde erişilebilir olmasının önemli olduğu bir konsensüsün sonucudur ve aynı anda hukuksal eşitliğin bütünleyici bir ögesidir. En azından hizmetler açısından belli bir standart oluşturur.^[71] Burada tartışılan haliyle özelleştirmenin hukuksal işlere yansımaları tipik olarak alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin çeşitlenmesi ve yaygınlaşmasıdır. Hukuk sistemindeki

yönetim bütçe giderlerinin ekonomik sınıflandırma tablosu (Ekod4)”. E.T. 19.07.2019

[67] Alican Uludağ, “Kiralık Adalet”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 05 Ağustos 2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/796498/Kiralik_adalet.html#.

[68] “Yazılı soru önergesi cevabı”.

[69] Neo-liberal politikaların bir başka çıktısı ise deregülasyondur. Bunun basitçe bir kuralsızlaşma değil, piyasaki aktörlerin ya da kurumların işleyişinin yöneten kurallarda gevşeme ya da yeniden düzenleme olarak anlamak gerekir. Brendan Edgeworth, *Law, Modernity and Postmodernity*, (Ashgate, 2003), s. 134.

[70] Edgeworth, s. 136.

[71] Edgeworth, s. 135.

bu eğilimle birlikte düşünüldüğünde, “kiracı devlet”, devlete özgülennmiş kamusal niteliğe haiz çeşitli hizmetlerin mekan yönetimi anlamında özel sektörün kurallarına terk edilmesi, bir yanıyla da devletin mülk sahibi olmaktan kaçınması demektir. Mahkemelerin plansız şekilde yer değiştirmesi ve sürekli taşınması, olanakların ve seçeneklerin de özel mülk sahiplerine bağlı olması, hukuk kurallarının gelişigüzel ve keyfi şekilde ve genellikle sermayenin çıkarları doğrultusunda değiştirilmesini akla getirmektedir.

Adliye olarak tasarlanmamış binaların uzun sürelerle kiralanması, kamu hizmetine egemen olan süreklilik ve düzenlilik, bedelsizlik gibi ilkelerle uyuşmuyor ve özelleştirme politikalarının bir çıktısı olarak kamu hizmetinin mekan itibarıyla özel sektöre mahkum edilmesi anlamına geliyor. 1938’de İstanbul’daki devlet kurumlarının kiracılığına değinen mimar Sayar, günümüzde de geçerli olabilecek sakıncaları şöyle ifade ediyor:

İstanbul’da Devlet Müesseseleri daimî göç halindedir. Gün geçmez ki filân maliye şubesi bir mahalden bir başkasına, bir karakol bir sokaktan diğerine, evkaf dairesi vakıf bir binadan öbürüne, bir Adliye başka bir semte göç etmiş olmasın. Yerini bin bir müşkülât ile öğrenmiş olduğu, bir daireyi ikinci defa sokak sokak aramak, halk için son zamanlarda bir âdet olmuştur.

İstanbulun muhtelif semtlerinde lâalettayin köhne binalarda asılı bayraklardan orasının yeniden bir Devlet müessesesi tarafından kiralandığı sık sık görüp anlamaktayız. Bu daimî nakiller, halkı üzdüğü kadar, her cihetten de zararlıdır. Göçler yüzünden bir yere henüz yerleşmiş olan bir daire daha orasını benimsemeden, kullanışlı bir hale koymak imkânını bulmadan bir diğerine nakil için daima tetikte bir vaziyettedir. Bunun için de dairelerde intizam yoktur. Evrakı, dosyaları tasnif edilmemiştir, insan içeri girdiği zaman, oradakilerin hallerinden iğreti oturduklarını ve daima bir rahatsızlık içinde bulduklarını hemen anlar. Göç yüzünden daire mobilyaları, evrakı ve defterleri daimî bir eskimeye mahkûmdur, ikamet için yapılmış bir ev resmî bir dairenin ihtiyaçlarına nasıl yarayabilir?^[72]

Örneğin Ankara’da icra daireleri de benzer bir göç içinde olmuştu. 2012’de Yenimahalle Toptancı haline, 2017’de de şimdi Söğütözü’nde bulunan binasına taşındı. Buradan nereye gideceği konusunda bir kesinlik de yok. Belki yeni yapılacak adliye binasına ya da başka bir rezidansa. Hayatın her alanını kapsayacak şekilde genişleyen bu düzensizlik ve eğretilik, mimarlıkta da tartışma konularından biri. Bernard Tschumi, artık mimarlıkta

[72] Sayar, “Kiracı Devlet Müesseseleri”.

program, işlev, kullanım gibi kavramların sorgulanır hale geldiğini belirtiyor. Mekanlar bina etmek ile mekanların içindeki programlar arasında bağlantılar olmaması, aslında toplumdaki istikrarsızlığın bir sonucu. Tschumi'ye göre "binalarla içerikleri, kullanımları ve elbette ki beklenmedik anlamları arasında artık nedensel bir bağ bulunmuyor." Düzensizliğin, çarpışmaların ve öngörülemezliklerin mimarlık dünyasına adım attığını vurguluyor.^[73] Bir otel olarak tasarlanmış ve inşaatı hemen hemen tamamlanmış bir bina adliye olarak kullanılabilir. Bu anlamda bir belirsizlik ve düzensizlik var. Bu halde, mekan ile o mekanda cereyan eden toplumsal olaylar arasındaki ilişkinin anlamlandırılmasında da belirsizlik, düzensizlik ve öngörülemezlik kendini yansıtacaktır. Otelden, yurttan ve benzerinden bozma, işlevi sonradan değiştirilmiş bir binada yargısal faaliyet yürütüldüğünde, artık işlevdeki kayma, ya da mekanın ruhu, o faaliyete yansır. Hatta bazen bunların örtüşmesi de mümkündür. O belirsizlik içinde o toplumsal faaliyetin sürdürülebilmesi, faaliyetin kendisinin de belirsiz olması nedeniyle mümkündür. Biliyoruz ki, belirsizlik, öngörülemezlik, hukukun da gündemindedir ve bunlar modern hukukun üzerinde yükseldiği hukuki güvenlik ilkesini zedeleyen onlarca etkiden bir kısmıdır.

Balgat Adliyesini hukuk ve mimari ilişkisi bağlamında değerlendirirken, mekanın hukuksal işleyişe dair nasıl anlamlar ürettiğine bakılabilir. Umberto Eco, mimari nesnelere ve gereçleri gösterge taşıyıcısı olarak tanımlar ve bunların iki türlü anlam aktardığını belirtir: Bir temel düz anlam ve bir dizi yananlam. Bunlar aynı zamanda birincil ve ikincil işlevlerdir ve mimari gereçler ve nesnelere bu işlevlerin taşıyıcısıdır.^[74] Birincil işlevler, mimari nesneyle pratikte gerçekleştirilebilecek tüm işlevlerdir. Ama nesne işlevi mümkün kılmanın yanında, bu işleve öylesine açık bir gönderme yapmalıdır ki, işlev mümkün olmaktan öte, istenir olmalıdır.^[75] Nesne işlevi düz anlamlarken, işlevin belirli bir ideolojisini de yananlamlayabilir. Bunlar ikincil işlevlerdir. Bu işlevler belirli toplumsal ilişkilere ve anlamlandırmalara gönderme yaparlar ve bu ilişkileri doğururlar, bu mimari nesnelere kullanan kişi kendi toplumsal yerini ve belli kurallara uyma kararını yansıtmış olur.^[76] Yani ikincil

[73] Bernard Tschumi, *Mimarlık ve Kopma*, çev. Alp Tümertekin (İstanbul: Janus Yayıncılık, 2018), s. 34-35.

[74] Umberto Eco, *Mimarlık Göstergebilimi*, (İstanbul: Daimon, 2019), s. 113

[75] Eco, s. 29-30.

[76] Eco, s. 33.

işlev, bir kültürün bir nesnenin birinci işlevinden yola çıkarak, o nesnenin biçimiyle ilişkilendirdiği tüm simgesel, duygusal, tarihsel ve ikonografik yananamlar”dır.^[77]

Mimari tasarımın, belli eylemleri imkansız kılarken belli eylemlere insanları mecbur etmesi, bu yönüyle yargısal mekanların kurulması ve yönetimi ile yargılama işlemine yapılan mimari müdahalenin, bir yasal düzenlemeden daha etkili olması söz konusudur.^[78] Mahkeme kullanıcılarının memnuniyetlerini ölçmek için yapılan kapsamlı bir alan araştırmasında, mahkeme deneyiminin farklı yönleri açısından memnuniyet değerlendirilmiştir. Mahkeme binaları ve tesisler/hizmetler, dava süreci, duruşma, teknoloji ve bilgilendirme servisleri ve personelin davranışları, mahkeme deneyiminde memnuniyeti belirleyecektir.^[79] Mahkeme binaları ve sağlanan olanaklar açısından, araştırmada, mahkeme binasını bulmanın kolaylığı, mahkeme binasında yolunu bulmanın kolaylığı, mahkeme ortamında rahat ve güvenli hissetme, duruşma salonunda kendini rahat ve güvenli hissetme ve bekleme alanları gibi olanakların yeterli olması soruları üzerinden memnuniyet ölçülmüştür.^[80] Benzer bir araştırma “Adalet Gözet” projesi kapsamında “adliye gözlemleri” başlığı altında yürütülmüştür. Mekan ve zamanın gündelik hayata ilişkilerde kurucu rolü nedeniyle, adliyede fiziksel ve zamana dair sıkıntılar yaşayan vatandaşların kendisini yabancı hissetmesi, adliye adalet hizmeti veren bir yer olarak, kendisini de hizmetin alıcısı olarak görmemesi, bunların sonucu olarak da “hukukun kendisi için var olduğundan şüphe etmesi”nin beklenebileceği öne sürülmüştür.^[81] Bu açıdan Balgat ek binasının kullanıcılarına verdiği çeşitli mesajlar, mekanın ürettiği bir dizi yananlam vardır.

[77] Eco, s. 113-114.

[78] Kayhan, “Yargısal Mekan Politikalarının Yargı İşlevine Etkileri”, s. 313.

[79] Family Court of Australia, *Court User Satisfaction Survey* (Federal Circuit Court of Australia, 2015), s. 17.

[80] Family Court of Australia, s. 18.

[81] İdil Elveriş, “Adalet Hizmeti? İstanbul Adliyelerinde Gözlemler”, içinde *Adalet Gözet: Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme*, ed. Seda Kalem (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), s. 82.



Fotoğraf 4: Ankara Adliyesi Balgat Ek Binası

Mimari açıdan Balgat adliyesine bakıldığında, yüksek ve sarı parlak dış cephe, ışıltılı bir adalet anlayışını yansıtırken, binanın iç dizaynı ve özellikleriyle tezat oluşturur. Adalet fikri de tıpkı bina gibi parlak olmasına rağmen, işleyiş bakımından pek çok sıkıntı içermektedir. Binanın girişi ilk bakışta görünmemektedir, arka taraftadır ve oldukça dar bir kapıdan adliyeye giriş yapılabilmektedir. Her gün binlerce kişinin giriş çıkışı yaptığı düşünüldüğünde girişteki yoğunluğun çözülmesi pek mümkün görünmemektedir. Oysa, özellikle kamu binaları açısından ana giriş kapısı hem çabuk bulunabilmeli hem de insanların içeriye girişini teşvik edecek samimi, buyur eden bir tasarımda olmalıdır. Daha binaya girerken karşılaşılan dar kapı ve girişteki yoğunluk, hukuki hizmetleri almak için dolambaçlı yollardan geçilmesi gerektiğine dair mesajlar verir.



Fotoğraf 5: Ankara Adliyesi Balgat Ek Bina Girişi

Binanın iç tasarımı da yargısal memnuniyetin sağlanması açısından oldukça dezavantajlıdır. Binaların tasarımına egemen olan ilkeler açısından, ‘evrensel tasarım’ yani herkes için tasarımın son yıllarda bir kural haline geldiği söylenmektedir.^[82] Evrensel tasarımın yedi temel ilkesi olduğu belirtilmektedir^[83]:

[82] Halime Demirkan, “Mekarlarda Erişilebilirlik, Kullanılabilirlik ve Yaşanabilirlik”, *Dosya 36- TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi*, 2015, s. 2.

[83] Nilgün Olguntürk, “Evrensel Tasarım: Tüm Yaşlar, Farklı Yetenekler ve Çeşitli İnsanlık durumları İçin Tasarım”, *Dosya 4- TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi*, 2007, s. 10-11.

- Eşit kullanım (tasarımın farklı yeteneklerdeki insanlar için kullanışlı olması),
- Kullanımda esneklik (tasarımın çeşitli kişisel tercih ve yetenekleri barındırması),
- Basit ve içgüdüsel kullanım (tasarımın kullanımının, kullanıcının tecrübesinden, bilgisinden, dil yeteneğinden ve o anki konsantrasyon seviyesinden bağımsız olarak kolay anlaşılır olması),
- Algılanabilir bilgi (tasarımın çevresel koşullara ve kullanıcının duyu-sal yeteneklerine bağlı olmadan, gerekli bilgiyi kullanıcıya etkin olarak iletebilmesi),
- Hatalara dayanım (tasarımın kaza ya da istemdişi hareketlerin kötü sonuçlarını en aza indirebilmesi),
- Düşük fiziksel çaba (tasarımın en az yoromla etkin ve rahat olarak kullanılması),
- Yaklaşım ve kullanım için yer ve boyut (kullanıcının bedensel boyutu, duruşu ve hareket yeteneğinden bağımsız olarak yaklaşım, uzanım, çalıştırma ve kullanım için uygun boyut ve yer sağlanması)

Balgat ek binasının bu ilkeleri karşılamakta zorlandığı açıktır.

Binada her biri 13 kişilik dört asansör vardır, bu asansörlerin biri hakimlere ve savcılara, biri de avukatlara tahsis edilmiş durumdadır. 13 katlı binada vatandaşlar gitmeleri gereken yere ulaşmak için kalan iki asansörü beklemek ya da dar merdivenlerden yürümek/yukarı çıkmak zorundadır. Bu da kullanıcılara adalete erişimin zorlu bir süreç olduğuna dair bir mesaj iletir. Aynı zamanda adalete erişim mekanizmalarındaki aksaklıkların fiziksel ve mekansal ifadesidir. Adli süreçlerden sonuç almak fiziksel ve manevi olarak yorucudur.



Fotoğraf 6: Balgat Adliyesi'nde bir koridor.

Katlar karmaşık bir düzendedir. Genellikle bir sorun sebebiyle adliyeye gelmiş olan kişi için mekanın karmaşıklaşması, sorunun çözümünü de karmaşıklaştırmaktadır. Koridorlarda sıralı ve kapalı kapılar, bu odalarda çalışan hakim, savcı ve adliye personelinin bulunamaz ve erişilemez olduğunu gösterir ve adalet mekanizmalarında bilinmezliği vurgular.

Duruşma salonları oldukça küçüktür ve duruşma salonu içinde ya da dışında bekleyecek, oturacak bir yer mevcut değildir. Duruşma salonlarının fiziksel yapısı yargılamanın aleniyeti ilkesinin hayata geçişini de engellemektedir. Aleniyet ilkesi mahkemelerin denetimini sağlamaya yönelik bir işleve de sahiptir. Gizli yargılamaların yaratabileceği sakıncaları bertaraf eder,

yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak amacıyla benimsenmiştir.^[84] Dolayısıyla aleniyet, sadece tarafların değil, kamuoyunun yargıya olan güvenini de artıran bir ilkedir. Ancak Balgat adliyesinin fiziksel koşulların aleniyete müsaade etmediği görülür. Ayrıca bu küçük ve dağınık mekanlar önemsizliği, labirent şeklinde koridorlar hukuk sisteminde kaybolmayı yananamlar. Usul işlemlerindeki karmaşıklıklar, hukuk profesyonellerine özgü dilin bilinemezliği yanında mekan da önemsizliği pekiştirir ve insanlar yollarını bulmakta güçlük çekerler.

Genel olarak Ankara'da adliyelerin parçalı yapısı önemli bir sorundur. Adliye binalarına erişimin parasal ve zamansal maliyeti, vatandaşlar açısından, adalete erişimin önemli unsurlarından biridir. Adliyede herhangi bir işi olanlar açısından Balgat adliyesinin yeri, kolay ulaşım sağlanabilecek bir yerde değildir. İşyerlerinin ve hanelerin dağılımı düşünüldüğünde, adliyeye gitmek için en az iki toplu taşıma aracı kullanmak zorunludur. Binanın yerine dair seçim, adalet hizmetlerine erişim için para ve zaman harcanması gerektiği algısını pekiştirir. Uygulamaya bakıldığında da hukuksal işler zaten maliyeti yüksek ve zaman alan işlerdir.

Adliyeye gelen vatandaşın ilgili birime ulaşmasını kolaylaştıracak bir yapının eksikliği hissedilmektedir. Yine kafeterya, temiz tuvalet, bebek bakım odası gibi sosyal alanların eksikliği göze çarpmaktadır. Özel gereksinimli bireylerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik imkanlar yoktur. Bu da aslında adalet beklentisinde olan insanların bu süreçte bazı temel ihtiyaçlarını gideremeyecekleri anlamına gelir ve insanlar bu yolla da süreçten dışlanırlar.

Adalete erişim sürecinden hukuk dilinin karmaşıklığı, hukuksal bilgiye erişmedeki yetersizlikler nedeniyle dışlanan vatandaşlar, mekansal olarak da bu dışlanmayı hissederler. Bu dışlanma durumu sadece vatandaşlara özgü değildir. Avukatlar da, çeşitli sebeplerle bu sürecin dışında kalırlar. Örneğin Ankara adliyesinin yedi farklı binada hizmet vermesi nedeniyle, farklı mahkemelerde duruşmaları olan avukatlar oldukça şikayetçidir. Bu sadece avukatlar için değil, vatandaşlar açısından da sorundur. Ankara Barosu, avukatlar açısından bu sorunu sürekli gündeme getirmiş, konuyla ilgili basın açıklamaları yapmış ve avukatlar birçok kez durumu protesto etmiştir. Bir yandan adliyeler avukatların çalışma mekanlarıdır. Adliye olarak

[84] Nesibe Kurt Konca, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 2 (05 Ağustos 2016): 67.

tasarlanmamış ama adliye ‘oldurulan’ binalarda, avukatlar, mekanı bir çalışma alanı olarak kullanamamaktadır. Adliye olarak kullanılan bina, avukatların çalışma alanı olarak tasarlanmamıştır. Örneğin küçük odalardan ibaret mahkeme kalemlerinde dosya incelemek için yer yoktur. Aslında bu da mekan vasıtasıyla avukatın dosya inceleme hakkının sınırlandırılmasıdır. Ankara Barosu, yeni bir adliye için bir öneri belgesi oluşturmuştur. Bu belgede yeni yapılacak adliyenin nasıl olması gerektiğine dair tespitler, esasen ihtiyaçların ifadesidir. Her şeyden önce yeni bir adliyenin yapımına, tüm muhatapların katılımı önemsenmelidir. Örneğin Balgat Adliyesinin seçiminde hangi kriterlerin kullanıldığına dair yazılı soru önergesinin cevabında “asliye ticaret ve iş mahkemelerinin taşınması için bu binanın seçilmesinin özel bir nedeni yoktur” denmiştir. Adli hizmetlere özgülenmeksizin hizmete giren bir binanın, yargı sisteminin en önemli unsurlarından biri olan avukatların ihtiyaçlarını karşılayamayacağı açıktır. Mekanın kullanımıyla verilen mesaj, avukatların bu süreçte yerleri olmadığı yönündedir. Hukuk uygulamasına bakıldığında, avukatlar yargı mekanizmasında savunmayı temsil etmelerine rağmen soruşturmalar, yetkilerin kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması, hakim ve savcılardan daha alt bir statüye mahkum edilmeleri gibi usul ve pratiklerle süreçten dışlanırlar ve yok sayılmak istenirler.

Balgat Adliyesini hakim, savcı ve adliye personelinin gözünden değerlendiren bir çalışma henüz yok. Adliyede ferah, gün ışığından faydalanılabilen yer sayısının azlığı, zayıf havalandırma, yazın sıcak, kışın soğuk havanın dengelenememesi, mahkeme kalemi olarak kullanılan odaların küçüklüğü, adliye personelinin iş hacmine göre yetersiz alanlar, binanın bulunduğu muhitin adliye personelinin dinlenmesi ve ihtiyaçlarını gidermesi için uygun olmaması gibi sorunlar göze çarpıyor. Tek belirleyici olmamakla birlikte, fiziksel mekan, mahkemelerin görünümünü, personelin davranışını ve yargılama sürecinin tonunu belirleyeceğinden, hizmet alanların bundan etkilenmesi de beklenir.^[85]

[85] Mustafa Tören Yücel, *Türkiye’de Yargının Etkinliği* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2008), s. 23.

SONUÇ YERİNE

Adliyelerin adaletin mülkün temeli olduğunu tüm cismani varlıkları ve manevi mesajlarıyla bize hatırlattıkları günler geride kalıyor. Eskinin iktidar, adalet ve güç sembolü büyük adliye sarayları yerini, dağınık, parçalanmış, kiralık, sıradan, rezidanstan bozma binalara, “adalet saraylarına” bırakıyor. Bu yeni model adliyelerin adalet hizmetlerinin muhataplarına vaatlerini açığa çıkarmak ve mevcut hukuk uygulamasına dair çeşitli ipuçlarını adliye mekanlarında bulmak mümkündür.

Mekan ve hukuk ilişkisi bağlamında, adliyeler, modern hukukun çeşitli varsayımlarına dair mesajların iletildiği yerler olmuşlardır. Ankara adliyeleri tarihine bakıldığında da, mimari açıdan mekanlar ile kamusalığa dair yeni bir anlayışın, yeni devlet fikrinin inşası için en azından çabaladığı görülecektir. Hukukun eşitlik, evrensellik, tarafsızlık gibi iddialarının sorgulandığı, bir yandan da bu ilkelerin kitleleri ikna etmesine gerek duyulmadığı, uygulamada farklılıklar olsa da refah politikalarının tasfiyesi sürecinde epey yol alındığı, hukuk alanında özelleştirme ve deregülasyonun hakim olmaya başladığı bir zamanda, hukuksal işler için kullanılan adliye mekanlarının söylecekleri vardır.

Mekanların yananamları bakımından Ankara ilindeki Balgat Adliyesini ele aldığımızda, binanın kentteki konumunun, bina girişinin, iç tasarımının, kullanım alanlarının hem vatandaşlar hem avukatlar açısından deneyimi, hukuk uygulamasını yansıtır. Anlaşılmaz hukuk dili, karmaşık usul işlemleri, hukuk alanında oyunun kurallarına dahil olamamak gibi sebeplerle süreçten dışlanan insanlara, binaya erişim, binanın yetersiz olanakları, tasarımın karmaşıklığı sonucu iş görmenin zorluğu mekanda sürekli olarak vurgulanmaktadır. Küçük ya da önemsiz hissettirilen işlerin sahibi olarak vatandaşlar için adalet, ulaşılması zor, kapalı kapılar ardından cereyan eden ve sürekli bir belirsizliğin hakim olduğu bir olgu olarak mekanda deneyimlenmektedir. Yargı alanınının çeşitli yollarla dışlanan avukatlar da, adliyenin kendilerine ait bir çalışma mekanı olması için gereken unsurlardan yoksun olmaları, parçalı adliye yapısı gibi sebeplerle, adliye mekanında yok sayılırlar. Mekanın tasarımı ve kısıtlılıkları sebebiyle adliye, adalet fikrini oluşturan unsurlardan biri haline gelmiştir.

Dünya ve toplumlar hızla değişirken yasal düzenlemeler bu değişimi genellikle geriden takip eden bir alan olarak görülür. Hukuktaki her belirgin

yenilik, çoğunlukla bir dönemin kapanışını simgeler. Öte yandan değişim sürecinde çeşitli eğilimlerin etkisinin arttığını görebiliriz. Yasa değişikliklerinden, yorum farklılaşmasından, sözcüklerin değişmesinden dünyadaki değişimin hukukta nasıl bir etki yarattığını izleyebiliriz. Mekan da içiyle ve dışıyla, kısıtlılıklarıyla bu etkinin izlenebildiği, hukuka dair belirli bir düşüncenin dışı vurduğu bir yerdir.

KAYNAKÇA

Akman, Şefik Taylan. *Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*. Ankara: İmge Kitabevi, 2016.

Akyüz, Sevil İnci, ve Ahmet Erdem Akyüz. “Zamanda Yolculuk–Ankara Adliye Binaları”. *Ankara Barosu Dergisi* 68, sy 2010/4 (2010): 261-63.

Alsaç, Üstün. “Türk Mimarlık Düşüncesinin Cumhuriyet Devrindeki Evrimi”. *Mimarlık*, sy 11-12 (Kasım-Aralık 1973): 12-25.

“Adliye Sarayı”, 1926, Koç University Suna Kıraç Digital Library, ID No: 0135, <http://cdm21054.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/FKA/id/205>, E.T. 30/06/2019

Akal, Cemal Bali. *Hukuk Nedir?* Ankara: Dost Yayınları, 2017.

“Ankara Adliye Sarayı Proje Yarışması”. *Mimarlık*, sy 3 (Mart 1974): 16-21.

“Ankara Mimarlık Rehberi 2002”. Ankara: Türk Serbest Mimarlar Müşavirler Derneği, 2002.

Aslanoğlu, İnci. *Erken Dönem Cumhuriyet Mimarlığı (1923-1938)*. Ankara: ODTÜ Mimarlık Fakültesi Basım İşliği, 1980.

Batuman, Bülent. “Okul Cephelelerinden “Cumhurbaşkanlığı Sarayı”na: Mimari Temsil Olarak Osmanlı-Selçuklu ve Ulusun Millet Olarak (Yeniden) İnşası”. *Arredamento Mimarlık*, 2014.

Branco, Patrícia. “Questioning the Connection Between Access to Law and Justice and Courthouse Architecture”. *Oficina do CES*. Portekiz: Centre for Social Studies, University of Coimbra, Eylül 2010.

Brigham, John. *Materail Law- A Jurisprudence of What's Real*. Philadelphia: Temple University Press, 2009.

Clarkson, Carrol. *Drawing the Line- Towards an Aesthetics of Transnational Justice*. New York: Fordham University Press, 2014.

Cotterrell, Roger. *Hukukbilimin Politikası- Hukuk Felsefesine Eleştirel bir Giriş*. Çeviren Saim Üye. İstanbul: Pinhan, 2018.

Cover, Robert M. “Foreword: Nomos and Narrative”. *Harvard Law Review* 97 (1984 1983): 4.

Demirkan, Halime. “Mekânlarda Erişilebilirlik, Kullanılabilirlik ve Yaşanabilirlik”. *Dosya 36- TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi*, 2015.

Eco, Umberto. *Mimarlık Göstergebilimi*. Çeviren Fatma Erkman Akerson. İstanbul: Daimon, 2019.

Edgeworth, Brendan. *Law, Modernity and Postmodernity*. Ashgate, 2003.

Eldem, Sedat Hakkı. “Millî Mimari Meselesi”. *Arkitekt*, sy 9-10 (1939): 220-23.

Elveriş, İdil. “Adalet Hizmeti? İstanbul Adliyelerinde Gözlemler”. İçinde *Adalet Gözet: Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme*, editör Seda Kalem, 71-104. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Ergut, Elvan Altan. “Cumhuriyet Dönemi Mimarlığı: Tanımlar, Sınırlar, Olanaklar”. *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 7, sy 13 (2009): 121-30.

Family Court of Australia. *Court User Satisfaction Survey*. Federal Circuit Court of Australia, 2015.

Gregotti, Vittorio. *Mimarlık Üzerine 17 Mektup*. Çeviren Alp Tümertekin. İstanbul: Janus, 2016.

Hatipoğlu Aydın, Duygu. *Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Işık, Oğuz. “Değişen toplum/mekan kavrayışları: Mekanın politikleşmesi, politikanın mekansallaşması”. *Toplum ve Bilim Dergisi*, sy 64-65 (1994): 7-38.

Jeffrey, Alex. “Legal Geography 1: Court Materiality”. *Progress in Human Geography*, 2017, 1-9. <https://doi.org/10.1177/0309132517747746>.

Kayhan, Fahrettin. “Yargısal Mekan Politikalarının Yargı İşlevine Etkileri”, 4:309-318. Ankara: Ankara Barosu, 2006.

Kurt Konca, Nesibe. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 2 (05 Ağustos 2016): 65-96.

Lefebvre, Henri. *Mekanın Üretimi*. Çeviren Işık Ergüden. İstanbul: Sel Yayıncılık, 2014.

Merry, Sally Engle. *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

Mohr, Richard. “In Between: Power and Procedure Where the Court Meets the Public Sphere”. *The Journal of Social Change and Critical Inquiry*, sy 1 (1999). https://www.academia.edu/1004516/In_Between_Power_and_Procedure_Where_the_Court_Meets_the_Public_Sphere.

Monnier, Gerard. *Mimarlık Tarihi*. Çeviren İsmail Yerguz. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013.

Mulcahy, Linda. “Architects of Justice: The Politics of Courtroom Design”. *Social & Legal Studies* 16, sy 3 (2007): 383-403.

———. *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*. Routledge, 2010.

Olguntürk, Nilgün. “Evrensel Tasarım: Tüm Yaşlar, Farklı Yetenekler ve Çeşitli İnsanlık durumlar İçin Tasarım”. *Dosya 4- TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi*, 2007.

Ödekan, Ayla. “Mimarlık ve Sanat Tarihi (1908-1980)”. *Çağdaş Türkiye 1908-1980* içinde, 5. baskı, 505-90. Türkiye Tarihi 4. İstanbul: Cem Yayınevi, 1997.

Pencak, William, ve Anne Wagner. *Images in Law*. Routledge, 2016.

Psarra, Sophia. *Architecture and Narrative-The Structure of Space and Cultural Meaning in Buildings*. New York: Routledge, 2009.

Sayar, Zeki. “Kiracı Devlet Müesseseleri”. *Arkitekt*, sy 1 (1938): 30.

Shapiro, Martin M. *Courts-A Comparative and Political Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

Spaulding, Norman. “The Enclosure of Justice: Courthouse Architecture, Due Process, and the Dead Metaphor of Trial”. *Yale Journal of Law & the Humanities* 24, sy 1 (08 Mayıs 2013). <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol24/iss1/16>.

Tekeli, Doğan. “Cumhuriyetin Binaları”. *Türkiye Mühendislik Haberleri*, 2006.

Topçubaşı, Lütfi. “Milano Adalet Sarayı”. *Arkitekt*, sy 193-194 (1948): 21-32.

Tschumi, Bernard. *Mimarlık ve Kopma*. Çeviren Alp Tümertekin. İstanbul: Janus Yayıncılık, 2018.

Uludağ, Alican. “Kiralık Adalet”. *Cumhuriyet Gazetesi*, 05 Ağustos 2017. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/796498/Kiralik_adalet.html#. (E.T. 28.06.2019)

Uzun, Ertuğrul. *Hukuk Göstergebilimi*. İstanbul: Nora Kitap, 2017.

Yavuz, Yıldırım. “Cumhuriyet Dönemi Ankara’sında Mimari Biçim Endişesi”. *Mimarlık*, sy 11-12 (Kasım-Aralık 1973): 26-44.

“Yazılı soru önergesi cevabı”. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, 15 Aralık 2016. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/7/7-2024sgc.pdf>.

Yücel, Mustafa Tören. *Türkiye’de Yargının Etkinliği*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2008.

FOTOĞRAFLAR

1. United States Supreme Court Building, https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Supreme_Court_Building#/media/

2. Ankara Adliye Sarayı, 1926, <http://cdm21054.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/FKA/id/205>

3. Ankara Adliye Sarayı, Sıhhiye.

4. Ankara Adliyesi Balgat Ek Binası. (Fotoğraf yazar tarafından çekilmiştir.)

5. Ankara Adliyesi Balgat Ek Bina Giriş kapısı. (Fotoğraf yazar tarafından çekilmiştir.)

6. Balgat Adliyesi’nde bir koridor. (Fotoğraf yazar tarafından çekilmiştir.)

Makaleler

Articles

ÖZEL OLAN POLİTİKTİR:
MEDENİ KANUNUN “SÜRESİZ NAFKA”
DÜZENLEMESİ İKİNCİ DALGA FEMİNİZMİN
ANTI-LİBERAL BİR MİRASI MI,
YOKSA HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN
ASGARİ ÖLÇÜDE BİR TEZAHÜRÜ MÜ?

Hilal YURT*

Özel hukukta hakim olan düşünceye göre, evlilik müessesesi hukuki niteliği itibarıyla, taraflarının, objektif olarak düzenlenmiş olan bir statüye girmeyi kabul ettikleri birer aile hukuku sözleşmesidir.

Evlilik statüsünün kurulması prosedürleri başta olmak üzere; resmi otoriteler tarafından tarafların sözleşmeye yönelik iradelerinin açıklanması gerekliliği, evliliğin şekli olarak bir merasime bağlı oluşu gibi, kanunun evlilik statüsü için öngördüğü şartların yerine getirilmesi gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda; birçok sözleşme türünün aksine evlilik söz konusu olduğunda; tarafların ilişkilerini ve akitlerini diledikleri gibi düzenlemekte serbest olmadıklarından söz etmek mümkündür. Tıpkı evliliğin kuruluşu gibi evliliğin sona erme halleri de, koşulları ve sonuçları ayrıntılı olarak Medeni Kanun'da düzenlenmiştir.

* Avukat / Ankara Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğrencisi.

Bugün güncel tartışmalara konu olan, popülist söylem itibariyle "süresiz nafaka" olarak bilinen düzenleme ise, yine Medeni Kanun'un evlenmenin sona erme hallerinden olan boşanmaya ilişkin öngördüğü neticelerden biridir. "Süresiz nafaka" olarak bilinen; "yoksulluk nafakası"na ilişkin yürütülen tartışmalar; söz konusu düzenlemenin evliliğinin tarafı olan erkek bireylerin mülkiyet hakkının, kadın bireylere yapılan maksadını aşan pozitif ayrımcılık neticesinde ihlal edilmesine yol açtığı ve bu yolla erkekleri, kadınların mali sömürüsüne maruz bıraktığı yönündedir.

"Süresiz nafaka" konusunda ileri sürülen söz konusu iddiaların hukuka uygun herhangi bir mesnet taşıyıp taşımadığı hususunda değerlendirme yapabilmek için, öncelikle kanun koyucunun düzenlemelerine dayanak olan sosyolojik verileri okumak ve hukuk ile sosyoloji arasında disiplinler arası bir metot takip etmek faydalı olacaktır. Bu nedenle; söz konusu düzenlemeye ilişkin kanun koyucunun gözetmiş olduğu ilkelerin sosyolojik okumasından önce söz konusu kanun maddesinin tam olarak neyi ihtiva ettiği ve ne anlama geldiğini dile getirmek gerekmektedir.

Zira; "süresiz nafaka"ya ilişkin düzenlemelerin bir takım hak ihlallerine neden olduğuna ilişkin yukarıda anılan iddiaların; hak ihlaline maruz kalan bireylerin erkek cinsinden ibaret olduğuna ilişkin verili bir varsayımı vurguladığı göz önünde bulundurulduğunda; söz konusu hak ihlali iddialarının büyük ölçüde mizojinist, ataerkil ve konformist çevreler tarafından dile getirildiğini tahmin etmek zor olmayacaktır. Dolayısıyla öncelikli olarak, söz konusu düzenlemelerin cinsiyetlere yönelik yaptırımları ihtiva eden içerikleri haiz olduğu yanılgısının popüler söylemdeki hakimiyetinin gerçeği yansıtmadığını belirtmek gerekmektedir.

Nitekim 8 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesinde aynen;

Yoksulluk nafakası

Madde 175- Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. denilmektedir.

Söz konusu düzenlemede açıkça; evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesi halinde; yoksulluğa düşen tarafın daha ağır kusuru olmaması koşuluyla diğer taraftan; hakimin tarafların mali durumuna göre takdir edeceği miktarda; irat

yahut koşullarının oluşması halinde peşin olarak ödenecek şekilde geçimini sağlamak üzere “yoksulluk nafakası” isteyebileceği ifade edilmektedir. Kanun maddesinin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere; kanun koyucu eşler arasında yoksulluk nafakası talebi yönünden cinsiyet ayrımı yapmamaktadır. Ancak “süresiz nafaka” düzenlemesine ilişkin yukarıda anılan güncel tartışmalarda ileri sürülen hak ihlali iddialarının kanunun açık lafzına rağmen, neden “erkek eş/koca” öznesi endeksli olarak dile getirildiğini anlamak hiç de zor değildir. Bilakis bu iddiaların -medeni kanun lafzı ile- “koca” odaklı olarak şekillenmesi; kanun koyucunun söz konusu düzenlemeler ile gözettiği gayenin; düzenlemelere gerekçe olan sosyolojik nedenler bakımından ne kadar isabetli olduğunu adeta ortaya koyar niteliktedir. Şöyle ki:

Heteronormatif düzene göre cinsiyet terimi, kadın ya da erkek olmanın biyolojik yönünü ifade eder. Oysa erkek ve kadın olarak farklılığımız ve belirlenmemiz sosyo-kültürel bir olgudur. (Gündüz, 2018:7) Bu da toplumsal grupları dile getiren bir kategori olan aynı zamanda bu grupların mensuplarının psikolojik ve davranışsal özelliklerine göndermede bulunan toplumsal cinsiyet kavramı ile tanımlanmaktadır.

Joan Scott’a göre toplumsal cinsiyet, cinsler arası farklılıklara dayanan toplumsal ilişkilerin kurucu bir elementidir ve güç ilişkilerinin belirtilmesinin asli yoludur.

İnsanlık tarihinin toplumsal cinsiyet kategorilerine ilişkin en kadim ve yaygın iktidar modeli olan erkek egemen sistem yapısı; özel yaşamdan kamusal yaşama, tüm kurumlarda ve söylem biçimlerinde kadınlar üzerinde etkisini sürdürmektedir. Bu düzende baskı ve denetim mekanizmasının en somut gerçekleştiği yer kadının bedenidir. Beden din, yasalar, ahlak kuralları üzerinden tahakküm altına alınır, nesneleştirilir. (Gündüz, 2018:7)

Söz konusu iktidar ilişkisinin temelini oluşturan, kültürel ve moral ön kabul ve varsayımlar Berkta’y göre genel olarak şöyledir:

“Kadınlar ve erkekler, yalnızca biyolojik olarak değil, ihtiyaçları, yetenekleri ve işlevler bakımından da farklıdırlar. Ayrıca, kadınlar ile erkekler arasında, nasıl yaratıldıkları ve Tanrı’nın onlara verdiği toplumsal işlevler açısından da fark vardır. Erkekler ‘doğal olarak’ daha güçlü ve akılcıdırlar, dolayısıyla egemen olmak ve hükmetmek için yaratılmışlardır. Buradan, erkeklerin siyasal olanı, devlet temsil etmeye daha elverişli oldukları sonucuna varılır. Kadınlar ise ‘doğal olarak’ daha zayıf, akıl ve rasyonel

yetenekler açısından daha aşağı, duygusal bakımdan dengesizdirler, bu da onları güvenilirmez ve siyasi katılım açısından elverişsiz kılar. Dolayısıyla, siyasal/kamusal alanın dışında kalmaları gerekir. Erkekler rasyonel zihinsel yetenekleriyle dünyayı yorumlarlar ve düzene sokarlar. Kadınlar, çocuk doğurma ve yetiştirme yetenekleri dolayısıyla günlük yaşamın türün yeniden üretilmesi işlevini üstlenirler. Her iki tür işlev de önemli kabul edilmekle birlikte, erkeklerin işlevinin daha üstün olduğu varsayılır. Başka bir deyişle, erkekler "aşkın" (transcendent) etkinliklerle, kadınlar da – alt sınıfların her iki cinsten mensupları gibi- "içkin" (immanent) etkinliklerle uğraşırlar. Aynı şeyi farklı biçimde ifade edecek olursak, erkekler ölümsüz kültürel ürünler yaratırken, kadınlar ölümlü bedenler yaratmakla daha „aşağı“ bir iş yapmış olurlar! Erkekler, insanlar ile Tanrı arasındaki dolayımı kuran öznelerdir; kadınlar, Tanrı'ya erkekler dolayımıyla ulaşırlar“ (Berktaş, 1996: 26).

Bütün bu varsayımlar dini, kültürel, moral atıfları itibariyle kolektif ve kutsal bir nitelik kazanarak değişmez kabul edilir ve elbette ki ardından yasalara dâhil edilir.

Toplumsal yaşamın en mahrem alanlarından en kamusal alanlarına kadar sirayet eden bu sosyo-kültürel kategorizasyona yönelik ilk mücadele hareketi, 18. yüzyılın sonları ile 19. yüzyılın başından itibaren yeşermeye başlayan feminizmin birinci dalgası olarak adlandırılan siyasi bir hareket niteliğindeki kadınların oy hakkı mücadelesidir.

1970'li yıllarda gelişen ikinci dalga feminizm ise birinci dalga feminist hareket gibi sadece siyasi alanda eşitlik talebine değil, patriyarkal bir sistemde bu eşitliğin olanaksızlığına dayanır. (Fougeyrollas-Schwebel, 2009:171). 70'li yıllar feminizminin ayırt edici özelliği, "biyoloji kaderdir" anlayışına meydan okumaktadır. Dönemin öncü isimlerinden Simone de Beauvoir; kadın olmanın daha çok toplumsal öğretilerle belirlendiğini "kadın doğulmaz kadın olunur" cümlesiyle ifade ederek, cinsiyetler arasındaki ilişkinin eşitsizliğini tüm yönleriyle vurgulamış ve bunun "doğal" olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre, tahakküm ilişkisi her toplumun ve her dönemin tarihinde vardır ve kültürel olarak kurulmuştur. (Gündüz, 2018:7)

İkinci dalga feminizm ise erkeklere kadınlar adına konuşma hakkını tanımayan, erkeklerin olmadığı bağımsız kadın grupları anlayışı ve "özel olan politiktedir" önermesini ortaya çıkararak; kaynakların, hakların ve gücün

paylaşıldığı, bu ilişkilerin oluştuğu ve değiştiği mecra olan politika alanını dönüştürmeyi öngörmüştür.

İkinci dalga feminizme göre siyasi pratikler, söylemler ve bu pratik ve söylemlerle şekillenen yasalar, toplumda kadın ve erkek rollerinin tanımlanmasında ve toplumsal cinsiyet ilişkilerinin alacağı biçimde oldukça etkilidir.

Kişisel olan politiktir önermesi, aile ilişkiler ve kadının ev içi emeği gibi kişisel ve özel alana ilişkin gibi görülen alanların da güç mücadelesinden ve hiyerarşik ilişkilerden bağımsız olmadığının altını çizer. Dolayısıyla, eğer evde, ailede, aşk ilişkisinde, evlilikte güç varsa, iktidar varsa, hiyerarşik ilişkiler ve eşitsiz bölüşüm varsa, o zaman siyaset vardır; aile politiktir, evlilik politiktir, aşk politiktir. (*Gündüz, 2018:7*)

Böylelikle feministler, kişisel ya da mahrem sayılan, politikanın dışında görülen, özel alana ilişkin olduğu düşünülen alanların ve ilişkilerin de siyasetin ve kamusal tartışmanın bir parçası olması gerektiğini savunarak; bugün pozitif hukukta ve uluslararası sözleşmelere konu olan birçok düzenlemenin sosyolojik ve felsefi temellerinin atılmasına vesile olmuşlardır.

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen “yoksulluk nafakası” düzenlemesinin de; muhtelif “politik” gerekçelerinin olduğu aşıkardır.

Nitekim aile içindeki iktidar ilişkileri de, aile içinde kurulan toplumsal cinsiyet rollerinin biçimlenişi üzerinden inşa edilmektedir.

Yaşadığımız coğrafyada da hakim olan aile müessesinin şekillendirdiği paradigmaya denk düşen “anne/kadın eş” rolünde kadınlar; ev işi adı altındaki parasal karşılığı olmayan görünmeyen emeği gönüllü olarak, üstelik evin dışında ücretli bir işte çalışsalar dahi üstlenmektedirler. Ev emeği aile içinde görünmezdir, emek ve üretim olarak adlandırılmaz. Toplumun kadın eşe yüklemiş olduğu fedakar, cefakar, altruist; yaşamını aile hayatına, ailesinin ihtiyaçlarına vakfetmiş, günlük rutini tümüyle çocukları başta olmak üzere ailesinin ve eşinin günlük ihtiyaçlarını karşılamaktan ibaret olan eş rolünün karşılığında; erkek eşe yüklemiş olduğu sorumluluk ise; aileyi sosyal yaşamın içinde temsil etmek, ailenin ekonomik varlığını sürdürmekten ibarettir.

Ne yazık ki; toplumun geneli için bahsedilen aile profilinin dışında bir iktidar ilişkisinden bahsedilmek pek mümkün değildir.

Bu haliyle evlilik kurumu içindeki sorumluluklar ve yükümlülükler, evlilik birliğinden doğacak olan yahut doğması beklenen menfaatin dağılımında da önem arz etmelidir.

Zira evlilik; geleneksel görünümü ve yaygın uygulaması haliyle; sosyo-ekonomik vaat ve menfaatleri içeren, sosyo-ekonomik bir aile hukuku sözleşmesidir.

Pozitif hukukun ise; toplum yapısının dinamiklerinden, toplumun gerçeklerinden bağımsız bir ideali yahut münhasır bir disiplini uygulaması beklenemez. Keza Yasa Koyucu'nun ilgili düzenlemeleri yaparken; Aile Hakimi'nin ise, aile birliğinin boşanma iradesiyle sona erdirilmesi talebini çözüme kavuşturmakta olduğu bir davada karar verirken, aile kurumunu meydana getiren sosyolojik koşulları da göz önünde bulundurması gerektiği tartışmasıdır.

Bu itibarla; evlilik müessesesi içinde şayet; aile dışındaki sosyal yaşamda kendi ekonomik varlığını inşa eden, kendini gerçekleştiren, dinamik ve değişken sosyal hayatın getirilerine açık olan, hayatın akışı içerisinde kendini sürekli geliştirme fırsatına sahip olan, sosyal ödüllere açık olan erkek eş; bu sosyal tecrübeleri rahatlıkla yaşayabilmesine imkan tanıyan, aile düzenindeki istikrarı, temizlik, yemek gibi zaruri ihtiyaçların düzenli olarak karşılanmasını, istikrarlı bir güven ortamının sağladığı huzur gibi konforlu etmenlerini kadın eşin aile hayatı içindeki "görünmeyen emeği" karşılığında temin ediyorsa—ki yaygın sosyal yapı bu durumdadır—; evlilik adı altındaki sosyo-ekonomik sözleşme kapsamında; erkek eşin, kadın eşten sağladığı sosyo-ekonomik menfaat karşılığında sosyo-ekonomik bir takım borçlarının da olacağı her türlü izahtan varestedir.

Standart bir evlilik ilişkisinde; kadın birey kendi yaşamını ve günlük rutinin tamamını aile fertlerinin ortak zaruri ihtiyaçlarının giderilmesine adanmakta; diğer aile fertleri ise bu konfor düzenin de üstünde bir sosyal yaşama açılarak hem ekonomik hem sosyal kazançları deneyimleyebilmektedirler. Elbette ki, taraflar evlilik hayatları içerisinde ne denli özveride bulunacaklarını kendileri takdir edebilme hürriyetine sahiptirler. Ancak geleneksel öğretilerin baskınlığı karşısında direnç gösteren evlilik ilişkilerinin istisna olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.

Bu itibarla; evlilik kurumunun yaşam boyunca sosyo-ekonomik birlikte-lik vaadini içeren bir sözleşme olduğu gözetildiğinde; bu birlikteliğin sona

ermesine kendi kusuru ile sebebiyet verenin; diğer eşin sosyal fedakarlıkları karşısında türlü sosyo-ekonomik menfaatler sağlamış olması halinde diğer eşe yönelik ekonomik taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü olacağı; hukukun temel ilkeleri gereğince tartışmasıdır.

Keza bahsedilen gerekçeye dayanan nafaka müessesesinin süresiz olması yine hakkaniyet ilkesinin bir gereğidir. Söz gelimi bahsedildiği türden; kadının içkin, erkeğinse dışkın etkinliklerle uğraştığı bir evlilik kurumunun uzun yıllar sonra boşanma ile sona ermesi halinde; insan yaşamının sosyo-ekonomik varlık inşa etmeye müsait olan sınırlı yaş dilimini; aile kurumunun menfaatine vakfeden eşin; bu yaş dilimini geri getiremeyeceği ve diğer eşin bu süreçte kazanmış olduğu edinimlerin benzerini dahi yeniden kendi başına edinemeyeceği ve eşlerin kendi aralarındaki sosyo-ekonomik sözleşmeye ve kabule göre bir tarafın sosyo-ekonomik fedakarlığından faydalanarak diğerinin inşa ettiği sosyo-ekonomik varlıktan, fedakarlık gösterinin boşanma halinde mahrum kalacağı açıktır.

Pozitif hukukun, kanun düzenin ve hukuk devletinin görevi ise toplumun sosyolojik gerçeklerini gözeterek, ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte adalete duyusunun tatminini sağlamak olduğundan; yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen muhtemel haksızlıkların önüne geçmek adına “süresiz nafaka” düzenlemesinin uygulanmasında iddia edildiğinin aksine hakkaniyete aykırı bir durumun bulunmadığı görünmektedir.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki; “süresiz nafaka” boşanmanın mutlak bir sonucu olmayıp, Aile Hakimi'nin somut durumun koşullarına göre takdir edeceği bir neticedir. Yukarıda izah etmeye çalışmış olduğum sosyolojik nedenlerle; “süresiz nafaka” kurumu; kusurlu ve ekonomik gelirli olan eşin mülkiyet hakkının karşısında; diğer eşin, yaşam boyu süreceği inancıyla evlilik birlikteliğine güvenerek muhtelif sosyo-ekonomik fedakarlıklarda bulunmuş olması neticesinde “kendini gerçekleştirememesi” ve kendini gerçekleştirilebileceği yaşam dönemini çoktan evlilik birliği içinde harcamış olmasının doğurmuş olduğu kişisel hak mahrumiyeti bulunduğu; hakların çatışması durumunun ortaya çıktığı, ölçülülük, denge ve orantılılık ilkeleri gözetildiğinde ise hakkaniyet gereği yoksul kalan eşin ekonomik menfaatinin öncelenmesi gerektiği açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; evlilik yetişkinler arasında, sosyal sorumluluklarını idrak edebilecek kişiler arasında meydana gelmektedir -yahut

öyle olması beklenmektedir-. Şüphesiz ki, evlenen çiftlerin tamamı bu birlikteliklerinin yaşam boyu devam edeceği temennisi ve beklentisi ile evlenmektedirler. Evlilik birlikteliği içinde paylaşılan karı-koca rolleri ve bunların üstlendikleri sorumlulukların yaşam boyu süreceği inancıyla tesis edilen aile hukuku sözleşmesi kapsamında eşlerin birbirleri üzerinde bu beklenti nedeniyle yapmış oldukları edimler karşısında bir takım hak ve beklentilerinin mevcut olması ise özel hukuk prensiplerinin ve sosyal yaşamın bir gereğidir.

Özel olan her şey belki politik olmayabilir; ancak pozitif hukuk toplumun adalet ihtiyacına cevap vermek mecburiyetindedir.

KAYNAKÇA

Sayılıgil Gündüz, Feryal Delfin, (2018), Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları, İstanbul Üniversitesi.

Berktaş, F. (2000). Tektanrılı Dinler karşısında Kadın-Hristiyanlıkta ve İslamiyette Kadının Statüsüne Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım, 2. bs., İstanbul: Metis Yayınları.

Fougeyrollas-Schwebel, Dominique, (2009), “ Movimentos feministas”. In: HIRATA, Helena & outras, Dicionário crítico do feminismo. SP: Editora UNESP.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 7. MADDESİNE DAİR BİR İNCELEME

Kadir Can ÖZEL*

GİRİŞ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)^[1], ceza hukukunun evrensel kabul görmüş ilkelerindendir. Bu ilke,

* Arş. Gör. / Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi; ORCID ID: 0000-0002-0223-0382

[1] Hukuk devleti, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla yetinmemeli, aynı zamanda bireyi ceza hukukuna karşı da korumalıdır. Böylelikle “suç ve cezanın yasallığı ilkesi” ya da başka bir ifadeyle “kanunilik ilkesi” devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 43; Hukuki pozitivizmle yakından ilişkili olan kanunilik ilkesine göre, bir davranış ne kadar zararlı, ahlaksız, vicdanı rencide edici olursa olsun, fiilin işlenmesinden önce cezalandırılacağı konusunda açık bir pozitif hüküm yoksa fiil cezalandırılmayacaktır. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305; Ulusal hukuklardaki anlamıyla kanunilik ilkesi, suç ve cezaların yalnızca kanunla konulması ve usulüne uygun olarak ilan edilerek herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesini ifade etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM / ÖZBEK, s. 42; ŞEN, s. 36; Kanunilik ilkesi, kanunda gösterilmeyen bir fiilin suç oluşturulmasına, yalnızca kanunda gösterilen cezanın uygulanabilmesine hizmet etmektedir. Bu bakımdan, hakimlerin, fiilleri keyfiyete göre suç sayması ve cezalandırması sınırlandırılmış olmaktadır. Böylelikle keyfiyet önlenmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (İHEB) yerini almış ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de (AİHS) düzenlenmiştir.

Kanunilik ilkesi, esasen AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasında belirginleşmektedir. Bu ilkenin istisnası ise, 7. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş ve bu düzenlemeyle birlikte kanunilik ilkesinin aşılabilmesinin önu açılmıştır. Bu bakımdan, AİHS 7/1'in hukuki pozitivizmin^[2], 7/2'nin ise tabii (doğal) hukukun^[3] yansıması olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda, gerek kanunilik ilkesi gerekse diğer bazı özellikler bakımından AİHS m. 7'nin irdelenmesi amaçlanmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken, öncelikle AİHS m. 7'ye ilişkin genel bilgiler verilecek olup bu maddenin içinde geçen kalıplar / ifadeler üzerinde durulacaktır. Sonrasında AİHS m. 7'ye ilişkin öğretilerdeki kimi görüşlere değinilecek ve son olarak da AİHS m. 7'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bazı kararlarındaki görünümü ele alınacaktır.

Buna ek olarak, bireyler de hangi fiillerinin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına ve güvencesine kavuşurlar. Bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 61; Uluslararası ceza hukuku açısından kanunilik ilkesi, bir kişinin bir uluslararası suç işlediğinden bahisle ulusal ya da uluslararası mercilerde yargılanabilmesinin, fiilin suç teşkil ettiğinin uluslararası hukukta gerçek anlamda kural oluşturan asli kaynaklarda açıklanmış olmasına bağlılığıdır. Bkz. PAZARCI, 1997, s. 103-104.

- [2] Hukuki pozitivizm, yürürlükte olan mevzuata göre hareket eden, "olması gereken"i değil "olan"ı esas alan anlayıştır. Hukuki pozitivizm, belli bir yerde ve zamanda geçerli olan ve yazılı oluşturulan hukuk kurallarıdır. Bu anlayışa göre, insan hakları bu kurallar çerçevesinde şekillendirilmektedir. Bkz. TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 66; ÖĞÜTÇÜ, s. 576.
- [3] Tabii (doğal) hukuk öğretisine göre, her insanın akıl, mantık ve vicdan yoluyla ulaşabileceği, varlığının kabulü için hiçbir makamca tanınmasına gerek olmayan, her devir ve toplum için geçerli olan değişmez bazı haklar mevcuttur. Hukuki pozitivizmin aksine tabii hukuk, bir insan veya iradenin eseri değildir. Bu bakımdan, bu anlayışı savunanlara göre, tabii hukuk pozitif hukuktan ayrı ve üstündür. Devlet, kendi hukuk düzenini tabii hukukun ortaya koyduğu ilkelere uydurmak durumundadır. İlkeye göre, doğuştan ve insan olmanın bizatihi kendisi insan haklarının kaynağını oluşturmaktadır. Bkz. TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 64-65; Tabii hukuk öğretisi, insanların zihninde ve vicdanında yaşayan adalet duygusundan doğarak "olan" değil "olması gereken" üzerinde durmaktadır. Buna göre, tabii hukuk anlayışının ürünü olarak kabul edilen insan hakları, pozitif hukuk tanımamış olsa dahi insanın doğuştan / özden sahip olduğu ve insan olmaktan kaynaklanan haklarıdır. Bkz. ÖĞÜTÇÜ, s. 570.

I. AİHS'in 7. Maddesine Genel Bakış

İkinci Dünya Savaşı boyunca milyonlarca insan ölmüştür. Bu kanlı tabloyla sonlanan İkinci Dünya Savaşı'nın sonrasında, savaş sürerken gerçekleştirilen ölümlere neden olanların yargılanması ve cezalandırılması fikri ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, birbirine benzer nitelikte işleyen Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemelerde yapılan yargılamaları geçmişe etkili olarak meşrulaştırmak adına da 1945 yılından sonraki insan hakları belgelerine kimi özel hükümler konulmuştur^[4]. İnsan hakları belgelerine eklenen bu hükümlerin, savaşın galibi olan devletlerin etkisiyle eklendiği söylenebilir.

1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İHEB, bu konudaki ilk örneği oluşturmaktadır. Zira İHEB'in 11/2 hükmüne bakıldığında kanunilik ilkesinin düzenlendiği görülmektedir. Nitekim İHEB 11/2'ye göre, ***“Hiç kimse, işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez”***.

Benzer şekilde, 1950 yılında kabul edilen AİHS'in ***“Kanunsuz ceza olmaz”*** başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında İHEB'in 11/2 hükmü yinelenmiş^[5] ve pozitivist bir anlayışla kanunilik ilkesine tekrardan vurgu yapılmıştır. AİHS'in söz konusu 7/1 hükmüne göre, ***“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”***.

Ancak, AİHS'in 7. maddesinin 2. fıkrasına bakıldığında ise, bu hükmün tabii hukuk anlayışına göre kanunilik ilkesinin aşılmasına yönelik ve 7/1'e istisna getirmek adına oluşturulduğu görülmektedir. Nitekim AİHS 7/2'ye göre, ***“Bu madde işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”***.

[4] AYBAY, 2010, s. 138.

[5] AYBAY, 2010, s. 138.

AİHS 7/1'e 7/2'yle getirilen istisnaya, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar kategorisine giren fiiller için "geçmişe etkili" yargılamanın ve cezalandırmanın yolu açılmıştır. Öyle ki, AİHS'in hazırlık çalışmaları sırasında 7/2'nin amacının, İkinci Dünya Savaşı sonrasında koşullarında savaş suçlarını, vatan hainliği ve düşmanla işbirliği suçlarını işleyenleri cezalandırmak için çıkarılan kanunların m. 7'nin kapsamı dışında kalmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir^[6]. Böylelikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçları işledikleri iddiasıyla yargılanmış, cezalandırılmış olanların ve yakınlarının ceza kanunlarının geçmişe etkili uygulandığı gerekçesiyle AİHM'e başvurularının yolu kapatılmıştır^[7].

II. "Genel Hukuk İlkeleri" İfadesi

Öncelikle, AİHS 7/2'de geçen "*genel hukuk ilkeleri*" ifadesinin ne olduğu hususu üzerinde kısaca durmak yerinde gözükmektedir. Sur'a göre, genel hukuk ilkeleri (hukukun genel ilkeleri), müstakil bir kaynaktır ve bu yönüyle örf ile adetten ayrılır. Hukukun genel ilkeleri, doğrudan uluslararası hakim veya hakem tarafından saptanır. Bu ilkeler, tamamlayıcıdır ve uluslararası hukuk düzeninin boşluklarını doldurmaya yarar. Uluslararası yargı organları, öncelikle antlaşma ve örf ile adet kurallarını araştırıp burada bir kural bulamadığında genel hukuk ilkelerine dayanır. Böylelikle hakim kural yokluğu nedeniyle yargı işlevini yerine getirmekten kaçınmamış ve genel hukuk ilkelerini uygulamış olmaktadır^[8].

Pazarci'ya göre, hukukun genel ilkeleri, birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmasına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan ve devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallardır^[9]. Bu bağlamda, bazı önemli genel hukuk ilkeleri şunlardır: "Hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi", "Adaletten kaçınmanın yasaklanması", "Ayrım gözetmeme ilkesi", "Hakça ilkeler", "Kazanılmış haklar ilkesi"^[10].

[6] HARRIS / O'BOYLE / BATES / BUCKLEY, s. 339.

[7] AYBAY, 2010, s. 139.

[8] SUR, s. 85.

[9] PAZARCI, 2016, s. 260.

[10] PAZARCI, 2016, s. 270-279; SUR, s. 86-88.

Genel hukuk ilkelerinin uygulandığı bir dönem örneği olarak ise, Nürnberg ve Tokyo yargılamaları gösterilebilir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlularını yargılayan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nde, işlenen fiiller daha çok hukukun genel ilkelerine göre suç sayılmıştır. Söz konusu yargılamalarda, hukukun genel ilkelerini tanımlayan ve ilgili suçların cezalarını gösteren hükümler bulunmadığı için mahkemelerin ceza veremeyeceği itirazları kabul edilmemiştir. Bu sebeple, AİHS 7/2'den dolayı bu tür uygulamalar AİHS'e aykırı görülmektedir^[11].

III. “Uygar Uluslar”ın Adalet Anlayışı

AİHS 7/2'de yer alan “*uygar uluslar*”ın adalet anlayışı, Avrupa merkezietççi bir anlayış olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, öğretilerdeki bir görüşe göre, uygar ulusların, direnen halkların ve uygarlıkların yok edilmesine hizmet ettiği dile getirilmektedir^[12].

AİHS 7/2, kendini uygar uluslar şeklinde tanımlayan ulusların adalet anlayışını yansıtmaktadır. Böylece uygar uluslar, kendi adalet anlayışlarına göre uluslararası alanda anti-sosyallik oluşturabilmiştir. Bu anlamda, uygar uluslar, ulusal hukuk çerçevesinde kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmayan fiilleri, kendi adalet anlayışlarına karşıt olması durumuna özgü olarak illegal bir fiil şeklinde nitelendirme yetkisine sahip olmuş^[13] ve bu fiilleri gerçekleştirenleri yargılamanın önünü açmıştır.

IV. “Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Genel Hukuk İlkeleri” İfadesi

AİHS 7/2'de yer alan “*uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri*” kalıbı İHEB'te belirtilmiş ilkelerin vücut bulduğu 1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-c hükmünde yer alan “*uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri*” kalıbından aktarılmıştır^[14].

[11] CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 52.

[12] AMİN, s. 138.

[13] BALAN, s. 87.

[14] AYBAY, 2010, s. 138; Statü'ye eklenen bu hükümlerle İHEB'e hukuki bağlayıcılık kazandırılması hedeflenmiştir. Bkz. AYBAY, 2015, s. 48.

Belirtilmelidir ki, uluslararası toplum, esas olarak egemen, eşit ve bağımsız devletlerden oluşmaktadır. Böyle bir sistemde bir toplum üyesinin diğerine hukuk planında üstünlüğü söz konusu olamaz^[15]. Uluslararası toplumun üyelerinin her biri, kendi ülkesindeki bütün kişi ve şeyler üzerinde tek başına yetkilidir. Bu, onun iç egemenliğidir. Bununla birlikte, uluslararası toplumun üyesi olan her bir devlet diğer bir devletle olan ilişkilerinde ise, herhangi bir müdahale veya baskıya maruz kalmaksızın serbest iradesiyle hareket eder. Bu da onun dış egemenliği, yani bağımsızlığıdır^[16].

Diğer bir deyişle, uluslararası toplumda hiyerarşik bir yapı yoktur. Uluslararası hukuk süjeleri (özellikle devletler) egemen ve eşit olup herhangi bir başka birime tabi değildir. Bu bakımdan, ilişkiler hiyerarşik değil yatay şekilde gerçekleşir. Kural koyan bir üst otorite olmadığından, uluslararası hukuk kurallarını bizzat bu normlara uyacak devletler koyar^[17]. Bu şekilde oluşan uluslararası hukuk düzeni egemenlik ilkesiyle bağdaşmaktadır. Burada önemli olan husus, kuralların kökeninde devletlerin kendi iradelerinin bulunmasıdır^[18].

Bu açıklamalar ışığında, AİHS 7/2'de yer alan "**uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri**" kalıbının, AİHS'e taraf olan egemen, eşit, bağımsız tüm ulusların iradesini yansıtmaları gerekmektedir; ancak bunu söylemek oldukça güçtür. Zira bu kalıp, daha ziyade Avrupa merkezci ulusların kabul ettiği genel hukuk ilkelerine (hukukun genel ilkelerine) karşılık gelmektedir. Ayrıca, AİHS 7/2'de yer alan bu kalıp, 7/1'de düzenlenen kanunilik ilkesini göreceli olarak geçerli hale getirmiştir. Öyle ki, uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinin ihlali hali, "uygar olmayan devletler"e uluslararası düzlemde bir müdahalenin söz konusu olabileceğini mümkün kılmıştır^[19].

Bu sebeple, Nazi rejiminin kaynağı olan ve en önde gelen baskı, terör uygulamalarının yaşandığı ülke üzerinde kurulan Federal Almanya, AİHS 7/2'ye çekince koymuştur. Federal Almanya'nın bu davranışı, AİHS 7/2'nin

[15] GÜNDÜZ, s. 7.

[16] SORENSEN, s. 253.

[17] Devletlerin uluslararası hukuk kurallarına uyma nedenleri hakkında bilgi için bkz. GÜNDÜZ, s. 12-14; AİHS'in hukuki bağlayıcılığı hakkında bilgi için bkz. AYBAY, 2015, s. 123 vd.

[18] SUR, s. 8.

[19] BALAN, s. 87.

Almanya'da etkisiz kalması sonucunu doğurmakla birlikte, beklenenin aksine 7/2'nin amacının iç hukuk çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamıştır^[20].

V. AİHS'in 7. Maddesine İlişkin Öğretideki Kimi Görüşler

AİHS m. 7'ye ilişkin açıklamaların ve tartışmaların büyük ölçüde kanunilik ilkesiyle bağlantılı olduğu söylenebilir. Buna ek olarak, kanunilik ilkesinin bir görünümü olan AİHS 7/1 hükmünden, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden öteki olağanüstü hallerde dahi sapılması mümkün değildir (AİHS m. 15). AİHS'in 15. maddesi, AİHS'i hazırlayanların kanunilik ilkesine verdikleri önemi açıkça ortaya koymaktadır. Kanunilik ilkesinin unsuru olan "suçların kanuniliği ilkesi", hangi fiilin suç oluşturduğunun bireylerce önceden bilindiği varsayımına dayanmaktadır. "Kanunların geçmişi etkili olmaması ilkesi" de bu ilkenin bir sonucu olarak görülebilir^[21].

Diğer yandan, Tezcan ve diğerlerine göre, AİHS 7/1'de "kanun" kelimesi yerine "*hukuk*" kelimesi kullanılmış olsa da, maddede geçen kavramı Türk Ceza Hukuku bakımından "kanun" olarak anlamak gerekir. Zira iç hukukumuzda göre bu anlayış doğrudur^[22]. Ayrıca, "kanun" deyiimi AİHM tarafından "parlamento çekincesi" biçiminde anlaşılmamakta ve AİHS m. 7'nin Common Law'da yer alan "yazılı olmayan hukuk"u da içerdiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan AİHM, idarenin düzenleyici işlemlerini ve yerleşik mahkeme içtihatlarını da bu kapsamda kabul etmektedir. Yani AİHM, şekli anlamda değil maddi anlamda bir kanunun varlığını aramaktadır^[23].

Bununla birlikte, Şen, AİHS 7/2'nin kanunilik ilkesini ihlal eden bir düzenleme olduğunu ve bu hükmün kabul edilmesi mümkün olmayan bir düzenleme olduğunu savunmaktadır. Zira yazara göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, toplumu oluşturan bireyler tarafından otoriteye karşı verilen uzun uğraşlar neticesinde kazanılmıştır^[24].

Hafızoğulları ve Özen'e göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve dolayısıyla AİHS 7/1, siyasi bir içeriğe sahiptir ve kanunilik ilkesi herkes için ve her

[20] AYBAY, 2010, s. 139.

[21] AYBAY, 2010, s. 128-129.

[22] TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 274.

[23] AİHM, Başvuru No. 21906/04, T. 12.02.2008. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119517> (e.t. 11.04.2020).

[24] ŞEN, s. 36-38.

türlü keyfilige karşı bir teminat oluşturmaktadır. Bu bakımdan, İHEB ve AİHS'te mutlak bir insan hakkı, üstün bir uygarlık değeri olarak kanunilik ilkesine yer verilmiştir^[25].

Centel ve diğerlerine göre, AİHS 7/1 hükmü, yalnızca sanığın aleyhine olan kanunun geriye yürümesini engellemekle kalmamakta, aynı zamanda kıyası yasaklamakta ve suç ile cezanın kanunla öngörülmesini ifade etmektedir^[26].

Soyaslan'a göre, suçta ve cezada kanunilik ve dolayısıyla AİHS 7/1'in amacı, kişi özgürlük ve güvenliğini teminat altına almak ve keyfiligi önlemektir. Ancak, suç ve cezalarda kanuniliğin aranması gerektiği zaman bir seçim yapılmalıdır. Yani yazara göre, eğer bir siyasi rejim kişi özgürlüğüne daha çok önem veriyor ve buna öncelik tanıyorsa, suç ve cezaların kanuniliğini öngörmek ve bunu katı bir şekilde uygulamak zorundadır. Eğer siyasi rejim bir toplumsal mutluluktan bireysel mutluluğa ulaşmak istiyorsa, kanunilik ilkesini daha esnek bir şekilde uygulamalı, toplumsal korumaya önem vermeli ve kişi özgürlüğünün korunması ikinci planda kalmalıdır. Uygulamada, liberal devletler katı kanunilik ilkesini uygulayarak tercihlerini kişi özgürlüğünden yana yaparken, otoriter devletler daha esnek bir kanunilik ilkesi benimseyerek toplumsal düzenin korunmasından yana olmuştur^[27].

VI. AİHS'in 7. Maddesinin AİHM Kararlarındaki Görünümü

AİHS m. 7'ye ilişkin AİHM kararlarını "kanunsuz suç ve cezanın olamayacağına dair kimi kararlar", "ceza kanunlarının geçmişe yürüyemeyeceğine dair kimi kararlar" ve "suç ve cezaların belirli olmasına dair kimi kararlar" şeklinde incelemek mümkündür^[28].

[25] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 21-22.

[26] CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 51; Gölcüklü ve Gözübüyük'e göre, AİHS açısından suç tanımının yazılı hukuk kurallarıyla ifade edilmiş olması gerekli değildir. Common Law'da olduğu gibi örf ve adet hukuku da geçerlidir. Bu konuda önemli olan, suçun unsurlarının mahkeme içtihatlarıyla kesin biçimde saptanmış ve cezanın çerçevesinin açıkça sınırlandırılmış olmasıdır. Bkz. GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 558.

[27] SOYASLAN, s. 231-233.

[28] Çalışmanın bu başlığı altında yer alan ve yararlanılan kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOSTANCI, s. 36 vd.

A. Kanunsuz Suç ve Cezanın Olamayacağına Dair Kimi Kararlar

1. K.H.W / Almanya Davası^[29]

AİHM'e göre, açıkça insan haklarını ihlal eden ve her türlü hakkın üstünde olan yaşam hakkının, başvuruya konu olan Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin sınır güvenliği politikasıyla ihlal edilmesi AİHS 7/1'in ihlali anlamına gelmektedir. Ancak, Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde uygulanan sistem hukuka aykırı olmadığından, AİHM suçun işlendiği zamanda kişinin Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin hukukuna göre öngörülebilir bir suçu işlediğine kanaat getirmiştir. Bundan dolayı AİHM, başvuru konusu olan yerel mahkeme kararını AİHS m. 7'nin ihlali olarak görmemiştir.

2. Streletz, Kessler, Krenz / Almanya Davası^[30]

Davada, başvurucular, Polis Kanunu'na uygun şekilde yaptıkları fiillerden dolayı yargılandıkları mahkemelerin kendilerini cezalandıramayacağını ve başvuruya konu olayın gerçekleştiği zamanda işledikleri fiilin Alman Demokratik Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda düzenlenmemesinden ötürü bu fiillerden dolayı suçlanamayacaklarını belirtmiştir.

Başvuruyu değerlendiren AİHM, Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin uygulamasını Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne aykırı görmüştür. AİHM'e göre, başvurucuların, Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin imzalamasıyla yükümlülük altına girdiği sözleşme hükümleri bilememeleri, yani oradaki temel hakların neler olduğu konusunda bilgisiz olmaları mümkün değildir. Bu sebeple, suç teşkil eden fiilin işlendiği zaman bakımından uluslararası hukuka erişilebilir ve uluslararası hukuk uygulanabilir durumda olduğundan, AİHS m. 7 ihlal edilmemiştir.

[29] AİHM, Başvuru No. 37201/97, T. 22.03.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59352> (e.t. 11.04.2020).

[30] AİHM, Başvuru No. 34044/96, 35532/97, 44801/98, T. 22.03.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59353> (e.t. 11.04.2020).

B. Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürüyemeyeceğine Dair Kimi Kararlar

1. Welch / Birleşik Krallık Davası^[31]

Önüne gelen başvuruyu değerlendiren AİHM, cezanın unsurlarının, müsadere kararının ve davadaki diğer şartların göz önüne alınmasıyla başvuruya konu olan düzenlemeyi bir “önleyici tedbir değil” bir “ceza” olarak nitelendirmiştir. AİHM'e göre, düzenlemenin niteliğinden dolayı ihlal ortaya çıkmıştır. Zira başvuruya konu kanun 1987 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, suçun işlendiği tarih 1986 yılıdır. Bu sebeple, kanun (düzenleme) AİHS m. 7'ye aykırılık oluşturmaktadır.

2. Ecer–Zeyrek / Türkiye Davası^[32]

Başvurucular Ecer ve Zeyrek, 1988 ve 1989 yıllarında terör örgütü PKK'ya yardım etme fiilinden dolayı 1993 yılında Şırnak Sulh Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmış ve tutuklu olarak yargılanmalarına karar verilmiştir. Ecer ve Zeyrek, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanmış ve 12 Mayıs 1994 tarihinde, 1988 ve 1989 yıllarında PKK'ya yardım etme fiilinden dolayı haklarında hapis cezası verilmiştir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi yargılama sürecinde, cezayı artıran ve faillerin suç oluşturan fiilleri işledikleri tarihten sonra yürürlüğe giren 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nu^[33] uygulamıştır.

Başvurucular, 1994 yılında yerel mahkemenin kararını temyiz etmiştir. Temyiz başvurusunda, ceza oranının artırılmasında 1991 tarihinde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'nun uygulandığını, bunun da geriye yürümezlik ilkesini ihlal ettiğini ve işledikleri iddia edilen olayların 1988 ve 1989 yılında cereyan ettiğini ifade etmiştir. Ancak, sanıkların temyiz başvuruları reddedilmiştir.

Konuyla ilgili önüne gelen başvuruyu değerlendiren AİHM, hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir unsurunu oluşturan AİHS m. 7'yle sağlanan garantilerin, AİHS sistematığında önemli bir yere sahip olduğunu ve 15. madde gereğince savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi bu güvencelerden

[31] AİHM, Başvuru No. 17440/90, T. 09.02.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57927> (e.t. 11.04.2020).

[32] AİHM, Başvuru No. 29295/95, 29363/95, T. 27.02.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59221> (e.t. 11.04.2020).

[33] R.G., T. 12.04.1991, S. 20843 (Mükerrer).

vazgeçilemeyeceğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre, ilgili madde keyfi yargılama, hüküm ve ceza verme karşısında etkili güvenceleri sağlayacak şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır. Bu düşüncelerle AİHM, başvuruya ilişkin verdiği kararda, başvuruçuların 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu gereğince verilmesi gereken cezadan daha ağır bir cezayla cezalandırıldıklarını, bu durumun da AİHS 7/1'e aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir.

3. Kolk–Kislyiy / Estonya Davası^[34]

AİHM'in 2006 tarihli kararında, 2003 yılında Estonya'daki iki kişinin, 1949 yılında sivilleri Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Birliği'ne nakletmekten dolayı insanlığa karşı suçun faili olarak cezalandırılmaları, o tarihte mevzuatta bahse konu suçlara açıkça yer verilmemesine rağmen, ceza hukuku kurallarının geriye yürümezliği kuralına aykırı bulunmamıştır.

4. G. / Fransa Davası^[35]

AİHM, Fransa'ya karşı verdiği 1995 tarihli kararında, AİHS 7/1'in yalnızca aleyhe olan ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasını yasakladığını vurgulamıştır. Ancak, AİHM'e göre, sonradan yürürlüğe giren kanun failin lehineyse, bu kanunun geriye etkili olarak uygulanması AİHS 7/1'e göre zorunlu değildir. Bununla birlikte, AİHM söz konusu bu içtihadını zaman içinde değiştirmiştir. Nitekim AİHM, Scoppola / İtalya Davası'nda^[36] 2009 yılında verdiği kararında, AİHS m. 7'nin lehe kanunun geçmişe yürütülmesini de gerektirdiği sonucuna varmıştır. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu^[37] bakımından da lehe kanunun geçmişe yürüyeceğinin öngörüldüğü hatırlatılmalıdır^[38].

[34] AİHM, Başvuru No. 23052/04, 24018/04, T. 17.01.2006. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72404> (e.t. 11.04.2020).

[35] AİHM, Başvuru No. 15312/89, T. 27.09.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57968> (e.t. 11.04.2020).

[36] AİHM, Başvuru No. 10249/03, T. 17.09.2009. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-94135> (e.t. 11.04.2020).

[37] R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

[38] TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 276.

C. Suç ve Cezaların Belirli Olmasına Dair Kimi Kararlar

1. Erdoğan-İnce / Türkiye Davası^[39]

Başvuruya konu davada AİHM, doğrudan doğruya AİHS m. 7'ye ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Buna karşın AİHM, başvuru sahiplerinin yargılanıp cezalandırıldıkları -kanundaki- suç tanımının belirsiz olduğu ve bu nedenle 7. maddenin ihlal edildiği yönündeki iddia üzerinde durmuştur. Bu bağlamda AİHM, başvuru sahiplerine uygulanan cezaların kanunla belirlendiğine işaret etmiştir. AİHM, başvuru sahiplerinin kanunun yeterli açıklıkta (belirlilikte) olmadığı iddiasını yerinde görmemiş, kanunun yeterli belirlilikte olduğuna ve AİHS m. 7'nin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

2. C.R. / Birleşik Krallık Davası^[40]

AİHM, önüne gelen C.R. / Birleşik Krallık başvurusunda, kanunun geriye yürümezliğinin ihlali iddiasını ele almamıştır. AİHM kararında, başvuruya konu düzenlemeden önce de kanunda yer alan “*hukuk dışı*” kavramının içeriğinin ne olacağının ülkelerin yerel içtihatlarıyla belirlenebileceğini dile getirmiş ve gerek temyiz mahkemesinin gerekse Lordlar Kamarası'nın “*hukuk dışı*” kavramını yorumlarken insan hak ve özgürlüklerindeki gelişmeler ile modern düşünceleri dikkate aldığını, bunun da AİHS m. 7'ye aykırı olmadığını belirtmiştir.

3. Navalnyye / Rusya Davası^[41]

AİHM'e göre, Navalnyye başvurusundaki yerel mahkemelerin kararına esas alınan ceza hükmü başvuru sahiplerinin aleyhine aşırı geniş ve öngörülmez bir şekilde yorumlanmıştır. Bu şekilde bir yorumun suçun esasıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Bu sebeple, başvuru sahiplerinin yürüttükleri olağan ticari faaliyetlerin dolandırıcılık veya ticari dolandırıcılık teşkil ettiğini ve bu faaliyetlerden kazanılan paranın kullanılmasının da kara para aklama suçuna vücut verdiğini öngörmeleri mümkün değildir. Bu bakımdan AİHM, AİHS m. 7'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

[39] AİHM, Başvuru No. 25067/94, 25068/94, T. 08.07.1999. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58275> (e.t. 11.04.2020).

[40] AİHM, Başvuru No. 20190/92, T. 22.11.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57955> (e.t. 11.04.2020).

[41] AİHM, Başvuru No. 101/15, T. 17.10.2017. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-177665> (e.t. 11.04.2020).

SONUÇ

AİHS'in "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*" başlıklı 7. maddesinin incelendiği çalışmamızda görülmektedir ki, 7. madde iki ayrı paragraf olmak üzere, 7/1 hükmü ve 7/2 hükmü olarak ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Zira hukuki pozitivist bir bakış açısıyla 7/1 hükmünde düzenlenen "suçta ve cezada kanunilik ilkesi", tabii hukuk öğretisinin bir yansıması olan 7/2'yle yumuşatılmıştır. Bu bağlamda, 7/2'nin 7/1'de düzenlenen kanunilik ilkesinin sıkı sıkıya uygulanmasını aşmanın bir yolu olarak uygulandığı söylenebilir.

AİHS 7/2 aracılığıyla, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Nazi rejimi uygulamaları gibi insan haklarının ihlal edildiği uygulamaların sorumlularının yargılanmasının ve cezalandırılmasının yolu açılmıştır. Bu açıdan, iktidarda oldukları dönemde kanunlara uygun olarak icraatlar yaptıklarını ileri sürenlerin bu izahı bir anlam ifade etmemiş ve bu kişilerin cezai sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Bu yola gidilmesinin itici gücü ise, İkinci Dünya Savaşı'nın galibi olan devletler olmuştur. Bu vesileyle, "insan hakları" kavramını, 1945 öncesi ve -İkinci Dünya Savaşı'nın galibi devletlerin etkisiyle- 1945 sonrası iki ayrı süreç içinde ele almak mümkün olsa gerek. Zira dünya üzerinde 1945 sonrası oluşturulan "insan hakları"na İkinci Dünya Savaşı'nın galibi olan devletlerin etkisi epeycedir.

Bununla birlikte, AİHS 7/2'deki "*uygar uluslar*" ibaresinin Avrupa merkezci ulusları ifade ettiği ve hükümde yer alan uygar ulusların kendi adalet anlayışlarını kendilerine hizmet edecek şekilde belirledikleri söylenebilir. Bu bakımdan, AİHS 7/1'de düzenlenen kanunilik ilkesine rağmen, söz konusu uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden dolayı bir kimsenin yargılanması ve cezalandırılması mümkün olabilmektedir.

Öte yandan, AİHM'in AİHS m. 7'ye ilişkin kararları incelendiğinde, özellikle bir hususa dikkat çekilmelidir. AİHM, 1995 tarihli G. / Fransa Davası gibi geçmişteki bazı davalarda verdiği kararlarda, AİHS 7/1'in sadece sonradan yürürlüğe giren ve kişi aleyhine olan ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasını yasaklamıştı; kişinin lehine olan ceza kanunlarının uygulanmasını ise zorunlu görmemişti. Ancak, AİHM, 2009 tarihli Scoppola / İtalya Davası gibi yeni tarihli davalarda verdiği bazı kararlarda, AİHS 7/1'in kişinin lehine olan kanunların geçmişe yürütülmesini de

gerektirdiğine işaret etmiştir. Türk Ceza Kanunu'na uygun olan AİHM'in bu tutumunu, hak ihlallerinin önlenmesi adına önemli bir adım olarak görmek mümkündür.

KAYNAKÇA

AMİN, Samir: **Avrupa-Merkezcilik: Bir İdeolojinin Eleştirisi** (Çeviren: Mehmet Sert), Çiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2007.

AYBAY, Rona: **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

AYBAY, Rona: “Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 125-150.

BALAN, Arzu: “Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2018, s. 69-89.

BOSTANCI, Gülşah: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi** (Danışman: Adem Sözüer), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.

GÜNDÜZ, Aslan: **Milletlerarası Hukuk** (Editör: Reşat Volkan Günel), 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.

HARRIS, David / O’BOYLE, Micheal / BATES, Edward / BUCKLEY, Carla: **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis: “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 555-615.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

SORENSEN, Max: **Manual of Public International Law**, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 1968.

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

SUR, Melda: **Uluslararası Hukukun Esasları**, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ŞEN, Ersan: **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: **Uluslararası Ceza Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, R. Murat: **İnsan Hakları El Kitabı**, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

AİHM Kararları

AİHM, Başvuru No. 101/15, T. 17.10.2017. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-177665> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 10249/03, T. 17.09.2009. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-94135> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 15312/89, T. 27.09.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57968> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 17440/90, T. 09.02.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57927> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 20190/92, T. 22.11.1995. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57955> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 21906/04, T. 12.02.2008. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119517> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 23052/04, 24018/04, T. 17.01.2006. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72404> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 25067/94, 25068/94, T. 08.07.1999. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58275> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 29295/95, 29363/95, T. 27.02.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59221> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 34044/96, 35532/97, 44801/98, T. 22.03.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59353> (e.t. 11.04.2020).

AİHM, Başvuru No. 37201/97, T. 22.03.2001. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59352> (e.t. 11.04.2020).

CEZA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI KURUMU VE İNFAZ ZAMANAŞIMI

Burak ALBAYRAK

BİRİNCİ BÖLÜM

1.1 Zamanaşımına İlişkin Genel Bilgiler

1.1.1 Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı hukuk kurallarının kişilere tanıdığı hakların ve getirdiği müeyyidelerin yine hukuk kuralları ile belirlenen zamanı aşması ile oluşur. Sözlükte; “*Yasanın belli ettiği koşullar altında belli bir sürenin geçmesi ve bunun sonucunda kimi hakların kazanılması ya da düşmesi; Yasalarda belirtilen konular gerçekleştikten ve sınırları çizilen süreler geçirildikten sonra bir yükümlülükten kurtulmuş olma*” şeklinde tanımlanmıştır.^[1]

Hukuki manada ise zamanaşımı, kanunda öngörülen belli sürelerin geçmesi ile devletin yargılama ve cezalandırma yetkisinin ortadan kalkması olarak tanımlanabilir.

[1] www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 16.06.2009).

Hukuk bilimi, zamanı bazen düzenleyici bir unsur (Şikayet hakkının kullanılmasında, kanuni yollara müracatta, eski hale getirmede olduğu gibi) bazen de onun fiziki, sosyal ve psikolojik etkisini, maddi bir gerçeklik kabul ederek ona hukuki neticeler bağlamıştır. Zamanaşımı da bu hukuki neticelerden biridir. İşlenen suçun türüne, cezanın nev'i ve miktarına göre, kanun koyucu, kamu davasına ve cezanın infazına bir süre sınırı getirmek suretiyle, yargılama ve cezalandırma hakkından vazgeçmektedir. Diğer bir tabirle devlet, yargılama ve cezalandırma hakkını, belli bir müddetin geçmesi üzerine kullanmaktan vazgeçmektedir. Zamanaşımı kurumu, zaman unsurunun değişik ve farklı etkilerinin tabii bir sonucu olarak kabul edilmiş olup, şekli bir düzenlemeden daha çok, maddi bir hukuki gerçekliktir. Zamanaşımı konusunun, ceza kanunu içerisinde düzenlenmiş olması da bu açıdan isabetlidir.

Suçlu oluşturan fiilin işlenmesinden sonra yasanın belirttiği süreler içerisinde davanın açılmaması ya da açılan davanın sonuca bağlanmaması nedeniyle ceza ilişkisi, cezanın tayin edilip kesinleşmesi üzerine de yine yasanın belirttiği süreler içinde cezanın yerine getirilmesine (infazına) başlanılmamış olması halinde infaz ilişkisi, zamanaşımının gerçekleşmiş olması nedeniyle düşmektedir. Bunun içindir ki hukukun diğer alanlarında dava hakkını etkileyen, davanın açılmamasını gerektiren zamanaşımı, cezada hem ceza ilişkisinin düşmesi hem de ceza ilişkisi kesin hükümle sonuçlanıp infaz ilişkisi kurulduğu takdirde, bu ilişkinin de ortadan kalkmasını gerektirir. Böylece sadece belirli bir zamanın geçmesi gibi tabii bir olay, ceza veya infaz ilişkisini ortadan kaldırmak suretiyle hukuki bir nitelik almış olur.^[2]

Suç teşkil eden bir fiilin işlenmesiyle doğan cezalandırma yetkisini devlet, suçlu aleyhine kamu davası açmak ve bu dava sonunda verilen cezayı çekirmek suretiyle kullanır. Ceza verme hakkı kullanılmamak suretiyle düşen haklardan değildir. Bu bakımdan, kural olarak, bu hakkın belli bir zaman kullanılmaması onun düşmesine yol açmaz. Ancak devlet, bazı düşüncelerle belli bir zaman geçtikten sonra cezalandırma yetkisini kullanamaz hale gelir. Devletin belli şartlar altında cezalandırma yetkisinden vazgeçtiğinin ifadesi olarak kanunlarda yer almaktadır.

[2] Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 1983, c. III, s. 309.

Zamanaşımı her ne kadar devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırmakta ise de, kişilerin özel hukuk sorumlulukları devam etmektedir. Buna göre, suçun mağduru işlenen fiil nedeniyle uğradığı maddi veya manevi zararların tazminini isteyebilir. Nitekim bu konuda 5237 sayılı TCK'nin 74. maddesinin 2. fıkrasında; “*Kamu davasının düşmesi, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez*” denilmektedir. Aynı şekilde ceza zamaşımı süresinin dolması ile birlikte devletin infaz yetkisinin ortadan kalktığı durumlarda da suçun mağdurunun özel hukuktan kaynaklanan haklarını talep imkanı bulunmaktadır. Bu husus TCK'nin 74. maddesinin 3. fıkrasında; “*Cezanın düşmesi, şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez. Ancak, genel af halinde yargılama giderleri de istenemez*” şeklinde düzenlenmiştir.

Devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldıran bir neden olarak zamaşımı, dava ve ceza zamaşımı olarak ikiye ayrılır: Devlet ile sanık arasında ceza ilişkisini düşürene “dava zamaşımı”; devlet ile hükümlü arasındaki infaz ilişkisini düşürene ise “ceza zamaşımı” denir.^[3] Dava zamaşımı (Verfolgungsverjährung^[4]), kanunda öngörülen sürelerin geçmesi ile birlikte kamu davasının açılmasına veya açılmış olan davanın devam edilmesine engel olmakta; ceza zamaşımı (Vollstreckungsverjährung^[5]) ise, kanunda öngörülen sürelerin geçmesi ile kesinleşmiş olan mahkumiyet hükmünün infazının başlanmasına engel olmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta, yeni yasalara göz attığımızda, zamaşımına ilişkin şu kavramların kullanıldığını görmekteyiz: Alman Ceza Kanunu dava zamaşımının karşılığı olarak “kovuşturma zamaşımı”, ceza zamaşımının karşılığı olarak da “infaz zamaşımı”; Avusturya Ceza Usul Kanunu “cezalandırılabilirlik zamaşımı”, “infaz edilebilirlik zamaşımı”; İtalyan Ceza Kanunu “zamaşımı” ve “cezaların zamanın geçmesiyle ortadan kalkması”, 1958 tarihli Fransız Ceza Usul Kanunu “kamu davası zamaşımı”, 1994 tarihli Fransız Yeni Ceza Kanunu “ceza zamaşımı” terimlerine yer vermiştir. 1993 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı ise yürürlükteki

[3] Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, güncellenmiş 9. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 709.

[4] Verfolgungsverjährung: Takibat Zamaşımı

[5] Vollstreckungsverjährung: İnfaz Zamaşımı

Kanun gibi “dava zamaşıımı” ve “infaz zamaşıımı” terimlerini tercih etmiştir.^[6]

İnfaz ve dava zamaşıımı ayırımıındaki en önemli fark ise dava zamaşıımında kanun koyucu tarafından belirtilen süre aşılmışsa kamu davası açılmaz, açılmış olsa dahi dava zamaşıımı gerçekleşmişse o davaya devam edilemez. Zira burada dava zamaşıımının oluşması davanın açılmasına ve sürdürülmesine engel teşkil etmektedir. Buna mukabil olarak infaz zamaşıımın da kesinleşmiş bir hüküm, yasada belirlenmiş bir süre geçtikten sonra yerine getirilemez. Burada infaza engel olan neden ise infaz zamaşıımının gerçekleşmiş olmasıdır.

Dava zamaşıımı ile ceza zamaşıımı arasında esaslı bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Zira her iki zamaşıımı aynı kurumun iki ayrı uygulanma şeklinden ibarettir. Özetle belirtmek gerekirse dava zamaşıımında devletin cezalandırma hakkı ortadan kalkarken, infaz zamaşıımında hükmedilen cezanın infazı ortadan kalkar.

Zamaşıımı süreleri suçların ağırlığına göre saptanmıştır. Dava zamaşıımı süreleri, infaz zamaşıımı sürelerine göre daha kısadır. Zira dava zamaşıımında, suçun işlenip işlenmediği kesinleşmiş bir hükümle saptanmamıştır. Buna karşılık infaz zamaşıımında kesinleşmiş bir mahkumiyet ilamı ile suçun işlendiği belirlenmiştir.

Kamu veya özel dava fark etmeksizin zamaşıımının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun şüpheli olduğu durumlarda, gerçekleşmediğini kanıtlama yükümlülüğü C. savcısına aittir. Bu itibarla ilgililerin zamaşıımının tatbiki konusunda talepte bulunmalarının veya bu haktan vazgeçmelerinin bir önemi yoktur.^[7] Nitekim zamaşıımı sanılanın aksine itiraz niteliğinde değil bir def’i hakkı vermektedir. Şayet hukukta zaman ile ilgili bir itiraz örneği vermek gerekirse bunlar hak düşürücü süreler olabilir.

Zamaşıımı 765 sayılı Türk Ceza Kanununda “*Dava ve Ceza ilişkisini sona erdiren sebepler*” arasında sayılmış iken 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK’de “*Yaptırımlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Dava ve Cezanın düşürülmesi*” başlıklı dördüncü bölümünde dava ve

[6] Yener Ünver/ Ayşe Nuhoğlu, İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İstanbul, 1997, s.22-24 ve 55-56

[7] Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Ahmet Yenidünya, Genel Hükümler, s.975-976;

cezayı düşüren neden olarak yer verilmiştir. Dava zamanaşımı 68, 69, 70, 71. maddelerde, zamanaşımının hesabı ve uygulanması ise 72. maddede düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, zamanaşımı gerçekleştiğinde, suç şüphesi altında bulunan kişi bakımından bir hak doğmaz. Ancak devlet kovuşturma ve cezalandırma yetkisini kaybettiğinden fail hakkında takibat yapılamaz, kesinleşmiş olan ceza infaz edilemez. Bununla birlikte işlenen suç dolayısıyla ortaya çıkan özel hukuk ilişkilerine zamanaşımının bir etkisi yoktur. Böyle hallerde özel hukuka ilişkin düzenlemeler ve zamanaşımı kuralları uygulanmaya devam eder. Hak sahibi işlenen haksızlık dolayısıyla maddi ve manevi zararların tazminini isteyebilir. Yargılama giderleri de cezanın zamanaşımı ile düşmesinden etkilenmez. Bu husus 5237 sayılı TCK'nin 74. maddesinin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Aynı durum, 765 sayılı TCK'nin 110. maddesinde “*Hukuku amme davasının düşmesi emval istirdadı ve uğranılan zararın tazmini için ikame olunan hakkı şahsi davasına helal vermez*” şeklinde belirtilmiştir.^[8]

1.1.2. Zamanaşımının Tarihsel Gelişimi

Zamanaşımı kurumunun tarihi oldukça eski yıllara dayanmaktadır. Eski Yunanda; bazı suçlar müstesna olmak üzere, belirli bir süre içinde açılmayan bir davada, delillerin elde edilmesindeki güçlük ve ispatın zamanla güçleşmesi nedenleriyle dava zamanaşımı prensip olarak kabul edilmişti.^[9]

Roma hukukunda ise, Cumhuriyet dönemi ve İmparatorluk döneminin ilk yıllarında zamanaşımına ilişkin bir kaynak bulunmamaktadır. Zamanaşımını kabul eden ilk yasa M.Ö. 18'de yürürlüğe giren cinsel suçları içeren “*Lex Julia de Adulteriis*” tir. Bu yasada cinsel dokunulmazlığa yönelik suçların işlenmesinden itibaren beş yıl geçmesiyle davanın düşmesi öngörülmüştü. Sonraları diğer kanunlar ve zimmet suçuna ilişkin “*Lex Julia Pecelatus*” ile vergi suçları bakımından beş veya yirmi yıllık zamanaşımı

[8] Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C.: III, 12. bası, İstanbul 1997, s.252; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s.194

[9] Quabeck, Ernst Otto; Die Verjährung nach dem Reichsstrafgesetzbuch und den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1909 bis 1927. Leipzig 1930 s. 6; Masucci (Luigi)'den atfen, KUNTER Nurullah; Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1951, s. 10.

süreleri öngörülmüştür. İmparatorluk mevzuatında zamanla yirmi yıllık zamanaşımı süresi bütün genel suçlar için kabul edildi.^[10]

Bazı suçlar bakımından ise (örneğin, baba öldürme, doğan çocuk yerine başkasını gösterme, dini inkar gibi) zamanaşımı kabul edilmemiştir. Özel suçlar (*actiones perfectae*) bakımından yapılan düzenleme ile bu suçlarda zamanaşımı süresi otuz yıl olarak kabul edilmiştir.^[11] Roma hukukunda dava zamanaşımının varlığına rağmen, cezayı ortadan kaldıran ceza zamanaşımı kurumu kabul edilmemiştir.

Zamanaşımının Cermen hukukundaki kabul nedeni, oç alma hakkının belirli bir süre içerisinde kullanılması halinde düşeceği esasına dayanmaktaydı. Bu nedenle intikam hakkı en geç fiilin gerçekleştiği günün ertesi gününe kadar kullanılabilmekteydi. İşte bu bir günlük intikam hakkı süresi, daha sonraları zamanaşımının esası oldu ve bir günlük, altı haftalık ve bir yıllık zamanaşımı süreleri kabul edildi.^[12]

Kilise Hukukuna bakılacak olursa zamanaşımından bahseden herhangi bir kaynağa rastlanmamaktadır. Bunun yanında bu dönemde ceza zamanaşımının kesinlikle kabul edilmediği bilinmektedir.^[13]

Ortaçağ'da Roma Hukukundan etkilenen İtalyan ve Fransız Hukuku'nda hem dava hem de ceza zamanaşımı için kural olarak yirmi yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Bunun yanında bazı suçların yirmi yıldan az sürede zamanaşımına uğrayacağı, bazılarının ise zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir. Örneğin ortaçağ Fransız Hukukunda kral ve devlet aleyhine işlenen suçlar zamanaşımına uğramamaktaydı.^[14] Ortaçağ'da itham sisteminden tahkik sistemine geçilmesiyle birlikte zamanaşımının önemi azalmaya başlamıştır. Zira tahkik sisteminde, bir davacı bulunmadığı ve re'sen hareket

[10] DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, 2. bası, c. III

[11] KUNTER, tez, s.11.

[12] KUNTER, tez, s.11.

[13] KUNTER, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s.12.

[14] Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. basım, İstanbul 1953, s. 678-679. Fransa'da Ceza Zamanaşımı ilk defa 1791 Fransız Ceza Kanunu ile kabul edilmiştir. Taner, Zamanaşımı, s.24

geçildiği için, suçluların geç öğrenildiği ileri sürülerek, zamanaşımının tahkik sistemi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.^[15]

Zamanaşımı Ortaçağ Alman Hukuku'nda yer almamaktaydı. Her ne kadar 1532 tarihli Caroline'de de bu konuda bir hüküm bulunmaktaysa, Alman öğretisi ve yargı organları tarafından, Roma hukukunda yer alan zamanaşımına ilişkin kuralların Ortak Hukuk'ta da uygulanabileceği ifade edilmiştir. 16. ve 17. yüzyıllarda yalnızca dava zamanaşımının Alman Hukuku'na girdiği görülmektedir. 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başında Kant ve Hegel'in cezalandırma hakkının zamanaşımına uğraması görüşüne karşı çıkan görüşlerin etkisiyle Alman hukukunda zamanaşımı istisnai bir niteliğe bürünmüştür. Alman hukukunda zamanaşımı kavramının ikinci kez girmesi ise, Fransız Ceza Kanunu'ndan etkilenen Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda hem dava hem de ceza zamanaşımı kurumlarının yer almasıyla olmuştur.^[16]

Avrupa'da ortaya çıkan zamanaşımı konusundaki gelişmeler, Roma Hukuku'ndan uzak kalan İngiltere'yi etkilememiştir.^[17]

Müşterek hukuk devrinde ise zamanaşımı müessesesinin kabul edildiği görülmektedir. Suçun işlenmesinden itibaren başlayan süre, cinsel suçlarda beş yıl, hakaret suçlarında bir yıl olup her usulü muamele zamanaşımını kesmekte idi. Bu dönemde Roma hukukunda zamanaşımına uğramayacağı öngörülen suçlarda; vatana ihanet, adam öldürme, çocuk düşürme, tefecilik, kalpazanlık gibi suçlar da ilave edilmiştir. Müşterek Hukuk döneminde de kesinleşen ceza için zamanaşımı kabul edilmemiştir.^[18]

[15] İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoglu-Ünver, s.346; Dönmezer-Erman, III, s.245

[16] 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında zamanaşımının kanuna konuluş nedeni tartışılmış ve bu konuda zamanaşımının kanuna konuluş nedeni tartışılmış ve bu konuda zamanaşımının yargısal korkutmaya bir sınır getirdiği, kişinin uzun süre suç isnadı altında bırakılmaması ve masumiyetin korunmasını sağladığı, delillerin değerini kaybettikten sonra dava açılması ve yargılama yapılmasında suç işleyenin unutulması nedeniyle fayda bulunmadığı, belli bir sürenin geçmesinin filinin izlerini sildiği, maddi gerçeğe ulaşmada zorluk yaşanmasına sebebiyet verileceği belirtilmiştir. Majno, Ceza Kanunu Şerhi –Türk ve İtalyan Ceza Kanunları-, C.: I, Ankara 1977, s. 513.

[17] KUNTER, tez, s. 12.

[18] ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989, c. II, s.265 v.d

Anglo-Sakson Hukuku'nda ise, ceza soruşturmalarının kral adına yapılması ve kralın hata yapmayacağı, böylece kraldan kaynaklanan gecikmelerin hak kaybına yol açmayacağı, dünyevi günahları hoş görmenin dini inancı inkar anlamına gelebileceği gibi düşüncelerle zamanaşımı kurumu kabul edilmemiştir.^[19] Günümüzde ise Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen birtakım ülke kanunlarında (Örneğin, 1980 yılında kanunlaşan İngiliz Zamanaşımı Kanunu (Limitation Act 1980) gibi, ABD'nin çeşitli eyalet kanunlarında^[20] dava zamanaşımına ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Buna karşılık bu sistemde ceza zamanaşımı halen kabul görmemektedir.

Aşağıda da detaylı bir şekilde bahsedileceği gibi Beccaria ve Bentham, zamanaşımına karşı çıkmışlardır; Beccaria, ağır suçların hatırasının insan hafızasında uzun süre yaşandığından hareketle bu suçlarda zamanaşımını reddeder. Bentham da, uzun süre yakalanmamış becerikli suçluların, zamanaşımı kurumu sayesinde mükafatlandırıldığını, bunun kötüler için iştah açıcı, iyiler için ızdırap verici, adalet ve ahlak için ise tahkir edici olduğunu belirterek, zamanaşımının mantıksız ve yersiz olduğunu söyler.^[21]

765 sayılı TCK'nin esinlendiği 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu) zamanaşımını ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Müebbet ağır hapis cezası gerektiren cezalar hariç bütün suçlarda uygulanmasını kabul etmiştir.

25.09.1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu, hukuki bir müessese olarak zamanaşımını kabul etmiştir. Bu kanunun 6. başlık 3. maddesine göre yirmi yıllık bir süre geçtikten sonra suç zamanaşımına uğramaktadır. 17/27 Kasım 1808 tarihli "*Code d'instruction Criminelle*" ile yirmi, beş ve iki yıllık zamanaşımı süreleri kabul edilmiştir. Bu kanuna göre zamanaşımı süresi, hükmün kesinleştiği günden başlamaktadır.^[22]

[19] Bkz. Taner, Zamanaşımı, s.25

[20] Söz konusu eyalet kanunları incelendiğinde suçlar ve kabahatler yönünden ayrı zamanaşımı sürelerinin belirlendiği ve genellikle öldürme suçu ve müebbet hapis cezası gerektiren suçlar açısından (Örneğin New York ve California eyaletlerinde) dava zamanaşımının öngörülmediği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. <http://law.findlaw.com/state-laws/criminal-statue-of-limitations> (erişim tarihi, 28.06.2010).

[21] ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II (Yaptırım Hukuku) Ankara 2003.

[22] Quabeck, s. 12 aktaran, UZUN Mehmet Ali, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, İstanbul 1994, s. 5.

İslam hukukçuları arasında hangi suç ve cezaların zamanaşımına tabi olması gerektiği konusunda bir görüş birliği olduğu söylenemez. Bu konuda çeşitli mezhepler, birbirinden farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bazı hukukçular zamanaşımını genel bir düşme nedeni olarak kabul ederken, diğerleri zamanaşımının belli suç ve cezalar üzerinde etkili olan özel bir düşme sebebi olarak kabul etmişlerdir.^[23] İslam hukukunda “Hadler” yani Kur’an ve Sünnetin tayin ve takdir ettiği, “kamu hakları” ya da “Allah hakları” diye de isimlendirilen haklarla ilgili cezalar konusunda üç görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, hadler diğer cezalardan farklı olarak zamanaşımına uğramazlar. İkinci görüş, bu suçlarla ilgili olarak zamanaşımının mümkün olmadığını savunmaktadır.^[24] Üçüncü görüşe göre ise, had cezaları kural olarak zamanaşımına uğramamakla birlikte, bunun istisnaları mevcuttur. Eğer mahkumiyete esas olan delil tanıklık ise, burada cezanın zamanaşımı ile düşmesi mümkündür. Buna karşılık mahkumiyet sanığın ikrarı ile kurulmuşsa, cezanın zamanaşımı ile ortadan kalkması mümkün değildir.^[25] Günümüz İran Hukuku’nda ise, İran İslam Devrimi’nin ardından zamanaşımı ortadan kaldırılmıştır.^[26] Fakat yine de İran’da dava zamanaşımının, 1999 tarihli Ceza Usul Kanunu kapsamında ve mağdur haklarını ihlal etmemek kaydıyla bazı suçlar açısından uygulanmaktadır.^[27]

İslam hukukunda yukarıda da belirtildiği gibi kesin olarak zamanaşımı müessesesinin kabul edilip edilmediği tartışmalı olmakla birlikte, ceza hukuku yönünden zamanaşımı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

[23] YEKEBAŞ: Hukuku cezada müruruzaman, İstanbul 1930, s. 4; SAR: Ceza Hukukunda Zamanaşımı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989, s.13.

[24] Mecelle kısas ve diyet davaları için on beş yıllık zamanaşımı süresi öngörmüş olup bu gruba tazir suçları da dahildir. Kamu hukuku ile ilgili davalarda (Hukukullah) ise, iftete iftira (kazf) suçunun dışında had suçlarında, isbat vasıtası tanıklık olmak şartıyla zamanaşımı süresi kabul edilmiş olup, süresi tartışmalıdır. Bkz. Cin, Halil-Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, 1. cilt, Kamu Hukuku, 3. baskı, İstanbul 1995, s. 414-415; Akgündüz, Ahmed, İslam ve Osmanlı Hukukunda Müruruzaman, SÜHFD, s.:1, Ocak-Haziran 1988, s.84 vd.

[25] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Erkar, Cesur, İslam Hukukunda Zamanaşımı, İstanbul, 1991, s.18 vd.; Yiğit, Yaşar, İslam Ceza Hukukunda Cezaların Yürürlüğü, Bursa 1998, s.111 vd.; Kelami, Özdemir, İslam Hukukunda ve Türk Hukukunda Zamanaşımı, Kayseri 1995, s.88 vd.; Aydın, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 5. baskı, İstanbul 2005, s.195.

[26] DELMAS MARTY: s. 619.

[27] DELMAS MARTY: s.619.

Ancak ceza hukuku (ukubat) alanında hüküm olmayan durumlarda özel hukuk (muamelat) kurallarının uygulanacağına ilişkin genel kural uyarınca, özel hukuk davaları için öngörülen zamaşıımı sürelerinin, ceza hukuku açısından da uygulanacağı kabul edilmekteydi.^[28]

Osmanlı Hukukunda Tanzimattan önce kabul edilen 1256 tarihli Ceza Kanunu, 1267 tarihli Kanunu Cedid ve 1274 tarihli Ceza Kanunname-sinde zamaşıımına dair bir hüküm bulunmamaktadır. 1926 tarihli Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu ise istisnasız olarak dava ve ceza zamaşıımını kabul etmiş, dava zamaşıımını cinayetlerde 10 sene, cinhalarda 3 sene, kabahatlerde 1 sene, ceza zamaşıımı cinayetlerde 20 sene, cünhalarda 5 sene, kabahatlerde 2 sene olarak düzenlenmiştir.^[29]

Cumhuriyet döneminde ise, 1982 Anayasası'ndan önceki Anayasaları-mızda zamaşıımı kurumuna yer verilmemiştir. 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 2. fıkrasında, suç ve ceza zamaşıımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da 1. fıkranın uygulanacağı, yani suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın gözetileceği belirtilmiştir. Böylece zamaşıımı ülkemizde ilk kez 1982 tarihli Anayasamızda düzenlenerek anayasal bir kurum niteliği kazanmıştır. İtalya'dan iktibas edilen 765 sayılı TCK'de ve 5237 sayılı TCK'de zamaşıımı kurumunun esasını oluşturan düzenlemelere yer verilmiştir.

1.1.3. Zamaşıımının Leh ve Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrinde tartışmalı olan bu zamaşıımı kurumunun varlığını kabul edenler ve etmeyen yazarlar bulunmaktadır. Nitekim kabulü ya da reddi öğretide tartışmalıdır. Zamaşıımının lehinde olduğu gibi aleyhinde de görüşler bulunmaktadır.

1.1.3.1. Zamaşıımının Lehinde Olan Görüşler

Zamaşıımının kanunlarda yer alması gerektiği yönündeki görüşler; manevi ceza, ıslah (uslanma), cezanın önleme özelliği, delillerin bozulması, psikolojik değişme, unutma, sosyal fayda, takibatın terki, suça ait delillerin kaybolması başlıkları altında incelenebilir.

[28] KUNTER, Ceza Hukukunda Zamaşıımı, s.13; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 978.

[29] TANER, age, s. 680.

1.1.3.1.1 Cezanın Önleme Özelliği: Uzun bir sürenin ardından uygulanacak olan yaptırımın, cezanın yeniden suç işlenmesini önleme (genel önleme) amacına hizmet etmeyeceği ileri sürülmüştür. Zira bu süre zarfında kişinin bulunduğu çevre ve diğer koşullar değişmiş olabileceğinden, faili cezalandırma genel önleme açısından fayda sağlamayacaktır.^[30] Cezanın önleme özelliğinin kaybına ilişkin düşünce, kamu davası açma ve cezanın infazının, bunları yapmakla görevli olanlar açısından “hak” değil, “görev” olması nedeniyle eleştirilmiştir. Ayrıca, psikolojik değişme ve sosyal yararın azalması görüşlerine karşı yapılan eleştiriler bu görüş içinde gerçekleşir.

1.1.3.1.2 Usulanma (İslah): Bu görüşe göre, cezanın amacı, suçlunun ıslahı olup, uzun zamanaşımı süreleri içinde suç işlemeyen fail, uslanmış olduğundan artık cezalandırılmaması gerekir. 5237 sayılı TCK'nin 71. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan “Bir suçtan dolayı mahkum olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamanaşımı kesilir.” şeklindeki hükmün bu düşüncenin bir yansıması olduğu söylenebilir.^[31] Bu görüş zamanaşımı süresi içinde suç işlemeyen failin mutlak surette ıslah olduğu anlamına gelmeyeceği, cezaevinde cezasını çekenlerin dahi cezanın infazından sonra suç işleyebildikleri ve ıslahın tam olarak gerçekleşmediği, yakalanmayan failin cesaretinin daha da artabileceği, cezanın tek amacının ıslah olmadığı gerekçeleri ile eleştirilmiştir.^[32] Zamanaşımı süresinin tamamlanmasıyla beraber failinde ıslah olduğunun ileri sürülmesi ceza zamanaşımını ilgilendirmektedir. Ancak dava zamanaşımı için bu görüş yetersiz kalmıştır. Zira ıslah cezanın amaçlarındandır.

1.1.3.1.3 Takibatın Terki: Kamu davasının açılmaması veya cezanın infaz edilmemesi savcının takibat veya cezayı terk etmiş olduğu yolundaki bir karineye vücut verir. Diğer bir deyimle dava açmak ve cezayı infaz etmek hakkı, dava zamanaşımı dolmuş olmakla sükut etmiş, buna karşılık

[30] EREM-DANIŞMAN-ARTUK, S.986; KUNTER, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 16; ÖZTÜRK-ERDEM, Ceza Hukuku, s. 438; KOCA-ÜZÜLMEZ, S.671

[31] 765 sayılı TCK'de ise, zamanaşımı süresinin kesilebilmesi için sonradan işlenen suçun mahkum olunan suç ile aynı neviden olması aranmaktaydı. Bu husus kanununun 114. maddesinin 2. fıkrasında; “Bir suçtan dolayı mahkum olan kimse mürruruzaman cereyan ettiği sırada mahkum olduğu suç cinsinden diğer bir suç daha işlediği takdirde mürruruzaman yine kesilmiş olur” şeklinde düzenlenmişti.

[32] Bkz. TANER, Zamanaşımı, s.37.

özel hukukta olduğu gibi suçlu ceza görmemek hakkını iktisap etmiştir.^[33] Bu görüş, ceza hukukunda kazandırıcı zamanaşımının olamayacağı, takibat yapılması ve cezayı infaz etmenin savcı açısından bir “hak değil görev” olduğu, görevin yerine getirilmemesinin ceza hukuku anlamında bir hak doğurmayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.^[34] Bunun yanında takibat yapmanın mümkün olmadığı durumlarda zamanaşımının durmasını ve cezanın infazına yönelik olarak yapılan işlemlerin zamanaşımını kesmesini dayanağın bu görüş olduğu da ileri sürülmektedir.^[35] Ayrıca hukuk devletin zamanaşımı ile suçluya yardım etmek istemeyeceği, zamanaşımının devlet dairelerinin hiçbir şey yapmalarını önlemek için kanunlarda yer aldığı da belirtilmektedir.^[36] Dava zamanaşımını durduran sebeplerin ortaya çıkması durumunda (örneğin, bekletici mesele) C. Savcısının soruşturmayı ilerletmesi mümkün olmadığından, ceza zamanaşımını durduran sebepler ayrı olarak dava zamanaşımını durduran sebepler arasında takibatın terki görüşü kabul edilebilir.

1.1.3.1.4 Unutma: Suç gerektiren bir fiil olduğunda kamuoyunda meydana gelen infial, aradan uzun bir süre geçtikten sonra etkisini azaltır ve işlenen suç unutulur. Bu durumda da suçun cezalandırılmasında sosyal yarar bulunmaz. Kamuoyunda hiçbir anısı kalmayan suç unutulmuş sayılır. Kamuoyu tarafından hatırlanmayan bir suçun cezalandırılmasında hiçbir sosyal fayda bulunmadığı, bu nedenle genel önlemenin amaçsız kaldığı ileri sürülmüştür.^[37] Unutulmuş bir olayı irdelemenin sonucunun faydadan çok zarar getireceği aşikardır. Bu görüşü savunanlardan Puseldorf’a göre “zamanın kuvveti, ceza ihtiyacını siler”.^[38] Ancak bu görüşe karşı olarak da, toplumun önemli bir kesiminin suçun işlenmesinden haberdar bile olmayacağı, olayın belli bir kamuoyu tarafından öğrenildiği bu nedenle haberdar olunmayan bir suçun unutulmasından da bahsedilmeyeceği ileri sürülmüştür.

[33] EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 12. baskı, Ankara 1985. c. II, s. 689

[34] Erem-Danışman-Artuk, s.988; Erem, II, s. 478; Uzun, s. 13.

[35] Bkz. Taner, Zamanaşımı, s. 40.

[36] Schmid, s.1497

[37] Güncel olayların çözülmesinin daha önemli olduğu, üzerinden zaman geçmiş olayların önemini kaybettiği, belli bir sürenin geçmesinin hukuk barışını ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir. Schmid, s. 1502.

[38] Yüce, s. 192.

1.1.3.1.5 Sosyal Fayda: Bu görüşe göre suçun gerçekleşmesinden uzun bir zaman geçtikten sonra sosyal yarar azalır ve zamanla kaybolur. İşlenen suçun cezasının aradan uzunca bir müddet geçtikten sonra verilmesi suçun yarattığı etkilerin unutulduktan sonra yerine getirilmesi, kapanmış bir yararın açılması gibi zararlı bir sonuç doğurur ve işkence etkisi yaratır. Hatırası silinmiş bir suçu cezalandırmakta toplumun faydası yoktur. Unutma ile yakından bağlantılı olan bu ilke de toplum tarafından yapılan suçlar daha çabuk unutulurken, faili meçhul nitelikte olanlar daha geç unutulmaktadır. Nitekim bu görüşün kabul edilmesi için dava zamanaşımı süresinin daha uzun, ceza zamanaşımı süresinin daha kısa tutulması gereklidir.

1.1.3.1.6 Psikolojik Değişme: Buna göre insanın psikolojisi zaman içinde değişime uğrar. Uzun bir süre sonra fail ile fiil arasında psikolojik bağdan bahsetmek mümkün değildir. Failin aradan geçen süre içerisinde, önceden işlediği fiile yabancılaşması söz konusu olacağından onu, psikolojik bağı kalmadığı bir fiilden dolayı cezalandırmamak gerekir.

1.1.3.1.7 Manevi Ceza: Bu görüşe göre fail suçu işledikten sonra sürekli olarak cezalandırılma kaygısı, korku ve tedirginlik içinde yaşar. Bu durumda fail için manevi ceza yeterli ceza oluşturur ve onun bir daha cezalandırılmasına gerek kalmaz. Ancak bu görüş, her failin kaçtığı ve yakalanmadığı süre içinde manevi ızdırap ve vicdan azabı çekmeyebileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir. Zira her insanın ayrı bir psikolojik yapısı bulunmaktadır. Bunun yanında hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, rüşvet gibi suçları işleyip de, maddi yönden sıkıntısı olmayan suçlular refah içinde hayat sürdürdükleri için, bu kişilerin manevi yönden ceza çektiklerini söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla yakalanma korkusunun hiçbir zaman mahkumiyet yerine geçmeyeceği ileri sürülmüştür.^[39]

1.1.3.1.8 Suça Ait Delillerin Kaybolması: Bu görüşü savunanların temel nedeni suçun işlenmesinden sonra aradan uzun bir zaman geçmesi nedeniyle suç delillerinin kaybolmasıdır. Örneğin, tanıkların faili unutmaları veya tanıkların ölmesi olabilir. Kanıtların, zamanla bozulması veya kaybolması nedeniyle maddi gerçeğe ulaşılmasının zorlaşması yahut imkansızlaşması. Bu görüş, kısa süreli olan zamanaşımını izah edemez. Keza delillerin kaybolması dava zamanaşımını için kabul olursa dahi, bu görüş ceza zamanaşımını

[39] Yüce, s.192; Taner Zamanaşımı, s.36; Soyaslan, s.582; Demirbaş, s.662.

için geçerli olamaz. Zira ceza zamaşımında tüm deliller toplanmış ve bir cezaya hükmedilmiştir, artık delillerin bir daha toplanmasına gerek yoktur.

1.1.3 Zamaşımının Aleyhinde Olan Görüşler

Zamaşımı kurumuna karşı çıkan görüşleri üç ana başlık altında incelemek mümkündür.

1.1.3.2.1 Beccaria'nın Görüşü: Beccaria zamaşımını kısmen reddeder. Yazar suçları ikiye ayırır; ağır suçlar (adam öldürme gibi), ağır olmayan suçlar. Beccaria'ya göre bu ayırım esasını insan tabiatından bulur. İnsan hayatının emniyeti tabi haklardandır. Mülkiyetin emniyeti ise sosyal bir haktır. Tabii bir duygu olan merhamet hissine rağmen insanları ağır suçlar işlemeye sevk eden saiklerin adedi, onların kalplerinde bulunmayan ancak sosyal anlaşmalarda esasını bulan bir hakkı ihlale sevk eden saiklerin adedinden çok azdır. Ağır suçların sabit olduktan sonra, hatırası insanların hafızasında uzun bir müddet yaşar ve kaçmak suretiyle kurtulmuş olan suçlu hiçbir zaman zamaşımına layık değildir.^[40]

1.1.3.2.2 Bentham'ın Görüşü: Ağır suçlar bakımından zamaşımına karşı çıkan Bentham, taksirle işlenen ve teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından zamaşımını kabul etmiştir.^[41] Bentham, zamaşımı kurumunun yersiz ve mantıksız olduğu, uzun süre kaçma hünerini göstermiş olan suçlunun zamaşımı sayesinde mükafatlandırılmış; huzur içinde yaşaması teminat altına alınmış ve suçtan elde ettiklerinin meşrulaştırılmış olacağı fikrindedir.^[42]

1.1.3.2.3 Pozitivistlerin Görüşü: Pozitivistlere göre suçlu ancak hareket tarzıyla toplum için tehlikeli ve zararlı olmadığını kanıtladığı ve yeni yaşam koşulları içinde suçu tekrar işlemek hususundaki olanağı kaldırdığı takdirde zamaşımı kabul edilebilir. Türk Ceza Kanunu, gerek dava ve gerekse de ceza zamaşımını kabul etmiştir. TCK'nin "sosyal faydaların azalması" ve "suça ait delillerin kaybolması" gibi iki görüşe dayandığını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte TCK aynı cinsten yeni bir suç işlenmesi halini ceza zamaşımını kesici neden saymıştır. Böyle bir hükmün kabul edilmiş

[40] Erem, 1993, age, s. 874-875

[41] Becceria, Fasil XIII, s. 173-174.

[42] Bentham, Traite de Legislation Civile et Panele, Chapitre III, 3. baskı, Paris 1830 s. 162-163, aktaran, Uzun, tez, s. 13.

olmasına bakarak yasa koyucunun “uslanma” görüşüne az çok yer verdiği sonucuna da varmak mümkündür.^[43] Leh ve aleyhte birçok görüş ileri sürülen zamanaşımı kurumunu kabul etmek gerekir. Ancak suç işledikten sonra yakalanmayıp kaçan kişilerin ödüllendirilmeyip kazandığı şeyleri meşrulaştırmamak için zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde çok dikkatli davranılmalı, verilen süreler ne çok kısa ne de oldukça uzun olmamalıdır.

1.1.4. Zamanaşımının Hukuki Niteliği

Zamanaşımı kurumu, 5237 sayılı TCK'nin “Yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmının “*Dava ve Cezanın Düşürülmesi*” başlıklı dördüncü bölümünde 66-72. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Zamanaşımının hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zamanaşımı muhakeme hukukuna ilişkin bir kurum, diğer bir görüşe göre, zamanaşımı maddi ceza hukukuna ait bir kurumdur. Son görüş ise, zamanaşımının hem muhakeme hukukuna hem de maddi ceza hukukuna ilişkin olduğunu savunan karma bir görüştür. Bu üç temel görüş arasında günümüzde dahi hala bir fikir birliği sağlanamamıştır.

Zamanaşımına ilişkin kuralların olaylarla yakından bir bağlantısı olduğundan zamanaşımı kurumunun niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Konunun önemi, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının bazı alanlarda birbirinden farklı ilkelere tabii olmalarından kaynaklanmaktadır. Örneğin zaman bakımından uygulamada maddi ceza hukuku bakımından geçerli olan ilke “sanık lehine olan kanunun uygulanması” iken, ceza muhakemesi hukukuna hakim olan ilke “derhal uygulanırlıktır.” Sadece bu durum bile, kurumun hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gereğini açıkça ortaya koymaktadır. Zira varılacak sonuç sanığın hukuki durumunu ciddi şekilde etkilemektedir. Buna ek olarak zamanaşımının hukuki niteliği, verilecek hükmün niteliğinin belirlenmesinde de önem taşımaktadır.

Dava zamanaşımı dolduğunda dava açılmadığını ya da ceza zamanaşımı gerçekleştiğinde cezanın çektirilemeyeceği göz önüne alanlar, bu kurumun usul hukuku kurumu olduğunu ileri sürmektedirler.

Delillerin bozulması teorisinden hareket eden bu düşünceye göre zamanaşımı davanın açılmasına ve cezanın yerine getirilmesine engel olmaktadır. Bu haliyle zamanaşımı olumsuz bir muhakeme şartıdır. Bu muhakeme şartı,

[43] Erem, 1993, age, s.877

dava söz konusu olduğunda dava açılmasına engeldir. Ceza zamanaşımı, dava zamanaşımının devamı olduğu için bu olumsuz muhakeme şartı gerçekleşmeden cezanın infazı da mümkün olmayacaktır. Bir muhakeme şartı olması dolayısıyla zamanaşımı muhakeme hukukuna ait bir kurumdur. Zamanaşımının devletin cezalandırma hakkı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.^[44]

Bu görüş taraftarları için, zamanaşımı kurumunun usul yasaları içinde değil de ceza yasası içinde düzenlenmiş olması, bu kurumun bir yargılama hukuku kurumu olmasına etki yapmaz. Nitekim birçok kanunda örneğin Fransız mevzuatında zamanaşımı ceza kanunlarında değil ceza muhakemeleri usulü kanunlarında düzenlenmiş bulunmaktadır.^[45]

Buna karşılık bu kurumun ceza hukukuna ait bir kurum olduğunu iddia edenlere göre zamanaşımı dolduğunda devletin cezalandırma hakkı ortadan kalkar. Zamanaşımın davaya ve cezanın infazına etkisi, ceza vermek ve cezayı infaz ettirmek hakkının ortadan kalkmasının bir sonucudur. Bu nedenle, süre bitiminde dava açılmayacağı gibi, açılan davalara da devam edilemez ve kesinleşmiş olan cezalar da infaz edilemez.^[46]

İsviçre, Alman, İtalyan, Ceza Kanunlarının sistemi budur.^[47]

Zamanaşımının karma bir kurum olduğunu ileri sürenler de vardır. Bu görüşe göre, zamanaşımı, hem yargılama hukukuna hem de maddi ceza hukukuna ait bir kurumdur. Maddi ceza hukukuna aittir, çünkü zamanaşımı ile devletin ceza verme, verilen cezayı infaz etme hakkı ortadan kalkar. Ancak bunun yargılama hukukuna ilişkin yansımaları göz ardı edilemez. Zamanaşımı söz konusu olunca yargılama engeliyle karşılaşılar, kovuşturma yapılamaz, açılmış bir davaya devam edilemez.^[48]

[44] Gökçen Ahmet, Türk Hukukunda Zamanaşımı, Kamu Hukuku Arşiv Dergisi, s. 19, Uzun, tez, s.19.

[45] Erem, 1993, age, s.877

[46] Dönmezer / Erman, 1994, İstanbul, c. III, n. 2007 II. baskı

[47] Erem, 1993, age, s. 878

[48] İçel Yaptırım Teorisi, 3. kitap, İçel Kayıhan / Sokullu Akıncı Füsün / Özgenç İzzet / Sözüer Adem / Mahmutoğlu Fatih / Ünver Yener, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 2. baskı, Beta, 2002, İstanbul, s.338

Bu anlayışta olanlar dava zamanaşımının usul kanununda, ceza zamanaşımının maddi ceza kanununda yer almasına taraftarlardır, zira davayı düşüren bir sebep maddi hukukta mütalaa edilmemelidir.^[49]

Doktrindeki maddi hukuka ait olduğunu savunan yazarlar, Zamanaşımının 1982 Anayasasının 38. Maddesindeki düzenleme biçimine ve TCK kapsamında yer verilmiş bulunmasına göre maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur. Re'sen gözetilmesi gereken zamanaşımının gerçekleşmesi ile devletin ceza vermek hak ve yetkisi ortadan kalkar. Zamanaşımı gerçekleştiğinde dava açılmaz. Açılan davalara devam edilemediği gibi hükmedilen cezalar da yerine getirilemez. Devletin ceza verme hak ve yetkisinin düşmesi maddi ceza hukukuna ilişkindir. Ceza zamanaşımı konusunda daha da belirgindir. Zira artık hüküm kesinleştiği için yargılama hukukundan söz etmek mümkün değildir.^[50] Ayrıca dava ve ceza zamanaşımına ilişkin düzenlemelere Ceza Kanununda yer verilmesi, yine Anayasanın 38. maddesinin 2. fıkrasında “*Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır*” şeklinde, maddi ceza hukukunun önemli prensiplerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine atıf yapılmış olması da bu kurumların maddi ceza hukukuna ilişkin olduklarını gösterdiğini açıklamaktadırlar. Kaufmann da zamanaşımının maddi ceza hukukuna ait olduğunu, mahkemelerin görevi, davanın hangi yerde görüleceği gibi konuların usul hukukunu ilgilendirdiğini, zamanaşımı, şikayet gibi konuların ise maddi ceza hukuku ile alakalı olduğunu belirtmektedir. Örneğin, aile içi hırsızlık fiilinde, suçun mağduru şikayetçi olsa da olmasa da, yargı makamlarının ceza vermesi mümkün değildir. Aynı şekilde zamanaşımında da, suçun işlendiği bilinse de, bilinmese de, kanuna öngörülen süre dolduğunda, devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkar. Yani zamanaşımı mutlak surette usul hukuku ile ilgili değildir.^[51]

Doktrinde zamanaşımı kavramının usul hukukuna ait olduğunu savunan yazarlar, zamanaşımının 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrası uyarınca kamu davasını düşüren sebepler arasında gösterilmiş olmasının da, bu kurumun muhakeme hukuku ile alakalı olduğunun bir göstergesi olduğu belirtilmiştir.^[52]

[49] Erem, 1993, age, s. 878

[50] Uzun, tez, s. 22, İçel, Yaptırım Teorisi, age, s. 338-339.

[51] Kaufmann, Hilde, Strafanspruch, Straflagrecht, Göttingen 1968, s.134

[52] Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s. 984.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde; her ne kadar Alman hukukunda dava ve ceza zamaşıımı Alman Ceza Kanunu'nda (78 vd.) düzenlenmişse de, hakim olan görüş dava zamaşıımının muhakeme hukuku ile alakalı olduğu yönündedir.^[53] Zamaşıımının fille doğrudan bağlantılı (*Tatkomplex-Lehre*) olmadığı, maddi hukuka ait olduğunda failin zamaşıımı süresinin ne zaman duracağını, kesileceğini bilmesi gerektiğini oysa zamaşıımında fiil işlendikten sonra zamaşıımı süresinin dolup dolmadığını önceden bilmenin mümkün olmadığını, soruşturma makamlarının işlemlerini gerektiren huşuların usul hukukuna ait olduğunu, yasama sorumsuzluğu gibi zamaşıımının da muhakeme hukuku kurumu olduğu belirtilmektedir.^[54]

Bu bağlamda verilen örneklerden yola çıkılacak olursa zamaşıımı kurumunun devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldıran bir neden olduğu için zamaşıımı gerçekleştiğinde dava açılmaz. Açılan davalara devam edilemediği gibi hükmedilen cezalar da yerine getirilemez. Devletin ceza verme hak ve yetkisinin düşmesi maddi ceza hukukuna ilişkindir.^[55]

1.1.5. Yasadaki Değişiklikler Karşısında Zamaşıımı Hükümlerinin Uygulanması

1982 Anayasa'sının 38. maddesinin 1. fıkrasında; “*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*”. 2. fıkrasında ise “*Suç ve ceza zamaşıımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır*” denilmektedir.

5237 sayılı TCK'nin 2. maddesi, ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsuru bulunan “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine yer vermiştir. Kişi hangi eylemlerin suç

[53] Alman Federal Mahkemesi eski tarihli kararlarında zamaşıımının maddi ceza hukukuna ait olduğunu ileri sürmekte iken, son kararlarında muhakeme hukukuna ait olduğunu belirtmektedir. Bkz. Schmid, s. 1501.

[54] Roxin, s. 1052 vd.; Mord (nitelikli insan öldürme) bakımından zamaşıımının olmaması, suçlarda kısa veya uzun zamaşıımı sürelerinin öngörülmesinin maddi hukukla, zamaşıımını durduran ve kesen sebeplerin ise muhakeme hukuku ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir. Bkz Schmid, s. 1500

[55] Aynı yönde bkz. Uzun, tez, s. 22, İçel, Yaptırım Teorisi, age, s. 338-339 Kaufmann, Hilde, Strafanspruch, Strafklagrecht, Göttingen 1968, s.134

oluşturduğunu ve müeyyidelerinin neler olduğunu bilme hakkına sahiptir. Böylece kişi özgürlüğünün sınırları da belirlenecektir. Yasa tarafından açıkça yasaklanmamış olan her türlü davranışı özgürce yapabilecek ve ondan sorumlu tutulmayacaktır.

Zamanaşımına ilişkin kanunlarda, lehe olan kanunun geçmişe etkili olması esası kabul edilmiştir. Bu bakımdan zamanaşımı süresini kısaltan kanun, fail lehine olduğundan geçmişe etkili olacak iken, zamanaşımı süresini uzatan kanun, fail aleyhine olduğundan geçmişe etkili olamayacaktır. Bu sonuca, zamanaşımını devletin ceza verme ve cezayı infaz etme hakkını ortadan kaldırması nedeniyle, ceza hukukuna ilişkin bir müessese olarak kabul edersek varabiliyoruz.

Yasalarda zamanaşımı ile ilgili hükümlerde değişiklik yapıldığında, eski kanuna göre dava ve ceza zamanaşımı süreleri dolduğunda, devletin yar-gılama ve ceza verme hakkı sona erdiğinden bir sorun olmayacak, daha uzun süre öngören yeni yasanın, geçen süreyi yeniden başlatması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık fail ya da hükümlü hakkında henüz zamanaşımı süresi dolmadan zamanaşımı süresi arttırılmış veya azaltılmışsa durum ne olacaktır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır

Bir görüşe göre suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanundaki zamanaşımı hükümleri uygulanmalı, zamanaşımını değiştiren yeni kanun hükümleri geçmişe etkili olmamalıdır. Bu fikirde olanlar, suçlunun zamanaşımı hükümlerini dikkate alarak suç işlediği düşüncesinden hareket ederler. Ancak bu görüş, zamanaşımının kamu düzenine ilişkin olma esasına aykırı olup, yeni kanundaki zamanaşımı süresi eski kanundan kısa ise, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra işlenmiş olan suçlarda zamanaşımı nedeniyle takibat yapılmadığı halde eski kanun zamanında işlenmiş olan suçun zamanaşımı süresi dolmadığı için takibat yapılabilir.^[56]

İkinci bir görüşe göre, birinci görüşün tam tersi olarak zamanaşımı konusunda daima yeni kanun hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda eski kanuna göre zamanaşımına uğramış olan davaların yeniden açılabilmesi gibi zamanaşımı müessesesinin esasına ve mahiyetine aykırı bir sonuç ortaya çıkmakta olup, bu görüş bu yönden eleştirilmiştir.^[57]

[56] Taner, age, s. 167, Kunter, tez, s. 31, Uzun, tez, s. 23

[57] Kunter, tez, s. 31-32, Uzun, tez, s. 23

Zamanaşımını kesen ve durduran nedenler bakımından ise kesme ve durdurmayı kolaylaştıran kanunlar aleyhte, sınırlandıran kanunun ise lehte olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla sonraki kanun kesme ve durdurma nedenlerini azaltıyorsa lehte olduğu için uygulanmalıdır. Elbette bu söylemler için öncelikle eski kanuna göre zamanaşımının dolmaması gerekir. Eğer zamanaşımı sona ermişse, yeni kanunun daha uzun süre öngörmesi nedeniyle geçen sürenin yeniden başlatılması mümkün değildir.^[58]

Göröldüğu üzere sözü edilen Kanun, zamanaşımı süreleri ile zamanaşımını kesen ve durduran nedenleri ayırmıştı. Gerek dava ve gerekse de ceza zamanaşımında failin daha lehine olan, yani suçun nev'inin değiştirilmesi veya cezanın azaltılması sebebiyle zamanaşımı süresi daha kısa olan kanun hükümleri uygulanacaktır.^[59]

İKİNCİ BÖLÜM

İNFAZ ZAMANAŞIMI

2.1. İnfaz Zamanaşımı Kavramı

Hükmün kesinleştiği tarihten itibaren kanunda öngörölen belli sürelerin geçmesi ile birlikte devletin infaz yetkisini ortadan kaldıran kuruma ceza zamanaşımı denir.^[60] Ceza zamanaşımının gerçekleşmesiyle birlikte önemle belirtmek gerekir ki mahkumiyet değil, devletin bu mahkumiyeti infaz yetkisi ortadan kalkar. Bu durumda ceza zamanaşımına uğrayan bu hükümlölük varlığını sürdürdüğu için adli sicile işlenebilir, tekerrüre esas olabileceği gibi ertelemeye de engel olabilir.

Ceza zamanaşımının gerçekleşmesi halinde cezanın infazının sağlanması artık söz konusu değilse de ceza mahkumiyetinden doğan ve ceza sayılmayan mükellefiyetler (cezanın hukuki sonuçları) ile inzibati nitelikte cezalar varlıklarını koruyacaklardır. Bu mükellefiyetlerin belli başlıları şunlardır: Erteleme, tekerrür, adli sicile işleme, tazminat, disiplin cezaları, şahsi hak, yargılama giderlerinin infazlarının sağlanması gerekecektir. Bir kere daha yinelersek, ceza zamanaşımı ile devletin infaz kabiliyetinin ortadan kalkması,

[58] Demirbaş, age, s. 137. Centel Nur/ Zafer Hamide / akmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 5. baskı, İstanbul, 2008, s. 105.

[59] Kunter, tez, s.33

[60] Schmid, s.1580; Kunter, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 117; Yüce, s. 196

mahkumiyete halel getirmeyeceği gibi mahkumiyetin doğurduğu bütün neticeler saklı kalmaktadır.^[61]

Kesinleşmiş bir cezanın uzun süre yerine getirilememesi halinde artık o cezanın yerine getirilmesinde toplumsal bir yarar kalmaz. Ceza zamanaşımı, kesinleşmiş ceza mahkumiyetinin belirli bir süre içerisinde çektirilmemesi sebebiyle, devletin bu ceza mahkumiyetinin infaz hakkını düşüren maddi ceza hukuku kurumudur.^[62]

Kunter, ceza zamanaşımı yerine “yerine getirme zamanaşımı” teriminin kullanılmasını önermekle birlikte, bu terimin uzunluğu nedeniyle “ceza zamanaşımı” teriminin de kullanılabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, zamanaşımına uğrayan ceza hükmü değil, ceza olduğu içim, “ceza hükmü zamanaşımı” kavramının kullanılması hatalı olacaktır.^[63] Özgenç, “infaz zamanaşımı” demeyi tercih etmekle birlikte TCK’da kullanılan “ceza zamanaşımı” ifadesini de benimsemektedir.^[64]

Ceza zamanaşımının var olması gerektiği düşüncesinde olan yazarlar, kaynağını maddi ceza hukukundan alan bir kurum olan ceza zamanaşımının kabulüne etki eden sebeplerin, dava zamanaşımından farklı olmadığını ileri sürmektedirler. İki tür zamanaşımı bakımından ortak olmayan tek görüş “delillerin kaybolması” görüşüdür. Zira kesin hükmün varlığından dolayı artık delillerin kaybolabileceğinden söz edilmesi mümkün değildir. Ayrıca unutmaya görüşü bağlamında, hafızalardan silinen bir suçun cezasını çektirmekte kamu yararı olmadığı ve toplumun bu kadar geciken bir cezanın infazı halinde mahkuma acıyacağı ileri sürülmüştür.^[65]

Ortada aşamalardan geçerek kesinleşen ve infaz edilmesi olanaklı bulunan bir mahkumiyet hükmü bulunduğu için doğal olarak ceza zamanaşımı süreleri dava zamanaşımına göre daha uzun tutulmuştur. Örneğin unutmaya teorisine göre, dava zamanaşımı süresi içinde kişi hakkında suçu işlediği

[61] Kunter, tez, Kayaççiçek, agm.

[62] Yüce Tufan Turhan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985.

[63] Kunter, ceza zamanaşımını, “belli bir zamanın geçmesi ile bir suçtan doğan ve bir hükümle kesin olarak tayin edilen bir cezayı yerine getirmek hakkından devletin kanunla ve kayıtsız şartsız vazgeçmesi” şeklinde tanımlamaktadır. Kunter, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s.117 vd.

[64] Özgenç, age, s. 738.

[65] Bkz. Dönmezer-Erman: C. III, s. 281.; Önder: C. II- III, s.798.

hususunda yalnızca şüphe olmasına rağmen, ceza zamaanaşımında zaten suçluluğu kesin hükümlle belirlenmiş bir kişi bulunmaktadır. Bu itibarla suçluluğu belli olan “hükümlünün” hafızalardan silinmesi “şüpheli ve sanığa” göre daha geç olup, toplumda unutulması daha güçtür. Sosyal fayda teorisine göre ise, dava zamaanaşımında sosyal faydanın daha erken azaldığı, ceza zamaanaşımında ise daha geç olması nedeniyle ceza zamaanaşımı süreleri dava zamaanaşımı sürelerine göre daha uzundur.^[66]

Buna mukabil olarak bazı istisnai durumlarda, failin işlediği suç için öngörülen dava zamaanaşımı süresi ile ceza zamaanaşımı süresi birbirine eşit yahut dava zamaanaşımının süresi daha uzun olabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında^[67], ceza ve dava zamaanaşımı sürelerinin, suçların ağırlığı oranında, kamu düzeni içinde oluşturduğu etki ve ceza siyaseti gereği belirlenmesinin anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla yasa koyucunun takdirinde olduğunu, ceza hukuku alanında farklı hukuki yararları korumaları nedeniyle ceza ve dava zamaanaşımı sürelerinin eşitlik karşılaştırmasını esas alınmalarına olanak bulunmadığını belirterek dava ve ceza zamaanaşımı sürelerinin birbirine eşit olmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Ceza zamaanaşımından söz edildiğinde zamaanaşımın kabul edilmesinin önemli gerekçelerinden biri olan “delillerin kaybolması” iddiası artık geçerli olmayacaktır. Çünkü ortada muhakemesi yapılmış ve kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü vardır. Delillerin kaybolması dışında zamaanaşımının lehinde olan bütün sebepler ceza zamaanaşımı bakımından da geçerlidir.^[68]

Ceza zamaanaşımı 765 sayılı TCK’da 112, 113 ve 118. maddelerde düzenlenmesine karşılık, 5237 sayılı TCK’da ceza zamaanaşımı ile ilgili hükümler madde 68, 69, 70, 71. maddelerde düzenlenmiştir.

[66] Erem-Danışman-Artuk, s. 995.

[67] Anayasa Mahkemesi’nin 30.04.1998 tarih ve 1997/26 E., 1998/10 sayılı kararı, (bkz. 14.11.2002 tarih ve 24936 sayılı RG.). Karara konu olan olayda, sanık hakkında 12.2.1987 tarihinde taklit anahtar uydurmak sureti ile camiden hırsızlık yaptığı gerekçesi ile kamu davası açılmıştır. İddianamede sanık hakkında 765 sayılı TCK’nin 493/2. ve 522. maddelerinin uygulanması talep edilmiştir. 493. Maddede “ üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası” öngörüldüğü için, bu suç açısından dava zamaanaşımı süresi 102/3. maddeye göre “on yıldır”. Yapılan yargılama sonunda mahkeme alt sınırdan hüküm kurarak sanığı 3 yıl hapis cezasına mahkum ettiğinde, bu kişi açısından belirlenecek ceza zamaanaşımı süresi de “10 yıl” olacaktır. Bu durumun Anayasaya aykırı olduğu sebebiyle itiraz edilmiştir.

[68] Kunter, tez, s. 117 ve devamı.

TCK madde 68/1'e göre "Müebbet hapis cezalarında 30 yıl, 20 yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında 24 yıl, 5 yıldan fazla hapis cezalarında 20 yıl, 5 yıla kadar hapis ve adli para cezalarında 10 yıl, fiil işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanlar hakkında bu sürelerin yarısını; 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olanlar hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle infaz edilemez." şeklinde düzenlenmiştir.

Burada sanık, suçu işlediği saptanarak hakkındaki mahkumiyete ilişkin kararın kesinleşmesiyle artık "hükümlü" sıfatını almıştır. Ceza zamanaşımını da kararından kesinleşmesinden sonra işlemeye başlar. Anglo-Amerikan hukukunda bazı kanunlarla istisnai olarak dava zamanaşımını kabul edilmesine rağmen, ceza zamanaşımı bu hukuk sistemine tamamen yabancıdır. Çin Ceza Kanununda da dava zamanaşımını kabul edilmesine rağmen, ceza zamanaşımını konusunda bir hüküm yer almamaktadır. Ceza zamanaşımını tanıyan bazı ülkelerde ise, failin ve işlenen suçun özellikleri dikkate alınarak, belli suçlar bakımından ceza zamanaşımının kabul edilmediği göze çarpmaktadır. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu pozitivist görüşün etkisiyle; mükerrerlerin, suçu itiyat ve meslek edinenlerin veya suç işlemeye eğilimli olanların cezaları bakımından zamanaşımını kabul etmemiştir.^[69]

Alman Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde soykırım suçlarına ilişkin cezalara ve ömür boyu hapis cezalarına zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Avusturya Ceza Kanunu'nda da insanlığa karşı işlenen suçların zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir. Danimarka Ceza Kanunu'nda hafif cezalarda ceza zamanaşımı kabul edilmekle birlikte, ağır cezalarda 10 senelik sürenin geçmesi halinde infaz için Adalet Bakanı'nın izni aranmaktadır. Rus Ceza Kanunu'nda ölüm ya da ömür boyu hapis cezası gerektiren bir cezaya mahkûm olan kişi hakkında zamanaşımının işleyip işlemeyeceğine mahkeme karar verecektir. İnsanlığın barış ve huzuruna karşı işlenen suçlarda ise zamanaşımı uygulanmayacaktır.

2.2. Ceza Zamanaşımına Uğramayan Cezalar

Ceza Kanunumuzda açıkça ayırık tutulmayan bütün cezalar zamanaşımına uğrar.^[70] Ancak kanun bazı suçların belli koşullar altında işlenmesi

[69] Önder, age, s. 798

[70] Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.501

halinde ceza zamanaşımının söz konusu olmayacağını öngörmüştür. Ceza zamanaşımının söz konusu olamayacağı iki durum vardır.

Soykırım suçu insanlığa karşı suçlar ve bu suçları işlemek için örgüt kurma ve yönetme suçu ceza zamanaşımına uğramamaktadır. Bu suçlarla beraber 5237 sayılı TCK'nin 68/3. Maddesi uyarınca “Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü kısmında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz.”

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için;

A- TCK'nin İkinci Kitabını Dördüncü kısmında yazılı bir suçun (Millele ve Devlete Karşı Suçlar) bulunması

B- Bu suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezasına mahkum edilmiş olması

C- Bu suçların yurt dışında işlenmiş olması gereklidir.

Benzer bir düzenlemeye dava zamanaşımı yönünden TCK'nin 66/7. Maddesinde yer verilmişse de, ceza zamanaşımının da somut ceza dikkate alınacak olduğu için, hükmün uygulama alanının daha sınırlı olduğunu belirtmek gerekir.^[71]

2.2.1. Soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve bu suçları işlemek için örgüt kurma veya yönetme suçu

Birleşmiş Milletler Jenosit (Soykırım) Sözleşmesi BM Genel Kurulunda 11 Aralık 1946 yılında kabul edilmiş, 12 Ocak 1951 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyle soykırım suçları uluslararası suç olarak tanımlanmış ve bu suçun iç hukuk sistemlerine uyarlanması öngörülmüştür. Sözleşme'nin 5. Maddesi ile taraf devletler jenosit (soykırımı) kendi iç hukuk sistemlerinde cezalandırma yükümlüğü altında olduklarını kabul etmişlerdir. Sözleşmedeki jenosit tanımı, bugüne kadar yapılan sözleşmelere, hemen hemen bütün taraf devletlerin iç hukukuna birebir aktarılmıştır. Örneğin Almanya, Ceza Kanununa 220/a maddesini ekleyerek; Türkiye, yeni Türk Ceza Kanununda m.76'da bu suçun tanımına yer vererek sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiştir.^[72]

[71] Aynı yönde bkz. Kayaççek, Ceza Zamanaşımı, s. 6.

[72] Nimet Güller / Hamide Zafer, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, s. 8-9.

Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen sözleşmede savaş suçlarında ve insanlığa karşı suçlarda, dava zamanaşımının kabul edilmemesi önerilmişti. Ancak burada kastedilen dava zamanaşımı mı yoksa ceza zamanaşımı mı olduğu açıkça belirtilmemiştir. Öğretide bu konu tartışmalıdır. Özbek, yasanın bu maddelerinde sadece “zamanaşımı” ibaresinin kullanılması hem dava hem de ceza zamanaşımını ifade etmektedir görüşünde olmasına karşılık^[73] Fahri Gökçen Taner, “Kanun metninde – yalnızca zamanaşımı denildiğinde ve herhangi bir belirleme yapılmadığına göre iki tür zamanaşımına da işaret edildiği ve bu suçlar için ne dava ne de ceza zamanaşımının kabul edildiği sonucuna varmak yerinde olacaktır görüşündedir.^[74] Madde metinlerinde belirtilen bu suçların yurt içinde veya yurt dışında işlenmeleri sonucu değiştirmez ve bu süreler dava veya ceza zamanaşımına tabi olmazlar. Zira bu maddede bu hususta bir açıklık getirilmemiştir.

2.2.2. TCK'nin özel hükümler kitabının dördüncü kısmında yer alan suçlardan yurt dışında işlenenlerin ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarından biriyle cezalandırılması

5237 sayılı TCK'nin 68/3. Maddesine göre; “Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısmında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz.”

Hüküm, yurt dışında işlenen bazı suçların dava zamanaşımından istisna tutulmasını düzenleyen TCK'nin 66/7. Maddesinin, ceza zamanaşımına uyarlanmış simetriği niteliğindedir. Benzer bir hüküm 765 sayılı TCK'nin 118. Maddesinde yer almaktaydı.^[75]

Bu düzenlemeye göre; ceza zamanaşımına tabi olmama koşulları şunlardır:

a- Ceza, TCK'nin İkinci Kitabının Dördüncü Kısmında düzenlenmiş bir suç nedeniyle verilmiş olmalı, bu kısımda düzenlenen suçlar millete ve devlete karşı suçlardır.

[73] Özbek, (2005), s. 624.

[74] Taner, F.G., age, s. 138.

[75] Taner F.G., age, S. 138-139. 765 sayılı TCK. m. 118” Bu Kanunun İkinci Kitabının Birinci Babında yazılı ölüm veya müebbet yahut muvakkat, ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerin yurt dışında işlenmesi halinde ceza müruru zamanı yoktur” şeklindedir.

b- Cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezası olması,

c- Suçun yurt dışında işlenmiş olması gerekir.

Bu sayılan koşullar kümülatif olmalıdır. Bu üç koşulu taşıyan ceza, hükmün kesinleşmesinden itibaren, ne kadar süre geçerse geçsin zamaşımına uğramaz.

Görüldüğü gibi bu düzenleme TCK'nin 66. Maddesinin 7. Fıkrasına paralel bir düzenlemedir. Zira söylenilen fıkrada da “Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamaşımı uygulanmaz.” denilmektedir.

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (b) bendinde, vatana ihanet suçunda ceza zamaşımının uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Nitekim aynı kanunun “*Düşman Tarafına, Yabancı Memlekete Kaçanlar Hakkında Mali ve Fer'i Cezalar*” başlıklı 78/e maddesinde yer verilen; “Bu maddedeki suçlar hakkında, dava ve ceza müruru zamanı işlemez.” düzenlemesi ile başka bir istisna getirilmiştir.

2.3. Ceza Zamaşımı Sürelerinin Tespiti

765 s. TCK'nin 112. maddesinde, dava zamaşımında olduğu gibi, suçların cürüm ve kabahat şeklinde çift şeritli ayırımın doğal sonucu olarak cezaların ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis, müebbet ağır hapis, ağır hapis, hapis, hafif hapis, ağır para cezası, hafif para cezası ve hidematı ammeden muvakkaten mahrumiyet cezaları nazara alınarak, 30 yıl, 24 yıl, 20 yıl, 10 yıl, 4 yıl ve 18 ay şeklinde 6 kademeli ceza zamaşımı süreleri kabul edilmişken; 5237 s. TCK'da, suçlar arasında cürüm ve kabahat ayırımının kaldırılmış olmasına, ceza yaptırımını olarak sadece hapis ve adli para cezası öngörülmesine ve ceza yaptırımlarına ilişkin getirilen yeni hükümlere paralel 73 fakat eskisinden daha uzun olarak 40 yıl, 30 yıl, 24 yıl, 20 yıl ve 10 yıl şeklinde 5 kademeli olarak ceza zamaşımı süreleri (m. 68/1) öngörülmüştür.^[76]

[76] Kayaççiçek, agm, s. 2.

Sözü edilen maddenin 1. fıkrasında “*Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilemez.*”^[77] denildikten sonra infaz zamanasını sürelerini hükmolunan somut cezanın nev’i ve miktarına göre;

Suç tarihinde 18 yaşını bitirmiş kişiler için:

- a. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl,
- b. Müebbet hapis cezalarında otuz yıl
- c. Yirmi yıl ve daha fazla süreleri hapis cezalarında yirmi dört yıl,
- d. Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl
- e. Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl,

Geçmekle cezaların infaz edilemeyeceği belirtilmiştir.^[78]

TCK’nin 68. Maddesinin 2. Fıkrasında ise, çocukların işledikleri suçlardan dolayı mahkum oldukları hapis cezalarına ilişkin ceza zamanasını süreleri öngörülmüştür. Buna göre; “*Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilemez.*”

Doktrindeki bu hüküm çocuklar lehine pozitif ayrımcılık yapıldığı için eleştirilmektedir.^[79]

Hükümde yazılı olan ceza iki çeşit olup birbirinden farklı nitelikte iki çeşit cezaya hükmedilmesi durumunda ceza zamanasının tespitinin nasıl yapılacağı konusunda TCK’nin 68. maddesinin dördüncü fıkrasında bir düzenleme mevcuttur. Maddeye göre, “Türleri başka başka cezaları içeren hükümler, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle infaz edilmez.” hükmü yer almaktadır. Düzenleme 765 Sayılı TCK’nin 112. maddesi düzenlemesi ile aynı mahiyettedir. Ancak her iki düzenlemede de yer alan “en ağır ceza” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda farklı yorumlar

[77] Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK’nin sözü edilen maddesinde, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak cezanın “ortadan kalkması” yerine “infaz edilememesi” kavramı kullanılmıştır. 765 sayılı TCK m. 112/1 “Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki müddetlerin müruriyle ortadan kalkar.” şeklindedir.

[78] Hükümet tasarisının 87. maddesinde de, aynı süreler öngörülmüştü.

[79] Kanun koyucunun ceza zamanasını sürelerini belirlerken çocuklar lehine yapılan pozitif ayrımcılığın yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Hafizoğulları-Özen, s. 543.

bulunmaktadır. “En ağır ceza” ifadesinin nitelik itibariyle ağır olan cezayı ifade ettiğini savunanlar olduğu gibi daha uzun süreli zamanaşımını gerektiren ceza olarak anlaşılması gerektiği de savulmaktadır^[80]

Aynı failin işlemiş olduğu birden fazla suç hakkında birden fazla mahkumiyet kararı verilmesi ve verilmiş olan cezaların, cezaların içtimaı kuralına göre toplanması durumunda, zamanaşımı toplama neticesinde elde edilen cezaya göre değil, her cezanın içtima dışında varlığını koruması nedeniyle her cezanın ilişkin olduğu zamanaşımına göre sürelerin ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir.^[81] Yabancı hukuk kurallarında bu durum bazı kanunlarda açık hükümler ile düzenlenmiştir. Yargıtay’ında bu konuda kararları mevcuttur.^[82]

Ceza zamanaşımına esas alınan cezanın genel af ya da özel bir af ile daha hafif bir cezaya çevrilmesi halinde ceza zamanaşımı, kanunda yazılı cezaya göre değil çevrilme neticesinde elde edilen cezaya göre belirlenecektir.^[83]

Yukarıda da anlatıldığı gibi Ceza zamanaşımı sürelerinin tespiti, süreleri hükmedilen cezanın nev’i ve miktarına göre belirlenir. Ancak artık burada bu ceza kesin hükümlerle belli olduğundan, zamanaşımı belirleme yönünden ele alınacak ceza, hükümde yazılı olan sonuç cezadır.

2.4. Ceza Zamanaşımı Süreleri

TCK’nin 68. maddesinin birinci fıkrasında ceza zamanaşımına ilişkin süreler şu şekilde belirlenmiştir;

- a. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl.
- b. Müebbet hapis cezalarında otuz yıl.

[80] Kunter, “İki Çeşit Zamanaşımını Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süresinin Hesaplanması”,

İÜHFİM, C: III, 1947, s.1230

[81] Önder, age, s.803; Kunter, “İki Çeşit Cezayı Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süresinin Hesaplanması”, s.1230

[82] “Ceza Kanunu’nun 112. Maddesinin neveleri başka başka cezaları havi hükümlerin en ağır ceza için konulan müddetin geçmesiyle ortadan kalkacağını tespit eden hükmü aynı suç için tertip edilen başka nev’ideki cezaların müruru zaman müddetinin hesabına esas olup, ayrı suçlar için müstakilen hükmedilmiş olan cezalara şamil olmayıp aralarında içtima hükmü tatbik edilmiş olsa dahi, her fiile mürettep cezanın müruru zamanının müstakillen nazara alınması icap eder” (Yargıtay 4. CD., E. 1942/1850, K. 1942/33, T. 27.9.1942) Önder, age, s.804

[83] Koca, Üzülmez, age, s. 562

- c. Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmi dört yıl.
- d. Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.
- e. Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

On sekiz yaşından küçükler için ceza zamanaşımı süreleri de dava zamanaşımı süreleri gibi daha kısa öngörülmüştür. Buna göre fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında yukarıda belirtilen sürelerin yarısının geçmesiyle ceza zamanaşımına uğrar ve infaz edilemez.

Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, yukarıda yazılı sürelerin üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilemeyecektir.

Ceza zamanaşımı hususundaki diğer bir önemli konu ise ceza ile birlikte hükmedilen hak yoksunluklarının tabi olacağı zamanaşımı süresidir. Nitekim 765 Sayılı TCK zamanında kamu hizmetlerinden sürekli yasaklık cezasının zamanaşımına tabi olup olmadığı tartışılmalı bir konu idi. Bazı yazarlar kamu hizmetinden sürekli yasaklık cezasında zamanaşımının kabul edilmediğini ve bunu kabule götüren tüm yorumların kanunun iradesine aykırı olacağını savunmuşlardır.^[84] Karşıt görüşe ve Yargıtay kararlarına göre ise hükmedilen kamu hizmetlerinden sürekli yasaklık cezasının zamanaşımı süresi on sene, geçici yasaklık halinde ise beş senedir.^[85]

2.5. Ceza Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı

TCK'nin 68. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ceza zamanaşımı; “Hükümün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır.” şeklinde düzenlenmiştir. O halde cezanın infazına başlanmamışsa (hükümlünün kaçması ya da yasal nedenlerin sağlık vs. gerçekleşmesi gibi) ceza zamanaşımı süresi hükümün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

765 sayılı TCK'nin 113. maddesinde aynı yönde bir düzenleme vardı. Bu maddeye göre “*Hükümlerde müruruzaman hükümün katileştiği veya infazın herhangi bir suretle inkitaya uğradığı günden itibaren işlemeye başlar.*”

[84] Dönmezer, Erman, age, s.284; M.T. Taner, age, s.688

[85] Önder, age, s.803; (Yargıtay 8. CD., E. 1997/12562, K. 1997/13323, T. 10.10.1997) F. G. Taner, age, s.143

denilmekte idi. Görüldüğü gibi her iki düzenlemede de aynı sebeplerin ceza zamaşımı süresini başlatacağı belirtilmiştir. Bu sebepler, hükmün kesinleşmesi ve infazın herhangi bir sebeple kesintiye uğramasıdır. Bununla birlikte iki kanun hükmü arasındaki temel fark, 5237 sayılı TCK'da ceza zamaşımının kesintiye uğraması halinde göz önünde bulundurulması gereken zamaşımı süresinin, kesintiden sonra infazı gereken cezanın süre ve miktarına göre hesaplanacağı hükmünün getirilmiş olmasıdır.^[86]

Yazılan bilgileri özetlemek gerekirse kural olarak ceza zamaşımı, hükmün kesinleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Hükmün temyiz süresinin geçmesiyle veya verilen kararın Yargıtay'ca onanmasıyla kesinleşeceğini belirtmek gerekir.

2.5.1. Hükmün Kesinleşmesi

Ceza zamaşımının başlangıcının, hükmün kesinleştiği gün olarak belirtilmiş olması nedeniyle hükmün kesinleştiği günün de ceza zamaşımı süresine dâhil edilmesi gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki hükmün verilmesi ile kesinleşmesi arasında dava zamaşımı işler. Kanunda "hükmün kesinleştiği günden itibaren" ibaresi yer aldığına göre hükmün kesinleştiği gün ceza zamaşımı süresinin ilk günü, hükmün kesinleştiği gündür.^[87]

Yargılanmanın yenilenmesi ya da karar düzeltme gibi olağanüstü yasa yollarının açık bulunması, ceza zamaşımının işlenmesine engel değildir.^[88]

Hükmün kesinleşmesi iki şekilde gerçekleşmektedir. İlk halde verilmiş olan hüküm CMK 272/3'te yazılı olan istinaf yoluna başvurulamayan hükümlerden olup verildiği anda kesinleşmiş olacağından hükmün verildiği tarih ceza zamaşımının başlangıç tarihi olacaktır. Ayrıca temyiz ya da istinaf yolu açık olmakla birlikte bu yollara başvurulmayan hükümler ise kanun yoluna başvurma hakkının sona erdiği gün kesinleşmiş sayılacak ve bu tarihte ceza zamaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.^[89]

Hükmün kesinleşmesinin ikinci yolu ise istinaf ya da temyiz yolu açık olan hükümlerin Bölge Adliye Mahkemesi ya da Yargıtay'da yapılan inceleme

[86] Özbek, 2005, s. 621.

[87] Taner, F.G, age, s. 144, Koca/Üzülmez, age, s. 632.

[88] Yaşar / Gökcan / Artuç, age. c.II, s. 2314-2315..

[89] Ferhat Burgul, tez, s. 101.

sonucu kesinleşmesidir. Bu durumda ceza zamanaşımının başlangıç tarihi hükmün onandığı tarih olacaktır.

Mahkûmiyet hükmü ile birlikte cezanın ertelenmesi durumunda ceza zamanaşımı mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi ile başlayamayacaktır. Bunun nedeni mahkûmiyet hükmünün infaz kabiliyetinin bulunmayışdır. Bu nedenle de erteleme süresi içinde ertelemeyi sona erdirecek herhangi bir suç işlenmemişse mahkûmiyet hükmü meydana çıkamayacağından herhangi bir sorun da yaşanmayacaktır. Ancak erteleme süresi içinde ertelemeyi ortadan kaldıracak nitelikte bir suç işlenmesi halinde zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağını tespit etmek gerekir.^[90]

Bu konuyla ilgili doktrindeki yorumlara bakılacak olursa mahkumiyet ilamı kesinleşmiş bir insanın infazı ertelenmiş olan hapis cezaları bakımından ceza zamanaşımı süresi yeni suçun işlendiği ya da denetim süresi içinde yükümlülüklere aykırı hareket edildiği gün değil, erteleme kararının geri alındığı ve bu kararın kesinleştiği gün işlemeye başlayacaktır. Ancak Yargıtay kararlarında^[91] doktrindeki görüşe karşı olarak sürenin ertelenen cezanın derhal infaz edilebilir nitelikte bir ceza olmaması nedeniyle, zamanaşımı süresinin mahkûmun yeni bir suç işlediği günden itibaren başlaması gerektiği ifade edilmiştir.

2.5.2. İnfazın Kesintiye Uğraması

Ceza zamanaşımı süresi, mahkumiyet hükmünde belirtilen cezaya göre hesaplanır. Buna mukabil olarak, infaz kesintiye uğramışsa, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kişinin özgürlüğünü sınırlandıran bir koruma tedbirine müracaat edilmişse (örneğin, tutuklama), af kanunu dolayısıyla

[90] İçel v.d., age, s.363

[91] “Sanığın hırsızlıktan 6 ay hapis cezasına ilişkin 19.08.1974 tarihli tecilli mahkumiyetinin 28.8.1974 tarihinde kesinleşmesini müteakip, tecilin düşmesini gerektiren ikinci suçun 2.11.1976 günü işlendiği, ikinci suç ile verilecek mahkumiyet kararının kesinleşmesinin tecilli infazı için sadece hukuki tespit niteliği taşıdığı, bu itibarla tecilin düşmesi ve öngördüğü cezanın infazında ceza zamanaşımının ikinci suçun işlendiği tarih itibarıyla hesaplanması gerekeceği, incelenen dosyada tecilli cezanın 2.11.1976 tarihi itibarıyla TCK’nin 112/4. maddesinde öngörülen ceza zamanaşımını doldurduğu ve bu suretle infazına karar verilemeyeceği anlaşılınca, hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına...” Yarg. 1. CD’nin 15.09.1998 tarih ve 1998.2812 E., 1998/2751 K. sayılı ilamı, Karar için bkz. Günay, Dava ve Ceza Zamanaşımı, s. 125.

hükmolunan cezanın azalmasına neden olunmuş ise, ceza zamanaşımı, hükümde yazılı olan cezaya göre değil, geri kalan cezaya göre belirlenmelidir.^[92]

Konuyla ilgili Yargıtay 16. Ceza Dairesinin, 13.10.2015 tarih ve 2015/5314 E., 2015/3067 K. sayılı kararına bakılacak olursa “Dosya kapsamına göre, sanığın mahkum olduğu ilk ceza olan 12 yıl 6 ay ağır hapis cezasının 22.09.2003 tarihinde kesinleşmesi üzerine 20 yıllık ceza zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başladığı, sanığa cezanın infazı için tebligat çıkarılmadığı, 05.12.2003 tarihinde doğrudan yakalama emri düzenlendiği, ancak sanığın yakalanamadığı, daha sonra 5237 sayılı Kanuna göre yapılan uyarılama sonucunda 25.09.2007 tarihli karar ile cezanın 6 yıl 3 ay hapis olarak belirlendiği, bu kararın temyiz edilmeksizin 31.10.2007 tarihinde kesinleştiği, takip eden süreçte de sanığın yakalanarak cezasının infazının mümkün olmadığı, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 21.01.2008 tarihli ve 2003/4149 sayılı müddetnamesine göre sanığın tutukluluk ve gözaltında geçirdiği 941 gün mahsup miktarının bulunduğu, bu sürenin 6 yıl 3 ay hapis cezasından düşülmesi durumunda sanığın infaz etmesi gereken bakiye cezasının 5 yılın altına düştüğü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ceza zamanaşımı düzenleyen 68/5. Maddesinde yer alan “Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır” şeklindeki düzenleme uyarınca ceza zamanaşımı süresinin kalan ceza miktarı esas alınarak hesaplanması gerektiği, somut olayda hükümlünün infaz etmesi gereken kalan cezası 5 yıldan az olduğundan 10 yıllık ceza zamanaşımına tabi olacağı ve hükümlü hakkında yakalama emrinin çıkarıldığı 05.12.2003 tarihinden itibaren herhangi bir kesilme nedeni de bulunmadığından, 10 yıllık ceza zamanaşımı süresinin 05.12.2003 tarihinde dolmuş olduğu cihetle, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

Anlatılardan yola çıkarak varılan sonuca bakılacak olursa TCK'nin 68/5. maddesinde herhangi bir ayırım yapılmamış olduğundan, infazın kesilmesinin haklı veya haksız bir nedene dayanmasının bir ehemmiyeti bulunmamaktadır.^[93] Ancak önemle belirtmek gerekir ki, adaletsiz ve hakkaniyetsiz

[92] Demirbaş, s. 699, 700; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.803; Koca-Üzülmüş, s.692; Dönmezer-Erman, s. 287; Önder, s.800, 801.

[93] Aynı yönde bkz. Dönmezer-Erman , III, s. 287; Demirbaş, s. 701.

bir yapılanmanın önüne geçmek saikiyle kanunda cezanın infazının hangi hallerde kesintiye uğrayacağı daha sarih bir biçimde belirtilmesi gerekir.^[94]

2.6. Ceza Zamanaşımı Engelleri

2.6.1. Ceza Zamanaşımının Durması

Ceza zamanaşımının durması, kanunda sayılan bir takım engellerden dolayı kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infaz edilememesi sonucunu doğurmaktadır. Ceza zamanaşımının kesilmesi için cezanın infazına başlanmamış olması gerekmektedir. Ceza infaz edildiği sürece ceza zamanaşımının kesilmesi söz konusu olamaz.^[95]

Bu bağlamda bakılacak olursa durma nedenlerinin TCK'da düzenlenmemiş olması, kanunun ceza zamanaşımını durmasını kabul etmediği anlamına gelmez.^[96]

2.6.1.1 Ceza Zamanaşımını Durduran Sebepler

A. Milletvekilliği Sıfatının Kazanılması

1982 Anayasası'nın 83. maddesinin 3. fıkrasında; "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkına, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlenemez" denilmektedir.

Milletvekili sıfatının kazanılmasının ceza zamanaşımının başlangıcı olduğunu sadece milletvekili seçildikten sonra milletvekili hakkında kesinleşen hükümler bakımından kabul etmek mümkündür.^[97]

Bu konuda tartışmalı olan husus, Anayasanın 83. Maddesinin ceza zamanaşımını durduran bir neden mi, yoksa ceza zamanaşımının başlangıcını gösteren bir hüküm mü olduğudur. Bu konuda doktrinde iki görüş yer almaktadır.

Milletvekili dokunulmazlığının ceza zamanaşımını durduran bir sebep olmadığını savunan görüş, bu durumun ceza zamanaşımının başlangıcını

[94] Aynı yönde bkz. Önder, II- III, s. 801.

[95] Dönmezer, Erman, age, s.288

[96] Aynı yönde bkz. Dönmezer-Erman, III, s. 287.

[97] Demirbaş, s. 702; Taner, Zamanaşımı, s. 148.

gösterdiğini ileri sürmektedir.^[98] Diğer bir görüş ise, milletvekilliği sıfatının kazanılmasının ceza zamaşımını durduran bir neden olduğunu belirtmektedir.^[99]

Yukarıda açıklanan nedenlerden bir tanesi olan, ceza zamaşımını mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi ile birlikte işlemeye başladığına ve kişinin milletvekili seçilmeden önce işlemiş olduğu suçtan dolayı aldığı cezanın kesinleşmesi mümkün olduğuna göre, milletvekilliği dokunulmazlığı ceza zamaşımını durduran bir sebeptir.

B. Hükümlünün Asker Olması

5275 sayılı CGHTİK'nın 118. Maddesinin 1. Fıkrasında; “*Sırf askeri suçlar ile askeri disiplin suçları ayrık olmak üzere, askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı er ve erbaşlar yedek subaylar hakkında kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilen TCK'nin 50. Maddesinin 1. Fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yazılı tedbirler ile bu Kanununun 106. Maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamaşımı işlemeyiz*” denilmektedir.

CGTİHK'nın 118. Maddesinde, hem cezanın infazının ertelenmesi, hem de zamaşımının durması düzenlenmiştir.^[100] Her ne kadar madde metninde zamaşımının işlemeyeceği belirtilmişse de, bunun ceza zamaşımını olduğunda bir tereddüt yoktur.

C. Hükümlünün Başka Bir Suçtan Dolayı Ceza İnfaz Kurumunda Bulunması

5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasında; “*Birden fazla mahkumiyeti olan kişi bu mahkumiyetlerden birine ilişkin cezayı infaz kurumunda çektiği sürece, diğer cezaları açısından ceza zamaşımı işlemeyiz*” denilmektedir. Bu bağlamda, birden fazla mahkumiyeti bulunan hükümlünün, bu mahkumiyetlerden

[98] Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-tepe, s. 780; Demirbaş, Tekerrür, Erteleme, Koşullu Salıverilme ve Zamaşımı, s. 258; Dönmezer—Erman, III, s.291; Önder, , II-III, s. 791.

[99] İçel-Sokullu-Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 378.

[100] Doktrinde, askerlik hizmetinin ceza zamaşımını “kesen”

birine ilişkin cezayı ceza infaz kurumunda çektiği sırada, diğer cezalar bakımından, zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

Bakıldığı zaman burada özellikle zamanaşımı ile ilgili bir konunun TCK'nin zamanaşımına ilişkin maddelerinde veya infazı ilgilendirdiği için CGTİHK'da yer almaması, kanun yapma ve kanunun belirleyici olma özelliğine aykırı nitelik taşımakta olup, bu durumun TCK'nin hazırlanma ve kanunlaşma sürecinde unutulmuş bir hüküm olarak bakılacak olursa mevzuata bir şekilde tekrar eklenmelidir.^[101]

D. Cezanın İnfazının Ertelenmesi Veya Durdurulması

5320 sayılı CMK'nın Yürürlük Kanunu'nun "Zamanaşımı" başlıklı 15. maddesinin 2. fıkrasında; "*Cezanın infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde, bu cezaya ilişkin zamanaşımı işlemmez.*" denilmektedir.

Cezanın infazının ertelenmesi ile birlikte duran ceza zamanaşımı süresi infazın ertelenmesi kararının kaldırılması ile birlikte kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

02.07.2012 tarihli ve 6352 s. Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'da da ceza zamanaşımını durduran bir neden öngörülmüştür. Kanun'un Dava ve Cezaların Ertelenmesi kenar başlıklı geçici 1. Maddesinin 1. Fıkrasında; 31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı; soruşturma evresinde, CMK'nın 171. Maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma evresinde kovuşturmanın ertelenmesine, kesinleşmiş olan mahkumiyet hükmünün ertelenmesine karar verileceği belirtilmiştir; 3. Fıkrasında mahkumiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkumiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmayacağı belirtilmiştir. Geçici 1. Maddenin 4. Fıkrasında ise "Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi halinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya

[101] Aynı yönde bkz. Taner, Zamanaşımı, s. 149.; Mukayeseli hukukla ilgili bkz. Önder, II-III, s. 800.

kovuşturmanın ertelenmesi halinde, erteleme süresince dava zamanasını ve dava süreleri durur.^[102] hükmüne yer verilmiştir.^[103]

2.6.1.2 Ceza Zamanasının Durmasının Sonuçları

Ceza zamanasını durduran nedenlerin varlığı halinde o günden itibaren ceza zamanasını işlemez. Ancak kesilmeden önce işleyen ceza zamanasını süresi saklı kalacaktır. Ceza zamanasının durduğu veya işlediği gün süreye dahil olacaktır. Yasalarda ceza zamanasının ne kadar süre duracağı konusunda herhangi bir üst sınır koyulmamıştır. Ceza zamanasını durduran nedenin ortadan kalkmasından sonra sürenin tekrar işlemeye başlayacağı açıktır.

[102] “TCK’nin 6/1-g maddesinde, ceza kanunlarının uygulanmasında, basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınların anlaşılacağına belirtilmesi karşısında, şikayete konu kaydı, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan youtube adlı video paylaşım sitesi üzerinden yayımladığı iddia olunan sanık hakkında, 6352 sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesinin, “31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı; a) Soruşturma evresinde, 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK’nın 171. Maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine, c) Kesinleşmiş olan mahkumiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.” hükmü gereğince, kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmesi “Yarg. 12. CD.’nin, 22.10.2014 tarih, 2014/9717 E., 2014/26258 sayılı kararı , karar için bkz Kazancı İçtihat Bankası

[103] Anayasa Mahkemesi 04.07.2013 tarih, 2012/100 E., 2013/84 sayılı kararıyla 6352 s. Kanunun geçici 1. Maddesinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Anılan kararın gerekçesinde özetle “Kanun koyucunun, 5237 sayılı TCK’nin 51. Maddesinde düzenlenen “hapis cezasının ertelenmesi” ile dava konusu kurallarda düzenlenen “ceza ve davaların ertelenmesi” ni farklı hukuki kurumlar olarak düzenlemesinde ve bunlara farklı hukuki sonuçlar bağlamasında da eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Her iki kurum farklı hukuki yararları gerçekleştirmek üzere düzenlenmiş olup, bu kurumlardan faydalanan faillerin hukuksal durumları da farklıdır. Dolayısıyla farklı hukuksal durumdaki bu kişilere farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmamaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa’nın 2., 10. ve 153. Maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” Karar için bkz. 02.08.2013. tarihli, 28726 sayılı Resmi Gazete.

Ceza zamanaşımını durduran sebebin ortaya çıktığı gün ile ortadan kalktığı günün ceza zamanaşımı süresine dahil edilmesi gerekir.^[104]

İştirak halinde işlenen bir suçtan dolayı mahkum olan suç ortaklarının biri hakkında söz konusu olan ceza zamanaşımının durduran sebep, diğer şeriklere sirayet etmektedir.^[105] Zira cezaların şahsiliği ve ceza zamanaşımını durduran sebeplerin kişisel nitelikte olması nedeniyle bu sonuca ulaşmak mümkündür.

2.6.2 Ceza Zamanaşımının Kesilmesi

Öncelikli belirtmek gerekir ki kesilmeden bahsedebilmek için, ceza zamanaşımı sürelerinin başlamış olması gerekir. Henüz işlenmeye başlamamış bir sürenin kesilmesinden de bahsedilmeyecektir. Ceza zamanaşımının kesilmesi, kanunda yazılı durumların varlığı halinde işlemiş olan ceza zamanaşımı süresinin işlememiş sayılarak yeniden işlemeye başlamasıdır. Ceza zamanaşımının kesilmesi için cezanın infazına başlanmamış olması gerekmektedir. Ceza infaz edildiği sürece ceza zamanaşımının kesilmesi söz konusu olamaz.^[106]

5237 sayılı TCK'nin "ceza zamanaşımının kesilmesi" başlıklı 71. maddesinde düzenlenmiştir. Bu nedenlerin yorum veya kıyas yoluyla genişletilmesi olanaklı değildir. Bu maddeye göre;

1- Mahkumiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ceza zamanaşımını keser

2- Bir suçtan dolayı mahkum olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamanaşımı kesilir.

Ceza zamanaşımının kesilmesi, kanunda açıkça sayılan bazı hukuki fiillerden dolayı, o ana kadar işlemiş olan ceza zamanaşımı süresinin işlememiş sayılmasını ve ceza zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlamasını ifade etmektedir.^[107] Maddede belirtilen kesilme nedenleri gerçekleştiğinde ceza zamanaşımı "yeniden ve baştan" itibaren işlemeye başlar.

[104] Taner, Zamanaşımı, s. 149.

[105] Demirbaş, s. 703.

[106] Dönmezer, Erman, age, s.288

[107] Taner F.G., age, s. 150.

Ceza zamaşımını kesen işlemlerin ortak özelliği bunların devletin cezalandırma isteğini gösteren işlemler olmasıdır.^[108]

Bu bağlamda infaz ceza zamaşımını kesici bir etkiden ziyade, zamaşımını durduran bir özelliğe sahiptir. Zira kesinleşmiş mahkumiyet ilanı ile beraber ceza infaz kurumuna konulması durumunda ceza zamaşımı süresi hiç işlemeye başlamayacağından, haliyle bu sürenin kesilmesinden de bahsedilmeyecektir. Ancak infaz süresince ceza zamaşımı süresi işlemeyecek yani duracaktır.

2.6.2.1 Mahkûmiyet Hükümünün İnfazı İçin Hükümlüye Yapılan Tebligat

Bu işlemin ceza zamaşımını kesebilmesi için yetkili merci tarafından ve yalnızca infaz amacıyla yapılan bir tebligat olması gerekmektedir. Bu nedenle de önemi olmayan idari nitelikte bir işlemin zamaşımından beklenen faydayı ortadan kaldırmaması için tebligat şartı getirilmiştir.^[109]

Mahkumiyet hükümünün kesinleşmesi ile birlikte, hüküm infazı için yetkili mercii Cumhuriyet Savcılığıdır (CGTİHK. M.20/3). Buna göre, hüküm veren mahkeme tarafından hüküm kesinleşmesinden sonra infaz için hüküm Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Yapılan işlemin zamaşımını kesebilmesi için işlemin mahkûma tebliği şarttır. Mahkûmdan başkasına yapılacak tebligat infaza ilişkin de olsa zamaşımını kesmeyecektir.^[110] Yapılacak tebligatın usulüne uygun olması ve cezanın infazına ilişkin olması gereklidir.^[111] Bu nedenle para cezasının belirli bir süre sonra infazına başlanacağına tebliğ edilmesi zamaşımını kesecektir.^[112] Yargılama giderleri, hükümde tespit edilen şahsi hakların ödenmesi için yapılacak tebligat ise zamaşımını kesmeyecektir.^[113]

Burada ayrıca belirtmeliyiz ki, hükmedilen cezanın tebliği zorunlu olduğuna göre, ceza zamaşımının tebliğ altından başlaması gerekir. Ayrıca ceza zamaşımını kesen sebepler sonucunda sürenin uzayacağı bir üst sınır

[108] Taner F.G. age, s. 150.

[109] Önder, age, s.805

[110] Dönmezer, Erman, age, s.288

[111] İçel vd., age, s.364

[112] Önder, age, s.805

[113] Dönmezer, Erman, age, s.289

bulunmadığı ve tebliğ ile birlikte işlemekte olan süre yandığı için, sürenin tebliğ tarihinden başladığını söylemek yanlış olacaktır. İnfaz için, zorla getirme ve tutuklama müzakerelerinin tebliğ edilmesinin ceza zamanaşımını keseceği belirtilmiştir.^[114]

2.6.2.2 Mahkumiyet Hükümünün İnfazı İçin Yetkili Mercii Tarafından Hükümlünün Yakalanması

Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan kişi cezanın kesinleşmesi nedeniyle bu mahkumiyet hükümünün infazı için yakalanmışsa ceza zamanaşımı kesilir. Yakalanmadan amaç cezanın yerine getirilmesi için hükümlü hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından verilecek yakalama emri ile yakalanmasıdır. Başka bir ifade ile hükümlünün bu cezayı infaza yetkili olan mercinin eline geçmesidir. Yakalanmanın cezasının infazı ortadan kaldırmış olması gerekir.

Burada önemli olan madde şudur ki hükümlünün bu amaçla yakalanmış olmasıdır, dolayısıyla henüz infaza başlanmadan cezaevine götürürken hükümlünün firar etmesi durumunda da zamanaşımı kesilmiştir.^[115] Mahkûmun başka bir suç şüphesi ile ya da cezasının ertelenmesi amacıyla yakalanmış olması zamanaşımını kesmeyecektir. Yakalamayı yapan kişinin de yakalama bakımından yetkili olması gerekmektedir. Yakalamanın hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı için yapılmış olması yeterlidir. Yakalama gerçekleşikten sonra hükümlünün kaçması halinde dahi zamanaşımı kesilmiş sayılacaktır. Mahkûm hangi suç nedeniyle yakalanmışsa, yalnız o suç bakımından zamanaşımı kesilecektir. Mahkûmun işlediği başka bir suç nedeniyle yakalanması zamanaşımını kesmeyecektir.

2.6.2.3 Üst Sınırı İki Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Kasıtlı Bir Suç İşlemesi

5237 sayılı TCK'nin 71. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir suçtan dolayı mahkum olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde ceza zamanaşımı kesilir. Sanığın işlediği suçun kasıtlı olması yanında iki yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi gerekir. Kasıt gerçek yahut olası kasıt olabilir. İcrai hareket ya da ihmali davranışla suç işlenebilir. Yasanın açık anlatımı nedeniyle işlenen suçun üst sınırı iki yıl ise ya da suç taksirle işlenmişse ceza zamanaşımı kesilmez. Buna mukabil

[114] Aynı yönde bkz. Koca-Üzülmez, s. 695.

[115] Demirbaş, age, s. 736.

olarak mahkumun ikinci suçu için aldığı cezanın önemi yoktur. Önemli olan mahkumun ceza aldığı yasa maddesinin üst sınırının iki yıldan fazla olmasıdır.

765 Sayılı TCK düzenlemesinde aynı cinsten suç işlenmesi halinde zamanaşımının kesileceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme suçlunun tehlikelilik halinin yalnızca aynı türden suç işlemesi halinde değil, herhangi bir suç işlemesi ile devam edeceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi.^[116] 5237 Sayılı Kanun da Pozitivist okulun görüşünü benimseyerek bu ayrımı kaldırmıştır. İkinci işlenen suçun zamanaşımını kesebilmesi için, suçun mahkeme kararı ile sabit olması gerekmektedir. Ancak zamanaşımının kesici etkisi ikinci suç hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşme tarihinde değil, bu suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.^[117]

Ceza zamanaşımı süresinin başlamasından önce ya da ceza zamanaşımının dolmasından sonra işlenen yeni suçun ceza zamanaşımını kesmek mümkün değildir. İkinci suçun mutlaka ceza zamanaşımı süresi içinde işlenmesi gerekir. Burada dikkat edilecek en önemli husus yeni suçun ceza zamanaşımını kesebilmesi için, mutlaka kasten işlenebilir olması gerekir. Buna göre, hükümlünün işlediği yeni suçun cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmakla birlikte, bu suç taksirle öldürme olsa, ortada kasıtlı bir suç olmadığı için ceza zamanaşımı kesilmeyecektir. İkinci suçun olası kastla işlenmiş olması durumunda diğer şartlar da mevcut ise, ceza zamanaşımı kesilecektir. Buna karşılık bu suç taksirle veya bilinçli taksirle işlemiş ya da kabahat türünden bir eylem ise ceza zamanaşımı kesilmeyecektir.

Kanunda böyle bir sebebe yer verilme nedeni, ikinci bir suç işleyen kişinin kamunun dikkatini üzerine çekmesi, önceki mahkumiyetinin izlerini, emarelerini silmeden suç işleyerek, bunları hatırlamış olması, kötü saikle suç işleyen kişinin kanunda lehe hükümlerinden yararlanmaması olduğu ileri sürülmüştür.^[118] Ayrıca kanun koyucu burada ceza zamanaşımını hükümlünün ıslahına yönelik olarak da kabul etmektedir. Zira yeni bir suç işlendiğinde

[116] M. T. Taner, age, s.690; Kunter, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s.136

[117] Dönmezer, Erman, age, s.290

[118] Dönmezer-Erman, III, s. 290.

önceki mahkumiyeti ile ilgili olarak işlemekte olan ceza zamanaşımı süresi yanacağı için, kişiyi suç işlemekten caydırıcı bir etkiye sahiptir.^[119]

İkinci suçun TCK'da ya da ceza hükmü içeren özel yasada yaptırıma bağlanmış bir suç olmasının sonucuna bir etkisi yoktur. İkinci suç, yabancı memlekette işlenmişse bu suç hakkında Türk Mahkemeleri tarafından karar verilmiş olması kaydıyla ceza zamanaşımı kesilir.^[120]

2.6.3 Ceza Zamanaşımının Kesilmesinin Sonuçları

Ceza zamanaşımı kesildiğinde o güne kadar işlemiş olan ceza zamanaşımı süresi yanar ve zamanaşımı süresinin hesabında gözetilmez. Süre kesilme günü de dahil olmak üzere yeniden ve tam olarak işlemeye başlar.

5237 sayılı TCK'da dava zamanaşımının aksine ceza zamanaşımı bakımından kesme nedenlerinin birden fazla olması durumunda üst sınır öngörülmemiştir. Buna göre, ceza zamanaşımını kesen sebeplerin arasında ceza zamanaşımı süresi dolmadıkça her kesici süre ile zamanaşımı yeniden işlemeye başlar^[121] ve bu durum hükümlünün ölümüne kadar devam edilebilir.

Cezanın infazına başlandığı hallerde infazın hukuki veya fiili nedenlerde kesintiye uğraması durumunda, ceza zamanaşımı infazın kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar. Ceza kısmen infaz edildiği için, kesintiden sonra işleyecek zamanaşımı kesinti tarihi itibarıyla infaz edilmemiş olan ceza üzerinden hesaplanır. Ceza zamanaşımının kesinleşmesinin etkisi kişiseldir.^[122] Yani suç ortaklarını etkilemez.

5275 sayılı CGHTİK'nın 118. Maddesinin 1. Fıkrasında, “sırf askeri suçlar ile askeri disiplin suçları ayırık olmak üzere, askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı er ve erbaşlar ile yedek subaylar hakkında kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilen TCK'nın 50. Maddesinin 1. Fıkrasında (c), (e), (f) bentlerinde yazılı tedbirler ile

[119] Doktrinde Nurullah Kunter, ceza zamanaşımını kesen bu sebebi, zamanaşımını suçlunun ıslah olduğu düşüncesiyle değil, sosyal zararın ortadan kalkmasıyla temellendirenlerin böyle bir kesme nedenini kabul etmeyeceklerini belirtmektedir. Kunter, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, s. 137.

[120] Dönmezer/Erman, 1983, s. 366.

[121] Koca-Üzülmez, s. 694; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s. 785.

[122] Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 1028; Öztürk-Erdem, *Ceza Hukuku*, ss. 446; Soyaslan, s. 592; Demirbaş, s. 706; Koca Üzülmez, s. 694; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s. 785.

bu Kanununun 106. Maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamaşaşımı işlemez.” denilmektedir.

Cezanın yerine getirilmesi herhangi bir nedenle kesintiye uğradığında ceza zamaşaşımı, 68/5. Madde uyarınca kalan ceza üzerinden hesaplanacak ve yeniden işlemeğe başlayacaktır. Bu durumda ceza zamaşaşımının hükümlü lehine azalması mümkündür. Örneğin; 5 yıl 15 gün hapis cezasının, ceza zamaşaşımı süresi TCK'nin 68/1-d maddesi uyarınca 20 yıldır. Hükümlünün bu cezası infaz olunurken 20 gün sonra herhangi bir nedenle kesintiye uğradığında ceza zamaşaşımı süresi kalan 4 yıl 11 ay 25 gün üzerinden hesaplanacak ve anılan maddenin 1/e fıkrasına göre 10 yıl olarak belirlenecektir. Bu durumda ceza 10 yıl içinde infaz edilemezse ve kesen nedenler yoksa 10 yıl geçtikten sonra bu ceza infaz edilemeyecektir.^[123] Başka bir örneğe bakılacak olursa hükümlü 01.01.2019 tarihinde 3 yıl hapis cezası içeren mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olsun. Hükümlüye 01.03.2019 tarihinde cezasının infazı amacıyla davetiye gönderilmiş, hükümlü davete rağmen gelmediği için hakkında yakalama kararı çıkartılmış ve 01.03.2029 tarihinde yakalanmıştır. Hükümlünün ceza miktarı dikkate alındığında ceza zamaşaşımı süresi 10 yıldır. Hükümlüye 01.03.2019 tarihinde davetiye gönderilmesiyle zamaşaşımı süresi kesilmiş, hükümlü zamaşaşımı süresinin son günü 01.03.2029 yılında yakalanmıştır. Hükümlü, ceza zamaşaşımı süresi içinde yakalandığı için cezası infaz edilmelidir. Hükümlü, 1 gün sonra yakalansaydı cezası zamaşaşımına uğradığı için, cezanın infazı mümkün değildi.

2.6.4 Ceza Zamaşaşımını Süresinin Dolmasının Sonuçları

Kanunda öngörülen muayyen sürelerin geçmesi ile birlikte kesinleşen cezanın infaz edilme olanağı ortadan kalkmakta ve böylece ceza düşmektedir. Nitekim bu husus, 5237 sayılı TCK'nin 67z maddesinin 1. Fıkrasında; “Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilemez” denilerek belirtilmiştir.

Ceza zamaşaşımının gerçekleşmesi ile yalnızca cezayı infaz etme yetkisi düşmekte buna karşılık hüküm diğer sonuçlarıyla varlığını devam ettirmektedir. Bu nedenle de ceza zamaşaşımı gerçekleşse dahi hüküm tekrerrü

[123] Bakıcı, age, s. 1321.

esas alınabilir. Aynı şekilde 74. Maddede belirtildiği cezanın düşmesi, şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez.^[124]

Ceza zamaşımını süresinin dolması, şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez (m. 74/3). Buna göre, cezanın infazı mümkün olmakla birlikte hükümlüden hukuk mahkemelerinde dava açılarak tazminat talebinde bulunulabilir. Belirtmek gerekir ki, yargılama giderleri, adli para cezası olmadığından, bunun zamaşımını nedeniyle ortadan kalkmaması gerekir. Zira zamaşımını cezanın infazını engellemekle birlikte, hüküm varlığını korumaktadır.

TCK'nin 18. Maddesinin 1. Fıkrasının (e) bendinde, geri verme talebine esas teşkil eden fiil zamaşımına uğramışsa, geri verme talebinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre iadesi talep edilen hükümlünün mahkum olduğu cezanın zamaşımına uğramış olması durumunda iade talebi reddedilmektedir. Benzer bir hüküm Suçluların Geri Verilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 10. Maddesinde yer almaktadır.

2.6.5 Ceza Zamaşımının Güvenlik Tedbirlerine Etkisi

TCK'nin 53. Maddesinin 2. Fıkrasında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri kural olarak mahkum olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam eder. Buna göre mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi ile birlikte cezanın infazına başlanmış ise, hak yoksunluğu asıl cezaya bağlı olarak infaz süresiyle sınırlı olarak sonuç doğuracaktır. Buna karşılık mahkumiyet hükmünün infazına başlanmamış ise, hak yoksunluğu^[125]

[124] 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 9. Maddesi uyarınca ceza zamaşımını süresinin gerçekleşmesiyle ceza silinerek arşiv kaydına alınır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m. 9 – Adli Sicildeki bilgiler;–(1) Adli sicildeki bilgiler; a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) Ceza zamaşımının dolması, d) Genel af, Halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kaydına alınır. (2) Adli sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir. (3) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerde verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.

[125] Hak yoksunluğu TCK'nin 53. Maddesinde düzenlenmiştir.

mahkumiyet hükmünün kesinleşmesiyle birlikte kanuni netice olarak devreye girecek ve cezanın infazı tamamlanıncaya kadar sonuçlarını doğuracaktır.^[126]

Kanunda cezaların infazına yönelik zamaşımı süresi öngörülmesine rağmen, hak yoksunlukları bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri, asıl cezanın etkisini arttırmak için verilen yaptırımlar olduğu için, asıl cezaya bağlıdırlar ve asıl ceza var olduğu müddetçe güvenlik tedbirlerinden söz edilebilir. Diğer bir görüşe göre ise, güvenlik tedbirleri için ayrı bir ceza zamaşımı kabul edilmemelidir.^[127]

Kanunda hak yoksunlukları ve müsadereye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.^[128]

Hak yoksunluklarında cezası kesinleşen ve yakalanamadığı için cezası infaz edilemeyen hükümlü ile ilgili olarak ortaya çıkan hak yoksunlukları, cezanın infazı beklenmeksizin uygulamaya konulacak ve ceza zamaşımı doluncaya kadar varlığını koruyacaktır. Müsadere ile ilgili ise, 5237 sayılı TCK'nin 70 maddesinde; "Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez" denilmektedir.

Anlatılanlardan yola çıkılarak TCK'nin 54. Maddesinin 4. Fıkrası gereğince, ne kadar süre geçerse geçsin, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilebilecek nitelikte olduğu için, 70. Madde, bu açıdan bir anlam ifade etmemektedir.^[129] Müsadereye ilişkin bu hükmün kanunda yer alma nedeninin gerek failden gerek kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle, zamaşımı süresinin haklı bir nedene dayanmaksızın, failin lehine geçmesinin engellenmesi olduğu belirtilmiştir.^[130]

[126] Koca-Üzülmez, s. 696.

[127] Bkz. Önder, II-III, s. 807 vd.; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s. 781.

[128] Bu konu ile ilgili ayrıntılı olarak Hükümet Tasarısının 88. Maddesine bakınız.

[129] Aynı yönde bkz. Hafizoğulları-Özen, s. 544.

[130] Arslan, Çetin-Azizağaoğlu-Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 259.

KAYNAKÇA

Aldıkaçtı Orhan, *Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982.

Altıparmak Cüneyd, *Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanaşımı*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, s. 1.

Arsalan Çetin, *Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi*, AÜHFD, c. 57, sayı 1.

Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2015.

Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş, 3. Bası, Ankara, 2007.

Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, II Yaptırım Hukuku, Ankara, Ankara 2003.

Artuk / Gökçen / Yenidünya, *5237 sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi 2. Bası Ankara 2006

Bakıcı Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalaet Yayınevi, Ankara 2007.

Beccaria, *Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi*, (Çev: Muhittin Göklü), 3. Bası, İstanbul 1994

Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, 5. Bası, İstanbul 2008

Certel Abdulkadir, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, güncellenmiş 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 1983.

Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1994.

Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 1997.

Erem Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 1997.

Erem Faruk, *Ceza Kanunu Şerhi*, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi Ankara 1993.

Erem Faruk / Danışman Ahmet / Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.

Gökçen Ahmet, *Türk Hukukunda Zamanaşımı*, Kamu Hukuku Arşiv Dergisi.

Hafizoğulları Zeki, *5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi*, Ankara Barosu Dergisi, sayı: 2006/3.

Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2010.

Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara 2015.

İçel Kayıhan – Sokullu, Akıncı Füsun – Özgenç İzzet – Sözüer Adem – Mahmutoğlu Fatih S. – Ünver Yener, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.

Koca Mahmut – Üzülmaz İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2015.

Kunter Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1951.

Kunter Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımının Kesilmesi*, AD. Yıl:37, Haziran 1946.

Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1989.

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu*, Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2012.

Taner Tahir, *Ceza Hukuku Umumi kısım*, İstanbul 1953.

Taner Fahri Gökçen, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Seçkin Yayınevi Ankara 2008

Taşdemir Kubilay, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, Ankara 2001.

Uzun, Mehmet Ali, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 1994.

Ünver Yener / Nuhoglu Ayşe, *İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı*, İstanbul 1997

Yüce Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (TCK m. 1-75), 5. Baskı, İstanbul 2015.