



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

35

YIL:9, SAYI:35, TEMMUZ 2018

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR

Şahin ALTUĞ
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Şahin ALTUĞ
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Gökhan KARAKÖSE
İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlalibel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. ErsaŒ ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İŐFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA.....1

AİHM'nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü

The Role of European Court of Human Rights as a Constitutional Court

Doç. Dr. Cenk AKİL41

Avukatların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü

Attorneys' Obligation to tell the Truth

Dr. Öğr. Üyesi Fatih KAPLANHAN, Hüseyin Çağrı BAŞER.....57

Danıştay ve Vergi Mahkemesi Kararları Işığında Hurda Alımlarında Karşılaşılan Gelir Vergisi Stopajı Problemi

Income Tax Stoppage Problem Encountered In Scrap Purchases In The Light of Decisions of the Council of State And Tax Court

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST81

Uluslararası Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Arap İnsan Hakları Sözleşmesi

Arab Human Rights Convention as an International Human Rights Document

Dr. Öğr. Üyesi Uğur ERSOY111

Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları

The Pandemia of Our Age: Hate Crimes

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ, Dr. Taylan BARIN175

Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu

The Question of Applicability of the Joint Custody In Turkish Law In Case of Divorce

Dr. Öğr. Üyesi Başak BAK.....211

Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk

The Legal Status of Artificial Intelligence With Regard to Civil Law and The Liability Thereof Ländern

Dr. Mahmut ÇİTİL, Av. Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ.....	233
Türkiye’de Engelli Hakları ve Engelliler Hukuku’nun Durumu <i>Disabilities Rights in Turkey and Status Of The Disabled Law</i>	
Arş. Gör. Cem Ümit BEYOĞLU	279
AİHM İçtihatları Işığında Tercümandan Yararlanma Hakkı <i>The Right To Use The Interpreter In The Light of ECHR Decisions</i>	
Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU.....	319
Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler <i>Medical Intervention without Consent in the context of the Right to Integrity of the Person</i>	
Arş. Gör. Enes YILMAZ	345
Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190) <i>The Crimes of Facilitating and Encouragement the Use of Narcotics or Psychotropic Substances (TCC Art.190)</i>	
Arş. Gör. Fatih GÜLTEKİN.....	375
Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu <i>Liability of the Debtor Due to the Actions of the Third Party</i>	
Ali Hamza ŞAHİN	405
Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi <i>Legal Confiscation without Expropriation and the Removal of Property Right Violations from Past to Present</i>	
Berkan AYTURAN.....	429
Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması <i>Inquiry Procedure of Higher Education Personnel’s Task-related Crimes</i>	

Mustafa Serhat ŞEN, Mustafa Kamil ŞEN.....	469
Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları <i>Provisions and Boundaries of Interest In Turkish Code of Obligations</i>	
Pınar BEYOĞLU.....	517
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukunda Kamulaştırma İşleminin Yargı Aşamaları <i>Judiciary Stages of Nationalization in TRNC law</i>	
Av. Eda ÇANGA BELBER.....	545
İdari İşlemin Konu Unsuru Bakımından Sermaye Piyasası Kurulunun Uyguladığı İdari Para Cezaları <i>Administrative Fines Imposed By Capital Markets Board In Terms Of Subject Matter Of Administrative Action</i>	
Av. Seray NALBANTOĞLU	583
Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı <i>Right to be Forgotten As a Fundamental Right</i>	
Alper KÜÇÜKAY	607
Karar Vermenin Psikolojisi <i>Psychology of Decision Making</i>	
Abudureyimu YILIAER, Armando ALİU.....	641
Çin Halk Cumhuriyeti’nde Çağdaş İdare Hukuku İlkeleri <i>Contemporary Administrative Law Principles in People’s Republic of China</i>	
Ergül ÇELİKSOY	665
Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM’nin <i>İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı</i> Işığında Değerlendirilmesi <i>An Evaluation of the Right to Access to Lawyer in Police Custody in the Light of the ECtHR’s Decision of İbrahim and Others v UK</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

AIHM'NİN İNSAN HAKLARI ALANINDA OYNADIĞI ANAYASA MAHKEMESİ ROLÜ

The Role of European Court of Human Rights as a Constitutional Court

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA¹

Geliş Tarihi: 12.12.2017

Kabul Tarihi: 18.04.2018

Özet

Uluslararası hukukun anayasallaşma sürecinde AIHK Avrupa'nın gölge anayasası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendirilmektedir. AIHM içtihatı ile insan hakları alanında Avrupa Konseyi'nin 47 üyesi arasında mütecanis bir standart yaratılması nedeniyle bu tespit isabetlidir. Söz konusu insan hakları standardı bağlayıcıdır ve bireysel başvuru üzerinden de talep edilmektedir. Herşeyden önce diğer uluslararası mahkemelerle veya insan hakları kurumları ile karşılaştırma yapıldığı zaman AIHM'nin önemi daha iyi ortaya çıkmaktadır. AIHM'nin söz konusu yönlendirme fonksiyonu onun insan hakları alanında Avrupa Anayasa Mahkemesi rolünü oynamasını sağlamaktadır. AIHM'nin bir anayasa mahkemesi ile karşılaştırılması durumunda ancak iki mahkeme arasında açık sınırların olduğu ortaya çıkmaktadır. AIHM AIHK'da yer alan haklara riayet denetimi yapmaktadır ve bu çerçevede ulusal özellikleri dikkate almaktadır. AIHM'nin denetimi bunun ötesinde subsidier (ikâme edici) bir denetimdir. AIHM uluslararası bir mahkeme olarak ulusal seviyede herhangi bir icra olanağına sahip değildir; kararlarının üye devletler tarafından icra edilmesi gerekmektedir. AIHM'nin ulusal bir anayasa mahkemesine nazaran söz konusu zafiyeti nedeniyle daha zayıf bir statüye sahip olması, onun anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarını tamamlayan bir mahkeme olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, temel hak denetimi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, temel hak standardı

Abstract

In the process of constitutionalizing the international law, the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights (ECHR) have been defined respectively as a shadow constitution and an European constitutional court. This is right to create coherent standard among 47 members through jurisprudence regarding human rights. The human rights standard in question is binding and is also requested by an individual application. The prominence of European Court of Human Rights emerges better when compared with all other international courts or human rights institutions. The ECHR's function allows it to play the role of constitutional court in the field of human rights. If the European Court of Human Rights is compared with a constitutional court, it is clear that there are clear boundaries between them. The European Court of Human Rights supervises compliance with the rights of European Convention on Human Rights and takes account of national characteristics in this framework. The ECHR's supervision is subsidiary. The ECHR as an international court does not have any executive power at national level, so its decisions must be exercised by the member states. The ECHR has a weaker status than the national constitutional courts, for this reason the ECHR has been characterized as a court that completes the functions of the constitutional courts.

Keywords: Individual application, fundamental rights supervision, Committee of Ministers of the Council of Europe, basic rights standard

¹ Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. e-mail: mahmutarsava@hotmail.com

Giriş

Klâsik uluslararası hukuk döneminden ve kooperasyon yaklaşımının benimsendiği uluslararası hukuk döneminden sonra uluslararası hukukta yeni bir dönem olarak küreselleşme yahut uluslararası hukukun anayasallaşma döneminin başladığı görülmektedir. Bu döneme damgasını vuran özellik zamanında uluslararası hukukun yegâne aktörü olan devletlerin önemini kaybetmesi ve yeni uluslararası hukuk aktörlerinin ortaya çıkmasıdır. Uluslararası hukuk günümüzde artan bir şekilde ulusal kamu hukukunun özelliklerini kazanmaya başlamıştır. Günümüzde ortaya çıkan sığınmacı, çevre ve insan hakları ihlalleri yahut terörizm gibi küresel sorunlar uluslararası camianın tümünü ilgilendirmesi nedeniyle devletler arasında işbirliği gerekmektedir. Bu işbirliği gerekliliği uluslararası camianın temel normları bakımından bir anayasaya ihtiyacını gündeme getirmektedir². Bu şekilde Avrupa hukuk alanı 20.yüzyılın ikinci yarısında önemli bir değişikliğe uğramıştır. Özellikle Avrupa Konseyi bünyesinde karşımıza çıkan AİHK ve AİHM son 60 yılda tüm Avrupa'da büyük önem kazanmıştır. İkinci dünya savaşının acı tecrübeleri, Avrupa devletleri yurttaşlarına devletler üstü bir organ nezdinde insan hakları ihlallerine karşı başvuru olanağı verilmesine yol açmıştır. Bireylerin temel haklarının korunması konusunda o güne kadar devletlerin sınırsız egemenliği AİHK ile sınırlanmış, devletlerin sınırsız egemenliği yerine AİHK ve onun denetim organları kolektif garanti anlamında fonksiyonunu göstermeye başlamıştır. Bugün AİHK sıkça ulusal anayasalarla karşılaştırılmakta, AİHM de anayasa mahkemesi yahut anayasa mahkemesi benzeri olarak nitelendirilmektedir³

Anayasa yargısı ilk planda modern hukuk devletinin yasallık yahut kanunlara uygunluk, bütün devlet tasarruflarının hukuka bağlılığı gibi temel prensiplerinin ifadesidir. Anayasa yargısı devletin gücünün sınırlanmasına ve denetimine, özgürlük alanlarına anayasaya aykırı olarak yapılan müdahalelerde bireylerin özgürlük alanlarını korumaya hizmet eder; diğer bir ifade ile devlet

² Angelika Emmerich-Fritsche, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007;

Stefan Kadelbach/Thomas Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht*, AVR 44 (2206), 235

³ Helmut Goerlich, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg als ein Europäisches Verfassungsgericht - insbesondere in Fragen der Menschenrechte und darüber hinaus bis in die Rechtspraxis der Europäischen Union*, bkzn.: Robert Esser/Björn Harich/Frank Lohse/Arndt Sinn (Hrsg.), *Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung*, 2004, 101;

Georg Ress, *Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legimitation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, bkzn.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), *Dimensionen des modernen Verfassungsstates*, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002, 129; Christian Walter, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess*, ZaöRV 59 (1999), 961).

organlarının anayasaya riayetini yargısal yöntemle denetler. Anayasa yargısı bir anayasanın mevcudiyetini gerektirir. Anayasa yargısından herşeyden önce üç kriterin mevcudiyeti halinde söz edilmesi mümkündür. Bunlar spesifik bir kurum olarak bir mahkemenin, özel bir prosedürün ve mahkemenin bağlayıcı karar yetkisinin bulunmasıdır. Bu kriterlere ilave olarak genel bir dördüncü kriter olarak anayasa mahkemesinin hukuk sistemindeki yerinin ve devletin diğer organları karşısındaki yerinin belirlenmesi ve beşinci son kriter olarak da anayasa mahkemesinin kararlarının yönlendirme yetkisinin olmasından söz edilmektedir⁴.

I – AİHM'nin yargı yetkisinin hukuki dayanakları ve gelişimi

05.05.1949'da Avrupa Konseyi uluslararası bir örgüt olarak, insan haklarının, hukuk devleti ve demokratik değerlerin korunması misyonu ile kurulmuştur. Aradan geçen zaman içerisinde Avrupa Konseyinin üye sayısı 47 olmuştur. Avrupa Konseyinin iki ana organı olarak karşımıza üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi ve ulusal parlamento temsilcilerinden oluşan Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi çıkmaktadır. Her iki organ da Avrupa Konseyi genel sekreteri tarafından yönetilen sekretarya tarafından desteklenmektedir. Avrupa Konseyi supranasyonal yetkilere sahip değildir. Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesi üzerinden tavsiyeler vermesi ve Parlamenter Asamble'de üye devletlerin görüş alışverişi dışında en önemli misyonu uluslararası hukuk anlaşmaları yapmaktır. Bu anlaşmalar tüm üye devletlerin imzasına açıktır⁵.

AİHK 04.11.1950'de imzalanmış ve 03.09.1953'de yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun kabulü zaman içinde Avrupa Konseyine katılmanın koşulu haline gelmiştir. Bugün bu nedenle Avrupa Konseyi'nin tüm üyeleri AİHK'nu imzalamış ve onaylamıştır⁶. Konvansiyon dibacede ve 1.maddesinde ortak amaçları dile getirmektedir. Dibacede Avrupa Konseyi üyeleri arasında insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ve Konvansiyonda somut olarak yer verilen hakların tüm üye devletlerde temini ile kapsamlı bir birliktelik sağlanması en önemli ön sıradaki amaçlar olarak vurgulanmıştır. Dibacede bunun dışında demokratik siyasi rejimin korunmasından ve hukukun üstünlüğünden söz edilmektedir.

⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 52 (1999, 9(10)

⁵ Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechtslage, 1999, Rn. 8 vd.

⁶ Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2011, Einleitung, Rn. 1 vd.

AİHK'nun en önemli fonksiyonu Avrupa çapında insan haklarının temini bakımından asgari bir standart oluşturmaktır. Konvansiyon ilk bölümünde yer alan 2 - 18.maddelerinde çeşitli insan hakları garantileri ve bunlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Konvansiyonun ikinci bölümünde AİHM'nin AİHK teminatlarının yargısal denetimiyle ilgili hükümler yer almaktadır (19 – 51.maddeler). Konvansiyonun üçüncü bölümünde (52 – 59.maddeler) AİHK münferit hükümlerine ilişkin çekinceler (57.md), Konvansiyonun feshi (58.md.) gibi çeşitli konulara yer verilmektedir. AİHK yargısal denetim sistemi dışında icrai yahut yasama yetkisi öngörmemektedir. Bu yetkiler Konvansiyon tarafı devletlere saklı tutulmuştur. Konvansiyon tarafı devletler örneğin Avrupa Konseyi bünyesinde ortak olarak AİHK'na ek protokoller hazırlayabilir; Konvansiyon üyesi devletler Konvansiyonun kendi ulusal hukuk sistemlerinde uygulanması ve AİHM kararlarının AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrası muvacehesinde gereğinin yerine getirilmesi için icrai yetkilerini kullanırlar⁷.

AİHK'nun hazırlanması aşamasında kimi teminatların AİHK'na alınmasının tartışmalı olması nedeniyle kimi haklara Konvansiyonda yer verilmemiştir. Daha sonra AİHK 16 ek protokolle genişletilmiştir. Bu protokoller arasında özellikle 1 nolu ek protokol (mülkiyet garantisi, eğitim hakkı, serbest ve gizli seçim) ve 6 ile 13 nolu ek protokol (ölüm cezasının gerek savaş, gerekse barış zamanında kaldırılması) önem taşımaktadır⁸. Bunun dışında AİHK koruma mekanizmasının kurumsal yapısı ve AİHK'da cereyan eden prosedür 9, 11 ve 12 nolu ek protokollerle önemli değişikliklere uğramıştır.

AİHK sürekli karaktere sahip bir anlaşma olarak yapılmıştır. AİHK'nun 58.madde, 1.fıkrasına göre katılımdan 5 yıl sonra, 6 ay önceden ihbar etmek kaydıyla Konvansiyondan ayrılmak mümkündür. Feshi ihbar opsiyonu teorik bir karaktere sahiptir. Şimdiye kadar bu olanağı sadece Yunanistan 1969'da ülkede cunta rejiminin tesis edilmesi nedeniyle kullanmıştır. Ülkede demokratik rejimin tesisi edilmesi ertesinde Yunanistan AİHK'na 1974'te yeniden katılmıştır. AİHK bugün için Avrupa Konseyi üyelerinin ulusal hukuk düzenleri ile temas içindedir ve kural olarak ulusal mahkemelerin kararlarına esas olmaktadır. AİHK'nun fesh edilmesi sadece ulusal hukuk düzenlerini esaslı olarak etkilemek durumunda olmayıp, aynı zamanda ilgili devletin Avrupa Konseyinden çıkarılmasına ve diğer Avrupalı devletlerin siyasi baskılarına yol açabilecektir. Bu nedenle AİHK'nun üye devletler bakımından bugün için pratikte fesh edilemeyeceği ve Konvansiyonun bu bağlamda sürekli karakterli olduğu kabul edilmektedir⁹.

⁷ Frank Hoffmeister, Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel, Humboldt Forum Recht, Beitrag 5 (1999), Rn. 12 vd.

⁸ 6 nolu ek protokol 01.01.1985'te yürürlüğe girmiştir, bkzn.: CETS – Nr.114; 13 nolu protokol 01.07.2003'te yürürlüğe girmiştir, bkzn.: CETS – Nr.187

⁹ Frank Hoffmeister, ibid. , Rn.21

AİHK'nun kabulü ile beraber Konvansiyonda öngörülen hakları temin için üç basamaklı bir koruma mekanizması yürürlüğe girmiştir. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'dir. Bakanlar Komitesi'nin esasen mevcut olmasına ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 1954'te tesis edilerek çalışmalarına hemen başlamasına karşın mahkemenin tesisi 1959'da mümkün olabilmiştir. AİHM ilk kurulduğu dönemde sürekli bir mahkeme olarak düşünülmemiştir. Mahkeme 15 yargıçtan oluşmaktaydı [heyette ünlü uluslararası hukuk hocaları arasında Herman Mosler (Almanya), Alfred Verdross (Avustralya) ve Denise Bindschedler-Robert (İsviçre) yer almaktaydı¹⁰. O dönemde denetim mekanizması devletlerin tereddütlerini karşılayabilmek için oldukça temkinli ve karmaşık düzenlenmişti¹¹. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru ilgili Konvansiyon devletinin Komisyonun yetkisini bildiri ile kabul etmesi kaydıyla yapılabiliyordu.

Konvansiyon üyesi bir devletin yahut Komisyonun şikâyeti mahkemeye taşımaması durumunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi konuyu nihai olarak karara bağlama yetkisini kullanıyordu. Bu çerçevede Bakanlar Komitesi, hakkında şikâyet yapılan devletin katılımı, buna karşılık şikâyetçinin katılmadığı gizlilik özelliği olan bir prosedür ile kararını veriyordu. Gerek Bakanlar Komitesinin, gerekse o dönem görev yapan mahkemenin kararları bağlayıcı özelliğe sahipti. AİHK'na ek 9 nolu protokolün 06.11.1990'da kabul edilmesi (01.10.1994'te yürürlüğe girmiştir) ile beraber (bkn.: CETS-Nr.140) bireysel başvuru hakkının sadece komisyon nezdinde değil, Konvansiyon devletleri gibi mahkeme nezdinde de kullanılması kabul edilmiştir. Şikâyet sisteminin iyileştirilmesi denetim mekanizmasında yer alan mercilerin ağır bir yük altına girmesine neden olmuştur. Komisyon, Mahkeme ve Bakanlar Komitesi için muayyen bir zaman içinde başvuruları ele alma olanağı kalmamıştır. Bu tablo AİHK denetim mekanizmasının reform gerekliliğini gündeme getirmiş ve sonuç olarak 1998'de denetim sistemini basitleştiren 11 nolu protokolün kabulü sağlanmıştır. 01.11.1998'de yürürlüğe giren 11 nolu ek protokol AİHK'nın yargı sistemini tamamen ikâme etmiştir (bknz.: CETS-Nr.155). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ortadan kaldırılmıştır ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargısal işlerle ilgisi kesilmiştir. AİHM Konvansiyon ihlalleri çerçevesinde yapılan şikâyetler hakkında karar verme yetkisine sahip yegâne organ olarak kabul edilmiştir. Bugün için geçerli olan bu denetim mekanizmasının reform gereksinimi içinde olduğu, mahkemeye yapılan başvuru sayısı ortaya koymaktadır¹².

¹⁰ krş.t.: <<http://www.eugrz-info>> (15.12.2015)

¹¹ Armin v.Bogdandy/Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, s.85 vd.

¹² 1999'da 8400 bireysel başvuru yapılmışken, 2003'te 27.200 ve 2008'de 49850 başvurunun yapıldığı görülmektedir. 2010 başında bu sayının 61.300'e, 2011'de 160.000'e çıktığı

AİHM'nin ağır bir yük altında olmasının nedenlerinden birisi Avrupa Konseyi üye sayısının artmasıdır. Soğuk savaş ertesinde 1990'da doğu Avrupa'dan 22 yeni devlet Avrupa Konseyine katılmıştır. AİHM 47 üye devlet için yargı yetkisi kullanmaktadır; bunun anlamı 800 milyon potansiyel bireysel başvuru yapılabilmesidir. AİHM nezdinde bireysel başvuru olanağı ulusal seviyede öğrenilmiştir ve rutin olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu gelişmeler nedeniyle ek reformlar tartışılmaya başlanmıştır. 27.05.2009'da AİHM'nin intern denetim mekanizmasını geçici olarak kolaylaştıran, belli şikâyetlere bakacak yargı heyetlerini küçülten 14 nolu protokol kabul edilmiştir (CETS – Nr.204). Bu protokol 13.05.2004'te kabul edilen, ancak 2010 başında bütün devletler tarafından onaylanan 2010 Haziran'ında yürürlüğe giren 14 nolu protokol tarafından ikâme edilmiştir (CETS –Nr.194). Bu protokol örneğin tek yargıçlı daireler yahut başvurulara esas olacak yeni kriterler gibi çeşitli intern kolaylıklar öngörmektedir. Bu değişikliklerin derdest dava yığılmalarını eriteceği varsayılmaktadır. Bütün Avrupa Konseyi üyesi devletlerden gelen bu başvurular AİHM'nin Avrupa çapında kazandığı önemi göstermektedir. 14 nolu protokolün onaylanmasından sonra da reform tartışmaları devam etmektedir. 2010 Şubat'ta AİHM'nin geleceği ile ilgili olarak İsviçre'de bir konferans yapılmıştır. Konferans yeni reform önerilerini içeren bir deklarasyonla kapanmıştır¹³. Bu konferansı takiben 2012'de Brighton'da bir reform konferansı yapılmıştır¹⁴. 2013'de kabul edilen 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle usul hukukuna ilişkin değişiklikler kabul edilmiştir. Bugüne kadar yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadıkları için söz konusu protokoller henüz yürürlükte değildir¹⁵.

II – Anayasa Mahkemesi Boyutu ile AİHM Denetim Mekanizması

1 -Kurumsal Yapı

a -Denetim Mekanizması Amacı

Anayasal yargının amacı dayanak teşkil eden anayasanın teminat altına alınması, devletin gücünün ve egemenlik tasarrufunun yargısal denetim prosedürü üzerinden sınırlanması, kontrol altına alınması ve bu şekilde bireylerin özgürlük alanlarına devletin ölçü dışı müdahalesinin önlenmesidir. AİHM'nin anayasal yargı yetkisinin ilk kriteri olarak AİHM'nin dayanağı olan AİHK'nun anayasa karakterinin ortaya konulması gerekmektedir. AİHK özel önemi nedeni ile literatürde sıkça Avrupa'nın temel haklara ilişkin anayasası

görülmektedir. Eski ve yeni başvurularla birlikte bugün için AİHM'de üstesinden gelinmesi zor sayıda başvurunun derdest olduğu görülmektedir (<<http://www.echr.coe.int>> (01.02.2016)

¹³ <<http://www.news.admin.ch>> 25.04.2016

¹⁴ <<http://www.humanrights.ch>>, 25.4.2016

¹⁵ <<http://www.coe.int>>25.04.2016

olarak anayasa benzeri anlaşma olarak nitelendirilmektedir¹⁶. AİHK temel hak garantileri, garanti edilen hakların ihlâli durumlarında yargı yetki kullanan mahkemesi ve Avrupa çapında kimlik veren ve bütünleşme sağlayan işlevi ile ulusal anayasaların özelliklerine sahiptir¹⁷.

Konvansiyon yürürlüğe girdiği tarihten itibaren devletleri aşan şekilde bölgesel bir temel hak sistemi oluşturmuş ve Avrupa'nın insan hakları temel dayanağı olma özelliği kazanmıştır. AİHK sık bir şekilde üye devletlerin henüz benzer kapsamda temel hak kataloglarının olmadığı zamanlarda anayasalarını tamamlayan fonksiyon üstlenmiştir. Bu fonksiyon nedeniyle AİHK'na diğer nitelendirmeler yanısıra gölge anayasa nitelendirmesi de yapılmıştır¹⁸. Özellikle Konvansiyonun 5.maddesi (özgürlük ve güvenlik hakkı) ve 6.maddesi (adil yargılanma hakkı) bağlamında ortak Avrupa anayasa prensibinden söz edilmektedir¹⁹. Şüphesiz AİHK'nun sınırlı düzenleme yaklaşımı diğer bir ifade ile temel hak garantileri dışında diğer maddi hukuk alanlarına düzenleme getirmemesi bu karşılaştırmaya açık bir sınırlama getirmektedir. AİHK kapsamlı bir anayasa olmayıp, Avrupa'nın kısmi anayasasıdır yahut anayasal unsurlar içeren uluslararası hukuk anlaşmasıdır²⁰. AİHK, AİHM'nin insan hakları alanında anayasa mahkemesi olarak fonksiyon görebileceği anayasa benzeri bir dayanak oluşturulmuştur²¹.

Konvansiyonun 19.maddesi açık olarak AİHM'nin Konvansiyon tarafı devletlerin Konvansiyondan ve protokollerden doğan yükümlülüklerine riayeti denetleme amaçlı olarak kurulduğunu öngörmektedir. Konvansiyon devletlerinin bu yükümlülükleri AİHK'da yer alan temel hakların teminine matuftur (AİHK'da yer alan insan hakları Konvansiyon tarafı devletlerin anayasalarında yer alan temel haklarla büyük ölçüde örtüşmektedir). AİHM temel hakların teminini iki yoldan sağlamaktadır. AİHK koruma mekanizmasının ana amacı devletlerin bireylerin özgürlük alanlarına ölçü dışı müdahalesinin önlenmesidir. AİHM somut madur tarafından yapılan bireysel başvurular sonucu devletlerin bireylerin özgürlük alanlarına ölçü dışı müdahalesini verdiği kararlarla önleme olanağına sahiptir. AİHM diğer taraftan genel çıkarlar için, kamu düzeni için karar alma olanağına sahiptir. AİHK koruma mekanizmasının diğer bir amacı da "ordre public" anlamında Avrupa çapında geçerli bir insan hakları standardı geliştirmektir. Bu amacı AİHM içtihatında birçok kez vurgulamıştır. 2010 tarihli Rantsev - Kıbrıs/Rusya

¹⁶ Robert Uerpman, Völkerrechtliche Nebenverfassungen, bkzn.: Armin v. Bogdandy Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 339

¹⁷ Frank Hoffmeister, ibid, Rn.12

¹⁸ R.Uerpman, ibid., s.339 vd.

¹⁹ Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991) 12-13), 261

²⁰ Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001

²¹ Christoph Grabenwarter, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 31 (2004), 563

davasında AİHM bireysel başvuru sonucu verdiği karar bağlamında verdiği kararın önemini Konvansiyon hükümlerini açıklama, uygulama, geliştirme ve devletlerin üstlendikleri yükümlüklerin yerine getirilmesine katkı sağlamak olarak ifade etmiştir²². AİHM'nin bu ikinci görevi için anayasal fonksiyon yahut anayasal yargı görevi nitelendirmesi yapılmaktadır²³.

Bu iki görevin ulusal anayasalara ve ulusal anayasa yargısına ait olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Anayasa ve bu anayasaya istinat eden anayasa yargısı bir taraftan devletin gücünü temel hak koruması ve bireysel başvuru olanağı ile sınırlamakta, diğer taraftan da kimlik kazandırma ve bütünleştirme işlevi görmektedir. Bu işlev çerçevesinde bir değerler düzeninin yerleşmesi ile toplumun kimlik kazanma ihtiyacı karşılanmakta ve bu ihtiyaç içtihatla geliştirilmektedir. Bu nedenle gerek somut maduriyet durumunda bireysel hak koruması görevi, gerekse insan hakları standardının içtihatla yerleşmesi anayasa mahkemesinin fonksiyonları olarak görülmektedir. Her iki fonksiyonun somut bir durumda bir arada ortaya çıkması mümkündür. AİHM'nin artan yükü zaman içinde başvuru kriterlerini ağırlaştırmıştır. Bu durum özellikle 14 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmıştır. AİHM'nun 35.madde, 3.fıkra, b-bendine göre AİHM bireysel başvuruyu şikâyetçi bakımından önemli bir zarar oluşmadığını kabul ettiği takdirde reddedebilir.

AİHM'ne bu düzenleme şikâyetleri takdirine göre reddetme bakımından önemli bir takdir alanı bırakılmıştır. Önemli zarar mahkemenin yorumu ile ortaya konulacaktır. AİHM bu hükmün uygulanmasında oldukça çekimser davranmıştır AİHM birçok davada hükümetlerin zararın önemsiz olduğu itirazını kabul etmemiştir²⁴. AİHM'nin şimdiye dek çok nadir olarak dava meblağlarının düşük olduğu durumlarda başvuruyu kabul etmemiştir²⁵. Bireysel başvuru mekanizmasının bu şekilde AİHM tarafından sınırlandırılması AİHM'nin "per se" (otomatik olarak) anayasa mahkemesi fonksiyonunu ortadan kaldırmamaktadır. Ulusal anayasa mahkemelerinin de (örneğin ABD Supreme Court bakımından) anayasa şikâyeti çerçevesinde hattâ daha geniş takdir hakkı söz konusudur²⁶.

²² Rantsev - Kıbrıs/Rusya, Beschwerde Nr.25965/04, karar 7.1.2010 §197f., EGMR Reports 2010

²³ Luzius Wildhaber, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 21-23 (2002), s.569 vd.

²⁴ örneğin, Vartic/Romanya Nr.II, Nr.14150/08, karar 17.12.2013, §37vd.; Eon/Fransa, Nr.26618/10, karar 14.03.2013, §34

²⁵ örneğin Korolev/Rusya (22.5 Ruble); Bock/Almanya (7.99 Euro) yahut Onescu/Romanya (90 Euro); Korolev/Rusya, Nr.25551/05, karar 01.07.2010; Bock/Almanya, Nr.22051/07, karar 19.01.2010; Ionesu/Romanya, Nr.36659/04, karar 01.06.2010

²⁶ Helmut Simon, 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bkz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn.11

AİHK garantilerinin ve AİHM içtihatının amacı Avrupa çapında temel haklarla ilgi bir asgari standart oluşturmaktır. Bu asgari standardı esas alarak Konvansiyon devletleri temel hak düzenlerini özgürce şekillendirebilir. Konvansiyon devletleri AİHK'nun minimal taleplerinin ötesine geçilebilir. AİHK'nun minimal standardı sadece Konvansiyon devletlerinin yurttaşlarına farklı hukuk düzenlerine rağmen bir temel hak seviyesi garanti etmektedir. AİHM'nin amacının bu nedenle Konvansiyon devletlerinin yasama organlarının ve anayasa mahkemelerinin yerine geçmek ve Konvansiyon devletlerine kendi bakış açısını empoze etmek amacının olduğunu söylemek mümkün değildir. AİHM subsidiarite prensibine istinaden ulusal mercilerin Avrupa çapında kabul gören insan hakları garantilerini yerine getirmemeleri halinde ikincil olarak denetim yetkisi kullanmaktadır. Bu durum AİHM'ni ulusal anayasa mahkemelerinden ayırmaktadır. Subsidiarite prensibi Strazburg koruma sisteminin temel dayanaklarından biri olarak kabul edilmekte ve AİHM'nin içtihatında sıklıkla vurgulanmaktadır²⁷. Subsidiarite prensibinin bir taraftan AİHM'nin – ulusal hukuki yolların tüketilmesinden sonra – tamamlayıcı olarak anayasa mahkemesi fonksiyonunu, diğer taraftan AİHM'nin kararları ile Avrupa çapında subsidier olsa da mütecanis temel hak garantisi temin etmesi AİHM'nin anayasa mahkemesi karakterini teyit etmektedir. Ulusal anayasa mahkemelerinin de kural olarak diğer bütün hukuk yollarının tüketilmesi ertesinde subsidier olarak karar verdiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Şüphesiz minimal standart ve subsidiarite prensibi, AİHM'nin kararlarının artan bir şekilde birçok alanda geliştirici rol oynadığı gerçeğini değiştirmemektedir. AİHK bu şekilde Konvansiyon devletlerine nazaran daha yüksek bir insan hakları standardının oluşmasını sağlamaktadır. AİHM'ne ilerici kararları nedeni ile subsidiarite prensibinin prensibini aşarak iç işlere karıştığı ve mahkemenin kendi ifadesi ile kesin olarak reddettiği, dördüncü kuvvet oluşturduğu eleştirisi yapılmaktadır. Ulusal yüksek mahkemelerin bu nedenle mahkeme kararlarının AİHM kararları ile uyumluluğunu kontrol etmesi, kararların AİHM standardının gerisinde kaldığı durumlarda kararları bu standarda uyumlu kılması gerekmektedir. Bu işlevi ile AİHM'nin Avrupa seviyesinde anayasa mahkemesi rolü oynadığı açıktır.

b – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kurumsal Yapısı

Anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısının devletten devlete birbiriyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Bu çerçevede üç farklı model görülmektedir²⁸. Modellerden birincisinde anayasa mahkemesi özel bir

²⁷ 15 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesi ile subsidiarite prensibi ve ulusal takdir alanı AİHK dibacesine entegre olmuştur; bkz.: CETS No. 213, subsidiarite prensibi Konvansiyonun çeşitli maddelerinde, örneğin 13.madde ve 35.maddede dile gelmiştir

²⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, NJW 52 (1999), s.13

mahkeme olarak kurulmayıp, yargı sisteminde yüksek mahkeme olarak yetki kullanan bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır (ABD'de Supreme Court). İkinci modelde anayasa mahkemesi olarak kendine özgü bir mahkeme kurulmaktadır. Bu mahkeme diğer ulusal mahkemelerden ne fonksiyon, ne de yetkileri bakımından üstündür. Diğer mahkemelerle birlikte, onların yanısıra yargı yetkisi kullanmaktadır²⁹. Karşımıza çıkan son modelde devletin kurumsal yapısında bağımsız bir anayasa mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkeme diğer ulusal mahkemelere nazaran sadece bağımsız değildir, aynı zamanda fonksiyonu ve yetkileri itibariyle üstündür³⁰.

AİHM anayasa yargısının ortaya konulan bu modellerinden sadece üçüncü kategoride yer alan bağımsız ve üstün yetkili modele uymaktadır. AİHM diğer ulusal yahut uluslararası mahkemelerden bağımsız olarak, sürekli bir mahkeme olarak, merkezi Strazburg'da, AİHK'nun 19.maddesi muvacehesinde Konvansiyonda öngörülen hakları temin görevini yerine getirmek üzere kurulmuştur. AİHK'nun 19-51 maddeleri ve usul yönetmeliği AİHM'nin hukuki dayanağını oluşturmaktadır³¹. AİHM AİHK'nun 20.maddesine göre 47 yargıçtan (her bir Konvansiyon devletinden bir yargıç) oluşmaktadır. AİHM'nin yargı yetkisi tüm üyeler için zorunludur. Anayasa Konseyi üyesi devletler hiçbir koşulda AİHM'nin yargı yetkisinden kaçınamaz. Bireysel başvuru için diğer koşullar yanısıra, AİHK'nun 35.madde, 1.fıkrasına göre iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Konvansiyon ve ek protokoller muvacehesinde AİHM bugün Avrupa çapında temel hak ihlallerinin denetimini nihai merci olarak denetleme yetkisi ile donatılmıştır³².

2 - Yargılama Usulü

a - AİHK'nun 34.maddesine istinaden yapılan bireysel başvuru

Ulusal organların tasarruflarına karşı bireylerin ve birey gruplarının şikâyet olanağı AİHM'nin anayasa yargı yetkisinden söz etmenin dayanağını oluşturmaktadır. Bu tür bir şikâyet olanağı kamu tasarruflarının ilk planda anayasaya uygunluğunun denetimini gündeme getirmektedir. Bu çerçevede özellikle temel hak ihlalleri bağlamında anayasa şikâyeti yapılmaktadır. Anayasa şikâyeti bireylere kamu tasarruflarının özgürlük alanlarına müdahalelerine karşı yargısal denetim olanağı sağlamaktadır. Ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırma çerçevesinde AİHM'nin sadece temel hak ihlallerine ilişkin

²⁹ Avusturya model için bkz.: Ernst C Helbling, Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBl 73 (1951), s.197

³⁰ Federal Almanya örneği için bkz.: C.Starck/A.Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 2007, 39

³¹ AİHM'nin 01.01.2016 tarihli usul yönetmeliği için bkz.: <<http://www.echr.coe.int>>

³² Markus Lanter, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art.35, Ziff. 1 EMRK): die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der bundesrechtspflege, Diss., Zurich 2008

şikâyetleri kabul ettiğinin, buna karşılık kurumsal yapıdaki yetki çatışmalarıyla ilgili talepleri kabul etmediğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu tablo AİHK'dan doğmaktadır. AİHK'nun denetim mekanizmasında en önemli araç AİHK'na göre bireysel şikâyettir. Bu hükme istinaden Konvansiyon veya ek protokollerde yer alan hakları ihlâl olan her gerçek kişi, sivil toplum kuruluşu yahut kişi grupları AİHM nezdinde başvuru yapabilir. Konvansiyon tarafı devletler bu hakkın etkin olarak kullanılmasını engellemekle mükelleftir. Bireysel başvuru yapabilmek için AİHK'da yer alan kriterlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesi ve bu başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılması gerekmektedir.

AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurular Avrupa seviyesinde bireysel hakların teminatının ifadesi olarak kabul edilmektedir. AİHM nezdinde yapılan şikâyet başvuruları ulusal seviyede anayasa şikâyeti müessesesinin olmaması veya boşluklar içermesi halinde anayasa şikâyetlerini ikâme eden bir işlev görmektedir. Bu işlev soğuk savaş ertesinde orta ve doğu Avrupa ülkelerinde önem kazanmıştır. Bu devletlerde 1990 öncesi Anayasa yargısına ve anayasa şikâyetine benzer müesseseler mevcut değildir. Sadece Polonya 1980'li yılların ortasında bir anayasa mahkemesi oluşturmuş, ancak anayasa şikâyeti müessesesini kabul etmemiştir³³. 1990'lı yıllarda çoğu orta ve doğu Avrupa devleti bağımsız, batı Avrupa anayasa yargısına benzeyen ve anayasa şikâyeti olanağı veren anayasa yargısı kabul etmiştir³⁴.

AİHK'nın 34.maddesinde yer alan formülasyona istinaden AİHM'e yapılan bireysel başvuru aynı zamanda anayasa şikâyetini tamamlayan bir işleve sahiptir. AİHK'nun 34.maddesine göre bireysel başvuru için temel hakları herhangi bir şekilde ihlâl eden kamu tasarruflarına doğrudan muhatap olunması ve başvuru yapanın bu tasarruflardan mağdur olması gerekmektedir. Hangi kamu tasarrufunun, hangi koşullar altında iptal edilme olasılığının bulunduğu Konvansiyon düzenlemesinin dışındadır. AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurular bu nedenle anayasa şikâyetini sınırlı kapsamda tanıyan Konvansiyon devletleri bakımından anayasa yargısını tamamlayıcı işleve sahiptir (Rusya Federasyonunda anayasayı ihlâl eden mahkeme kararlarına karşı iptal davası açma olanağı yoktur). AİHM'ne AİHK'nu ihlâl eden mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru yapılması mümkündür³⁵. AİHK'nun

³³ Lech Janicki, Fragen des polnischen Verfassungsgerichtes, Recht in Ost, 77

³⁴ Karl-Georg Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung. Ein Überblick über die Rechtslage in und außerhalb Europas, EuGRZ 18 (1991), 301 vd.

³⁵ Regine Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemein-europäischen Grundrechtsordnung, bkz.: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Beiträge zum nationalen und internationalen öffentlichen Recht, Band 4, 2007, s.287,295

34.maddesinin ucu açık formülasyonu hatta AİHM seviyesinde, ulusal seviyede bu olanak yoksa ulusal kanunların somut ve soyut norm denetimi olanağını vermektedir. Bu tablo AİHM nezdinde gerçekleşen bireysel başvurunun ulusal anayasa şikâyetinin tipik özelliklerine sahip olduğunu ve bunun ötesinde münferit durumlarda ulusal anayasa şikâyeti müessesesinin boşluklarını doldurduğunu göstermektedir.

AİHK'nun 34.maddede düzenlenen bireysel başvuru yanısıra AİHK'nun 33.maddesi devletlerin başvurusunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre sadece bireyler değil, Konvansiyon devletleri de AİHK'nun diğer Konvansiyon devletleri tarafından ihlâl edilmesi halinde Konvansiyonun ihlâli iddiasını yapabilir. Bu çerçevede ulusal enstrüman olarak kullanılan organ yahut yetki uyuşmazlığı söz konusu olmayıp, bireysel başvuruda olduğu gibi bu kez Konvansiyon devletlerinin birbirini Konvansiyonda öngörülen hakların ihlâli nedeniyle şikâyeti söz konusudur. Bireysel başvuruya nazaran devlet başvurusunun oldukça nadir bir uygulama olduğu görülmektedir³⁶.

b - Şikâyet prosedürünün cereyan edişi

Yapılan bireysel başvuru AİHM'nin usul yönetmeliğinin 52.madde, 1.fikrasına göre 5 Seksiyondan birine havale edilir. Hukuki sorun bu seksiyonlar içinde tek yargıçlı, 3 yargıçlı, 7 yargıçlı daireler ve 17 yargıçlı büyük dairede ele alınır. AİHM nezdinde yapılan yargılama AİHK'nun 40.maddesine göre istisnai durumlar dışında açıktır (usul yönetmeliğinin 22.maddesine göre oturumun gizli yapılmasına karar verilebilir). Usul yönetmeliğinin 23.maddesine göre usul yönetmeliği farklı bir düzenleme öngörmediği takdirde karar mevcut yargıçların mutlak çoğunluğu ile alınır. Usul yönetmeliğinin 74.maddesine göre yargıçların karara uygun bulma, kişisel görüş yahut red gerekçesini ekleme hakkı vardır. Tek yargıçlı daireler münhasıran başvuruların caiz olup olmadığı konusu ile iştigal eder. Üç yargıçlı daireler ilk planda başvuruların caiz olup olmadığı ile iştigal ederken, bunun ötesinde başvuruların AİHK'nın yorumuna ve uygulanmasına ilişkin AİHM'nin yerleşik içtihatı muvacehesinde hukuki dayanağı olup olmadığını da inceleme olanağına sahiptir (AİHK28.md). Gerek başvurunun caizliği, gerekse maddi hukuka ilişkin karar kesindir.

Bir başvuru usul bakımından caiz olarak kabul edildiği takdirde esastan tam bir inceleme yapılması için başvuru tek yargıçlı veya 3 yahut 7 yargıçlı dairelere havale edilir. Dairelerin kararlarına karşı ilgili taraflar AİHK'nun 43.maddesine

³⁶ Jens Meyer-Ladewig Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3.Aufl. Mannheim 2011, Einleitung, Rn.1 vd.; yakın dönemde Gürcistan – Rusya Federasyonu I, Nr. 13255/07, karar tarihi 3.7.2014, EGMR Reports 2014; Gürcistan – Rusya Federasyonu II, Nr.38263/08; Ukrayna – Rusya Federasyonu I, Nr. 20958/14 ve Ukrayna – Rusya Federasyonu II, Nr. 43800/14

göre büyük daireye başvuru yapılabilir. Büyük daire Strazburg denetim mekanizmasında nihai mercidir. Kararları AİHK'nun 44.madde, 1.fıkrasına göre nihaidir³⁷. AİHM genel kurul olarak sadece AİHK'nun 35.maddesinde öngörülen organizasyonla ilgili görevleri yerine getirmek üzere toplanır (örneğin başkan ve başkan yardımcılarını seçmek, daireleri oluşturmak, daire başkanlarını seçmek için, usul yönetmeliğini karara bağlamak için). Genel kurulun 40'1 aşkın bir yargıç heyeti oluşturması nedeniyle karar yetkisi bulunmamaktadır.

AİHK'nun 46.maddesine göre AİHM kararları, ilgili Konvansiyon devletleri bakımından bağlayıcıdır ve iç hukukta icra edilmesi gerekir. Kararların iç hukukta icrası AİHK'nun 46.madde, 2.fıkrasına göre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir. AİHM'nin nihai karar yetkisi fonksiyonel olarak ulusal yargıya nazaran hiyerarşik üstünlük gösteren bir özellik olarak dile getirilmekte ve literatürde AİHM'nun Avrupa Anayasa mahkemesi olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.

c - AİHM'nin denetim konusu

aa – Somut ve soyut norm kontrolü

Anayasa mahkemeleri değişik türden kamu tasarruflarını denetleme yetkisine sahiptir. Bu denetlemeler esas itibarıyla soyut karakterlidir. Bu denetim devletten devlete farklı olarak şekillendirilmiştir. Soyut norm kontrolünün somut bir uygulamadan bağımsız olarak anayasa uygunluk denetimi şeklinde yapılarak önleyici yahut sonradan, sınırlı yahut kapsamlı yapılması mümkündür. Fransa'da örneğin Anayasa Konseyinin yaptığı denetim (kısmen önleyici) soyut norm kontrolü olarak kategorize edilmektedir [Fransız anayasası md.62, fıkra 2 (1958 anayasası); Fransız anayasası son olarak 23.07.2008'de değişikliğe uğramıştır]. Diğer birçok devlette ise bu denetim somut norm kontrolü olarak görülmektedir. Denetim sadece soyut genel düzenlemelere istinaden yapılan bireysel somut idari tasarruflar bakımından yapılmaktadır. Anayasa mahkemesi bu tür başvuruların yanısıra örneğin, kurumsal yapıdaki organlar arasındaki yetki uyumsuzluğuna veya federal yapılı devletlerde Eyalet-Birlik uyumsuzluklarına bakmaktadır.

AİHM, bireysel – somut tasarruflar bağlamında ortaya çıkan AİHK ihlalleri iddialarını da denetlemektedir. AİHM münferit durumları ve somut durumun spesifik koşullarını AİHK'na uygunluk bakımından denetler; normal şartlarda soyut – genel ulusal tasarrufları ne soyut ne de somut norm denetiminden geçirir³⁸. Bu durum AİHM'nin konvansiyon devletlerinin iç işlerine, özellikle

³⁷ Christoph Grabenwarter/ Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention 2016, §6 vd.

³⁸ bknz.: Minelli – İsviçre davası, Nr.866/79, karar tarihi 25.03.1983, Serie A62, 14 vd.

yasama organının tasarruflarına karışmama yaklaşımının sonucudur. AİHK'nun 34.maddesi ve bununla bağlantılı mağduriyet durumu, AİHM'nin prensip olarak ulusal kanunları AİHK'na uygunluk denetiminden geçiremeyeceğini göstermektedir. AİHM'na başvuran bireylerin AİHM içtihatına göre AİHK muvacehesinde doğrudan zarar görmesi gerekmektedir. Doğrudan zarar görme, actio popularis durumlarında, diğer bir ifade ile belirsiz sayıdaki kişiler adına ulusal bir kanuna karşı açılan davaları kapsamamaktadır³⁹.

AİHM kanunların doğrudan yahut dolaylı olarak AİHK'na uygunluk denetiminin yapıldığı birçok kararında bireysel – somut norm kontrolü yapmak durumunda kalmıştır. Bireysel – somut idari kararların ve soyut – genel ulusal kanunların AİHM tarafından denetimi arasında açık bir ayırım yapılması esasen birçok durumda mümkün değildir. Birçok davada AİHM ulusal kanunların ister istemez kimi yanlarını eleştirmek durumunda kalmaktadır⁴⁰. Ulusal kanunların norm denetimi bağlamında eski bir örnek olarak 1979 tarihli Marckx – Belçika davası verilmektedir. Bu davada Belçika'nın miras hukukuyla ilgili düzenlemesinin AİHK'nun 8.maddesine (özel ve aile yaşamına saygı hakkı) uygunluğu denetlenmiştir. Belçika hükümeti davada evlilik dışı çocuklara ilişkin Belçika miras hukukunun AİHK'na uygunluğunun AİHM tarafından denetlenemeyeceğini, böyle bir denetimin AİHK'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Belçika'da miras hukuku davalarında verilen kararların hukuka aykırılığı ve bu kararların iptali gibi bir sonuca yol açacağı, böyle sonucu engellemek için hukuki durumun AİHM kararı ile değil, bir Belçika kanunu değişikliği ile düzeltilebileceğini ileri sürmüştür. AİHM buna karşılık, Konvansiyon ihlâlinin ulusal kanunlara istinat ettiği durumlarda, AİHM kararlarının somut durum ötesinde etki göstermek durumunda olduğunu kabul etmiştir. AİHK'nun 25.maddesine göre Konvansiyon haklarının ulusal bir kanunla, bireysel – somut bir tasarruf olmaksızın ihlâl edilmesi durumunda, şikâyetçinin doğrudan bu kanundan etkilenmesi ve söz konusu kanunun doğrudan Konvansiyon ihlâline neden olması halinde bireysel başvuru talebinin yapılması mümkündür. Hukuka olan güven prensibi ve tüm koşullar muvacehesinde verilen karar Belçika'nın karar tarihinden önceki hukuki uyumsuzluklar bakımından AİHM'nin kararı ile bağlı olmadığını kabul etmiştir.

Marckx – Belçika davası anayasa yargısı bakımından iki noktada dikkat çekicidir. AİHM mahkemesi ilk kez olarak açık bir şekilde Konvansiyon haklarının sadece bireysel – somut idari tasarruflar üzerinden değil, ulusal

³⁹ bknz.: Quardiri – İsviçre davası, Nr.65840/09, karar tarihi 28.06.2011. Davada soyut norm kontrolü bağlamında, İsviçre anayasasında öngörülen minare yasağının AİHK'na uygunluğu denetlenmiştir

⁴⁰ bknz.: Marckx – Belçika davası, karar tarihi 13.06.1979, Serie A31; Papamichalopoulos – Yunanistan davası, karar tarihi 24.06.1993, Serie A260-B, 4 vd.

kanunlar üzerinden de doğrudan ihlâl edilebileceğini, bu nedenle AİHM'nin denetim yetkisinin genel – soyut ulusal kanunları da kapsayabileceğini ortaya koymuştur. Şikâyetçi tarafından AİHK'nu ihlâl eden ulusal kanunun gelecekte doğrudan kendisine uygulanabileceğini iddia ettiği takdirde, AİHM şikâyetçinin söz konusu ulusal kanunla etkilenmek durumunda olup olmadığını, bu etkilenmenin bireysel – somut idari tasarrufa istinaden mi yoksa ulusal kanuna istinaden mi gerçekleştiğini denetleme yetkisine sahiptir. Bu durumlarda da prensip olarak hipotez olarak ilgili kanunun şikâyetçiye somut uygulanması durumu denetim konusu yapılmaktadır. Ancak bu durum AİHM'nin fiilen ulusal kanunu AİHK muvacehesinde denetime tabi tutma sonucunu değiştirmemektedir⁴¹. Diğer taraftan Strazburg mahkemesi Marckx – Belçika davasında verdiği kararda fonksiyonunu ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırmıştır. AİHM kararında, kararlarının ulusal hukuk düzenleri üzerinde somut durum ötesinde etkiler doğurduğunu, bu özelliğin de ulusal anayasa mahkemesi kararlarının özelliği olduğuna işaret etmiştir.

Ulusal temel hak korumasının AİHM'ne kaydırılması anayasa mahkemesi olmayan ülkelerde de zımnen dolaylı olarak bir anayasa yargısının gelişmesine yol açmıştır⁴². Bunun ötesinde AİHM kararları yüksek mahkemelere kendi anayasalarına göre mümkün olmayan bir yol açarak ulusal kanunları AİHK muvacehesinde denetleme olanağı vermektedir. Bu şekilde ulusal anayasaların öngördüğü kanunların anayasaya uygunluk denetimi, kanunların AİHK'na uygunluk denetimi ile ikâme edilmiş olmakta ve AİHM Konvansiyon ülkelerinde tamamlayıcı bir anayasa mahkemesi karakteri kazanmaktadır.

bb – Devletlerin çekincelerinin denetimi

Bireysel – somut idari tasarrufların denetimi ve somut ve soyut norm denetimi dışında AİHM nezdinde başka bir denetim konusu bulunmamaktadır. AİHM devlet organları arasında yetki uyuşmazlıklarını veya federal yapıli devletlerde Eyalet – Birlik yetkilerinin çatışması konusunu karara bağlayamaz. AİHM idari tasarrufların ve genel – soyut düzenlemelerin denetimi dışında, AİHM'nin anayasa mahkemesi benzeri bir fonksiyonu kullanmasını mümkün kılan üye devletlerin Konvansiyona ve ek protokollere yaptıkları çekinceleri denetleme olanağı vardır. AİHK'nun 57.maddesine göre her Konvansiyon devletinin imza yahut onay esnasında ulusal bir düzenlemenin Konvansiyon hükmü ile çatışması halinde çekince yapma hakkı bulunmaktadır. Çekincenin açık, tam olması ve Konvansiyonun hangi hükmüne ilişkin olduğunu belirtmesi

⁴¹ Mellacher ve diğerleri – Avusturya davası, dava tarihi 19.12.1989, Serie A169, 9, §41

⁴² Regine Gerards, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, bknz.: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Beiträge zum nationalen und internationalen öffentlichen Recht, Band 4, 2007, s.290

gerekmektedir. Böyle bir çekincenin yapılması Konvansiyonun ilgili hükmünün çekince yapan Konvansiyon devletinin hukuk düzeninde uygulanmaması ve bu devlete karşı çekince konusu hükümlerle ilgili olarak başvuru yapılamaması sonucu doğurmaktadır. AİHM sürekli içtihatında çekincenin koşullarını ve bu şekilde geçerliliğini denetleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. AİHM'nin uygulaması çekince koşullarının katı yorumlandığını ve çekincenin istisnai bir durum olarak kabul edildiğini göstermektedir⁴³. Bu çerçevedeki en bilinen örnek Belilos – İsviçre davasıdır. Davada İsviçre'nin AİHK'nun onayı esnasında yaptığı çekincenin denetimi yapılmıştır. AİHM İsviçre'nin yaptığı çekinceyi caiz olarak kabul etmemiştir. AİHM kararında geçersiz olarak kabul edilen çekincenin uygulanamayacağını ve AİHK'nun ilgili hükmünün Konvansiyon devletini bağlayacağını dile getirmiştir⁴⁴; Loizidou – Türkiye davasında AİHM Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs bağlamında yaptığı genel coğrafi sınırlılık çekincesini kabul etmemiş ve Konvansiyon devletlerinin ülkelerinin bir kısmını Konvansiyonun uygulanma alanı dışında bırakamayacaklarını, zira aksi halde AİHK'nun Avrupa çapında anayasa enstrümanı işlevinin daraltılması gibi bir sonucun doğacağını vurgulamıştır⁴⁵. AİHM'nin Konvansiyon devletlerinin çekincelerini denetlemesi ve duruma göre geçersiz ilân etmesi, AİHM'nin insan hakları sorunlarında subsidier olarak anayasa mahkemesi niteliğinin ifadesidir. AİHM Loizidou – Türkiye davasında açıkça AİHK'nu anayasa enstrümanı olarak nitelemiştir. Konvansiyon devletlerinin çekincelerine ilişkin uygulama ile AİHM bir kez daha anayasa koruyucu rolü üstlenmiş ve AİHK'nun Avrupa çapında anayasa benzeri işlevini teminat altına almış ve Konvansiyonun uygulanmasını çekince yolu ile sınırlama yapılmasını istisnai bir durum olarak ilan etmiştir.

3 – Karar

a – AİHM'nin denetim ölçüsü

aa- Genel denetim ölçüsü ve devletlerin takdir alanı

Ulusal anayasa mahkemelerinin temel hak denetimine ulusal anayasalar esas alınırken, AİHM'nin denetimine AİHK esas olmaktadır. AİHK büyük bir bölümü itibarı ile ulusal anayasalarla aynı yahut benzer bireysel hakları temin etmektedir⁴⁶. AİHM'nin görev alanı Konvansiyonda yer alan insan hakları ve temel özgürlüklerle sınırlı iken, ulusal anayasa mahkemelerinin yetkileri

⁴³ Frank Hoffmeister, Rn. 12 vd.

⁴⁴ Belilos – İsviçre davası, Nr.10328/83, karar tarihi 29.04.1988, Serie A132, 11 vd.

⁴⁵ Loizidou – Türkiye davası, karar tarihi 23.03.1995, Serie A310, 13 §75

⁴⁶ Rudolf Bernhardt, Verfassungen und Verfassungsgerichtsbarkeit Internationaler Organisationen, bkz.: Jochen Abraham Frowein/Klaus Scharioth/Ingo Winkelmann/Rudiger Wolfrum (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace - Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, 281,285

oldukça çeşitlidir.

Temel hak ihlallerinin denetimi çerçevesinde Strazburg mahkemesi ve ulusal anayasa mahkemeleri arasında ancak kimi paralellikler bulunmaktadır. AİHK'da yer alan insan haklarına ve temel özgürlüklere Konvansiyon devletlerinin müdahalesini caiz kılan kriterler ile ulusal anayasalarda temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin öngörülen, örneğin kanuni dayanak, kamu çıkarı ve ölçülülük kriterleri arasında benzerlikler bulunmaktadır. AİHK'da yer alan klasik özgürlük haklarının sınırlandırılma koşulu, sınırlandırılmanın ulusal bir kanuna istinat etmesi, Konvansiyonda sayılan meşru amaçlara matuf olması ve sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır⁴⁷. Böyle bir gereklilik için AİHM'ne göre toplumsal acil bir ihtiyaç olması gerekmektedir. AİHM'nin sürekli içtihatına göre bu kriter herşeyden önce ölçülülük denetimi içermektedir⁴⁸. Özellikle ölçülülük denetimi temel hak alanında anayasa yargısının temel işlevini hatırlatmaktadır. AİHM şüphesiz ölçülülük denetiminde spesifik anayasal ilişkileri dikkate almaktadır. AİHM kararlarında açık olarak ulusal mercileri ikâme etme gibi amacının olmadığını vurgulamaktadır. Ulusal merciler ilk planda Konvansiyon haklarının temininde sorumluluğu taşımaktadır. Ulusal merciler ulusal koşulları daha yakından bilmektedir ve bu nedenle onların muayyen bir takdir alanı bulunmaktadır⁴⁹. AİHM bu takdir hakkının kullanılmasını denetleme yetkisine sahiptir. Ulusal mahkemeler hangi nedenle temel hak sınırlaması yaptığını detaylı olarak gerekçelendirmek zorundadır⁵⁰.

AİHM hernekadar denetim ölçüsü ve kriterleri itibarıyla anayasa yargısı işlevi görse de, AİHM'nin bir anayasa mahkemesi yetkisi ile karşılaştırıldığında anayasa yargısı işlevinin daha sınırlı olduğu görülmektedir. AİHK'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin 47 AİHK tarafı devletin anayasalarında yer alan temel haklara nazaran sınırlı olması nedeniyle AİHM'nin denetimi de AİHK'da yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. AİHM bakımından önemli olan Avrupa çerçevesinde geçerli ortak asgari normların ortaya konulmasıdır. Federal devletlerde karşımıza çıkan anayasa mahkemelerinin de eyalet

⁴⁷ AİHK sınırlama koşulları olarak genel bir hüküm öngörmemektedir. Sınırlama kriterlerini ilgili hükümde öngörmektedir; krş. AİHK md.8, 2.fıkra

⁴⁸ bkz.: Berrehab – Hollanda davası, karar tarihi 21.06.1988, Serie A.138, 5 §28 vd.; Markt Intern Verlag ve diğerleri – Federal Almanya Cumhuriyeti, karar tarihi 20.11.1989, Serie A165, 4 §34

⁴⁹ Christian Callies, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität. Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art.10 EMRK, EuGRZ 23 (1196), 295

⁵⁰ S.H ve diğerleri – Avusturya davası, Nr.57813/00; karar tarihi 03.11.2011 (Büyük Daire), EGMR Reports 2011 – V- 295, §197; Bédat – İsviçre, Nr.56925/08, karar tarihi 29.03.2016 (Büyük Daire), §67

kanunlarının ve kararlarının denetiminde eyaletlere takdir alanı bırakmak ve bölgesel özelliklere saygı gerekliliği içinde belli ölçüde bir geri durma tutumu aldıkları görülmektedir. AİHM'nin asgari standart oluşturma ve subsidiarite prensibi bağlamında "margin of appreciation" yaklaşımının ulusal anayasa mahkemeleri ile paralellik taşısa da daha ileri gittiği aşikârdır.

bb- AİHK'nun muhtar ve dinamik yorumu

Ulusal anayasa mahkemeleri anayasa normlarını kural olarak muhtar yorumlar. Anayasa mahkemesinin bu yetkisi herşeyden önce anayasanın diğer genel, soyut düzenlemelere nazaran önceliğinden ve mahkemenin bağlayıcı karar verme yetkisinden ileri gelmektedir. Yorum çalışmalarında genel olarak kabul gören yorum yöntemleri (ulusal hukukun uluslararası anlaşmalara uygun yorumu), kendi içtihatı ve diğer devletlerin anayasa mahkemelerinin içtihatlarıyla yapılan karşılaştırma yardımcı araç olarak kullanılmaktadır⁵¹.

AİHM de Konvansiyonda düzenlenen insan hak ve özgürlüklerini muhtar olarak yorumlamaktadır. AİHM kavramların tanımında ve münferit hakların içeriğinin belirlenmesinde zorunlu olarak ulusal hukuku yahut ulusal yorum yöntemlerini esas almamaktadır. Bu araçların AİHM için somut durumun karara bağlanmasında bir hareket noktası oluşturmaktan başka anlamı yoktur. AİHM, AİHK'nun muhtar yorumunda bir taraftan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.maddesinde yer alan uluslararası hukukun genel yorum yöntemlerine (örneği, bir düzenlemenin alışılmış anlamı, düzenlemenin amacı gibi), diğer taraftan uluslararası hukukun genel hükümlerine istinat etmekte ve Viyana Anlaşmalar Hukuku muvacehesinde kendi yorum pratiğini geliştirmektedir.

AİHM özellikle AİHK'nun anlam ve amacına istinat eden teleolojik yorum yöntemini esas almaktadır. AİHM sürekli içtihadında AİHK hükümlerinin Konvansiyon metninin bütünü içinde ve Konvansiyon amaçları ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede AİHM önceki kararlarına gönderme yapmaktadır⁵². AİHM birçok kez AİHK'nun statik bir Konvansiyon olmayıp, günün gelişmelerine göre yeniden yorumlanmasına, bu şekilde dinamik, geliştirici bir yaklaşımla metnin yorumlanması gereğine dikkat çekmiştir. Dinamik, geliştirici yorum tekniği AİHK'nun Avrupa camiasının siyasi, kültürel, sosyal değişimine uyum sağlamasını mümkün kılmaktadır. Bu gelişme AİHM'nin kararlarında daima Konvansiyon devletlerindeki değişen hukuki durumla karşılaştırma yapılarak analiz edilmektedir. AİHM, AİHK'nu

⁵¹ Helmut Simon, 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bkz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 5

⁵² Cossey – İngiltere davası, karar 27.9.1999, Serie A184, 7, §35

bu çerçevede yaşayan bir enstrüman olarak nitelendirmiştir⁵³. Bu dinamik içtihatı AİHK'nun lâfzı sınır getirmektedir. Konvansiyon hükümlerinin revizyonu AİHM içtihatı ile değil, yürürlüğe girmesi için üye devletlerin tümü tarafından onaylanması gereken ek protokollerle mümkündür. AİHK'nun dinamik gelişimi ile sadece teorik değil, aynı zamanda etkin bir temel hak koruması sağlanmaktadır. Bu durum AİHM içtihatında karşımıza çıkan etkin hukuki himaye prensibini gündeme getirmektedir⁵⁴.

AİHM'nin yorum pratiği içerik olarak ulusal anayasa mahkemelerinin yorum pratiğinden büyük ölçüde farklı değildir. AİHK'nun AİHM tarafından muhtar yorumu prensibi AİHM'nin nihai karar yetkisi kullanması nedeni ile ulusal anayasa mahkemelerinin yorum yetkisine benzemektedir. Hükmün lâfzı, amacı ışığında yorumu gibi uluslararası hukukun geleneksel yorum yöntemlerine atf yapılması, değişen aktüel koşulların dikkate alınması ve kendi yerleşik içtihatının karşılaştırmalı hukuk üzerinden yeni hukuki yaklaşımları ve ulusal anayasa mahkemelerinin kabul gören içtihatları ışığında değerlendirilmesi ulusal anayasa mahkemelerinin yorum yöntemlerini çağrıştırmaktadır. Anayasa mahkemeleri gibi AİHM de hukuki uygulamadan ayrılma gerekliliği olduğu takdirde kendi önceki kararları ile bağlı değildir. AİHM'nin yasama organı olmaması ve Konvansiyon hükümlerinin değişikliği için ek bir protokol yapılması ve bunun için Konvansiyon devletlerinin uzlaşması gerekliliği, ulusal seviyede anayasa revizyonu için öngörülen zorlu prosedürü hatırlatmaktadır.

b – AİHM kararlarının hukuki karakteri

aa - Bağlayıcılık ve tespit karakteri

AİHM prensip olarak şekillendirici değil, tespit edici nitelikte karar vermektedir. Bir AİHM kararı ulusal bir tasarrufu doğrudan ortadan kaldıramadığı gibi, ulusal hukuk düzenlerini doğrudan şekillendiren bir etkiye de sahip değildir. Bu durum AİHM'nin uluslararası karakterini ortaya koymaktadır. Strazburg mahkemesi prensip olarak devletlere emir ve talimat veremez. Kararın iç hukukta ne şekilde icra edileceği Konvansiyon devletlerine bırakılmıştır⁵⁵. Konvansiyon tarafı devletler ulusal hukuk düzenlerinin verdiği olanaklar çerçevesinde kararın icrası için önlem alacaktır. Konvansiyon devletleri Konvansiyon ihlallerini ortadan kaldırmakla ve Konvansiyona uygun durumu tesis etmekle mükelleftir (restitutio in integrum).

⁵³ Tyrer – İngiltere davası, karar tarihi 25.04.1978, Serie A26, s.13 vd.

⁵⁴ Artico – İtalya davası, karar tarihi 13.05.1980, Serie A37, 5 vd.

⁵⁵ F.Vermeulen – Belçika davası, karar tarihi 20.02.1996, EGMR Nr. 19075/91, Rn. 33; Cruz Varas ve diğerleri – İsveç davası, karar tarihi 20.03.1911, Serie A201, 22, §90 vd.

AİHM kararları şekillendirici bir etkiye sahip olmasa da değişik vesilelerle kararlarının ne şekilde icra edileceği konusunda tavsiyeler vermektedir⁵⁶. AİHM, AİHK'nun 41.maddesi muvacehesinde yapmış olduğu tespit yanısıra ilgili Konvansiyon devletinin ulusal hukuku Konvansiyon ihlâlinin sonuçlarını tamamen ortadan kaldıramadığı takdirde tazminata hükmedebilmektedir. Bu şekilde AİHM'nin baktığı davalar eda davası özelliği kazanmaktadır. AİHM'nin şekillendirici kararlar verememesi onu ulusal anayasa mahkemelerinden ayırt etmektedir. AİHM'nin kararları Konvansiyonun 46.madde, 1.fıkrasına göre ulusal anayasa mahkeme kararları gibi bağlayıcıdır. Ulusal anayasa mahkemeleri ancak sadece ihlâl durumunu tespit etmekle sınırlı bir yetki kullanmaz, aynı zamanda bu tespitle bağlantılı yaptırım veya alınacak önlemleri karara bağlar. Esas itibariyle AİHM'ne de başlangıçta anayasa mahkemelerine paralel geniş yetkiler verilmesi, bu meyanda ulusal kanunları iptal etme yetkisi verilmek istenmiştir. Hükümetler bu yaklaşımı reddetmiştir.

Bu çerçevede kimi yeni yeniliklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin Strazburg mahkemesi usul yönetmeliğinin 39.maddesine istinaden tarafların çıkarlarını korumak için veya prosedürün kurallara uygun gerçekleşmesi için önleyici önlemler tavsiye edebilir. Uzun bir süre önleyici önlemlere ilişkin tavsiyeler bağlayıcı kabul edilmemiştir. Mamatkulov ve Askarov – Türkiye davasında AİHM uluslararası hukukun genel hukuk prensiplerine ve diğer uluslararası mahkemelerin uygulaması ışığında tavsiye edilen önleyici önlemlere riayet edilmemesinin AİHK hükümlerinin ihlâline yol açacağını hükme bağlamıştır. Bu tür önlemler artık tavsiye karakterinde değil, ulusal anayasa mahkemelerinin vereceği tarzda talimat olarak kabul edilmektedir⁵⁷. AİHM yeni davaların bazılarında, kararın muhatabı devletin kararı ne şekilde icra edeceğine ilişkin talimat vermiştir. Bu özellikle bireylerin Konvansiyona aykırı olarak tutukluluk durumlarında söz konusu olmaktadır. AİHM ilgili kişilerin serbest bırakılmasına ilişkin yeni bir uygulama yerleştirmiştir⁵⁸.

AİHM kararları ulusal anayasa mahkemesi kararlarına görünüş itibariyle benzemekle beraber, istisnai durumlar dışında prensip olarak şimdiye dek taşıdığı tespit edici özelliği nedeniyle onlardan ayrılmaktadır. AİHM kararlarının icrasında kararların bağlayıcı karakterine karşılık Konvansiyon devletlerinin işbirliği gerekliliği söz konusudur. Bu durum Strazburg mahkemesi ve anayasa mahkemesi arasındaki spesifik fark olarak değil, uluslararası hukukun özelliği olarak kabul edilmektedir. Ulusal hukuk düzenleri ile karşılaştırma yapıldığı

⁵⁶ Centro uropa 7 ve di Stefano – İtalya davası, Nr.38433/09, karar tarihi 07.06.2012 (büyük daire), EGMR Reports 2012

⁵⁷ Mamatkulov ve Askarov – Türkiye davası, Nr.46827/99 ve 46951/99, karar tarihi 04.02.2005 (büyük daire), EGMR Reports 2005-I, 225, §§99 vd.)

⁵⁸ İlaşcu ve diğerleri – Moldova ve Rusya Federasyonu davası, Nr.48787/99, karar tarihi 08.07.2004, EGMR Reports 2004-VII, 1

takdirde uluslararası hukukta hukuk ihdas edenlerle bu kurallara tabi olanların aynı olduğu ve uluslararası hukukun iradeye istinat ettiği görülmektedir. Uluslararası hukukun süjesi olan devletler sahip oldukları hak ve yükümlülükleri kendileri belirler. Uluslararası hukukta BM Güvenlik Konseyi istisnası dışında hukuku icra eden merkezi bir organ bulunmamaktadır. Bu durum uluslararası hukukun icrası bakımından problem oluşturmaktadır. Hukukun icrası uluslararası hukukta dezentral cereyan etmektedir; diğer bir ifade ile devletler uluslararası hukuk normlarını ihtiyari olarak bağlayıcı ilan ederler ve uyuşmazlık durumunda bu kurallara kendileri riayet ederler. Bu durum uluslararası insan haklarının korunması alanında da geçerlidir. Ulusal anayasa mahkemeleri temel hak ihlallerini tespit edip, yaptırım ve önlemler öngörürken, uluslararası seviyede benzer bir icra mekanizması bulunmamaktadır. Bunun dışında AİHM fonksiyonu ve hiyerarşik yapısı, yetkileri, bağlayıcı kararları ile ulusal anayasa mahkemelerine oldukça benzemektedir. AİHM'nin ulusal kanunları iptal edememesi anayasa mahkemesi fonksiyonlarını yerine getirmesine engel teşkil etmemektedir.

bb - Pilot davalar

2004 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi pilot dava olanağı veren bir rezolüsyon ve tavsiye kararı ihdas etmiştir⁵⁹. Bakanlar Komitesinin bu kararı alması herşeyden önce AİHM'de artan bir şekilde sistemik problemlere istinat eden Konvansiyon ihlalleri nedeniyle, özellikle Avrupa Konseyi'nin yeni üyelerine karşı aynı tür davaların açılmasıydı. AİHM ulusal kanuna ilişkin soyut veya somut norm denetimi sonucu Konvansiyon ihlâlini tespit etmiş olsa da, ulusal hukuk düzeninde birçok örnekte herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum tekrar aynı tür başvuruların AİHM'ne yapılmasına yol açmıştır. Bu problemi ortadan kaldırmak için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi benzer başvuruların yapılmasına neden olan sistemik problemleri tanımlama kararı almıştır. AİHM'nin bu şekilde yapısal problemlerin ortadan kaldırılmasına matuf hazır çözümler muvacehesinde tespitler ve öneriler yapması sağlanmıştır⁶⁰. Broniowski – Polonya davasına ilişkin karar AİHM tarihinde ilk pilot karar olarak kabul edilmektedir⁶¹. Söz konusu davada Büyük Daire 1 nolu protokol muvacehesinde ilgili Polonya kanununun ve bu paraleldeki hukuki uygulamanın sistemik bir problem oluşturduğu ve bu ihlâlden gelecekte çok sayıda bireyin etkilenmek durumunda olduğu tespitini yapmıştır. Büyük Daire bu nedenle gelecekte bireylerin restitution (eski hale iade) taleplerini telafi

⁵⁹ <<http://wcd.coe.int>>

⁶⁰ Christoph Grabenwarter, The European Human Rights Model - With a Special View to the Pilot Judgement Procedure of the Strasbourg Court, ARIEL 2014, s.53 vd.

⁶¹ Broniowski – Polonya), Nr.31443/96, karar tarihi 28.09.2005 (büyük daire), EGMR Reports 2005-XI, 1 §§35 vd.)

etmek üzere kapsamlı, genel önlemlerin alınması gerekliliğine dikkat çekerek, bu konudaki kimi görüşlerini karara eklemiştir. AİHM'nin kararının sonucu olarak Polonya 08.07.2005'de taşınmazlara ilişkin restitution taleplerini karşılayan günümüzde geçerli olan kanunu ihdas etmiştir. Broniowski – Polonya davasında verilen karar bir dizi pilot dava için emsal teşkil etmiştir. Bu karar emsal karar olarak benzer davalarda hızlı ve etkin çözüm sağlamıştır⁶².

Strazburg mahkemesi tarafından uygulanan pilot karar prosedürünün amacı münferit şikâyetçilerin aynı konuya ilişkin bireysel başvurular arasında uyum sağlamak ve AİHM'nin aynı tür benzer şikâyetlerle bloke olmasını engellemektir. Tek bir kararla derdest yahut beklenen çok sayıdaki aynı tür davalar için çözüm bulunmuş olmaktadır. Pilot kararın operatif bölümünde sorumlu devletin aynı davaların açılmasına neden olan yapısal problemleri düzeltmesi için alması gereken genel önlemler öngörülmektedir. AİHM önündeki benzer davaların incelenmesi kural olarak pilot kararın ulusal seviyede icrası aşamasında askıya alınmaktadır. Pilot karar icra aşamasında başarısız olursa, askıya alınan davalar yeniden görülür⁶³. Yeni pilot davalar arasında 15.01.2009 tarihli Burdov (2) – Rusya Federasyonu davası (no. 33509/04, §129) bulunmaktadır. Bu davayı 2010'da Nagovitsyn ve Nalgiyev – Rusya⁶⁴ davası ve Fakhretdinov ve diğerleri – Rusya davası⁶⁵ takip etmiştir. Diğer devletlere ilişkin olarak da AİHM son yıllarda artan şekilde pilot karar prosedürü uygulamaktadır⁶⁶. AİHM Rumpf – Almanya davasında (Nr.46344, karar tarihi 02.09.2010, §75) 2010'da dikkat çekici bir karar vermiştir. Davaya neden olan problemin tanımlanmasından sonra AİHM benzer davaların alışılmış bir şekilde gelecekte askıya almayacağını, davaları göreceğini karara bağlamıştır. AİHM açık bir şekilde Federal Almanya'ya benzer davaları esas alarak sistemik problemlerin düzeltilmesine ilişkin yükümlülüğünü hatırlatmıştır (Almanya bu yükümlülüğünü yasama tasarrufu ile yerine getirmiştir). Zikredilmesi gereken diğer davalar arasında AİHK'nun 8.madde ve 13.maddede yer alan hakların ihlâli iddiası ile açılan Glykantzi – Yunanistan⁶⁷, Alisic ve diğerleri – Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Makedonya⁶⁸ ve 2013 tarihli Jovanovic – Sırbistan⁶⁹ davaları bulunmaktadır.

⁶² bu davayı takip eden pilot karar için bkz.: Hutten/Czapska – Polonya davası, Nr. 35014/97, karar tarihi 19.06.2006 (büyük daire), EGMR Reports 2006-VII, 57

⁶³ Nikolayevich Ivanov – Ukrayna davası, Nr.40450/04, karar tarihi 15.10.2009

⁶⁴ Nr.27451/09 ve 60650/09, karar tarihi 23.09.2010

⁶⁵ Nr.26716/09, 67576/09 ve 7698/10, karar tarihi 23.09.2010

⁶⁶ örneğin Ivanov – Ukrayna (Nr.40450/04, karar tarihi 15.10.2009); Sulagic – Bosna Hersek (Nr.27912/02, karar tarihi 03.11.2009); ve Atanasiu ve diğerleri – Romanya (Nr.30767/05 ve 33800/06, karar tarihi 12.10.2010

⁶⁷ Nr.40150/09, karar tarihi 30.10.2012

⁶⁸ Nr.60642/08, karar tarihi 06.11.2012 (büyük daire) EGMR Reports 2014

⁶⁹ Nr.20794/08, karar tarihi 26.03.2013), EGMR Reports 2013-II, 147

Pilot karar prosedürü hernekadar Konvansiyonda bir dayanağı olmadan uygulamada ortaya çıkmış ve henüz tam olarak olgunlaşmamış ise de AİHM hukuk uygulamasında kabul gören bir prosedürdür. Pilot karar prosedürü aradan geçen zaman içerisinde AİHM usul düzenlemesinin 61.maddesinde düzenlenmiştir. Bu önemli prosedürün şüphesiz AİHM tarafından bağımsız olarak değiştirilebilecek nitelik taşıyan usul yönetmeliğine nazaran hiyerarşik olarak daha yüksek bir hukuki dayanağa ihtiyacı vardır⁷⁰. Bugüne kadar pilot karar prosedürünün ağırlıklı olarak – Konvansiyon devletlerinde sistemik problemlerin yaşandığı mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin 1 Nolu protokolün 1.madde ve AİHK'nun 6.madde, 1.fıkrası (dava sürelerinin uzunluğu) bağlamında ortaya çıktığı görülmektedir. Bununla beraber AİHM farklı alanlarda da pilot karar verdiği görülmektedir. Örneğin hapishane koşulları ile ilgili olarak Torreggiani ve diğerler – İtalya davası⁷¹ ve bu davayı takiben açılan Stella ve diğerleri – İtalya davası⁷² bulunmaktadır. AİHM davada İtalyan hükümetinin hapishanelerdeki kötü durumu ortadan kaldırılmasına ilişkin bir aksiyon planını karara bağlamıştır.

Pilot karar prosedürüne ilişkin bugüne dek ortaya çıkan tecrübeler karar muhatabı Konvansiyon devletinin sistemik problemleri ortadan kaldırma niyetinin olmaması yahut bunu başaramaması durumunda bu prosedürün etkin olma şansının bulunmadığını göstermektedir. Soyut norm kontrolü gibi sadece bireysel somut durumun değil, bunun ötesinde davaya neden olan ilgili ulusal düzenlemenin ele alındığı pilot karar prosedürü de AİHM'nin anayasa mahkemesi işlevini ortaya koymaktadır. Pilot kararlar bağlamında AİHM'nin geleneksel olarak bireysel-somut davalara göre şekillenen içtihatı genel olarak gelişmiş ve AİHM somut norm kontrolü yetkisi kullanma ötesinde ulusal yasama tasarruflarının yapısal ve sistemik yapısını da denetleme yetkisi elde etmiştir. AİHM'nin bireysel hakları koruma rolü bu şekilde Avrupa çapında insan hakları bakımından bir “ordre public” yerleştirme işlevi ile tamamlanmıştır. Pilot karar prosedüründe AİHM'nin kural olarak her bir münferit davayı incelememesi bireysel başvuru hakkını sınırlamaktadır. AİHM'nin ancak aynı paralelde sistemik problemlere kamu çıkarına uygun genel çözümler bulması aynı konuya ilişkin yeni davaların açılmasını önlemektedir. AİHM anayasa mahkemesi işlevini pilot karar prosedürü ile somut norm kontrolüne nazaran daha çarpıcı bir şekilde yerine getirmektedir.

⁷⁰ Helen Keller/Daniela Kühne/Andreas Fischer, Statut-Entwurf für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Beitrag zur Reform des Konventionssystems, EuGRZ 38 (2011), 341,358

⁷¹ Nr.43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 33315/10 ve 37818/10, karar tarihi 08.01.2013

⁷² Nr.49169/09, 54908/09; 55156/09; 61443/09; 61446/09; 61457/09; 7206/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 15313/10; 37047/10; 56614/10; 58616/10, karar tarihi 16.09.2014

cc - AİHM kararlarının quasi erga omnes etkisi

AİHM kararları AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrasına göre erga omnes değil (tüm Konvansiyon devletleri için değil, münhasıran (inter partes) hukuki uyumsuzluktan etkilenenler için geçerlidir. AİHM kararları şüphesiz kural olarak hukuki uyumsuzlukta taraf olmayan Konvansiyon devletleri bakımından da dolaylı yönlendirme etkisine sahiptir. Bu nedenle AİHM kararlarının quasi erga omnes etkisinden söz edilmektedir⁷³. AİHK tarafı devletlerin mahkemeleri bununla beraber AİHM kararlarını aynı ölçüde enkorpere etmemektedir. Reform tartışmaları esnasında bu nedenle AİHM kararlarına resmi olarak erga-omnes etki tanıma önerisi de yapılmıştır. Bu öneri başarı vademediği için kabul görmemiştir. AİHM kararlarının ergas-omnes etkisi üzerinde yapılan tartışmalar, AİHM kararlarının münferit dava ötesinde ulusal seviyede anayasa mahkemelerinin kararları gibi daha aşağıda bulunan mahkemeler üzerinde yönlendirici ve ulusal mahkeme kararlarını AİHM kararları ile uyumlu kılan bir etkiye sahip olduğunu ortaya çıkartmıştır.

dd - Kararların gerekçelendirilmesi ve yargısı

AİHM kararları üç bölüme ayrılmaktadır: Şimdiye dek cereyan eden prosedürün açıklanması; uyumsuzluğun açıklanması; Konvansiyon hükümleri ışığında davanın ele alınması. AİHK'nun 45.madde, 1.fıkrasına göre AİHM'nin verdiği hükümlerin, başvuruların kabul edilip edilmemesine ilişkin olarak alınan kararlar gibi gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Başvuruların kabul edilip edilmemesine ilişkin kararların geleneksel uygulamada kısa gerekçelendirildiği görülmektedir. AİHM'nin usul yönetmeliğinin 56.madde, 1.fıkrasına göre başvurunun kabul veya reddine ilişkin kararda, kararın ne şekilde (oy çokluğu ile veya oybirliği) alındığı belirtilir. Karardan sapan görüşlere bu çerçevede yer verilmemektedir.

AİHM hükümlerinin gerekçelendirilmesi Konvansiyon sisteminin, bir taraftan bireysel temel hak himayesi ve diğer taraftan Avrupa çapında insan hakları standardının yerleşmesi amaçları ışığında gereklidir. İkinci amacın takibine bu nedenle gerekçe bölümünde üslup itibarıyla ulusal anayasa mahkemelerini hatırlatan genel ifadelerle yer verilmektedir⁷⁴. Bu şekilde örneğin somut hukuki probleme ilişkin hüküm detaylı bir şekilde ortaya konulur ve konuya ilişkin temel prensipler sıralanır. Strazburg mahkemesinin kararları hükmün her bölümünde müdahil tarafların gerekçelerine yer veren bir tartışma modeline istinat etmektedir. Dairelerin ve Büyük Dairenin tüm hüküm ve kararları kamu oyu tarafından erişilmesini teminen AİHM internet

⁷³ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2016

⁷⁴ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2016, §14, Rn.4

sitesine konulmaktadır⁷⁵. Bunun dışında hüküm ve kararların kimileri Avrupa Konseyi resmi dili olan İngilizce ve Fransızca olarak AİHM resmi gazetesinde yayınlanır⁷⁶.

IV –AİHM’nin Rolü ve İşlevi

1 - Avrupa Konseyinin diğer organlarıyla ilişkiler

a - AİHM’nin kurumsal muhtariyeti

Ulusal anayasalar kural olarak devletin yönetim sistemini ana hatları itibariyle düzenlerler. Bu düzenlemeler esas itibariyle devletin gücünü sınırlamak ve bireylerin özgürlüklerini ve haklarını temin için devlet yetkilerini birbirinden ayrı ve hukuken bağımsız organlar arasında dağıtan yetki ayrılığı prensibine istinat etmektedir. Ulusal yargının bir parçası olarak ve yetki ayrılığı prensibi muvacehesinde ulusal anayasa mahkemeleri muhtar mercilerdir. Yasama ve yürütme Anayasa Mahkemesinin kararlarını hukuken etkileme olanağına sahip değildir. Avrupa Konseyi örneğinde bir özellik olarak yürütme ve yasama organına Avrupa Konseyi tüzüğünde (md.10) yer verilirken, yargı organı olan AİHM’ne AİHK’da yer almasına karşın bu çerçevede yer verilmemiştir. AİHM bu nedenlerle Avrupa Konseyi ile değişik şekillerde bağlantı içinde olsa da hakim görüşe göre Avrupa Konseyinin organı olarak kabul edilmemektedir⁷⁷.

Avrupa Konseyinin iki ana organı, Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi ve AİHM ile oluşturduğu sistem içerik olarak ulusal yetki ayrılığı sistemine benzemektedir. Ulusal anayasa mahkemeleri gibi AİHM de yetkilerini hukuken diğer organlardan bağımsız olarak kullanmaktadır. Bakanlar Komitesi üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşmaktadır. Ulusal yetki ayrılığı sistemine benzer bir şekilde Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyi bünyesinde icra organını temsil etmektedir. Bakanlar Komitesinin ana görevleri Avrupa çapındaki problemler için ortak çözümler bulunması ve Konvansiyon devletlerinin Konvansiyondan doğan mükellefiyetlere riayetinin denetimini yapmaktır. AİHM’nin yargı yetkisi üzerinde Bakanlar Komitesinin bir etkisi bulunmamaktadır. AİHK ihlallerinde Bakanlar Komitesinin sahip olduğu karar yetkisi 1998’de 11 nolu protokolle ortadan kaldırılmıştır.

Bakanlar Komitesinin AİHM ile bağlantısı AHK’nun 46.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AİHM kararlarının karar muhatabı devlet tarafından icrası bağlamında ortaya çıkmaktadır. Verilen kararlar bağlantılı olarak Bakanlar

⁷⁵ <http://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁶ AİHM usul yönetmeliği 76 78.maddeler

⁷⁷ Georg Ress, *Rechtstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, bkzn.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/ Andrea Martin (Hrsg.), *Dimensionen des modernen Verfassungsstaaten*, 2001, 137 vd.

Komitesi kararın muhatabı devletten kararın gereğini yerine getirmek üzere aldığı önlemler hakkında bilgi talep eder. Alınan önlemler yeterli bulunduğu takdirde Bakanlar Komitesi bir rezolüsyonla Konvansiyon devletinin yükümlülüklerini yerine getirdiğini ilan eder. Alınan önlemlerin Bakanlar Komitesi tarafından yeterli bulunmadığı durumlarda Bakanlar Komitesi bir ara rezolüsyonla durumu tespit eder ve nihai çözüm sağlanana kadar konuyu erteleme kararı alır. Bakanlar Komitesinin bu çerçevede talimat yetkisi yoktur. Bakanlar Komitesi sadece öneriler ve tavsiyeler yapabilir.

Kararın icrasının siyasi denetimi ulusal anayasa yargı sisteminde yer almamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kullandığı yetki zamansal olarak AİHM'nin kullandığı yetkiyi takip etmesi nedeniyle AİHM kararları üzerinde bir etkiye sahip değildir⁷⁸. AİHM denetim prosesi çerçevesinde müdahil olmak durumunda değildir. Uygulamada bazı gri alanlar ve zor sınırlamalar bulunmaktadır. AİHM AİHK'nun 35.madde, 2.fıkra, b-bendine göre daha önce kendisi tarafından incelenen şikâyet ile büyük ölçüde örtüşen bireysel başvuruları kabul etmemektedir. Şüphesiz hukuken önemli yeni hukuki durumların ortaya çıkması (kararın verildiği tarihte bilinmeyen yahut verilen kararın icrası esnasında yeni bir AİHK ihlâlinin ortaya çıkması) AİHM'nin daha önce verdiği kararın konusu olan şikâyeti yeni koşullar altında bir kez daha incelemesini engellememektedir. Bu gibi durumlarda AİHM'nin Bakanlar Komitesinin icra denetimi yaptığı esnada söz konusu şikâyetle yeniden iştiğal etmesi gibi zamansal bir problem ortaya çıkabilir. Bakanlar Komitesinin kararların icra denetimini yapma yetkisi ve AİHM'nin yeni verileri inceleme yetkisi arasında bir sınırlama yapmak her zaman için kolay değildir⁷⁹.

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi 47 Konvansiyon üyesi devletin ulusal Parlamento temsilcilerinden ve bir sekreteryadan oluşmaktadır. Parlamenter Asamble Avrupa çapında konuların tartışmalarla ve raporlarla ele alındığı bir platformdur. Parlamenter Asamble tarafından düzenlenen metinler Bakanlar Komitesi ve üye devletler için aktüel sorunların üstesinden gelinmesinde oryantasyon aracı teşkil etmektedir. AİHM Parlamenter Asamble ile ilk sırada yargıç seçimi nedeni ile bağlantı içindedir. AİHK'nun 22.maddesine göre her Konvansiyon üyesi devlet için Parlamenter Asamble tarafından mutlak çoğunlukla AİHM için bir yargıç seçilir. Bu seçim için her Konvansiyon tarafı devlet üç isimden oluşan bir öneri yapar. AİHK'nun 21.maddesinde yer alan kriterlerin ötesinde Parlamenter Asamble diğer başka kriterleri, örneğin AİHM'nin etkin ve bağımsız çalışmasını temin edecek dil bilgisini dikkate alarak

⁷⁸ Lucius Caflisch, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und dessen Überwachungs-mechanismen: Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft, ZSR 122 (2003), s.125

⁷⁹ Verein/Tierfabriken – İsviçre davası bunun bir örneğini oluşturmaktadır. Bknz.: Nr.32772/02, karar tarihi 30.06.2009 (Büyük Daire), EGMR Reports 2009-IV, 1, §83

seçimini yapar. Bu bağlamda Parlamento Asamble ve Konvansiyon devletleri AİHM yargı heyetinin oluşmasında rol oynamaktadır. Anayasa mahkemesi üyelerinin kurumsal yapıda yer alan ulusal parlamentolar tarafından seçilmesi gibi bir yöntemin AİHM için de söz konusu olması AİHM'nin çalışmasında önemli bir etkiye sahip değildir. Uluslararası mahkemelerin yargıçlarının Parlamento tarafından seçilmesi alışılmış bir durum değildir. Bu yöntem AİHM yargıçlarına demokratik meşruiyet sağlamaktadır.

Parlamento Asamblesinin yargıç seçme yetkisi onun Avrupa Konseyi bünyesinde sahip olduğu rolün önemini göstermektedir. Parlamento Asamble devletlerin sunduğu aday listesini yeterli bulmayarak reddedebilir. Listesi iade edilen Konvansiyon devleti yeni liste sunar. Parlamento Asamble listenin yenilenmemesi durumunda seçim yapmaktan imtina edebilir. Bu durum uygulamada sıkça ortaya çıkmakta ve Parlamento Asamble ile ilgili devlet arasında hangi koşullar altında Parlamento Asamblesinin listeyi reddedebileceği konusunda tartışmaya neden olmaktadır. İlginç bir şekilde bu tür bir uyuşmazlıkta AİHM'den danışma görüşü talep edilebilmektedir. Bunun anlamı AİHM'nin potansiyel yargıç adaylarına ilişkin uyuşmazlıkta karar vermesidir. Bu durum 2008'de Malta'nın aday listesinin, listede kadın aday olmaması nedeniyle reddedilmesi örneğinde yaşanmıştır. Malta bunun üzerine Bakanlar Komitesine AİHM'den danışma görüşü alınması talebi yapmıştır. AİHM görüşünde, kadın aday içermeyen bir listenin, ilgili Konvansiyon devletinin uygun bir kadın aday bulmak için makul ve gerekli önlemler almaması durumunda reddedilebileceğini bildirmiştir⁸⁰. AİHM yargıçlarının seçiminde Avrupa Konseyi Parlamento Asamblesinin yetkili olması ve AİHM kararlarının icrasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin denetim yetkisi olması, bu organların AİHM kararları üzerinde etki yapmasını mümkün kılmamaktadır. AİHM kararlarında bağımsızdır. AİHM'nin bu statüsünü güçlendirmek için AİHK 23.maddesinde AİHM yargıçlarının bir defaya mahsus olmak üzere 9 yıl için seçilmesini kabul etmiştir.

b – AİHM'nin bütçesi

AİHK'nun 50.maddesine göre AİHM'nin masrafları Avrupa Konseyi tarafından karşılanmaktadır. AİHM buna göre Avrupa Konseyi bütçesine entegre bir bütçeye sahiptir. Avrupa Konseyi'nin 47 üyesi, nüfusu ve brüt sosyal üretimi esas alınarak Avrupa Konseyi bütçesine katkı yapmaktadır. Masraf kavramı, personel ve yargıç maaşlarını, AİHM'nin fiziksel gereksinimlerini kapsayan geniş bir kavramdır. 2000'den itibaren AİHM bütçesi enflasyon yahut ücretlerin yakınlaştırılması faktörlerini dikkate almayan "zero growth" prensibine istinaden hazırlanmaktadır. Bütçe Bakanlar Komitesi tarafından

⁸⁰ 12.02.2008 tarihli danışma görüşü için bkz.: NJW 2009

uygun bulunmaktadır⁸¹. AİHM'nin bütçesi rakamsal olarak belli ve ayrı belirlense de (çalışanların ücretleri, yayın faaliyetleri, tercüme yahut resmi işler için yapılan harcamalarda serbesti esası geçerlidir), bütçenin Avrupa Konseyinin genel bütçesine entegre olması nedeni ile AİHM'nin mali olarak muhtar olduğu söylenemez. Reform tartışmalarında Avrupa Konseyinden bağımsız bütçe talebi yer almaktadır. Bu talep AİHM'nin sürekli artan bütçesinin Avrupa Konseyinin genel bütçesini tüketmesi gerçeğine istinat ettirilmektedir.

2 – AİHM'nin yargısal statüsü

01.11.1998 tarihli 11 nolu ek protokolün yürürlüğe girmesi ile beraber Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin karar sürecindeki rolü ortadan kaldırılmıştır. AİHM bugün için AİHK denetim mekanizmasında yegâne yargı merciidir. Strazburg mahkemesi ulusal mahkemelerle düzenlenmiş bir işbirliği ilişkisi içinde değildir. AİHK ulusal mahkemelerle ilişki bakımından bir düzenleme içermemektedir. AİHK'nun 35.madde, 1.fıkrası bu ilişki bakımından önem taşıyacak mahiyette, bireysel başvuru koşulu olarak diğer koşullar yanısıra ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesini öngörmektedir. Bu düzenleme ile gerek Konvansiyon devletlerinin egemenliği, gerekse AİHM'nin subsidier statüsü temin edilmiştir. Bu düzenleme Strazburg mahkemesi ve ulusal mahkemeleri eklemlen önemli bir düzenlemedir⁸².

Ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesi ertesinde AİHM temel hak ihlallerini denetleme konusunda nihai bir yargı organıdır. AİHM tarafından ulusal mahkemelere ilişkin denetim, somut durumda ulusal iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğinin tespiti bakımından, diğer bir ifade ile kendisinin nihai merci olarak yetkili olup olmadığına tespiti bakımından yapılmaktadır. Ulusal mahkemenin ve bununla bağlantılı iç hukuk yollarının ne şekilde şekillendirilmesi gerektiği konusunda ne AİHK, ne de AİHM statüsü bir düzenleme öngörmektedir. Konvansiyonun 13.maddesi sadece etkin bir ulusal başvurudan, 6.maddesi, 1.fıkrası adil yargılamadan, 35.madde, 1.fıkrası şikâyetçinin iç hukuk yollarını nihai merciye kadar taşımasından söz etmektedir. Şikâyetçi iç hukuk yollarını tüketmesinden itibaren 6 ay içinde Strazburg mahkemesi nezdinde başvuru yapabilir. Etkin hukuki yoldan ne anlaşıldığı somut ulusal hukuk çerçevesinde belirlenecektir. Ne literatürde, ne de Strazburg mahkemesi içtihadında bu soruya ilişkin kesin bir cevap bulunmaktadır. Prensipte somut durumda AİHK ihlallerine karşı kullanılabilir ve

⁸¹ 2015 yılı için AİHM'e 69.076.300 Avro tahsisi edilmiştir, bkz.: (<http://www.echr.coe.int>)

⁸² Markus Lanter, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges, (Art.35, Ziff.1 EMRK), Die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege, Diss. Zürich 2008, 243

yaptırım öngören bir hukuki yolun olması gerekmektedir. AİHM çok sayıda kararında etkin hukuki yol bakımından tereddüt doğabileceğini teyit etmiştir. Bu güvensizlik nedeniyle ulusal mahkemeler ve Strazburg mahkemesi arasında yetki taksimine açıklık getirecek daha sıkı bir işbirliği talep edilmektedir. AİHM sadece iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulacak bir nihai mahkeme rolü değil, AİHK'nun standartlarını Avrupa çapında quasi-anayasa olarak geçerli kılma rolü oynamaktadır. Strazburg mahkemesi kararlarının ulusal mahkemeler tarafından artan bir şekilde dikkate alınması AİHM'nin bu çerçevedeki başarısının kanıtıdır⁸³.

V – AİHM'nin gösterdiği gelişme

1 - AİHM'nin algılanması

AİHM'nin kurumsal yapısının, prosedürünün ve kararlarının analizi ulusal anayasa mahkemeleri ile paralellikler olduğunu göstermektedir. Strazburg mahkemesinin anayasa mahkemesi olarak taşıdığı anlamı birkaç unsur ışığında analiz yetersiz kalabilir. AİHM bugün ulusal anayasa mahkemeleri ile eşdeğer, kimi konularda onları aşan evrensel bir önem kazanmıştır. AİHM'nin yargılama yetkisi bugün birçok alan uzmanı tarafından Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde öngörülen mekanizmalarla karşılaştırıldığında uluslararası insan hakları standartlarının denetiminde en etkin koruma mekanizması olarak kabul edilmektedir. AİHM 40 aşkın devlet ve onların yurttaşları bakımından zorunlu yargı öngören yegâne örnektir.

AİHM'nin yetkileri 1959'dan itibaren sürekli artmıştır. AİHM bugün muhtar bir nihai yargı organı olarak Konvansiyon üyesi devletlerin ülkelerinde temel hakları ihlâl olan bireylerin bireysel başvurularını karara bağlamaktadır. Bunun ötesinde AİHM AİHK'nun öngördüğü münferit insan hakları ve temel özgürlükler bakımından geliştirdiği içtihatlarla, Avrupa çapında geçerli insan hakları standardı getirmiştir. AİHM AİHK'nun 53.maddesine istinaden insan haklarının korunmasında minimal bir standart getirmiştir. Avrupa Konseyi üyesi 47 devlette ulusal mahkemelerin temel haklara ilişkin kararlarının bu standardın altında kalması caiz değildir. AİHM'nin münferit AİHK-teminatları bakımından fiilen geliştirdiği ilerici içtihat sonucu ortaya çıkan minimal hukuki himaye birçok Konvansiyon devleti bakımından bugün için azami standart teşkil etmektedir. Bu standarda Konvansiyon üyesi devletlerin münferit davalar ve ulusal yasama tasarrufları bağlamında uyum göstermesi gerekmektedir. Bu durum münhasıran olmasa da özellikle genç Orta ve Doğu Avrupa demokrasileri ve onların anayasa mahkemeleri bakımından geçerlidir.

⁸³ Markus Lanter, *ibid.*, s.24 vd.

AİHM'nin insan hakları bakımından sahip olduğu bu olağanüstü anlam nedeniyle literatürde Avrupa Anayasa Mahkemesi veya quasi (benzer) Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendirilmektedir⁸⁴. AİHM'nin kararları Avrupa'nın yönlendirici kararları olarak nitelendirilmektedir. AİHM kendisinin anayasa mahkemesi olarak nitelendirilmesine mesafeli yaklaşmaktadır. AİHM bazen görevlerini doğrudan yahut dolaylı olarak anayasal yargı faaliyeti olarak nitelendirmiş veya ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırmıştır⁸⁵.

Kimi Konvansiyon üyesi devletlerde söz konusu devleti muhatap olan lehte yahut aleyhte kararlara basında yer verilirken, kimi Konvansiyon devletlerinde aleyhte verilen AİHM kararlarına basında yer verilmediği görülmektedir. AİHM'nin artan önemi ile birlikte AİHM'nin ulusal hukuk düzenindeki rolü tartışmaları artmış durumdadır. Bu çerçevede bir taraftan Strazburg mahkemesinin önemi vurgulanırken, diğer taraftan da mahkemenin iç işlere karıştığı eleştirisi yapılmaktadır. Örneğin güçlü demokrasisi olan, ancak anayasal yargı sistemi zayıf şekillendirilmiş olan İsviçre'de artan bir şekilde AİHM'nin yargı işlevinin sınırları medyada tartışılmaktadır⁸⁶. Kimi Konvansiyon ülkelerinde medyada ağır eleştiriler yapılmaktadır. Örneğin Rusya'da AİHM için tarafsız olmadığı ve devlet egemenliğini yok ettiği eleştirileri yapılmaktadır⁸⁷. 2015 tarihinde Rusya'da Parlamento (Duma) tarafından ihdas edilen kanun Rus anayasasını AİHK nazaran öncelikli ilan etmiş ve bu şekilde AİHM kararlarının Konvansiyonun 46.maddesi muvacehesinde bağlayıcılığını ortadan kaldırmıştır⁸⁸.

2 – AİHM'nin Avrupa Hukuku Alanındaki Rolü

a – AİHM'nin yön verici etkisi ve karar muhataplarının karara uyma iradesi

AİHK'nun 1.maddesinden üye devletler bakımından AİHK'nu ve bununla bağlantılı olarak AİHM'nin kararlarını ulusal seviyede uygulama mükellefiyeti istihraç edilirken, bu mükellefiyetin ulusal hukuk düzenine nasıl entegre

⁸⁴ Georg Ress, Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bknz.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/ Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002, 129

⁸⁵ bknz.: Marckx – Belçika, 1979 tarihli dava, Serie A31, 10vd.; Fey – Avusturya, 1993 tarihli dava, Serie A255 – A, 1 §1 vd.; Loizidou – Türkiye, 1995 tarihli dava Serie A310, 13, §75; Bankovic ve diğerleri – Belçika, 2001 tarihli dava, Nr.52207/99, EGMR Reports 2001-XII, 333, §80

⁸⁶ krş.t.: Schweizerisches Bundesblatt 2015, 1968

⁸⁷ Angelika Nußberger, The Reception Process in Russia and Ukraine, bknz.: Helen Keller/ Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008, 603

⁸⁸ AS/Jur/Inf (2016) 05, 20.01.2016 Unofficial Translation Committee on Legal Affairs and Human Rights Federal Law of the Russian Federation no.7 – FK2 of 14.12.2015

edileceği ve Konvansiyonun ulusal seviyede sahip olacağı hiyerarşi konusunda Konvansiyonda herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Konvansiyon devletlerinin monist veya düalist sistemi benimsemelerine göre AİHK'nun ulusal hukuk düzeninde ya doğrudan uygulama bulması, ya da önce ulusal hukuka transforme edilmesi gerekmektedir. Konvansiyonun ulusal seviyede sahip olduğu hiyerarşi konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletler farklı çözümler bulmuşlardır. Avusturya'da örneğin AİHK ve AİHM kararları anayasa hiyerarşisine sahiptir ve normlar hiyerarşisinde tepede yer almaktadır. İsviçre'de keza anayasa hiyerarşisine yakın bir hiyerarşi söz konusudur. Fransa, İspanya, Hollanda gibi kimi devletlerde Konvansiyon kanunların üstünde yer alırken, Türkiye, Federal Almanya ve İtalya'da sadece kanun hiyerarşisine sahiptir⁸⁹. Toplam olarak çok az sayıda Konvansiyon devletinde AİHK'nun anayasa yahut anayasa benzeri bir hiyerarşiye sahip olduğu görülmektedir. Konvansiyonun bu çerçevede sadece kanun hiyerarşisine sahip olduğu devletlerde Konvansiyon yanlısı yorum üzerinden AİHK'na kanunların üstünde bir hiyerarşi verildiğinin de gözardı edilmemesi gerekmektedir⁹⁰.

Strazburg mahkemesi kararları ulusal yasama tasarrufları üzerinde prensip olarak yönlendirici bir etkiye sahiptir. Konvansiyon devletleri Strazburg mahkemesi tarafından aleyhlerine verilen karar ertesinde AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrası muvacehesinde kararın gereğini yerine getirme mükellefiyetlerini bireysel başvuru yapanla sınırlı olarak yerine getirmemektedir. Kural olarak bunun ötesinde ilgili Konvansiyon ihlâlinin tekrar edilmemesi için kanuni revizyon yapılmaktadır. Federal Almanya'da örneğin Strazburg kararları çok sayıda ceza usul kanunu değişikliklerine yol açmıştır⁹¹. İsviçre'de AİHM kararları ceza kanununun, askeri ceza kanununun ve Federal Radyo ve Televizyon kanununun değişmesine esas olmuştur. Avusturya'da ceza usul hukuku, idari yargı kanunu AİHM kararları ile uyumlu hale getirilmiştir. Diğer Konvansiyon devletlerinde de durum farklı değildir⁹². AİHK'nun bağlayıcı standardı ulusal seviyede sadece AİHK'nun ihlâlinin AİHM tarafından tespit edilmesi ertesinde etki göstermemektedir. Bu etki daha önceden ulusal anayasa mahkemesi kararlarında da kendini göstermektedir. Ulusal anayasa mahkemeleri kararlarını Strazburg mahkemesi kararları ile ulusal temel hak

⁸⁹ Albert Bleckmann, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention*, EuGRZ 7-8 (1994), 149

⁹⁰ Frank Hoffmeister, *Völkerrechtlicher Vertrag oder europäischer Grundrechtsverfassung? Die Europäischen Menschenrechts-konvention im Wandel*, Humboldt Forum Recht Beitrag 5 (1999), Rn.12 vd.

⁹¹ Elisabeth Lambert Abdelgawad/Anne Weber, *The Reception Process in France and Germany*, bknz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008, 107

⁹² Fransa bu çerçevede çekimsiz bir tutum sergilemektedir; bknz. Elisabeth Lambert Abdelgawad/A.Weber, s.126vd.

korumalarına karşı Strazburg'dan bir uyarı gelmeden uyumlaştırmakta ve bu şekilde AİHM'ne yapılacak şikâyetlere karşı ön almaktadır.

Konvansiyon üyesi devletlerin mahkemeleri farklı ölçülerde AİHM kararlarına rutin olarak saygı gösterirken, Rusya'da, Ukrayna'da, Türkiye'de çekimser tutum görülmektedir⁹³.

Strazburg mahkeme kararlarına karşı Alman Anayasa mahkemesinin kararsız bir tutum aldığı görülmektedir⁹⁴. AİHK'nun ve AİHM kararlarının ulusal hukuktaki işlevi bağlamında Alman Anayasa Mahkemesi Görgülü davasında verdiği 14.10.2004 tarihli kararında ilk kez açık bir şekilde AİHK'nun ve AİHM kararlarının önemini vurgulamıştır (BVerfGE 111, 307). Anayasa mahkemesi söz konusu kararında GG'in (Alman Anayasası) 20.maddesinde öngörülen hukuka ve kanunlara bağlılığın sistematik yorum tekniği muvacehesinde AİHK ve AİHM kararları bakımından da geçerli olduğunu, bununla beraber AİHM kararlarının anayasal yargı denetimi çerçevesinde doğrudan denetim ölçüsü olamayacağını vurgulamıştır. Ulusal merciler takdirlerini AİHM kararına riayet edilmemesi yönünde kullandıkları takdirde bunun detaylı şekilde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Bu karar ertesinde ulusal anayasa mahkemeleri ve Strazburg mahkemesi arasında sıkı bir işbirliği ilişkisi ortaya çıkmıştır. Sadece ulusal mahkemeler değil, ulusal parlamentolar da çalışmalarında AİHM tarafından geliştirilen insan hakları standardını esas almaktadır. Parlamento komisyonları düzenli şekilde ulusal kanun tasarılarının Konvansiyona uygunluğunu araştırmaktadır. Fransa, Yunanistan, İrlanda ve İtalya gibi kimi Konvansiyon tarafı devletlerde hatta bağımsız, ulusal yasama çalışmalarının AİHK'nuna uygunluğu konusunda danışmanlık yapan insan hakları komiteleri mevcuttur⁹⁵. Bu koordinasyon mekanizması ile baştan itibaren Konvansiyona aykırı kanunların ihdası önlenmektedir. AİHM kararlarının bu şekilde çeşitli ulusal mercileri etkileyen yönlendirici bir işlevi bulunmaktadır. AİHK için bir gölge anayasadan söz edildiği nispette AİHM için de bir gölge anayasa mahkemesinden söz edilmesi mümkündür. Avrupa Konseyi üyelerinin hukuk sistemleri muhtar hukuk sistemleri olmayıp, sürekli olarak Strazburg mahkemesi kararlarının gereklerine uydurulmak zorundadır. AİHM'nin kararlarının yönlendirme fonksiyonu ulusal anayasa mahkemelerine benzemektedir.

⁹³ Helen Keller/Alec Stone Sweet, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, bkz.: H.Keller/A.Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008, 688

⁹⁴ Anne-Christian.Zoellner, Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2009

⁹⁵ Helen Keller, Alec Stone Sweet, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, bkz.: H. Keller/A.Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008, 686 vd.

b - AİHM'nin entegrasyon işlevi

Ulusal seviyede anayasa mahkemelerinin kural olarak işlevi toplumsal entegrasyonu temin için temel haklara ilişkin muayyen bir değerler düzeni oluşturmaktır. Bu entegrasyon yahut kimlik kazandıran fonksiyon Strazburg mahkemesi için de geçerlidir. İkinci dünya savaşı ve soğuk savaş ertesinde Avrupa devletlerinin hukuk devleti ve demokratik yapılarında önemli farklar söz konusu iken, AİHM'nin uzun yıllara dayanan tecrübesi ile oluşan insan haklarını koruma standardı 47 Avrupa Konseyi devletin hukuk sistemlerinin birbirine yakınlaşmasını temin etmiştir. 90'lı yıllardan itibaren zorunlu olarak tüm Avrupa Konseyi üyelerinin AİHM'nin yargı yetkisine tabi olma kuralı, başta Doğu ve Orta Avrupa devletleri olmak üzere Avrupa Konseyi üyelerinin hukuk devleti ve demokratik standartlar üzerinden Avrupa değerler sistemine entegre olmasını sağlamıştır. Avrupa Konseyi üyeleri devlet yapılarının inşasında AİHM kararlarını dikkate almak zorundadır. İnsan haklarını koruma mekanizması üzerinden Strazburg mahkemesi kararlarının Avrupa çapında Konvansiyon devletlerinin yakınlaşmasına yol açtığı görülmektedir. AİHM bu işlevi ile quasi-anayasa mahkemesi işlevi yerine getirmektedir.

AİHM'nin entegre edici rolünün de sınırları bulunmaktadır. Ulusal hukuk düzenlerinde AİHM kararlarına saygı artmış olsa da, bir takım boşlukların ve eksikliklerin olduğu görülmektedir. Özellikle aşağı hiyerarşide bulunan mahkemeler AİHM kararları ile şimdiye dek sınırlı iştigal etmiştir. Bu durum büyük ölçüde AİHM kararlarına kolay erişilmemesinden ileri gelmektedir. Bunun dışında Konvansiyon devletlerinde sivil toplum temsilcilerinin AİHK'nun etkinliği için yaptıkları çalışmalar Avrupa Konseyinin beklentilerine uygun değildir. Uygulamadaki durumun aksine AİHK ve AİHM'nin denetim mekanizması üniversitelerin kamu hukuku alanında çalışma yapan bölümlerinde 1998'den itibaren önem kazanmaya başlamıştır. Konvansiyon hukuku ulusal kamu hukuku veya uluslararası hukuk alanında tedris edilmektedir. İnsan hakları birçok Konvansiyon tarafı devlette, örneğin Almanya, Fransa ve İngiltere'de uzmanlık alanı olarak kabul edilmektedir.

3 – AİHM'nin demokratik meşruiyeti

Ulusal anayasa mahkemelerinin demokratik organlarla ilişkisi ve bu ilişkiden istihraç edilen demokratik meşruiyet AİHM bakımından gerek doktrinde gerekse kamuoyunda tartışma konusu oluşturmaktadır. AİHM'nin demokratik dayanağı tartışmalı olsa da, prensip olarak önemli ölçüde kabul edilmektedir. AİHM'nin bugünkü dayanağını oluşturan 1998 tarihli tüm üye devletler tarafından onaylanan 11 nolu protokol AİHM'ne demokratik meşruiyeti sağlamaktadır. AİHM yargıçlarının Avrupa Konseyi üye devletlerinin parlamento temsilcilerinden oluşan Parlamenter Asamblesi tarafından seçilmesi de AİHM'nin demokratik meşruiyetine katkı yapmaktadır.

Yargıçların görev süresinin bir kez olarak 9 yıla sınırlanması da (AİHK 23.md, 1.fık), yargıçların bir daha seçilmek için Konvansiyon üyesi devletlerin baskılarına boyun eğmelerini önlemiş ve bu şekilde bağımsızlıklarını garanti etmiştir. Bununla beraber yargıç seçimiyle bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin uluslararası bir parlamento olduğu, bu platformda ulusal demokrasi ölçüsünün tutturulmadığı eleştiri olarak dile getirilmektedir. Uluslar üstü bir mahkemenin yargıçlarının seçiminde öngörülen söz konusu yöntemin makul olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ulusal parlamento temsilcilerinden oluşan Avrupa Parlamenter Asamblesinin yargıçları Konvansiyon üyesi devlet hükümetlerinin muhtemelen ulusal parlamentoların katılımı ile belirlediği 3 kişilik aday listesinden seçtiğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir.

AİHM'ne ilerici kararları nedeniyle de eleştiri yapılmaktadır. AİHM'nin Konvansiyonda kendisi için tanınan standardın ötesinde Konvansiyon devletlerinin iç işlerine müdahale ettiği, bu nedenle kararlarının demokratik meşruiyeti olmadığı ileri sürülmektedir. AİHM'nin AİHK'nu yaşayan bir enstrüman olarak mütalâa etmesi AİHM'ne AİHK'nu dinamik yorumlama olanağı vermektedir. Bu durum kimi durumlarda ilgili Konvansiyon devletleriyle farklı hukuki yaklaşımların temsil edilmesine yol açmaktadır. AİHM'nin ultra-vires kararından söz etmek için mahkemenin caiz olan hukuku geliştirme çerçevesini açık ve ağır şekilde aşması gerekmektedir. AİHM'nin yetki aşımı AİHM kararlarının dinamik karakteri nedeniyle ihtimal dışı değildir. Ancak bu durumun istisnai durumlarda düşünülmesi mümkündür. Konvansiyonun yaşayan bir enstrüman olduğuna yapılan vurgu ve AİHK'nun dinamik gelişimi Strazburg mahkemesinin caiz olan yorum sınırlarını zorlaması anlamını taşımamaktadır. Olası istisnai durumlar nedeniyle AİHM'nin demokratik meşruiyetinden kuşku duyulması sağduyuyla bağdaşmamaktadır.

VI – AİHM'nin ulusal anayasa mahkemeleri ile karşılaştırılmasına getirilen sınırlama

AİHM'nin orijini itibariyle uluslararası bir mahkeme olarak ortaya çıkmış olmasına rağmen anayasa mahkemeleri ile paralel özellikler taşıdığı görülmektedir. Bu paralelliğin ancak sınırları bulunmaktadır. AİHM'nin üstün ve nihai karakterine karşın AİHM'ne subsidiarite prensibi esas alınmıştır. AİHM'nin denetimi bu prensibe göre sadece ikincil bir güvenlik önlemi olarak ulusal mahkemelerin yeterli insan hakları koruması sağlamaması durumunda gündeme gelmektedir. AİHM bu çerçevede sadece insan hakları korumasında asgari bir standart yerleştirme amacı gütmektedir. Konvansiyon devletlerinin bu standardı aşma yetkisi bulunmaktadır. Aynı paralelde Konvansiyon devletlerine bırakılan takdir alanında (margin of appreciation) Konvansiyon devletleri münferit durumlarda kendi yorumlarını yapma, AİHM kararlarından

sapma olanağına sahiptir. AİHM için geçerli kabul edilen üç prensibin, özellikle subsidiarite prensibinin zayıflatılmış form içinde anayasa mahkemeleri için de söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle AİHM'nin karakteristiğini oluşturan bu hususların bütünüyle anayasa yargısının tersi olduğu değil, sadece önemli ölçüde ulusal anayasa mahkemelerine nazaran daha kapsamlı olduğu kabul edilebilir. Bu sonuç AİHM'nin sağlamak durumunda olduğu minimum standart ve "margin of appreciation" (takdir marjı) doktrini için de geçerlidir.

Strazburg mahkemesinin yetkileri prensip olarak ulusal anayasa mahkemelerine nazaran nisbi olarak daha geridedir. Ulusal anayasa mahkemeleri temel hak ihlallerini, yetki ve organ uyumsuzluklarını karara bağlayabilirken, AİHM'nin yetkisi AİHK'da öngörülen insan hakları ihlalleri ile sınırlıdır. AİHM kural olarak bireysel-somut tasarrufların Konvansiyona uygunluğunu ve istisnai durumlarda genel-soyut devlet tasarruflarının Konvansiyona uygunluğunu denetler. Ulusal seviyede genelde mevcut olan kapsamlı somut veya soyut norm kontrolü yetkisi AİHM bakımından kabul edilmemiştir. AİHM kararları AİHK'nun 46.madde, 1.fıkrasına göre bağlayıcıdır. Bu kararlar saptayıcı niteliktedir; şekillendirici karaktere sahip değildir. Bu nedenle de ulusal seviyede doğrudan etki gösteremezler. Kararların icrası AİHK'nun 46.madde, 2.fıkrasına göre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir. Kararları zorlama yöntemi ile icra mekanizması bulunmamaktadır. AİHM kararlarının icrası Konvansiyon devletlerinin desteğini gerektirmektedir.

AİHM kararlarının yönlendirme ve entegrasyon etkisi bulunmakla beraber bu etkinin sınırlarının da gözardı edilmemesi gerekmektedir. Ulusal anayasa mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesinin ağır yaptırımları olması nedeniyle gereği yerine getirilirken, AİHM kararları bakımından zorlama önlemleri bulunmamaktadır. Bu durum ulusal temel hak koruması ile bağdaşmayan bir şekilde AİHM kararlarının ulusal seviyede dikkate alınmamasına yol açabilmektedir. AİHM bireysel hak himayesi ve genel bir insan hakları standardını ordre public olarak yerleştirmeye ilişkin iki ana görevini dengeleme çabası içindedir. Her iki amaç da anayasa mahkemesinin işlevleri arasındadır. Her iki görevin şüphesiz birbirleriyle çatışması mümkündür. AİHM önceleri öncelikle somut durumlara ilişkin yargı yetkisini vurgularken ve genel geçerliliğe sahip içtihat oluşturmaktan imtina ederken son zamanlarda artan ilerici kararlarıyla ve geleceğe ilişkin reform beklentisiyle tersine bir tutum aldığı görülmektedir. AİHM nezdinde 14 Ek Protokol muvacehesinde yeni başvuru kriterleri ve sayısal olarak artan pilot kararlar bu gelişmeye işaret etmektedir. AİHM'nin artan ordre public fonksiyonu bazı durumlarda bireysel hak korumasının zayıflamasına yol açmaktadır.

Anayasa mahkemesi perspektifinden AİHM'nin sürekli artan iş yükü problem oluşturmaktadır. Son yıllarda ortaya çıkan tabloya göre AİHM nezdinde derdest davaların %60'ı 47 Avrupa Konseyi üyesinin 5 – 6'sı aleyhine açılmaktadır (Rusya, Türkiye, Ukrayna, Romanya, Polonya, İtalya). Aleyhine başvuru yapılan %60' oluşturan söz konusu devletlere bakıldığı zaman bu başvuruların ulusal yasamanın sistematik, yapısal eksiklikleri nedeniyle yapıldığı görülmektedir. AİHM'nin geleceğe yönelik fonksiyonu çerçevesinde, AİHM'nin tek bir temel hak standardı mı, yoksa haklarında sık başvuru yapılan devletler için farklı bir standart mı uygulayacağı tartışması yapılmaktadır. Gelecekte yapılacak reform çalışmalarının gerçekten AİHM'nin yükünü azaltmaya yönelik olması isteniyorsa, bu ayrımın başvuru koşulları ve prosedürü bakımından da tartışılması gerekmektedir⁹⁶.

İkinci dünya savaşının sona ermesinden itibaren dünya çapında bir anayasallaşma prosesi gözlenmektedir. Bu proses Sovyetler Birliğinin çözülmesi ile beraber güçlenmiştir. Geleneksel olarak egemen devletlere bağlı olarak karşımıza çıkan anayasa” veya “anayasal yargı” kavramları ulusal seviyeden, uluslararası ve bölgesel seviyeye kaymıştır. Bu gelişme Avrupa seviyesinde daha açık görülmüş ve Avrupa hukuk alanını son 60 yılda önemli ölçüde etkilemiş ve şekillendirmiştir. AİHK ve AİHM bu gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. AİHK'nu ve AİHM münferit kriterler ışığında incelendiğinde, her ikisinin de anayasanın ve anayasa mahkemesinin fonksiyonu ile paralellikler gösterdiği görülmektedir. İnsan Hakları Konvansiyonu Avrupa anayasa geleneğinde yerleşik iki önemli amaca sahiptir. Bunlar tüm Avrupa yurttaşlarının bireysel temel hak korumasını sağlamak ve Avrupa çapında insan hakları değerler düzenini yerleştirmektir. AİHM yüksek nihai merci olarak ortaya çıkan kurumsal yapısıyla, norm kontrolüne ilişkin yetkileriyle veya muhtar ve dinamik denetim yetki ve ölçüleriyle anayasa mahkemesinin önemli fonksiyonlarını yerine getirmektedir.

Strazburg mahkemesinin anayasal yargı bakımından taşıdığı önem onun kapsamlı yetkilerinden değil, Avrupa hukuk düzenleri bakımından taşıdığı kapsamlı anlamdan ileri gelmektedir. AİHM 60 yıllık bir gelişme sonucu ulusal anayasa mahkemelerinin fonksiyonuna benzer şekilde, hatta onları aşarak Avrupa devletlerini genel yönlendirme, entegrasyon işlevi yanısıra Avrupa'nın temel hak korumasını önemli ölçüde etkilemiş ve geliştirmiştir. AİHM bugün Avrupa Konseyi üyesi devletler üzerinde “gölge anayasa mahkemesi” olarak temel hak konularında Avrupa kamu vicdanını temsilen Avrupa insan hakları düzenlemelerini etkin bir şekilde uyumlaştırmaktadır. AİHM'nin anayasa mahkemeleriyle karşılaştırılması iki mahkeme arasında tartışmasız

⁹⁶ Helen Keller/Andreas Fischer/Daniela Kühne, Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, EJIL 21 (2011), No. 4K, 1025 vd.

kimi farkların olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle minimum standart, devletlerin takdir alanı ve soyut norm kontrol çerçevesinde yetkilerin kapsamı Strazburg mahkemesi ve ulusal anayasa mahkemesi arasındaki farkı ortaya koymaktadır.

AİHK ve AİHM Avrupa hukuk sistemlerinin gelişmesinde taşıdıkları büyük öneme karşın bugün hala ilk planda bir düzeltme mekanizması olarak üye devletlerin fonksiyonlarını gerçekleştirememeleri halinde subsidier, tamamlayıcı anayasal yargı olarak devreye girmektedir. AİHM bu nedenle “quasi-anayasa mahkemesi” yahut tamamlayıcı anayasa yargı fonksiyonu gören mahkeme olarak nitelendirilmektedir. Anayasal yargı nitelikli düzeltme mekanizmasının geleceği aktüel uluslararası hukuk tartışmalarının en önemli konusudur. AİHM’nin popülaritesi toplumsal ve siyasi yapıları birbirinden farklı 47 Avrupa Konseyi üyesi devletten gelen başvurularla artmış durumdadır. Yapılan bu başvuruları nitelik ve nicelik itibarıyla cevaplandırmak AİHM’ne büyük yük getirmektedir. AB’nin AİHK’na katılımı ABAD’nin danışma görüşü muvacehesinde şu an için uzun bir süre için ertelenmiştir⁹⁷. Avrupa’da temel hakların korunmasına ilişkin koordinasyon AİHM’ni meşgul etmeye devam edecektir. Temel hakların korunmasında sistemik eksikleri olan devletlerin direnişleri ve kimi devletlerin karşı tutumları, Avrupa’da temel hakların yapısını sarsma potansiyeline sahiptir. Bu çerçevede ikinci dünya savaşı ertesinden itibaren temel hak korunmasına istinat eden Avrupa için güçlü bir insan hakları mahkemesinin vazgeçilmez olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Kısaltmalar:

ARIEL	Austrian Review of International and European Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
CETS	Council of Europe Treaty Series
EGMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
HFR	Humboldt Forum Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
JBl	Juristische Blätter
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

⁹⁷ 18.12.2014 tarihli, 2/2013 sayılı danışma görüşü için bkz.: <<http://curia.europa.eu>>; Christian Tomuschat, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 42(2015), 133 vd.

Bibliyografya

- Albert Bleckmann Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 7-8 (1994)
- Angelika Emmerich–Fritsche Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007
- Angelika Nußberger The Reception Process in Russia and Ukraine, bkz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Anne-Christian.Zoellner Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2009
- Anne Peters Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001
- Christian.Starck/ Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: AlbrechtWeber Berichte, 2007
- Christian Tomuschat Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 42(2015)
- Christian Walter Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999)
- Christopf Grabenwarter Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 31 (2004)
- Christopf Grabenwarter The European Human Rights Model - With a Special View to the Pilot Judgement Procedure of the Strasbourg Court, ARIEL 2014)
- Christopf Grabenwarter/Europäische Menschenrechtskonvention, 2016
Katharina Pabel
- Elisabeth Lambert Abdelgawad/The Reception Process in France and Germany, bkz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Anne Webers
- Ernst Benda/Werner Maihofer/ Handbuch des Verfassungsrechts der Hans-Jochen Vogel Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn.11
- Ernst C Helbling Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBI 73 (1951)

- Ernst-Wolfgang Böckenförde Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 52 (1999)
- Frank Hoffmeister Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? - Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel, Humboldt Forum Recht, Beitrag 5 (1999)
- Georg Ress Rechtsstellung, Aufgabenbereich und Legitimation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, bknz.: Michael Holoubek/Brigitte Gutknecht/Stephan Schwarzer/Andrea Martin (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek. Springer Verlag 2002
- Helen Keller/
Andreas Fischer/
Daniela Kühne Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, EJIL 21 (2011)
- Helen Keller/
Andreas Fischer/
Daniela Kühne Statut-Entwurf für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Beitrag zur Reform des Konventionssystems, EuGRZ 38 (2011)
- Helen Keller
Alec Stone Sweet Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, bknz.: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, 2008
- Helmut Goerlich, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg als ein Europäisches Verfassungsgericht, Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Strafrecht - Zivilrecht - Öffentliches Recht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004
- Helmut Simon 7.Kapitel, §34, Verfassungsgerichtsbarkeit, bknz.: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995
- Jens Meyer-Ladewig Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2011, Einleitung,
- Jochen Abraham Frowein/Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace - Klaus Scharioth/
Ingo Winkelmann/
Rudiger Wolfrum Liber Amicorum Tono Eitel, 2003

- Karl-Georg Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung. Ein Überblick über die Rechtslage in und außerhalb Europas, EuGRZ 18 (1991)
- Katharina Pabel
Christian Calliess Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität. Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art.10 EMRK, EuGRZ 23 (1996)
- Lech Janicki Fragen des polnischen Verfassungsgerichtes, Recht in Ost, 77
- Lucius Caflisch Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und dessen Überwachungsmechanismen: Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft, ZSR 122 (2003)
- Luzius Wildhaber Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, EuGRZ 21-23 (2002)
- Mark E. Villiger Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechtslage, 1999
- Markus Lanter Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art.35, Ziff. 1 EMRK): die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der bundesrechtspflege, Diss., Zurich 2008
- Peter Häberle Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991)
- Regine Gerards Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, bkz.: Burkhard Schöbener (Hrsg.)
- Robert Esser/
Björn Harich/
Frank Lohse/Arndt Sinn Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Strafrecht - Zivilrecht - Öffentliches Recht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004
- Robert Uerpman Völkerrechtliche Nebenverfassungen, bkz.: Armin v. Bogdandy Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 339
- Stefan Kadelbach/
Thomas Kleinlein Überstaatliches Verfassungsrecht, AVR 44

AVUKATLARIN GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Attorneys' Obligation to tell the Truth

Doç. Dr. Cenk AKİL¹

Geliş Tarihi: 31.10.2017 Kabul Tarihi:13.02.2018

Özet

Taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) gereğince hükme temel teşkil edecek vakıalar ve deliller kural olarak davanın taraflarınca getirilir. Hükümün isabetli olması için her şeyden önce davaya temel teşkil eden vakıaların yargılamaya gerçeğe uygun bir şekilde yansıtılmış olmaları gerekir. Kanun koyucu bunu sağlamak için dürüstlük kuralını (HMK m. 29) ve onun bir parçası olan gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihdas etmiştir. Gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece davanın tarafları için değil, onları davada temsil eden avukatlar bakımından da geçerlidir. Avukatların müvekkillerinin menfaatlerini koruma mecburiyeti onları gerçeği söyleme yükümlülüğünden muaf kılmamaktadır. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinde görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayan avukatlara disiplin cezası verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Avukatlık mesleğinin kamusal boyutu ve avukatın yargı erkinin kurucu unsuru olması da gerçeği söyleme yükümlülüğünün avukatlar bakımından da geçerli olmasını gerektirmektedir. Çalışmada önce gerçeği söyleme yükümlülüğü genel olarak ele alınacak; daha sonra konunun avukatlık mesleği bakımından arz ettiği özellikler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, avukatlık mesleği, avukatın yükümlülükleri, dürüstlük kuralı, gerçeği söyleme yükümlülüğü

Abstract

As laid down in Art. 25 of Civil Procedure Code (the principle of party presentation), the merits and evidences to be considered as the basis of the verdict shall be, in principle, provided by parties. To achieve one of the goals of civil procedure law, finding the truth, merits grounding the case must be presented in such a truthful way. It can be easily highlighted that it was one of the main purposes of the lawmaker to provide that statements of parties would show the truth. Hence, the lawmaker obliged the parties to tell the truth as a part of the principle of good faith (Art. 29 CPC). On the other hand, not only the parties, but also their attorneys are in the scope of that rule. Besides, it cannot be claimed that the professional obligation of an attorney, protecting clients' interests, would exclude the application of above mentioned rule. As a matter of fact, there is a provision in Attorneys' Act which refers a disciplinary penalty for those acting against good faith in professional manner. The public dimension of that profession and its function as a constituent element of judiciary are some of the other reasons why the obligation to tell the truth is also applicable for attorneys. This paper focuses on the obligation to tell the truth, then, emphasises its special features in attorneyship profession.

Keywords: Law of civil procedure, attorneyship profession, obligations of the attorney, good faith, the obligation to tell the truth

¹ Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilcenk@hotmail.com

GİRİŞ

Medeni muhakeme hukukunun amacı hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür². Günümüzde medeni muhakemenin amacının da (tıpkı ceza muhakemesinde olduğu gibi) maddi gerçeği bulmak olduğu genellikle kabul edilmektedir³. Bu amaca ulaşılmasında ise dürüstlük kuralı⁴ ve onun bir parçasını teşkil eden gerçeği söyleme yükümlülüğü (HMK m. 29) büyük bir işleve sahiptir⁵. Gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece davanın tarafları açısından değil, onların kanuni⁶ ve iradi temsilcileri (avukatları) bakımından da geçerlidir⁷. Aşağıda önce genel olarak gerçeği söyleme yükümlülüğü hakkında bilgi verilecek; daha sonra bu yükümlülüğünün avukatlık mesleği açısından arz ettiği özelliklere değinilecektir.

I. GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Gerçeği söyleme yükümlülüğü ile mahkeme kararına temel teşkil eden vakıaların mümkün olduğu ölçüde gerçeğe uygun bir şekilde temini ve davada bilinçli yalanın (usul hilesinin) önlenmesi amaçlanmaktadır⁸.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü usul mevzuatımıza ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi⁹ ile girmiştir¹⁰. Anılan maddenin ikinci

² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, *Islah*, 4. B., Ankara 2013, s. 25 vd.; Sema Taşpınar, "Medeni Usul Hukukunda Amaç Sorunu", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 1999, s. 759 vd.

³ Bkz. Hubertus Schumacher, "Rechtsanwalt und Wahrheitspflicht im Zivilprozess", *Österreichisches Anwaltblatt*, 2009/10, s. 430.

⁴ Dürüstlük kuralının yargılamadaki önemi *Bilge* ve *Önen* bakımından veciz bir şekilde şu sözlerle dile getirilmiştir: "Hâkim sadece kendisine arz edilen davadaki taraflara karşı değil, bütün yurttaşlara karşı adalet dağıtımı ile ödevlidir. O, verdiği kararlarla toplum düzenini korumaya hizmet etmektedir. Bu itibarla onun kötü niyetli hareketlere alet ve vasıta edilmesi düşünülemez." Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. B., Ankara 1978, s. 300.

⁵ BeckOK ZPO, Volkert Vorwerk/Christian Wolf/von Selle, 25. B., 2017, § 138 kn. 1.

⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 VIII 2; Tercan, s. 188; Erdönmez, Pekcantez Usul, s. 918.

⁷ Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017, s. 81.

⁸ Erdal Tercan, "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berkî'ye Armağan, Konya 1996/1-2, s. 184; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 12. Alman hukuku bakımından bkz. Hanns Prütting/Markus Gehrlein, *Kommentar ZPO*, 9.B, 2017, ZPO § 138 kn. 2. Gerçeği söyleme yükümlülüğünün usuli hile yasağının bir görünüm biçimi olduğu hakkında bkz. Leo Rosenberg/Karl-Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. B., München 2010, § 65 kn. 64.

⁹ Söz konusu hükmün TMK m. 2'nin yargılamaya ve usul hukukuna yansıtılmış versiyonu olduğu hakkında bkz. İlhan Postacioğlu/Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. B., İstanbul 2015, s. 174.

¹⁰ Belirtmek gerekir ki, tarafların medeni muhakemede gerçeği söylemekle yükümlü oldukları bu yükümlülük usul mevzuatımıza girmeden önce de kabul edilmekteydi. Bkz. Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü*, 2. B., İstanbul 1980, s. 197; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama*

fıkrasına göre, taraflar davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece karşı tarafa değil, yargılamaya katılanların tamamı bakımından geçerlidir¹¹. Bu nedenle, tarafların gerçek olmayan bir vakıa üzerinde anlaşmak suretiyle mahkemeyi bununla bağlı tutmaları mümkün değildir¹². Şayet hâkim, tarafların ileri sürdüğü vakıaların gerçeğe uygunluğundan şüphe duyarsa kanunun kendisine verdiği yetkiler çerçevesinde bu konuda araştırma yapabilir. Fakat hâkim bu noktada HMK m. 25/1'in koyduğu sınırlamalara tâbidir¹³.

Medeni muhakeme hukukunda taraflarca getirilme ilkesi uygulandığından, yani davaya ilişkin vakıalar ve deliller kural olarak taraflarca getirildiğinden, gerçeği söyleme yükümlülüğü önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Kanun koyucu korunması gereken menfaatleri nazara alarak bir yandan taraflara dava malzemesinin getirilmesi konusunda sorumluluk yüklemiş; diğer yandan dava sonucunda verilecek kararın hakikate uygun olması için tarafları gerçeği söyleme yükümlülüğüne tâbi kılmıştır¹⁴. Dolayısıyla gerçeği söyleme yükümlülüğü ile taraflarca getirilme ilkesi birbiriyle çelişmemekte, aksine; söz konusu ilke taraflarca getirilme ilkesinin meydana getireceği sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.¹⁵

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün konusu iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakıalar hakkında tarafların yaptıkları açıklamalar¹⁶ ile bunlara ilişkin deliller¹⁷, yani dava malzemesidir¹⁸. Buna karşılık, tarafların hukuki değerlendirmeleri gerçeği söyleme yükümlülüğünün kapsamına girmemektedir¹⁹. Bununla birlikte, günlük hayatta çok sık kullanılan mülkiyet,

Hukuku, 7. B., İstanbul 2000, s. 483.

¹¹ Karş. Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit/Astrid Stadler, Zivilprozessordnung, 14. B., München 2017, ZPO § 138 kn. 1.

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 kn. 67.

¹³ Alangoya, s. 124; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 123, dn. 344; Tercan, s. 205.

¹⁴ Karş. Bernd Hirtz, "Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess", AnwBl 12/2006, s. 780; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 917.

¹⁵ Karş. Peter Hug, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, Zürich 1943, s. 32 vd.; Gottfried Baumgaertel, "Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren", ZJP 69 (1956), s. 105; Dirk Olzen, "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess", ZJP 98 (1985), s. 416 vd.

¹⁶ Söz konusu açıklamalar yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir (Tercan, s. 187).

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 kn. 56; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979, s. 662; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 117; Tercan, s. 187; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 918.

¹⁸ Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012, s. 305.

¹⁹ Frank Lindenberg, Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilverfahren, Bonn 2002, s. 67.

satım gibi hukuki kavramların da gerçeği söyleme yükümlülüğünün konusunu teşkil edebileceği kabul edilmektedir²⁰. Taraf kesin olarak bildiğinin aksini ileri sürümez veya o vakiayı tartışmalı hale getiremez. Keza, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların doğru olduğunu bilmesine rağmen bunlara karşı çıkamaz²¹. Bununla birlikte, bu yükümlülük, tarafın sadece doğru olduğunu bildiği vakıaları ve delilleri davaya getirebileceği anlamına da gelmez²².

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün sınırları belirlenirken özellikle objektif ve subjektif manada gerçeğe uygunluk ayrımı üzerinde durulmaktadır.

Gerçeğin objektif olarak tespiti taraflara değil, mahkemelere düşen bir ödev olduğundan²³, tarafların beyanlarının objektif gerçeğe uygun olması beklenemez. Bu itibarla, taraflar (ve vekilleri) açısından gerçeği söyleme yükümlülüğü ile kastedilen subjektif gerçekliktir²⁴. Buna göre, tarafların iddialarını dayandırdıkları vakıaları, fiili durumları mahkemeye kendi kanaatlerine göre gerçek olduğuna inandıkları şekilde sunmaları yeterlidir²⁵. Diğer bir deyişle, taraf doğru olarak bildiği hususları mahkemede ileri sürebilir. Kesin olarak emin olmadığı hususları tartışmalı hale getirebilir ve bunlar için delil de gösterebilir²⁶.

Taraflar subjektif manada gerçeği söyleme yükümlülüğü altında olduklarından verdikleri bilgiler objektif hakikate aykırı dahi olsa gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmazlar²⁷. Diğer bir deyişle, tarafların kesin olarak bilmedikleri veya emin olmadıkları konularda açıklamalarda bulunmaları caizdir²⁸. Yani, taraflar, tahmine dayalı iddialarda da bulunabilirler²⁹.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün taraf rolleriyle ilgisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, hem davacı hem de davalı gerçeği söylemek zorundadır³⁰.

²⁰ Hanns Prütting/Markus Gehrlein, Kommentar ZPO, 9. B., 2017, ZPO § 138 kn. 29.

²¹ Hans Welzel, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Berlin und Leipzig 1935, s. 7; Tercan, s. 191.

²² Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 121; Dirk Olzen, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, ZP 98 (1985), s. 415; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 118.

²³ Schumacher, s. 430; PG/Prütting, § 138 kn. 4; Tercan, s. 191.

²⁴ Ingo Saenger, ZPO Handkommentar, 7. B., 2017, Hk-ZPO/Wöstmann, ZPO § 138 kn. 1; Schumacher, s. 430; PG/Prütting, § 138 kn. 4. Türk hukuku bakımından bkz. Budak/Karaaslan, s. 82.

²⁵ Tercan, s. 191.

²⁶ Hug, s. 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 kn. 63; Alangoya, s. 121; Tercan, s. 191; Arslan, Dürüstlük, s. 117-118; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 919.

²⁷ Tercan, s. 192.

²⁸ Tercan, s. 192.

²⁹ NJW-RR 2002, 1419; Hk-ZPO/Wöstmann, ZPO § 138 kn. Bu noktada tahmin derecesinin bir önemi de bulunmamaktadır (MüKoZPO/Fritsche, § 138 kn. 9).

³⁰ Tercan, s.188.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü davacının davasını dayandırdığı vakıaların, davalının da savunmasını dayandırdığı vakıaların gerçeğe uygun bir şekilde mahkemeye bildirilmesini gerektirir³¹.

Bir görüşe göre gerçeği söyleme yükümlülüğü vakıaları *eksiksiz ve tam* olarak mahkemeye bildirme yükümlülüğünü de kapsar³². Buna göre, taraf, kendi aleyhine de olsa, gerçekliği hakkında hiçbir kuşku duymadığı maddi vakıaları da mahkeme önüne getirmek zorundadır³³. Diğer bir görüşe göre ise, tarafın kendi aleyhine olan vakia bildirmemesi ve delilleri ikame etmemesi gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez³⁴.

Kanımızca tarafın kendi aleyhine olan vakıaları ileri sürmesini beklemek insan doğasına aykırıdır. Bu itibarla taraf prensip olarak böyle bir yükümlülük altına sokulmamalıdır. Bununla birlikte bu ilkeye bir istisna tanımak gerekir. Şayet tarafın pasif kalması mahkemenin dava konusu olayın meydana geliş şeklini yanlış algılamasına yol açabilecek ve bu durum hükmün sonucunu etkileyebilecek ise, taraf kendi aleyhine olan vakıaları da beyan etmek zorundadır. Kanımızca burada medeni hukuktaki hilenin varlığını kabul sadedinde ileri sürülen görüşlerden kıyasen yararlanılabilir. Bilindiği üzere, bazı hallerde taraflardan birinin söylenmesi gerekeni söylememesi, yani pasif kalması da hile olarak değerlendirilebilir. Bize göre, aleyhe olan vakılardan hangilerinin ileri sürülmesinin gerektiği hakkında baştan kesin bir kriter belirlemek mümkün değildir. O nedenle her somut olayda tarafın aleyhinde olan vakıayı mahkemeye bildirmemesinin gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâl edip etmediği ayrıca değerlendirilmelidir.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü yargılamanın başından sonuna kadar devam eder. Bu nedenle taraf ileri sürmüş olduğu vakıanın daha sonra gerçeğe aykırı olduğunu anlamışsa, bundan rücu etmek zorundadır. Keza, taraf, karşı tarafın beyanlarının gerçeğe uygun olduğunu daha sonra anlamışsa, bunlara itiraz etmekten vazgeçmelidir³⁵.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün terditli beyanda bulunmaya mani olmadığı kabul edilmektedir³⁶.

³¹ Tercan, s. 187.

³² Alangoya, s. 121; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 117; Budak/Karaaslan, s. 82.

³³ Alangoya, s. 121; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 117. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde: Walter J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht, 2. B., Basel/Frankfurt a.M. 1990, kn. 549 vd.; Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas, Kurzkomentar ZPO, 2. B., Basel 2014, Art. 52 kn. 6.

³⁴ Mert Namlı, Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s. 361; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 418; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 918.

³⁵ MüKoZPO/Fritsche, § 138 kn. 13; Lindenberg, s. 89.

³⁶ MüKoZPO/Fritsche, § 138 kn. 11.

Tarafın birbiriyle çelişkili olan vakıaları dahi ileri sürebileceği ve bunun başlı başına gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği kabul edilmektedir. Ancak bunun için çelişkili beyanların gerçeğe aykırı olduğundan emin olunmaması gerekir³⁷.

Şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, tarafların benimsediği dava stratejisi gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâlini haklı kılan bir sebep olarak kabul edilemez³⁸.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün bazı istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan biri tarafın gerçeği söylemesi durumunda cezai soruşturmayla karşılaşacak yahut beyanının kendi onur ve haysiyetine zarar verecek nitelikte olmasıdır³⁹. Diğer bir istisna ise tarafın gerçeğe aykırı bir ikrarda bulunmasıdır. Nitekim HMK m. 188/2 uyarınca maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez⁴⁰.

II. AVUKATLAR AÇISINDAN GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yukarıda da belirtildiği gibi, gerçeği söyleme yükümlülüğünün kanuni ve iradi temsilciler (avukatlar) bakımından da geçerli olduğu konusunda tereddüt edilmemektedir. Buna karşılık, söz konusu yükümlülüğün pozitif hukuktaki dayanakları konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Alman⁴¹, Avusturya⁴² ve İsviçre⁴³ hukuk doktrininde hakim görüş gerçeği söyleme yükümlülüğünü düzenleyen usul hükmünün (AlmMUK m. 138; AvusMUK m. 178; İsvMUK m. 52) avukatlar bakımından da geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Türk hukukundaki durum ise özellik arz etmektedir. Şöyle ki; 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde gerçeği söyleme yükümlülüğü

³⁷ BGH 1995, 1761.

³⁸ Hk-ZPO/Wöstmann, ZPO §138 kn. 2.

³⁹ Friedrich Stein/Martin Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. B., Tübingen 2014, § 138 kn. 13; PG/Prütting, § 138 kn.5; Heinz Thomas/Hans Putzo/Reichold, Zivilprozessordnung, 36. B., München 2015, ZPO § 138 kn. 7; Musielak/Voit/Stadler, ZPO § 138 kn. 3; MüKoZPO/Fritsche, § 138 kn.14; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 VIII 5; Schumacher, s. 432; Lindenberg, s. 88.

⁴⁰ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 122; Taylan Özgür Kiraz, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, 2. B., Ankara 2013, s. 265 vd. Aksi görüş için bkz. Tanrıver, s. 419.

⁴¹ PG/Prütting, § 138 kn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 kn. 56; Vorwerk/Wolf/von Selle, ZPO § 138 kn. 5. Hirtz'e göre ise gerçeği söyleme yükümlülüğünün avukatlar açısından hukuki dayanağı AlmMUK m. 138 (HMK m. 29) değildir. Yazara göre usul kanunda avukatlara yüklenmiş bağımsız bir gerçeği söyleme yükümlülüğüne yer verilmemiştir; avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğünün kaynağı AlmAvK m. 43a hükmüdür (Hirtz, s. 782).

⁴² Schumacher, s. 430.

⁴³ Hepsini yerine bkz. Naegeli, s. 293.

açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde dürüstlük kuralını düzenleyen TMK m. 2'nin usul hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmekte ve avukatların gerçeği söyleme yükümlülüğü de söz konusu hüküm ile birlikte Avukatlık Kanunu'nun bazı hükümlerine dayandırılmaktaydı. Nitekim, *Alangoya*'ya göre, avukatlar açısından gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırılık Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca görevin gerektirdiği dürüstlikle bağdaşmayan bir davranış teşkil eder ve disiplin cezasını gerektirir⁴⁴.

Arslan'a göre de, TMK m. 2'nin yanı sıra, Avukatlık Kanunu'nun 34, 62, 171. maddeleri de avukatlık mesleğinin dürüst bir biçimde icrasını güvence altına alan hükümlerdir. Bilhassa avukatların yüklendikleri görevleri bu görevlerin kutsallığına yakışır şekilde doğruluk içinde yerine getirmelerini ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlü olduklarını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 34. madde hükmü davada dürüstlük kurallarına uymanın avukatlar için bir yükümlülük olduğunu göstermektedir⁴⁵.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise doktrinde bahsi geçen Kanunun dürüstlük kuralını düzenleyen 29. maddesinin avukatlar bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴⁶.

Şu halde, doktrinde gerek gerçeği söyleme yükümlülüğünü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce, gerekse bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra gerçeği söyleme yükümlülüğünün "avukatlar" bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir⁴⁷.

Yukarıda söylenenlere ilaveten, kanımızca avukatlık ücretine ilişkin düzenlemeler de avukatın dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu bakımından özellik arz etmektedir. Şöyle ki; avukatlar avukatlık asgari ücret tarifesinin altında vekâlet ücreti alacaklarına ilişkin olarak sözleşme yapamazlar. Öte yandan, avukatlar baktıkları davanın sonucunu garanti edemezler. Avukatın davanın reddi halinde ücret almayacağını sözleşme ile taahhüt etmesi geçersiz olduğu gibi, avukatın disiplin cezası almasına da yol açar. Avukatların ücrete hak kazanabilmeleri için davanın muhakkak lehe sonuçlanmasının aranmaması esasen onların mesleklerini icra ederken sadece müvekkillerine değil, topluma (kamuya) karşı da sorumlu olduklarını açıkça göstermektedir.

⁴⁴ Alangoya, s. 122.

⁴⁵ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 115.

⁴⁶ Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 917.

⁴⁷ Türkiye Barolar Birliği de vermiş olduğu bir kararda avukatlar açısından dürüstlük kuralının önemini vurgulanmıştır. Örneğin bir kararında avukatın iş sahibinin çıkarlarını korurken doğruluk ve dürüstlük kuralından ayrılmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. TBB Disiplin Kurulu, 11.06.1994, E. 994/37, K. 994/42 (ABD 1994/3, s. 487).

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi avukat taraf temsilcisi olarak müvekkilinin hak ve menfaatlerini “*hukukun çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla*” korunması için çaba sarf eder⁴⁸.

Sonuç itibarıyla; HMK m. 29’un yanı sıra, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu düzenleyen AvK m. 1; avukatlığın amacının hukuki uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini belirten AvK m. 2; avukatların yükledikleri görevleri doğruluk içinde yerine getirmeleri gerektiğini hükme bağlayan AvK m. 34 ve avukatlara görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmalarını durumunda disiplin cezası verileceğini düzenleyen AvK m. 134 hükümleri karşısında kanımızca avukatlar da gerçeği söyleme yükümlülüğüne tâbidirler.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün avukatlar bakımından iki boyutu olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, vekilini, gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâline karşı korumak; ikincisi ise, bizzat bu yükümlülüğü ihlâlden kaçınmaktır⁴⁹.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü avukatlar bakımından da subjektif manada kabul edilmelidir⁵⁰. Diğer bir deyişle, avukatlar da tıpkı davanın tarafları gibi gerçek olduğuna inandıkları hususları -objektif gerçeğe uygun olmasa dahi- ileri sürebilirler.

Buna karşılık, avukatın yalan söylemesi yahut karşı tarafın ileri sürdüğü ve gerçek olduğunu bildiği vakıyı inkâr etmesi gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırıdır⁵¹. İleri sürmüş olduğu iddianın *muhtemelen* yanlış olduğunu düşünen avukat ise gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmiş sayılmaz⁵².

İsviçre hukuk öğretisinde genellikle avukatın, müvekkilinin menfaatinin gerektirdiği hallerde suskun kalabileceği ve bunun gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmeyeceği, kabul edilmektedir⁵³.

⁴⁸ Sungurtekin Özkan, s.1.

⁴⁹ Hirtz, s. 782.

⁵⁰ Kai Thum, “Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht-Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs”, BRAK-Mitt.2/2005, s. 60.

⁵¹ Lindenberg, s. 79; Georg Naegeli, “Darf man im Prozess lügen?”, Anwaltsrevue, 6-7/2010, s. 294; Henssler/Prütting/*Eylmann*, § 43a BRAO kn. 109; Wilhelm Feuerich/Dag Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO, 9. B., 2016, kn. 40; Thum, s. 62.

⁵² Henssler/Prütting/*Henssler*, § 43a kn. 138.

⁵³ Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. B., Bern 2001, 5 N 131; Naegeli, s. 294. Alman hukuku bakımından aynı yönde: Martin Henssler/Hanns Prütting/*Henssler*, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 4. B., 2017, § 43a kn. 142; Feuerich/Weyland, BRAO § 43a kn. 40; Volker Römermann/Philipp Prass, BeckOK BORA, Grundpflichten des Rechtsanwalt, 16. B., 2016, § 43a kn. 15.

Avukatın ileri sürdüğü hukuki görüş ve değerlendirmeler gerçeği söyleme yükümlülüğünün kapsamında değildir⁵⁴. Buna karşılık, dava konusu hayat olayının gerçeğe uygun tasviri her şeyden önce avukata düşer⁵⁵. Avukat bu noktada müvekkilinin verdiği bilgilerin doğruluğuna itimat edebilir; özel olarak onların doğru olup olmadığını araştırmak zorunda değildir⁵⁶; hatta müvekkilinin beyanlarını -doğrulukları konusunda şüphesi olsa dahi- benimseyebilir⁵⁷. Aksi düşüncenin kabulü, avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisini zedeler⁵⁸. Bununla birlikte, avukat müvekkilinin söylediklerinin açıkça gerçek dışı yahut imkânsız olduğunu anlamış ya da gerçeğe aykırılığı konusunda somut dayanak noktalarına sahipse onlarla bağlı değildir ve bu konuda gerekli araştırmayı yapmak zorundadır⁵⁹.

Doktrinde gerçeği söyleme yükümlülüğü bakımından taraflar ile avukatların eş tutulamayacağını, avukatların gerçeği söyleme yükümlülüğünün taraflarınki kadar katı anlaşılması gerektiğini ileri sürenlerin yanı sıra; avukatın objektif hakikatin bulunması konusunda mahkemeye yardımcı olmak zorunda olmadığını, onun ilk vazifesinin müvekkilinin menfaatlerini gözetmek olduğunu, bu nedenle müvekkili için hukuken elverişsiz hususlar bakımından gerçeği söyleme yükümlülüğünün gevşetilebileceğini, hatta avukatın mahkemeyi yargılamada yanlış bir istikamete dahi yönlendirebileceğini savunan görüşlere de rastlanmaktadır⁶⁰. Tam aksi yöndeki bir diğer görüşe göre ise, sadece taraflar değil, vekiller dahi müvekkillerin aleyhlerinde olan gerçeğe uygun hususları gizleyemezler; bunları da mahkemeye bildirmek zorundadırlar⁶¹.

Yukarıda belirtildiği üzere, avukatlar da tıpkı taraflar gibi vakıalar hakkında yalan söyleyemez. Bu noktada mukayeseli hukukta avukatların gerçeği söyleme yükümlülüğünün beyaz yalanlar bakımından da geçerli olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak şöyle bir örnek verilebilir: Davacı -alacağı ödenmiş olmasına ve bunu bilmesine rağmen- dava açarak tekrar ödeme talebinde bulunmuştur. Davalı ise borcunu ödediğini gösteren makbuzu kaybetmiştir. Acaba böyle bir durumda davalı avukatı haksız bir mahkumiyet kararını önlemek adına ödünç sözleşmesini tümüyle inkâr edebilir mi? Hakim

⁵⁴ Feuerich/Weyland, § 43a BRAO kn. 39.

⁵⁵ Borgmann, s. 2146 vd.; Thum, s. 62.

⁵⁶ Henssler/Prütting/*Eylmann*, § 43a BRAO kn. 112; Feuerich/Weyland, § 43a BRAO kn. 40; Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. B., İstanbul 1997, s. 60.

⁵⁷ BGH NJW 1952, s. 1148.

⁵⁸ Römermann/Prass, BeckOK BORA, § 43a kn.15.

⁵⁹ Naegeli, s. 294. Karş. Henssler/Prütting/*Eylmann*, § 43a BRAO kn. 112; Feuerich/Weyland, § 43a BRAO kn. 11; Thum, s. 62; Römermann/Prass, BeckOK BORA, § 43a kn. 15. Türk hukuku bakımından aynı yönde: Sungurtekin Özkan, s. 319; Tercan, s. 188.

⁶⁰ Bkz. Kaspar Schiller, *Schweizerisches Anwaltsrecht Grundlagen und Kernbereich*, Zürich 2009, kn 1526.

⁶¹ Habscheid, s. 61.

görüŖe göre böyle bir durumda dahi vekil yalan söyleyemez. Müvekkilin haksız yere mahkûm edilmesi ihtimali dahi bu sonucu deęiŖtirmez⁶². Azınlıkta kalan görüşe göre ise, bu gibi hallerde avukatın, müvekkilinin haksızlığa uğramasını engellemek adına beyaz yalan söylemesi caizdir. Bu görüşe göre, davalı vekilin ödünç sözleşmesini inkâr etmesi mahkeme kararının sonucu itibarıyla adil olmasını sağlayacaktır. Bu ise gerçeği söyleme yükümlülüğünün varlık nedenine uygundur. Zira gerçeği söyleme yükümlülüğü bizatihi bir amaç değildir; o, adil bir karar verilmesi kapsamında başvuru olan bir çaredir⁶³.

Avukat, müvekkilinin menfaatini koruma düşünceyle olsa dahi karşı tarafın doğru olduğunu bildiği beyanlarının aksini iddia edemez.

Acaba müvekkil, gerçek olmadığı bilinen bir hususun ileri sürülmesi konusunda ısrarcı olursa, avukat böyle bir talimatla bağlı olacak mıdır? Yargı erki içinde temsil ettiği statü nazara alındığında avukatın böyle bir talimatla bağlı olmadığı ve gerekirse görevinden istifa edebileceği sonucuna varmak gerekir⁶⁴.

Avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece (yazılı veya sözlü) beyanlara iliŖkin değildir. Bu cümleden olarak avukatın gerçeğe uygun olmadığını bildiği bir delili (belgeyi) kullanması da gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl eder⁶⁵.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâlinin gerek usul hukuku gerekse maddi hukuk bakımından bazı sonuçları vardır.

Her Ŗeyden önce mahkeme, avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl eden beyanlarını nazara almaz⁶⁶. Ayrıca, böyle bir davranıŖ HMK m.375/1(h) uyarınca usul hilesi sayılarak yargılamanın yenilenmesine de yol açabilir⁶⁷.

Ayrıca, avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranıŖı onun cezai, hukuki ve disiplin sorumluluğuna yol açabilir. Ŗöyle ki; avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâli somut olayın koŖullarına göre dolandırıcılık (TCK m. 157-159) suçuna vücut verebileceği gibi, avukatın tazminatla

⁶² Feurich/Weyland, BRAO § 43a kn. 38; Hennsler/Prütting/Hennsler, § 43a kn. 144; Lindenberg, s. 82.

⁶³ Schumacher, s. 435.

⁶⁴ Schumacher, s. 431.

⁶⁵ Thum, s. 61; Lindenberg, s. 80.

⁶⁶ Alangoya, s. 124; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 125; Tercan, s. 206; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 918.

⁶⁷ Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 104 vd.; Alangoya, s. 123; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 125; Tercan, s. 206; Hk-ZPO/Wöstmann, ZPO § 138 kn. 3; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ŗerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 136; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema TaŖpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017, s. 164.

sorumlu tutulmasını (TBK m. 49) da gerektirebilir⁶⁸. Nihayet, gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâli avukat açısından disiplin cezasını gerektiren (AvK m. 134) bir eylem olarak da nitelendirilebilir⁶⁹.

Türk hukuk uygulamasında avukatların gerçeği söyleme yükümlülüğüne riayet edip etmediklerinin yeterince denetlendiği söylenemez. Bir görüşe göre bu durum *“Uygulamada, taraflar için, davada telafisi güç zararlara neden olabilecek derecede önemli fakat genellikle gözden kaçırılan bir husustur.”* Bu görüşe göre, bir avukat, karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaları, ancak o iddiaların doğru olmadığına kanaat getirmişse, karşı iddiada bulunarak onları tartışmalı hale getirebilir. Yoksa gerçeğe aykırı bir şekilde ve keyfi olarak, karşı tarafın ileri sürdüğü hususların geçerliliği olmadığını iddia edemez. Benzer şekilde, avukat, müvekkilinin kesinlikle doğru olmadığını bildiği iddialarını benimseyip ileri süremez⁷⁰.

Diğer bir görüşe göre de; *“Avukatların kamunun (toplumun) avukatlık mesleğine olan güveninin sarsılmaması için özellikle davanın yürütülmesi sırasında, dürüstlük kuralına çok sıkı bir bağlılık göstermeleri zorunludur. Avukatın en önemli iki niteliği bilgi ve dürüstlük olmalıdır”*⁷¹.

Uygulamada⁷² gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâli adeta vaka-

⁶⁸ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 129-130; Tercan, s. 208-209; Peter-Andreas Brand, Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht (<http://rae-oehlmann.de/das-spannungsverhaeltnis-zwischen-wahrheitspflicht-und-verschwiegenheitspflicht>, e.t.: 27.10.2017). Avukatın özen yükümlülüğünün ihlâli sonucu tazminatla sorumlu tutulabileceği hallere ilişkin olarak bkz. Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1987, s. 416; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. B., İstanbul 2014, s. 170 vd.; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. B., Ankara 2016, s. 448-450; Aydın Zevkliler, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. B., Ankara 2008, s. 343; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999, s. 417; Aday, s. 56 vd.

⁶⁹ Alangoya, s. 122; Sungurtekin Özkan, s. 317; Tercan, s. 211.

⁷⁰ Tercan, s. 188.

⁷¹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 115.

⁷² Yargıtay birçok kararında Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinden hareketle avukatların görevlerini doğruluk içinde yerine getirmeleri gerektiğine işaret etmekte ise, Yargıtay bununla gerçeği (doğruyu) söyleme yükümlülüğünden ziyade avukatların dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmelerini kastetmektedir. Örneğin: “Avukatlık Kanununun 34. maddesinde, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğiince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.” hükmü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 43. maddesinde de, “Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.” hükmü bulunmaktadır... Dosya kapsamında davalı tarafından düzenlenerek davacıya gönderilen 30/7/2008 tarihli cevabi ihtarla her ne kadar tahsil edilen miktarın vekalet ücretine mahsuben alındığı bildirilmiş ise de davalı avukat tarafından yapılan bu ihtarın yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde hapis hakkının

adiyeden sayılmakta, taraf vekillerinin karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaların neredeyse tümüne -bunların kısmen veya tamamen gerçeğe uygun olduğunu bildikleri halde- “*Karşı tarafın beyanlarını kabul etmiyoruz.*” tarzında klişeleşmiş sözlerle itiraz ettikleri gözlemlenmektedir. Bu tip itirazların gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği aşikârdır. Zira iddia ve ispat yükü karşı tarafa düşse dahi hiçbir taraf, belli bir vakıayı ancak kendisi bilebilecek durumda ise karşı tarafın tahminlere dayalı olarak iddialarda bulunmak zorunda kalması halinde, bu vakıayı salt inkâr ile yetinemez⁷³.

Benzer şekilde, söz gelimi, bir avukatın, müvekkiline karşı açılan alacak davasında, dava konusu alacağın dava açıldıktan sonra ödendiğini bildiği halde, ödeme sanki davadan önce yapılmış gibi cevap dilekçesi kaleme alıp, müvekkilinin borcunun bulunmadığını ileri sürmesi gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl eden ve açıkça disiplin cezası gerektiren bir eylemdir⁷⁴. Keza, bir avukatın belli bir taksit için yapılan ödemeyi gösterir belgenin fotokopisini taksit sayısı kadar çoğaltarak mahkemeye sunması ve müvekkilinin tüm taksitleri ödediğini ileri sürmesi de gerçeği söyleme yükümlülüğünün ağır bir ihlâlidir.

SONUÇ

Türk hukuk uygulamasında avukatların gerçeği söyleme yükümlülüğüne riayet edip etmediklerinin yeterince denetlenmemesi, bir yandan davaları uzatarak boş yere emek ve zaman israfına yol açtığı gibi maddi gerçeğe aykırı kararlar verilmesine de yol açabilmektedir. Bu nedenle kanımızca gerek mahkemelere gerekse barolara bu konuda önemli görevler düşmektedir. Mahkemeler kararlarında gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlaline işaret etmeli ve gerekirse barolara ihbarda bulunmalı; barolar da bu konuda disiplin prosedürünü işletmelidirler. Unutmamak gerekir ki, gerçeği söyleme yükümlülüğünün avukatlar tarafından ihlâli en büyük zararı avukatlık mesleğine vermekte; hak arayanların bu mesleğe olan güveni sarsılmaktadır.

usulüne uygun kullanılmadığı sonucunu doğurduğu ve azlin haklı olduğu anlaşılmaktadır...”
13. HD, 24.05.2017, 2015/19231, 2017/6255 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>) Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine ilişkin pek çok örnek için bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 5. B., Ankara 2011, s. 459-464.

⁷³ Max Guldener, “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Âfaki Hüsniyet Esası”, (Çev. Dr. Tahir Çağa), AÜHFD 1946/2-3-4, s. 662.

⁷⁴ Bkz. AvK m. 134.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AlmMUK	: Alman Medeni Usul Kanunu
AnwBl	: Anwaltsblatt
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
AvusMUK	: Avusturya Medeni Usul Kanunu
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
FS	: Festschrift
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İsvMUK	: İsviçre Medeni Usul Kanunu
Jura	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
kn.	: kenar notu
m.	: madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat: Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. B., İstanbul 1997.
- Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. B., Ankara 2016.
- Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.
- Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, (Arslan, Dürüstlük Kuralı).
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017.
- Baumgaertel, Gottfried : “Treu und Glauben im Zivilprozess”, ZJP 86 (1973), s. 353 vd.
- Baumgaertel, Gottfried: “Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren”, ZJP 69 (1956), s. 89 vd.
- BeckOK ZPO: Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 25. B, 2017, (Vorwerk/Wolf/von Selle, ZPO).
- Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978.
- Brand, Peter-Andreas: Das Spannungsverhaeltnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht (<http://rae-oehlmann.de/das-spannungsverhaeltnis-zwischen-wahrheitspflicht-und-verschwiegenheitspflicht>, e.t.: 11.09.2017).
- Eisele, Hans: Die Wahrheitspflicht, Freiburg 1936.
- Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukuku, Pekcanitez Usul, İstanbul 2017.
- Feuerich, Wilhelm/Weyland, Dag: Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9. B., 2016.
- Gerold, Horst Gerhard: Die Wahrheitspflicht im heutigen Zivilprozess, 1935.
- Guldener, Max: Hukuk Muhakemelerinde Âfaki Hüsniyet Esası (Çev. Dr. Tahir Çağa), AÜHFD 1946/2-3-4, s. 647 vd.
- Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. B., C. II, İstanbul 2014.

Güner, Semih: Avukatlık Hukuku, 5. B., Ankara 2011.

Habscheid, Walter J.: Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtorganisationsrecht, 2. B., Basel/Frankfurt a.M. 1990.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999.

Hennsler, Martin/Prütting, Hanns: Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 4. B., 2017.

Hirtz, Bernd: "Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess", AnwBl 12/2006, s. 780 vd.

Hug, Peter: Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, Zürich 1943.

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. B., İstanbul 2014.

Kummer, Max: Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. B., Bern 1974.

Lindenberg, Frank: Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilverfahren, Bonn 2002.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 14. B., München 2017, (Musielak/Voit/Stadler, ZPO).

Münchener Kommentar zum Zivilprozessordnung, C.1, 5. B., München 2016, (MüKoZPO/Fritsche).

Naegeli, Georg: "Darf man im Prozess lügen?", Anwaltsrevue, 6-7/2010, s. 292 vd.

Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich: Kurzkommentar ZPO, 2. B., Basel 2014.

Olzen, Dirk: "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess", ZZP 98 (1985), s. 403 vd.

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus: Kommentar ZPO, 9. B., 2017.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. B., München 2010.

Römermann, Volker/Prass, Philipp: BeckOK BORA, Grundpflichten des Rechtsanwalts, 16. B., (Römermann/Prass, BeckOK BORA).

Saenger, Ingo: ZPO Handkommentar, 7. B., 2017.

- Schumacher, Hubertus: “Rechtsanwalt und Wahrheitspflicht im Zivilprozess”, Österreichisches Anwaltsblatt, 2009/10, s. 429 vd.
- Schwartz, Paul: “Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess und Betreibungsverfahren”, FS für Guldener, Zürich 1973, s. 291 vd.
- Staab, Gerhard Walter: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Würzburg 1973.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. B., Tübingen 2014, (Stein/Jonas/Leipold).
- Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012.
- Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1987.
- Tanriver, Süha: Medeni Usul Hukuku C. I, Ankara 2016.
- Taşpınar, Sema: “Medeni Usul Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 1999, s. 759 vd.
- Tercan, Erdal: “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996/1-2, s. 181 vd.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans: Zivilprozessordnung, 36. B., München 2015, (Thomas/Putzo/Reichhold).
- Thum, Kai: “Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht- Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs”, BRAK-Mitt. 2/2005, s. 60 vd.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İsbat Yükü, 2. B., İstanbul 1980.
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.
- Vogel, Oscar/Spühler, Karl: Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. B., Bern 2001.
- Von Hippel, Fritz: Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt 1939.
- Welzel, Hans: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Berlin und Leipzig 1935.
- Yılmaz, Ejder: Islah, 4. B., Ankara 2013.
- Zevkililer, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. B., Ankara 2008.
- Zöllner, Richard: Zivilprozessordnung, 31. B., Köln 2016, (Zöllner/Greger).

DANIŞTAY VE VERGİ MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA HURDA ALIMLARINDA KARŞILAŞILAN GELİR VERGİSİ STOPAJI PROBLEMİ

Income Tax Stoppage Problem Encountered In Scrap Purchases In The Light of Decisions of the Council of State And Tax Court

Dr. Öğr. Üyesi Fatih KAPLANHAN¹, Hüseyin Çağrı BAŞER²

Geliş Tarihi: 21.03.2018 Kabul Tarihi: 07.05.2018

ÖZET

Ülkemizde hurdacılık faaliyeti ağırlıklı olarak küçük esnaf şeklinde nitelendirilebilecek sokak toplayıcıları ve bu toplayıcıların mallarını satın alan toptancılar aracılığıyla yürütülmektedir. Sokak toplayıcıları bu faaliyetlerinden düşük gelir elde etmekte olup, büyük kısmının vergi mükellefiyeti ve faal bir işyeri bulunmamaktadır.

Hurda malın geri dönüşüm zincirinde önemli bir yer tutan sokak toplayıcılarının vergisel anlamda kayıt dışı sayılabilecek faaliyeti bu malları toplu halde istiflemek, sınıflandırmak ve tekrar ekonomiye kazandırmak gibi işlevleri olan hurda toptancılarının faaliyetlerini de kayıt dışına itmektedir. Zira hurda toptancıları sokak toplayıcılarından elde ettikleri hurda emtia alışlarını belgelemek zorundadırlar. Bir kısmı kayıt dışı faaliyet gösteren sokak toplayıcılarından alınamayan belge birçok vergisel uyumsuzlukta görüldüğü üzere "piyasadan" temin edilmektedir. Sokak toplayıcıları adına tahakkuk eden gelir vergisi tevkifatı (stopaj) yönünden "verginin sorumlusu" olan ve vergi idaresine karşı sokak toplayıcıları ile birlikte müşterek, müteselsil sorumluluğu bulunan toptancıların kayıt dışına itilmesi beraberinde vergisel uyumsuzlukları getirmektedir.

Bu makalemizde spesifik olarak birçoğu kayıt dışı çalışan sokak toplayıcılarının elde ettikleri gelirlerin vergilendirilmesi aşamasında doğan gelir vergisi stopajına ilişkin sorunların mevzuat ve yargı kararları ışığında incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hurda, Vergileme, Vergi Politikası, Danıştay

ABSTRACT

The scrap activity in our country is mainly carried out by street collectors who can be described as small tradesmen and wholesalers who buy the goods of these collectors. Street collectors have a low income from these activities, most of which are tax-exempt and do not have an active workplace.

The unregistered activity of street collectors, who hold an important place in the recycling chain of scrap goods, also pushes the activities of scrap wholesalers out of register, which functions as collectively collecting, classifying and re-earning these goods collectively. Because the scrap wholesalers must certify their purchases which they have obtained from street collectors. The document, some of which can not be obtained from street collectors operating in the informal sector, is available in "market" as seen in many tax incompatibilities. Income tax that is accrued on the behalf of street collectors is a taxpayer dispute with the "taxpayer" who is responsible for the withholding (tax withholding) and the street collectors against the tax administration and the collective and collective responsibility of the wholesalers.

In this article, it is aimed to investigate the problems related to the income tax withholding which arise in the course of the taxation of the income obtained by the street collectors, which are mostly unregistered, in the light of legislation and judicial decisions.

Keywords: Scrap, Taxation, Tax Policy, Turkish Council of State

Jel Classification: K34, K42

¹ İstanbul S. Zaim Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Öğretim Üyesi, fatih.kaplanhan@izu.edu.tr

² Danıştay Tetkik Hakimi, huseyin.cagri.baser@adalet.gov.tr

GİRİŞ

Geri dönüşüm, yeniden değerlendirilme imkânı olan atık ve hurda malzemelerin çeşitli fiziksel ve/veya kimyasal işlemlerden geçirilmek suretiyle ikincil hammaddeye dönüştürülerek tekrar üretim sürecine dahil edilmesi işlemidir. Türk Dil Kurumu'na göre "Geri Dönüşüm"; Atıkların yeniden değerlendirilmesi durumudur. Geri dönüşüm terim olarak, kullanım dışı kalan geri dönüştürülebilir atık malzemelerin çeşitli geri dönüşüm yöntemleri ile hammadde olarak tekrar imalat süreçlerine kazandırılmasıdır.³ Kullanılmış malzemelerin geri dönüşümünün sağlanabilmesi için toplanıp sınıflandırılarak geri dönüşüm tesislerine ulaştırılması işi hurda sektörü tarafından yerine getirilmektedir. Hurdacılık, geri dönüşüm sisteminin ilk basamağı olarak değerlendirilmelidir.⁴

Kullanılmış metal, plastik, kâğıt ve diğer malzemelerin geri dönüşümünün yapılarak yeniden kullanılması sürecinde hurdacılık sektörü; üretimde kullanılan ve birçok kalemi yurt dışından ithal edilmek zorunda kalınan hammaddenin bir kısmının ülke içinden tedarik edilerek döviz kaybı olmaksızın ekonomiye kazandırılmasında ve üretim maliyetlerinin düşürülmesinde önemli rol oynamaktadır.⁵ Daha önce kullanılan bir eşyanın tekrar kullanılabilir (geri dönüşüme uygun) parçalarının yeniden üretim için kullanılması maliyet girdilerini ve kaynak israfını azaltmakta, üreticinin rekabet gücünü artırmaktadır.⁶

Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan; "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" hükmü ile hem devlete hem özel sektöre kaynak israfını ve çevre kirliliğini önlemede önemli rolü bulunan geri dönüşümü sağlama ödevi verilmiştir. Ancak Türkiye'de atık yönetimi sistemi çerçevesinde; atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri dönüştürülmesi, geri kazanımı ve bertarafıyla ilgili olarak yapılan yatırımların neredeyse tamamı özel müteşebbisler tarafından gerçekleştirilmektedir.⁷ Devlet tarafından geri dönüşüm(hurdacılık) sektörü,

³ HARON, Sharifah Azizah.; PALM Laily.; YAHAYA Nurizan. "Towards Sustainable Consumption: An Examination of Environmental Knowledge Among Malaysians", **International Journal Of Consumer Studies**, 2005, S. 5, s.426-436.

⁴ <http://cevreonline.com/hurda-atik/>, Erişim Tarihi, 01.01.2018.

⁵ MASSOUD, May; MERHEBI, Faouk, "Guide to Municipal Solid Waste Management", **American University of Beirut (AUB)**, Published by the American University of Beirut-Nature Conservation Center, Lebanon 2016, s.1.

⁶ WOLFGANG, Pfaff Simoneit, "Abfallwirtschaft: Jobs, Ressourcen", **Umwelt, Klima und Gesundheitsschutz**, KfW-Positionspapier, 2012, s. 1.

⁷ TÜDAM, **Geri Dönüşüm Teşvik Raporu 2016**, Değerlendirilebilir Atık Malzemeler Sanayicileri Derneği, http://tudam.org.tr/TudamGeriDonusum_Sektoru_TessvikCal%C4%B1smas_%

sokak toplayıcıları açısından küçük esnaf muafiyeti⁸ , Katma Değer Vergisi istisnası⁹, gümrük vergisi muafiyeti¹⁰, vergi indirimi¹¹, sigorta prim işveren hissesi desteği¹² gibi bazı teşvik ve kolaylıklar sağlanarak desteklenmeye çalışılmıştır.

Hurda sektöründe gelir vergisi tevkifatı (stopaj) uygulaması hakkında vergi mahkemeleri ve Danıştay önüne gelen birçok vergisel uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu uyuşmazlıkların genelde sektörün işleyiş şekliyle yasal düzenlemeler arasında ahenk bulunmaması nedeniyle doğduğu düşünülmektedir.

I. HURDA SEKTÖRÜNÜN İŞLEYİŞİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

Hurda sektörünün temel kaynağını sanayi işletmeleri ile evsel veya işyeri atıklarından elde edilen hurda oluşturmaktadır. Sanayi işletmeleri söz konusu hurdayı gerek hurda toplayıcılarına gerekse bu atıkları işleyerek yeniden ekonomimize kazandıran firmalara doğrudan satmakta, çoğunlukla günlük tüketime yönelik, yiyecek, içecek ve giyecek ambalajları, ev eşyaları, eskimiş dayanıklı tüketim malları gibi atıklardan oluşan evsel veya işyeri atıkları ise daha çok mahalle aralarında çöplere atıldığından ilkel yöntemlerle sokak toplayıcıları tarafından çöpler karıştırılmak suretiyle toplanmakta, kalan artıklar ise belediyelerin çöp toplama sahalarında ayıklanmaktadır. Hurda toplayıcıları da toplanan hurdaları mahalle veya semt hurdacılarına satmakta, ayıklanan hurdalar büyük hurdacılarla veya geri dönüşümü yapan firmalara satılmaktadır.¹³

II. HURDA VE ATIKLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Hurda toplayıcılığı ve alım satımı faaliyeti ile iştigal eden gerçek kişi veya firmalar vergi mükellefi oldukları vergi türüne göre gelir vergisi veya kurumlar vergisi mevzuatına tabidir. Ancak KDV mevzuatı açısından 117 Seri nolu KDV Kanunu Genel Tebliği'nde ve 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile bazı istisnalar tanımlanarak tevkifat oranları belirlenmiştir.

C4%B1.pdf , Erişim Tarihi, 15.03.2018.

⁸ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Madde 9/7.

⁹ 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, Madde 17/4-g.

¹⁰ 2014/23 ve 2014/3 sayılı Ürün Güvenliği ve Denetimi Tebliği.

¹¹ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Madde 32/A (Kabul Tarihi: 13.06.2006, Resmî Gazete Sayısı: 26205, Tarihi: 21.06.2006).

¹² 2014/6058 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Kabul Tarihi: 27.01.2014, Resmî Gazete Sayısı: 28995, Tarihi: 09.05.2014).

¹³ GENÇYÜREK, Levent; GÜRBOĞA, Erkan, "Hurda Sektörünün Vergisel Boyutu", **Yaklaşım Dergisi**, Aralık 2003, s. 5.

İhtilafın daha net anlaşılabilmesi için hurda ve atık işi ile ilgili mevzuat, 04.01.1961 tarihinde kabul edilerek 10703 sayılı Resmî Gazete 10.01.1961 tarihinde yayımlanan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 25.10.1984 tarihinde kabul edilerek 18563 sayılı Resmî Gazete 25.10.1984 tarihinde yayımlanan 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ve 31.12.1960 tarihinde kabul edilerek 10700 sayılı Resmî Gazete 06.01.1961 tarihinde yayımlanan 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu açısından ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. Vergi Usul Kanunu Yönünden

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu Kanun'a göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsikinin mecburi olduğu hüküm altına alınmış olup bu kayıtların anılan Kanunun 229 ve müteakip maddelerinde yer alan belgelerden herhangi biri ile tevsiki zorunludur.

Kanun'un 234. maddesinde de, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabının ve çiftçilerin vergiden muaf esnafa yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için tanzim edip işi yapana veya emtiayı satana imza ettirecekleri gider pusulasının vergiden muaf esnaf tarafından verilmiş fatura hükmünde olduğu bu belgenin, birinci ve ikinci sınıf tüccarların, zati eşyalarını satan kimselerden satın aldıkları altın, mücevher gibi kıymetli eşya için de tanzim edileceği, gider pusulasının işin mahiyeti, emtianın cins ve nev'i ile miktar ve bedelini, iş ücretini, işi yaptıran ile yapanın veya emtiayı satın alan ile satanın adlarıyla soyadlarını (Tüzel kişilerde unvanlarını), adreslerini ve tarihi ihtiva edeceği, iki nüsha olarak tanzim edileceği ve bir nüshasının işi yapana veya malı satana tevdi olunacağı hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, vergi mükellefi olmayan kişilerden satmak üzere satın alınan hurdalar için yukarıda belirtildiği şekilde gider pusulası düzenlenmesi ve bu gider pusulasını hurda satan kişiye imzalatılarak bir nüshasını satan kişiye vermek gerekmektedir. Vergi mükellefi olmayan kişilerden veya vergiden muaf esnaftan yapılan mal ve hizmet alımlarında gider pusulası düzenlenmesi gerekmekte olup düzenlenecek gider pusulalarında yer alacak bedele ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 225 Sıra nolu VUK Genel Tebliğinin 1. fıkrasında "Gider pusulalarında, işin mahiyeti, cinsi, adedi, fiyatı, tutarı, toplamı, tevkif edilen vergi oranı ve net tutarı; işi yaptıran ile yapanın veya emtiayı satın alan ile satanın adlarıyla soyadları (Tüzel kişilerde unvanları) adresleri, varsa vergi dairesi ve hesap numarası, seri ve müteselsil sıra numarası ve düzenleme tarihine ilişkin bilgilere yer verilecektir." hükmü yer almaktadır. Buna göre, vergi mükellefi olmayan kişilere düzenlenecek gider pusulasında 234. madde

uyarınca emtiayı satanın adı, soyadı ve adresinin bulunması mecburi olup, varsa vergi dairesi ve hesap numarası (T.C. Kimlik Numarası) yer alacaktır. Ayrıca, gider pusulasının hurda alımının yapıldığı anda düzenlenmesi mecburi olup, toplu olarak düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır.

B. Gelir Vergisi Kanunu Yönünden

193 sayılı GVK 9. maddesinde vergiden muaf esnaf hakkında düzenlemelere yer verilmiş, kimlerin esnaf muaflığından faydalanacakları da maddede bentler halinde sayılmıştır. Aynı maddenin birinci fıkrasının 7 numaralı bendinde; ticari işletmelere ait atıkları mutad olarak veya belli aralıklarla satın alanlar hariç olmak üzere, bir işyeri açmaksızın kendi nam ve hesabına münhasıran kapı kapı dolaşmak suretiyle her türlü hurda maddeyi toplayarak veya satın alarak bu malların ticaretini yapanlara veya tekrar işleyenlere satanların gelir vergisinden muaf olacakları hükme bağlanmıştır. Söz konusu işlerin devamlı olarak yapılması ya da motorlu araç kullanılarak faaliyette bulunulması muafiyetten yararlanmaya engel teşkil etmeyecektir. Aynı maddenin mülga ikinci fıkrasından sonra gelen üçüncü fıkrasında ise ticari, zirai veya mesleki kazancı dolayısı ile gerçek usulde Gelir Vergisine tabi olanlar ile yukarıda sayılan işleri Gelir ve Kurumlar Vergisi mükelleflerine bağlılık arz edecek şekilde yapanların esnaf muaflığından faydalanamayacakları belirtilmiştir. GVK'nın "Vergi Tevkifatı" başlıklı 94. maddesinde ise hangi hal ve şartta ne kadar gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekeceği açıklanmıştır.

Esnaf muaflığından faydalanmaları mümkün bulunmayanların ve ticari, zirai veya mesleki kazançları dolayısıyla gerçek usulde gelir vergisine tabi olan adi komandit şirketlerin komandite ortakları, kolektif şirket ortakları, adi şirket ortakları ve eshamlı komandit şirketlerin komandite ortaklarından yapılan mal alımlarının gider pusulası ile gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca, söz konusu mal veya hizmet alımlarının esnaf muaflığından faydalananlar dışında kalan diğer kişilerden, başka bir ifade ile kendine ait hurda eşyasını, hurda alımı yapanların işyerine getirerek satan nihai tüketicilerden yapılması durumunda ise gelir vergisi tevkifatı yapılmayacaktır.¹⁴

Örnek¹⁵: Bay (A), kamyoneti ile kapı kapı dolaşmak suretiyle evlerden veya sokaklardan topladığı veya satın aldığı hurdaları devamlı olarak hurda ticareti ile uğraşan (B) firmasına satmaktadır. Bay (A), bu faaliyetinden dolayı esnaf muaflığından yararlanacak olup (B) firması, Bay (A)'ya hurda bedeli karşılığı olarak yapacağı ödemeler nedeniyle gider pusulası düzenlemesi ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesinin birinci fıkrasının (13) numaralı bendinin (b) alt bendi uyarınca da %2 oranında gelir vergisi tevkifatı yapması

¹⁴ İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 09/11/2012 tarih ve 8545641741944 sayılı Özeldes.

¹⁵ 67 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği.

gerekmektedir. Bay (A) mal alış ve satışına ilişkin belgeleri istenildiği zaman ibraz etmek üzere saklamak zorundadır.

C. Katma Değer Vergisi Kanunu Yönünden

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun; 1/1. maddesinde, Türkiye'de ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin Katma Değer Vergisi'ne tabi olduğu; aynı Kanun'un 17/4-a maddesinde, Gelir Vergisi Kanunu'na göre vergiden muaf esnaf tarafından yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisinden istisna olduğu ve 17/4-g maddesinde, metal, plastik, lastik, kauçuk, kâğıt, cam hurda ve atıklarının tesliminin KDV'den istisna olduğu hüküm altına alınmıştır.

KDV Kanunu Genel Uygulama Tebliğinin (1/C-2.1.3.3.3.2) bölümünde; hurda kavramının, her türlü maden, plastik, kâğıt ve cam hurdasını, bunların hurda halindeki karışımlarını, aynen veya onarılmak suretiyle üretim amaçlarına uygun olarak kullanılamayacak haldeki metal, plastik, kâğıt ve cam karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddeyi ifade ettiği açıklanmıştır. Buna göre, GVK'ya göre vergiden muaf esnaf tarafından yapılan hurda metal teslimleri KDV Kanunu'nun 17/4-a maddesine göre katma değer vergisinden istisnadır. Ayrıca, gider pusulası birinci ve ikinci sınıf tüccarların vergiden muaf esnaftan aldıkları mallar için vergiden muaf esnaf tarafından verilen fatura hükmünde olduğundan, söz konusu belgenin düzenlendiği durumlarda bu belge üzerinde katma değer vergisi hesaplanmasına teknik olarak imkân bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu teslimlere ilişkin katma değer vergisi hesaplanması söz konusu değildir.

D. Gelir Vergisi Tevkifatı ve Mütessesil Sorumluluk

VUK md. 11'de mal alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmesinden, alım satma taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hısmılık nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanların mütessesilen sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır.

51 Seri nolu KDV Kanunu Genel Tebliği'nin "Mütessesil Sorumluluk" başlıklı bölümünde; hurda metal alımları dolayısıyla Katma Değer Vergisi Tevkifatı uygulayanların tevkifat tutarını beyan edip ödemiş olmaları şartıyla bu işlemlerle ilgili olarak önceki safhalarda ortaya çıkan verginin hazineye intikal etmemiş olması nedeniyle mütessesil sorumluluk uygulaması ile muhatap tutulmayacakları ifade edilmiştir.

70 Seri nolu KDV Kanunu Genel Tebliği'nin "Sorumlu Sıfatıyla Katma Değer Vergisi Ödenen İşlemlerde Mütessesil Sorumluluk ve Katma Değer Vergisi İade İşlemleri" başlıklı bölümünde de, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 9. maddesi gereğince katma değer vergisini sorumlu sıfatıyla vergi dairesine nakden veya mahsuben ödeyenlerin bu işlemle ilgili olarak önceki safhalarda ortaya çıkan verginin Hazine'ye intikal etmemiş olması nedeniyle mütessesil sorumluluk uygulaması ile muhatap tutulmayacakları, sorumlu sıfatıyla vergi dairesine nakden veya mahsuben katma değer vergisi ödeyenlerin bu işlemlerle ilgili iade ve mahsup taleplerinin haklarında olumsuz rapor bulunan mükelleflerden mal ve hizmet alışları olsa dahi genel esaslara göre yerine getirileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bu uygulama henüz kesinleşmemiş işlemlere içinde geçerli olacaktır.

Diğer taraftan 2002/1 Sıra nolu KDV Kanunu İç Genelgesi'nin, "Alışlarında Tevkifat Uygulayan Mükelleflerin Mal Aldıkları Mükellefler Hakkında SMİYB Kullanma Raporu veya Tespiti Bulunması Halinde Yapılacak İşlemler" başlıklı bölümünde; "Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinin bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden mal ve hizmet alımlarında katma değer vergisi tevkifatı yapmakla sorumlu tutulan mükellefler hakkında sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullandığı konusunda rapor veya tespit bulunan mükelleflerden alışlarına ilişkin olarak tevkif ettikleri vergiyi beyan edip ödemeleri kaydıyla, bu alışları nedeniyle vergi suçu raporu dahil tarhiyat işlemi yapılmayacaktır." denilmektedir

Bu çerçevede, hurda metal alımları, tekstil ve konfeksiyon sektöründeki fason işçilik hizmetleri ve 68 Seri nolu Katma Değer Vergisi Tebliği kapsamındaki akaryakıt alımlarında Katma Değer Vergisi tevkifatı yapmakla sorumlu tutulan mükellefler ile Katma Değer Vergisi'nin sorumlu sıfatıyla beyan edildiği diğer işlemlerde, mükelleflerin tevkif ettikleri Katma Değer Vergisini beyan ederek vergi dairesine yatırmış olmaları halinde, mütessesil sorumluluk uygulaması ile muhatap tutulmaları mümkün değildir. Çünkü Katma Değer Vergisi sorumluluk uygulamasında, vergi sorumluları tam sorumluluk hallerinde işleme ait Katma Değer Vergisi'nin tamamını kısmi sorumluluk hallerinde ise verginin tevkif edilecek kısmını vergi dairesine beyan edip ödemek suretiyle Hazine'ye doğrudan intikal ettirmektedirler¹⁶.

Ancak, tevkif edilmeyen katma değer vergisi kısmına ilişkin alıcı ile satıcı arasında muvazaaya dayanan bir işlem yapıldığının veya menfaat sağlayan doğrudan bir ilişkinin veya hısımlık, sermayesine katılma, organizasyon veya yönetimi içinde yer alma şeklinde dolaylı bir ilişkinin bulunduğu vergi incelemesine yetkili olanlarca düzenlenmiş raporlarla tespit edilmesi halinde mütessesil sorumluluk ortadan kalkmayacaktır¹⁷.

¹⁶ ŞİMŞEK, Veli Arif; TOLU, Abdullah (2002), "Katma Değer Vergisinde İndirim", **Yaklaşım Yayıncılık**, s. 168.

¹⁷ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün, 16.12.2002 tarih ve 054617 sayılı Özelgesi.

GVK'nın "Vergi Tevkifatı" başlıklı 94. maddesinde, kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin, bu maddenin alt bentlerinde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları, maddenin ikinci fıkrasının 13-b bendinde; esnaf muafılığından yararlananlara mal ve hizmet alımları karşılığında yapılacak ödemeler üzerinden hurda mal alımları için %2 oranında gelir vergisi kesintisi yapılması gerektiği (12/01/2009 tarih ve 2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca), 107. maddesinin birinci fıkrasının 3. bendinde; verginin tevkif suretiyle alınması halinde mükellef hesabına tevkifat yapmaya mecbur olanların tarhiyata muhatap olacağı, kurala bağlanmıştır.

III. HURDA SEKTÖRÜNDE KARŞILAŞILAN GELİR VERGİSİ TEVKİFATI PROBLEMİ

Vergi kanunlarımızda yukarıda belirtildiği şekilde düzenlenen hurdacılık faaliyeti, sokak toplayıcılarının gider makbuzu düzenlenerek vergiye tabi kazançlarının kayıt içine alınmasını önlemek için kişisel bilgilerini vermekten kaçınması ve bu kişilerden mal alan toptancıların toplayıcılar adına gider pusulası düzenleyememesi nedeniyle, her iki taraf açısından ticari faaliyet kayıt dışına itilebilmektedir.

Vergi mevzuatımızda sokak toplayıcıları küçük esnaf olarak değerlendirilerek gelir vergisinden muaf tutulmak suretiyle desteklenmiştir. Ancak GVK'nın 9. maddesi son fıkrasında gelir vergisinin tevkifat yoluyla (stopaj) kesilmesinin muafiyet kapsamında olmadığı hüküm altına alınmıştır. GVK'nın 94. maddesi uyarınca küçük esnafa hurdacılık faaliyeti nedeniyle yapılacak ödemelerden %2 oranında tevkifat yapılması gerektiği belirtilmektedir. Sokak toplayıcılarına gelir vergisi tevkifatı yapmak suretiyle ödeme yapacak olan vergi mükelleflerinin bu ödemelerini "gider makbuzu" ile belgeleyerek, yaptıkları tevkifatı muhtasar beyanname ile vergi idaresine bildirmeleri ve ödemeleri gerekmektedir.

Hurda toplayıcılığı ve alım satımı faaliyeti ile iştigal eden gerçek kişi veya firmalar, hurda alımlarını vergiden muaf esnaf kapsamında sayılan ve kendi nam ve hesabına hurda toplayanlardan, bizzat kendine ait hurda eşyasını işyerine getirerek satanlardan yapılabilmekte, aynı zamanda da kendilerine ait traktör, pikap kamyonet vb. araçlarla ile kapı kapı dolaşmak suretiyle evlerden toplayabilmektedirler. Ancak uygulamada söz konusu hurda alımları için vergi tevkifatı yapıp yapılmayacağı, katma değer vergisi hesaplanıp

hesaplanmayacağı, kendileri tarafından kapı kapı dolaşmak suretiyle yapmış oldukları hurda metal alımlarında her alış için gider pusulası düzenlenip düzenlenmeyeceği, gider pusulasına hurda alınan kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarının yazılıp yazılmayacağı, vergiden muaf esnaftan gider pusulası düzenlemek suretiyle yapılan alımlarda miktar olarak bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı vb. vergisel hususlarda ihtilaflar yaşanabilmektedir.

IV. HURDA VE ATIKLARIN VERGİLENDİRİLMESİNDE DANIŞTAY'IN YAKLAŞIMI

Vergi yargısına intikal eden birçok uyuşmazlıkta, hurda toptancısı mükellefler hakkında vergi müfettişleri tarafından gelir vergisi tevkifatı (stopaj) yönünden düzenlenen vergi inceleme raporlarında; bu mükelleflerin mal alışlarını esnaf muafiyetine tabi küçük esnaftan (sokak toplayıcılarından) yaptıkları ancak giderlerini, hakkında sahte fatura düzenleyicisi oldukları yönünden olumsuz tespitler bulunan firmalardan aldıkları “sahte” faturalar ile belgelendirdikleri ve bu yolla küçük esnaftan yaptıkları alışlarda yapmak zorunda oldukları %2 oranındaki tevkifatı vergi dairesine ödemekten kaçındıkları yolunda tespitler yapılarak, raporların sonuç kısmında “sahte” olduğu tespit edilen alış faturaları toplamının %2’si nispetinde resen gelir vergisi (stopaj) tarhiyatı yapılması ve vergi ziyai cezası kesilmesinin önerildiği, bu tarhiyatlara karşı açılan davalarda, ilk derece mahkemelerince Danıştay’ın çeşitli Dairelerince benimsenen farklı görüşlere benzer şekilde bir kısım kararlarda sahte fatura kullanımı yönünden değerlendirme yapılarak sonuca göre tarhiyatın iptaline yahut onanmasına karar verildiği, yine bir kısım kararlarda ise varsayıma dayalı olarak tarhiyat yapıldığı gerekçesiyle iptal kararı verildiği görülmektedir.

Danıştay Vergi Dava Dairelerinin kararları incelendiğinde yapılan tarhiyatlar hakkında iki farklı görüş olduğu göze çarpmaktadır. Bir kısım kararlarda varsayıma dayalı tarhiyat yapılamayacağı yönüdeyken, diğer bir kısım kararlarda alış faturaları açısından sahteci incelemesi yapılarak sonuca göre karar verilmesi görüşüne yer verilmekte, bazı Daire kararlarında oyçokluğu ile alınan kararlara karşı oy kullanılmaktadır. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun oyçokluğu ile aldığı kararlarda; varsayıma dayalı tarhiyat yapılamayacağı yolundaki görüş benimsenmiş, sahte olduğu iddia edilen alış faturaları üzerinde inceleme yapılarak, sonuca göre karar verilmesi yolunda kararlar verilmiştir. Aşağıda Danıştay Vergi Dava Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından son dönemde verilen kararlardan birkaçı yer almaktadır.

A. Danıştay 9. Dairesi'nin 03.05.2017 Günlü, 2017/4448 Sayılı Kararı

1. İstemin Özeti

Davacı adına, bir kısım hurda alışlarının vergiden muaf esnaftan yapıldığı halde gider pusulası düzenlenmeyerek gelir vergisi tevkifatı yapılmadan sahte faturalarla belgelendirildiğinden bahisle düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak ilgili dönemlere tarh edilen gelir (stopaj) vergisi ile kesilen üç kat vergi ziyai cezası ve VUK 353/1. maddesi ile mükerrer 355/4. maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davayı; kısmen kabul eden, kısmen reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 24.11.2011 gün ve E: 2010/1991, K: 2011/2173 sayılı kararının; dilekçelerde ileri sürülen sebeplerle bozulması istenilmektedir.

2. Danıştay'ın Görüşü

VUK 3/B. maddesinde; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu belirtilmiş, 30/1. maddesinde; resen vergi tarhi, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi inceleme yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunması şeklinde tanımlanmış, 134. maddesinde de vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğu ifade edilmiştir.

GVK'nın 107/3. maddesinde; verginin tevkif suretiyle alınması halinde mükellef hesabına tevkifat yapmaya mecbur olanların tarhiyata muhatap olacağı kurala bağlanmış, Vergi Usul Kanunu'nun 11. maddesinde, yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanların verginin tam olarak kesilip ödenmesi ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumlu oldukları; bu sorumluluğun, ödenen vergilerden dolayı asıl mükelleflere rücu etmek hakkını kaldırmayacağı öngörülmüştür. Bu iki düzenleme varsayım yoluyla sorumluluk yaratılmayacağını göstermektedir.

GVK'nın verginin kaynağında kesilmesine ilişkin düzenlemeyi içeren 94. maddesinde de bu amaçla gelir vergisine mahsuben istihkakından vergi tevkif edilecek mükellefler ayrı ayrı belirtilmiştir. Aynı maddenin; 13. fıkrasına göre, esnaf muaflığından yararlananlara mal ve hizmet alımları karşılığında yapılan ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapılması gerektiğinden, (b) bendinde ise 2006/11449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre hurda mal alımları için tevkifat oranının %2 olarak belirlendiği ifade edildiğinden, bu mal ve hizmet alımlarının maddede belirtilen kişilerden yapıldığı somut olarak tespit edilmedikçe, bedellerinden vergi kesme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Gerçek bir emtia hareketine dayanmaksızın düzenlenen faturalarla alınmış görünen hurda emtianın olsa olsa vergiden muaf esnaftan alındığı varsayımıyla vergi sorumluluğu yaratılarak salınan, kimin hesabına tevkif edileceği ve kime rücu edileceği belirlenmeyen gelir (stopaj) vergisi, öngörülüş amacına aykırı olarak sorumlunun patrimuanında kalacaktır.

3. Karar

Gerçeği yansıtmayan faturaları, kayıtlarına aldığı saptananlar hakkında ancak bu durumun kendi yükümlülüklerine etkisine göre işlem yapılması gerekmekte olup GVK'nın 94/13-b. maddesi uyarınca yukarıda açıklanan nedenle ve sorumlu sıfatıyla vergi salınamayacağından vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisi yönünden davayı reddeden vergi mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 24/11/2011 tarih ve E:2010/1991, K:2011/2173 sayılı kararının üç kat vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, davalı idarenin özel usulsüzlük cezalarına ilişkin temyiz isteminin bu gerekçeyle reddine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 03/05/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

B. Danıştay 4. Dairesi'nin 29.09.2017 Günlü, 2017/6475 Sayılı Kararı

1. İstemin Özeti

Atk ve hurda toptan ticareti ile iştigal eden davacı adına, 20XX yılı hesaplarının sahte belge kullanımı yönünden incelenmesi sonucu, düzenlenen vergi tekniği raporu esas alınarak takdir komisyonu kararı uyarınca ilgili dönem için resen tarh edilen üç kat vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Ankara 3. Vergi Mahkemesi'nin 29.04.2013 gün ve E: 2012/2445, K: 2013/795 sayılı kararıyla; gerçek bir mal alış karşılığı düzenlenmediği kabul edilen, davacı şirketin gider yazdığı fatura muhteviyatları hurda metallerin vergi mükelleflerinden değil de vergiden muaf esnaftan (sokak toplayıcılarından) alındığı varsayımı ile somut bir tespit olmadan yapılan cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

2. Danıştay'ın Görüşü

Hurda emtiası, ya bu emtianın gerçekte ticaretini yapan tüccardan ya da vergiden muaf esnaftan alınabilmektedir. Buna göre, davacı şirketçe kayıtlarına alınan faturaları düzenleyen kişi yada şirketler haklarında davalı idare tarafından düzenlediği belirtilen ve dava dosyasında mevcut olmayan

Vergi Tekniği Raporlarında yapıldığı iddia olunan tespitlerden, kişi veya şirketin düzenlediği sahte olduğu varsayılan faturaların, gerçekten yapılan hurda alım ve teslimine dayandığının kabulü mümkün olmadığı gibi, söz konusu hurda tesliminin kendisine sahteci olduğu tespit olunanlarca yapıldığını da kanıtlayamayan yükümlü şirket adına aynı faturalarda gösterilen bedelin de o kişi ya da şirketlere ödendiğinin kabulü olanaksızdır. Faturanın emtia teslimini gerçekleştirilmeyen firmalarca düzenlenmesi durumunda, kayıtlara geçen hurdanın belgesiz emtia teslim eden kişi ya da şirketlerden alınıp, gerçekte faaliyeti tamamıyla fiktif olan şirketlerden temin edilen faturalarla da belgelendirilmesi olasıdır. Şu hâlde, faturasız alınan hurda emtiasının, emtia ticareti yapmaksızın fatura düzenleyen mükelleflerce tanzimli faturalar ile belgelendirilmediğini ispat edemeyen davacının, bu alışlarını vergiden muaf esnaftan yaptığının kabulü de hukuka ve hakkaniyete aykırı olmayacaktır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı hakkında ilgili dönem hesaplarının incelenmesi neticesinde vergi inceleme raporu hazırlandığı, bu rapor uyarınca, davacının piyasadan toplayarak satın aldığı hurdalar için gider pusulası düzenlemediği ve esnaf muafliğından yararlanan hurda alımı yaptığı kişiler adına müstahsil makbuzu düzenlenmediği ve vergi tevkifatı yapmadığı, bunun yerine ilgili alışverişi sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanmak suretiyle belgelendirdiğinin tespit olunduğundan bahisle, sahte olduğu belirtilen faturaların içeriği toplam tutar esas alınarak davacı hakkında gelir (stopaj) vergisi tarhiyatı yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacı şirket hakkında tanzimli inceleme raporunda, davacı şirketin ticaretini yaptığı hurda alımının bir kısmının gerçekte hurda satımı karşılığı düzenlenmeyen faturalarla belgelendirdiği noktada Vergi Tekniği Raporları olduğu görülmektedir. VUK'nun 229. maddesi uyarınca, herhangi bir mal teslimi veya hizmet ifasına dayanmadan tanzim edilen faturalar, bir mal teslimi veya yapılan işin ve bundan dolayı borçlanılan bedeli temsil eden bir ticari belge olarak kabul edilemeyeceği için ticari icaplara aykırı olan böylesi bir durumda, faturaların gerçekten emtia teslimi veya hizmet ifası gerçekleştirenlerce düzenlendiğini kanıtlama yükümlülüğünde VUK'nun 3. maddesi gereği davacı şirkete düşeceği izahattan varestedir.

Şu halde, davacının kullandığı faturaların sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğunun tespiti halinde, bu faturaları vergiden muaf esnaftan yaptığı alışverişi gizlemek maksadıyla kullandığının da kabulü gerekeceği, ilgili alışverişin sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanarak gizlendiğinin tespitiyle birlikte, alışverişin vergiden muaf esnaftan yapılmadığına ilişkin iddianın ispat yükü davacıya ait olacağı göz önünde bulundurularak, davacının faturalarını hesaplarına intikal ettirerek faturalarını kullandığı, sahte belge düzenlediği belirtilen mükellefler hakkında yapılan tespitlerin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken hakkında

eleştiri getirilen mükelleflere ilişkin değerlendirme yapılmaksızın verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

3. Karar

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen gündünden itibaren onbeş (15) gün içinde Danıştay'da kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere 28/09/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

4. Karşı Oy

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.

C. Danıştay 4. Dairesi'nin 30.10.2017 Günlü, 2017/7185 Sayılı Kararı

1. İstemin Özeti

“Hurda metal alım satım faaliyetinde bulunan davacının 20XX yılı işlemlerinin sahte fatura kullanımı nedeniyle incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca 20XX/1 ila 12. dönemleri için tarh edilen gelir (stopaj) vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezası ve özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 9. Vergi Mahkemesi'nin 27.12.2012 gün ve E: 2012/341, K: 2012/3640 sayılı kararıyla; davacının sahte olduğu ileri sürülen faturalarla belgelendirdiği hurda alışlarını vergiden muaf esnaftan yaptığı yolunda somut bir tespit bulunmadığından, varsayıma dayanılarak sorumlu sıfatıyla davacı adına yapılan cezalı tarhiyatta ve kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.”

2. Danıştay'ın Görüşü

Dosyanın incelenmesinden, davacının sahte olduğu ileri sürülen faturalarla belgelendirdiği hurda alışlarını vergiden muaf esnaftan yaptığı ileri sürülerek düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca bu husus re'sen tarh nedeni olarak kabul edilip davacı adına cezalı tarhiyatın yapıldığı ancak Mahkemece sahte fatura kullanımı yönünden yasadaki öngörülen re'sen tarh nedeninin olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda Vergi Mahkemesince öncelikle sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı nitelikte olduğu ileri sürülen faturaların gerçek bir ticari ilişkiye dayanıp dayanmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak bu yöndeki bir incelemenin ardından re'sen tarhiyat nedeninin gerçekleşmiş olması halinde, vergi matrahının tespitine ilişkin yöntemin hukuka uygunluğunun değerlendirmesi yapılabileceği halde, bu yönde bir değerlendirme yapılmadan, davacının hurda alışlarını vergiden muaf esnaftan yaptığı yolunda somut bir tespit bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu tarhiyatın kaldırılmasına karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

3. Karar

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanununun 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş (15) gün içinde Danıştay'da kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere 30/10/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

4. Karşı Oy

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddiyle Mahkeme kararının onanması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

D. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 22.11.2017 Günlü, 2017/326 Sayılı Kararı

1. İstemin Özeti

Hurda alım satım faaliyetinde bulunan davacı adına, esnaf muaflığından yararlananlardan yaptığı alımların bir kısmını, GVK md. 94'de öngörülen tevkifattan kaçınmak amacıyla XX Limited Şirketine ait gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarla belgelendirdiği yolunda düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca ilgili dönemler için salınan üç kat vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisinin kaldırılması istemiyle dava açılmıştır.

İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 28.3.2014 gün ve E: 2013/804, K:2014/877 sayılı kararıyla; gerek vergi inceleme raporunda, gerekse savunma dilekçesi ve eklerinde davacının sahte fatura içeriği emtiayı esnaf muaflığından yararlanan kişilerden aldığı yönünde herhangi bir tespit bulunmaksızın, sahte fatura içeriği emtianın esnaf muaflığından yararlanan kişilerden alındığının kabulüyle yapılan dava konusu vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisi tarhiyatında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmıştır.

Davalı idarenin temyiz istemini inceleyen Danıştay 4. Dairesi, 6.4.2015 gün ve E:2014/8472, K:2015/1531 sayılı kararıyla; temyiz istemini reddetmiş ise de karar düzeltme istemini kabul ederek önceki kararını kaldırdıktan sonra temyiz istemini yeniden inceleyerek verdiği 16.6.2016 gün ve E: 2015/9064, K: 2016/3152 sayılı kararıyla; davacının vergilendirme döneminde sahte fatura düzenlediği tespit edilen mükelleften aldığı faturaları kayıtlarına dahil ettiğinde ihtilaf bulunmadığı, herhangi bir emtia teslimi olmaksızın düzenlenen faturalar, gerçekten yapılmış bir emtia tesliminin belgesi olarak kabul edilemeyeceğinden kayıtlarda görülen emtia alışının ya başka bir tacirden faturasız yapılması ya da emtianın esnaf muafliğından yararlananlardan alınmasının olası olduğu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesindeki kanıt yüküne ilişkin düzenleme karşısında, sahte faturalarla işletmeye girişinin yapıldığı tespit edilen emtianın, gerçekte esnaf muafliğından yararlananlardan yapıldığının kabulünde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 16.12.2016 gün ve E: 2016/2740, K: 2016/2675 sayılı kararıyla; aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle ilk kararında ısrar etmiştir. Davalı idare tarafından; emtia alımlarını sahte fatura ile belgelendirdiği tespit edilen davacı adına yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek, ısrar kararının bozulması istenmiştir.

2. Danıştay'ın Görüşü

Vergilendirme, gerçek bir emtia teslimi yapılmaksızın düzenlenen faturalarla belgelendirilen hurda alımlarının aslında esnaf muafliğından faydalananlardan yapıldığı iddiasına dayanmaktadır. Davacının vergilendirme döneminde kayıtlarına intikal ettirdiği XX Limited Şirketine ait faturaların sahte olduğu konusunda vergi mahkemesi ve temyiz merciince verilen kararlar aynı doğrultuda olup ısrar hükmü, alınan emtianın esnaf muafliğından yararlananlardan alınıp alınmadığı ve bu konudaki kanıt yükünün kime düştüğü ile ilgilidir.

Herhangi bir emtia teslimi ya da hizmet ifasına dayanmadığı vergi idaresince ispatlanan söz konusu faturaların, gerçekten emtia teslimi ya da yapılan bir iş nedeniyle düzenlendiğini veya esnaf muafliğından yararlanmayan başka bir mükelleften alındığını kanıtlama yükü, 213 sayılı Kanunun 3. maddesindeki düzenlemelerden dolayı vergi yükümlülerine düşmektedir.

Sahte faturayla belgelendirilen hurdanın işletmeye girmediği konusunda eleştirilmeyen davacının bu alışlarını başka bir tacirden faturasız yapması ya da emtiayı esnaf muafliğından yararlananlardan alması olasıdır. Yukarıda yer verilen kanıt yüküne ilişkin düzenleme karşısında, başka bir tacirden faturasız alınan emtianın, sahte faturalarla belgelendirildiği yönünde bir iddiası bulunmayan davacının, sözü edilen hurda alışlarını esnaf muafliğından

yararlananlardan yaptığının kabulü gerektiğinden, 193 sayılı Kanununun 94. maddesinin 13. bendi uyarınca tevkifata tabi olan bu alışlar dolayısıyla, tevkifat yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacı adına yapılan cezalı tarhiyatın yazılı gerekçeyle kaldırılması yolunda verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

3. Karar

Temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 1. Vergi Mahkemesinin 16.12.2016 gün ve E: 2016/2740, K: 2016/2675 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, kararın tebliğ tarihini izleyen on beş (15) gün içinde Danıştay nezdinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 22.11.2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

4. Karşı Oy

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında vergi mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

V. SONUÇ

GVK'nın 9. maddesinin birinci fıkrasının 7 numaralı bendinde; ticari işletmelere ait atıkları mutad olarak veya belli aralıklarla satın alanlar hariç olmak üzere, bir işyeri açmaksızın kendi nam ve hesabına münhasıran kapı kapı dolaşmak suretiyle her türlü hurda maddeyi toplayarak veya satın alarak bu malların ticaretini yapanlara veya tekrar işleyenlere satanların gelir vergisinden muaf olacakları hükme bağlanmıştır.

Hurda alımının, esnaf muafılığı kapsamında bulunan ve kendi nam ve hesabına münhasıran kapı kapı dolaşmak suretiyle hurda toplayanlardan yapılması halinde, bu kişilere yapılacak ödemeler üzerinden %2 oranında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir. Ancak, söz konusu mal veya hizmet alımlarının esnaf muafılığından faydalananlar dışında kalan diğer kişilerden, başka bir ifade ile kendine ait hurda eşyasını, hurda alımı yapanların işyerine getirerek satan nihai tüketicilerden yapılması durumunda ise gelir vergisi tevkifatı yapılmayacaktır.

GVK'ya göre vergiden muaf esnaf tarafından yapılan hurda metal teslimleri Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4 a maddesi uyarınca katma değer vergisinden istisnadır. Vergi mükellefi olmayan kişilerden satmak üzere satın alınan hurdalar için yukarıda belirtildiği şekilde gider pusulası düzenlenmesi ve bu gider pusulasının hurdayı satan kişiye imzalatılarak bir nüshasının hurdayı satan kişiye verilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, gider pusulasının hurda alımının yapıldığı anda düzenlenmesi mecburi olup, toplu olarak düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere, vergi mükellefi olmayan kişilerden veya vergiden muaf esnaftan yapılan mal ve hizmet alımlarında gider pusulası düzenlenmesi gerekmekte olup düzenlenecek gider pusulalarında yer alacak bedele ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Gerçek ve tüzel kişi vergi mükelleflerinin bir kısmı tarafından zaman zaman ödenecek vergiyi azaltmak, stok miktarını düzeltmek yahut farklı saiklerle niteliği itibariyle yanıltıcı belge (sahte fatura) kullanılmaktadır. Sahte faturanın tedariki açısından bir piyasanın var olduğu ve bu piyasada ödenecek komisyonun bedelinin dahi “sahte fatura piyasasında” belli edilmiş olduğu maalesef bilinen bir gerçektir. Danıştay’ca sahte fatura komisyonculuğundan elde edilen komisyon bedeli sahte fatura bedelinin %2’i olarak tespit edilmiş ve bu oran genel kabul görmüştür.¹⁸ Hurda toptancıları açısından yapılan vergi incelemelerinde; toptancı mükelleflerin ifadelerinde ve vergi mahkemelerine intikal eden dava dilekçelerinde ağırlıklı olarak incelemeye konu mal alışlarının gerçek olduğu, faturaların sahte olmadığı yönünde savunma yapılmaktadır. Buna rağmen vergi yargısına intikal eden uyuşmazlıklarda tarhiyatın dayanağı olarak; toptancıların sahte fatura ile belgelendirdikleri ve bu sayede hurda toplayıcılarından %2 oranında tevkifat yapmaktan kaçındıkları ya da yaptıkları tevkifatı beyan etmeyerek vergi kaçırmaları gösterilmektedir.

Hurda alışlarının vergiden muaf esnaftan yapıldığı halde gider pusulası düzenlenmeyerek gelir vergisi tevkifatı yapılmadan sahte faturalarla belgelendirildiğinden bahisle düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak tarh edilen gelir (stopaj) vergisi ve özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle açılan ve temyiz edilen davalarda Danıştay 4. Daire ve 9. Dairenin görüşleri farklıdır.

Danıştay 4. Daire;

- Davacı şirketçe kayıtlarına alınan faturaları düzenleyen kişi ya da şirketler haklarında davalı idare tarafından düzenlediği belirtilen ve dava dosyasında mevcut olmayan Vergi Tekniği Raporlarında yapıldığı iddia olunan tespitlerden, kişi veya şirketin düzenlediği sahte olduğu varsayılan faturaların, gerçekten yapılan hurda alım ve teslimine dayandığının kabulü mümkün olmadığı
- Söz konusu hurda tesliminin kendisine sahteci olduğu tespit olunanlarca yapıldığını da kanıtlanamadığı,

¹⁸ Danıştay 3. Daire’nin 26.1.1994 gün, 1992/983 E., 1994/179 sayılı kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 27.10.2000 tarih, 2000/176 E., 2000/350 sayılı kararı emsal olarak gösterilebilir.

- Yükümlü şirket adına aynı faturalarda gösterilen bedelin de o kişi ya da şirketlere ödendiğinin ispat edilemediği.
- Dava/inceleme konusu faturaların gerçekten emtia teslimi veya hizmet ifası gerçekleştirenlerce düzenlendiğini kanıtlama yükümlülüğünün VUK'nun 3. maddesi gereği davacı şirkete düşeceği,
- Davacının kullandığı faturaların sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğunun tespiti halinde, bu faturaları vergiden muaf esnaftan yaptığı alışverişi gizlemek amacıyla kullandığının da kabulü gerekeceği,
- İlgili alışverişin sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanarak gizlendiğinin tespitiyle birlikte, alışverişin vergiden muaf esnaftan yapılmadığına ilişkin iddianın ispat yükü davacıya ait olacağı,
- Sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı nitelikte olduğu ileri sürülen faturaların gerçek bir ticari ilişkiye dayanıp dayanmadığı hususunun açıklığa kavuşturulmasının ardından (re'sen tarhiyat nedeninin gerçekleşmiş olması halinde) vergi matrahının tespitine ilişkin yöntemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmemesi,

gerekçeleri ile kararları mükellef aleyhine bozarken;

Danıştay 9. Daire;

- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 107/3. ve Vergi Usul Kanunu'nun 11. maddelerinde ki düzenlemeler ile varsayım yoluyla sorumluluk yaratılmayacağını,
- Gelir Vergisi Kanunu'nun, 94/13. fıkrasına göre, esnaf muaflığından yararlananlara mal ve hizmet alımları karşılığında yapılan ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapılması gerektiğinden, (b) bendinde ise 2006/11449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre hurda mal alımları için tevkifat oranının %2 olarak belirlendiği ifade edildiğinden, bu mal ve hizmet alımlarının maddede belirtilen kişilerden yapıldığı somut olarak tespit edilmedikçe, bedellerinden vergi kesme zorunluluğu bulunmadığı,
- Gerçek bir emtia hareketine dayanmaksızın düzenlenen faturalarla alınmış görünen hurda emtianın olsa olsa vergiden muaf esnaftan alındığı varsayımıyla vergi sorumluluğu yaratılarak salınan, kimin hesabına tevkif edileceği ve kime rücu edileceği belirlenmeyen gelir (stopaj) vergisi, öngörülüş amacına aykırı olarak sorumlunun patrimuanında kalacağı,

gerekçeleri ile mükellef lehine karar vermiştir.

Danıştay 4. ve 9. Daire arasındaki temel ayrılık ise sahte faturalar konusu alınan emtianın esnaf muafılığından yararlananlardan alınıp alınmadığı ve bu konudaki kanıt yükünün kime düştüğü ile ilgilidir. Ve herhangi bir emtia teslimi ya da hizmet ifasına dayanmadığı vergi idaresince ispatlanan söz konusu faturaların, gerçekten emtia teslimi ya da yapılan bir iş nedeniyle düzenlendiğini veya esnaf muafılığından yararlanmayan başka bir mükelleften alındığını kanıtlama yükü, 213 sayılı Kanunun 3. maddesindeki düzenlemelerden dolayı vergi yükümlülerine düşmektedir.

Zira Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu ise bu konuda;

- Sahte faturayla belgelendirilen hurdanın işletmeye girmediği konusunda eleştirilmeyen davacının bu alışlarını başka bir tacirden faturasız yapması ya da emtiayı esnaf muafılığından yararlananlardan alması olasıdır. Yukarıda yer verilen kanıt yüküne ilişkin düzenleme karşısında, başka bir tacirden faturasız alınan emtianın, sahte faturalarla belgelendirildiği yönünde bir iddiası bulunmayan davacının, sözü edilen hurda alışlarını esnaf muafılığından yararlananlardan yaptığının kabulü gerektiği,

şeklinde karar vermiştir.

Hurda toptancılarının alımlarını diğer toptancılardan, bizzat elindeki eşyası hurdaya çıkmış nihai tüketiciden ya da küçük esnaf muafiyetinden faydalanan sokak toplayıcılarından satın alması olasıdır. Vergi İdaresi tarafından yapılacak incelemede sahte fatura kullanımı tespit edilmesi halinde yapılacak tarhiyatın Danıştay incelemesine de elverişli şekilde somut gerekçelerinin ortaya konulması gerekmektedir. Vergi yargısına intikal eden birçok olayda görüldüğü gibi komisyon bedeli ödenerek sahte fatura düzenleyicisinden temin edilen faturanın %2 oranındaki tevkifattan kurtulmak amacıyla alındığına ilişkin ön kabul ve buna bağlı olarak sahte fatura bedelleri üzerinden re'sen tarh edilen %2 oranındaki gelir vergisi tevkifatı (stopaj) kimi zaman meydana gelen hukuki olayla bağdaşmayabilecektir. Bu durumda denetim yönünden kamu gücüne sahip vergi idaresi tarafından tüm unsurlarıyla birlikte (esnaf muafiyetinden faydalanan hangi sokak toplayıcısından hurda alımı yapıldığı, bu şekilde alınan hurdanın toplam emtia alımının ne kadarını oluşturduğu gibi) somut olarak tespit edilmemiş vergiyi doğuran olayın aksini ispat yükümlülüğü vergi mükellefine yükletilmiştir. Vergi mükellefine yükletilen bu yükümlülüğün hakkaniyete uygun olup olmadığı ise tartışılmaya devam edilecektir.

Tarafımızca yapılan değerlendirmede, sokak toplayıcılarına yapılan ödemedeki tevkifat yoluyla kesilerek vergi idaresine ödenmesi gereken gelir vergisi stopajının re'sen tarhiyat ve vergisel uyumsuzluklara konu olmasının ana nedeninin, esnaf muafiyetinden faydalanarak mükellefiyet tesis ettirmeyen

sokak toplayıcılarının bu muafiyetten faydalanmaya devam etmek amacıyla yıllık ciro sınırının altında kalmaya devam etmek istemeleridir.

Hurda toptancılarının sahte fatura kullanımında emtia girişi/stok miktarını düzeltmek, hesaplanacak gelir/kurumlar vergisi miktarını düşürmek gibi saiklerle hareket ettiği, bununla birlikte bazı durumlarda mükellefiyet tesisi ve gelir vergisinden muaf durumdaki hurda toptancıları adına düzenlenmesinde zorluk yaşanan gider makbuzu nedeniyle kayıt altına alınamayan alışların bu yolla belgelendirilmesi amaçlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak %2 oranındaki tevkifattan kaçınmak amacıyla ayrıca komisyon bedeli verilerek piyasadan sahte fatura temin edilmesi görünmemektedir. Zira %2 civarında olduğu Danıştay'ca da kabul edilen komisyon bedelinin ödendikten ve tüm ceza ve vergisel riskler üstlenildikten sonra %2 oranındaki tevkifattan tasarruf edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca; geri dönüşüm ve geri kazanım uygulamalarını tamamen kavrayan bir vergi sistemimiz olduğunu söyleyemeyiz. Vergi mevzuatımız daha çok satılan malın iadesi ile hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilememesi gibi hallerde yapılması gerekenleri düzenlemektedir. Kıymeti düşen malların değerlendirilmesi ve hurda atıkların teslimi ile ilgili düzenlemeler de olmakla birlikte sektörün ihtiyacını karşılamaktan uzaktır.¹⁹

Çalışır durumda olan ancak artık kullanılmak istenilmeyen elektronik cihazların tüketiciler tarafından bedeli mukabili geri toplamayı gerçekleştiren firmaya tesliminde, teslimi yapan kişinin mükellefiyeti varsa Katma Değer Vergili fatura düzenlenmesi ve teslim bedelinin ticari gelir olarak dikkate alınması gerekmektedir. Mükellef olmayan gerçek kişiler tarafından yapılan teslimlerin gider pusulası ile belgelendirilmesine cevaz verilmektedir. Ticari organizasyon içerisinde devamlı olarak gerçekleştirilmemesi koşuluyla elde edilen kazanç arızı ticari kazanç niteliğinde olacaktır. 2018 yılı için 27.000 TL'ye kadar olan arızı ticari kazançlar gelir vergisinden istisnadır. Arızı şekilde yapılan satışlar KDV'ye tabi olmayacaktır. Süreklilik arz eden ve satıcılara tacir sıfatını kazandıracak boyuttaki satışlar ise KDV'ye tabi olacak ayrıca mükellefiyet tesis edilmesi gerekecektir.

Çalışır durumda olmayan hurda ürünler ile atıkların teslimi KDV Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca KDV'den istisnadır. KDV Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, vergiden istisna edilen malların alış vesikalarında gösterilen Katma Değer Vergisi indirim konusu yapılamamaktadır. Vergi idaresinin yorumu, düzeltme konu Katma Değer Vergisi tutarının hurda teslimi karşılığı alınan bedele isabet eden Katma Değer Vergisi tutarı değil, hurdaya çıkan ürünün

¹⁹ <http://onurelele.blogspot.com.tr/2014/07/geri-donusum-ve-geri-kazanm.html>, Erişim Tarihi, (01.02.2018).

alımı sırasında ödenen Katma Değer Vergisi tutarı olduğu yönündedir. Bu durum sistemi işlemez hale getirmektedir. Şöyle ki, 100.000 TL alış bedeli olan malın hurda olarak 100 TL'ye satılması durumunda 18.000 TL Katma Değer Vergisi düzeltilmesi yapılması gerektiği iddia edilmektedir. Ekonomik açıdan uygulama imkânı olmayan bu yaklaşım dolayısıyla birçok mükellef hurda satışlarında istisna uygulamasından vazgeçmektedir. Ancak hurda işi yapan firmalar da ayrıca Katma Değer Vergisi bedeli ödemeye yanaşmadıkları için uzlaşma sağlanamamakta, pek çok hurda satışı kayıt dışına kaymaktadır.

Ulusal Geri Dönüşüm Eylem Planı çerçevesinde düzenlemeler yapılırken, bu konunun da yeniden ele alınması ve hurda teslimlerinde Katma Değer Vergisi düzeltilmesinin sadece hurda teslim bedeline isabet eden kısım üzerinden (örnek olay için 18 TL) yapılacağı belirtilmesi, amortisman tabii olan ve süresi içerisinde amorti edilerek ekonomik faydasını tamamlayan ürünlerde ise Katma Değer Vergisi düzeltilmesine gerek olmadığı belirtilmesi, hurda sektörünün kayıt içine alınmasında önemli bir kazanım sağlayacaktır.

Vergi Usul Kanunu uyarınca, yangın, deprem ve su basması gibi afetler yüzünden veya bozulma, çürüme, kırılma, çatlama, paslanma sonucu iktisadi kıymetlerinde önemli bir azalış gerçekleşen emtia emsal bedeli ile değerlendirilmekte, aradaki fark gider yazılabilmektedir. Ancak emsal bedel değerlemesi sadece takdir komisyonları marifetiyle yapılabilmekte, takdir komisyonları efektif çalışmadığı için uygulamada bu düzenlemeden gereği gibi istifade edilememektedir.

Aylar süren tespit çalışmaları yüzünden, ekonomiye yeniden kazanımı mümkün pek çok ürün süreç içerisinde tamamen kullanılamaz duruma gelmektedir. Takdir komisyonlarının kadro durumları itibarıyla mevcut talebe cevap veremediği ayrıca takdir komisyonu yetkililerinin her konuda uzman olmalarının mümkün olmadığı göz önünde bulundurularak, alternatif kurumlara da (değerleme şirketleri, YMM'ler, meslek örgütleri, vb.) değer tespit yetkisi verilmelidir. Bu durumda, kıymet düşüklükleri kısa zamanda tespit edilerek kayıtlar olması gereken duruma getirilebilecek, halen ekonomik değer taşıyan ürünler vakit geçirmeden yeniden satışa veya geri dönüşüme sokulabilecektir.

Vergi sistemimiz hurda ve atıkların ancak bedeli mukabili satılabileceği düşünülerek dizayn edilmiştir. Kent içi geri toplama alanlarına bedelsiz teslim, zararlı atıkların bedelsiz ya da ancak ilave bedel ödeyerek geri dönüşüm şirketlerine teslimi mevzuatta öngörülmemiştir. Dolayısıyla birçok firma bu tür durumları kayıtlarında göstermekte zorlanmaktadır.

Emsal bedel değerlemesi bir şekilde yapılarak kayıtları yenilenen malların belli bir bedelin (örneğin 100 TL) altında ise doğrudan gider yazılarak ve

belge düzenleme gereği olmadan geri toplama alanlarına terki yönünde bir düzenleme yapılması Ulusal Geri Dönüşüm Eylem Planı kapsamına alınabilir. Geri dönüşümü ulusal eylem planı çerçevesinde ele alan idarenin, mükelleflerin 100 TL altı değere sahip ürünlerin kayıt dışı satış geliri ile ilgilenmeyecek ölçüde çevre bilincine sahip olacağına inanması gerekir. Aynı kapsamda, üzerine bedel ödenerek yapılan teslimlerde, ödenen tutarın gider yazılabileceği tartışmalı olmamakla birlikte, teslim edilen ürünlerin kayıtlı emsal bedellerinin de gider olarak dikkate alınabileceği yönünde bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 06.01.1961, s:10700,

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 02.11.1984, s:18563,

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 21.06.2006, s:26205,

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 10.01.1961, s:10703,

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 2014/6058 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 09.05.2014, s:28995,

T.C. Başbakanlık Resmi Gazete, 67 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği, 15.04.1998, s:23314,

2014/23 ve 2014/3 sayılı Ürün Güvenliği ve Denetimi Tebliği

AYDIN, Murat; DENİZ, Kendal. "Atık Yönetiminde Vergi Politikasının Rolü: Türkiye Değerlendirmesi", Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yönetim Bilimleri Dergisi; Çanakkale Vol. 15, Iss. 30, 2017,

HARON, Sharifah A.; PALM L.; YAHAYA N. "Towards Sustainable Consumption: An Examination of Environmental Knowledge Among Malaysians", **International Journal Of Consumer Studies**, c.29, 2005, S. 5,

GENÇYÜREK, Levent; GÜRBOĞA, Erkan, "Hurda Sektörünün Vergisel Boyutu", **Yaklaşım Dergisi**, Aralık 2003, S. 5,

MASSOUD, May; MERHEBİ, Faouk, "Guide to Municipal Solid Waste Management", **American University of Beirut (AUB)**, Published by the American University of Beirut-Nature Conservation Center, Lebanon 2016,

ŞİMŞEK, V. Arif; TOLU, Abdullah, "Katma Değer Vergisinde İndirim", **Yaklaşım Yayınları**

TÜDAM, **Geri Dönüşüm Teşvik Raporu 2016**, Değerlendirilebilir Atık Malzemeler Sanayicileri Derneği,

WOLFGANG, Pfaff S., "Abfallwirtschaft: Jobs, Ressourcen", **Umwelt, Klima und Gesundheitsschutz**, KfW-Positionspapier, 2012,

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

<http://cevreonline.com/hurda-atik/>, Erişim Tarihi, 01.01.2018,

<http://tudam.org.tr/TudamGeriDonusumSektoruTessvikCal%C4%B1smas%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi, 15.03.2018,

<http://onurelele.blogspot.com.tr/2014/07/geri-donusum-ve-geri-kazanm.html>, Erişim Tarihi, (01.02.2018),

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/193/m1-40.htm>, Erişim Tarihi, (01.03.2018),

https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/arama?p=RFLgwolLvo4dvg7DPvkQj095fazBfXbj6AmcP3IceTImzjcxZw7LYIDC1A_tGCjO, Erişim Tarihi, (01.03.2018),

EMSAL KARARLAR

Ankara 3. Vergi Mahkemesi 29.04.2013 gün ve E: 2012/2445, 2013/795 sayılı Kararı

İstanbul 1. Vergi Mahkemesi 28.03.2014 gün ve E: 2013/804, 2014/877 sayılı Kararı

İstanbul 1. Vergi Mahkemesi 16.12.2016 gün ve E: 2016/2740, 2016/2675 sayılı Kararı

İstanbul 9. Vergi Mahkemesi 27.12.2012 gün ve E: 2012/341, 2012/3640 sayılı kararı

İzmir 1. Vergi Mahkemesi 24.11.2011 gün ve E: 2010/1991, 2011/2173 sayılı kararı

Danıştay 4. Dairesi 06.04.2015 günlü, 2015/1531 sayılı Kararı

Danıştay 4. Dairesi 16.06.2016 günlü, 2016/3152 sayılı Kararı

Danıştay 4. Dairesi 29.09.2017 günlü, 2017/6475 sayılı Kararı

Danıştay 4. Dairesi 30.10.2017 günlü, 2017/7185 sayılı Kararı

Danıştay 9. Dairesi 03.05.2017 günlü, 2017/4448 sayılı Kararı

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 22.11.2017 günlü, 2017/326 sayılı Kararı

ULUSLARARASI BİR İNSAN HAKLARI BELGESİ OLARAK ARAP İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Arab Human Rights Convention as an International Human Rights Document

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST¹

Geliş Tarihi: 10.04.2018 Kabul Tarihi: 02.05.2018

ÖZET

Bölgesel insan hakları sözleşmeleri, bölge halkının özellikleri ile evrensel insan hakları standartlarını birleştirmek bakımından özel bir öneme sahiptir. Arap İnsan Hakları Sözleşmesi de, Arap ülkelerinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde bölgesel koruma açısından önemli bir uluslararası belgedir. Aslında, Arap devletleri uzun bir süre dünyadaki insan hakları alanındaki gelişmelerle ilgilenmemiştir. Arap Devletleri Birliği 1945'te siyasi, kültürel ve ekonomik anlaşmazlıkları çözmek, ilişkileri güçlendirmek ve koordine etmek için kurulmasına rağmen Arap İnsan Hakları Sözleşmesi, ancak 23 Mayıs 2004'te kabul edilebilmiş ve 15 Mart 2008'de yürürlüğe girmiştir. Önsözündeki temenni ve kabuller ile Sözleşme'de yer alan hakların çoğunluğu, Arap dünyasında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından önemli bir ilerleme olarak kabul edilmiştir. Ancak Sözleşme, bazı konularda temel uluslararası insan hakları standartları ile olan uyumsuzluğu ve madde metinleri arasında bulunan bazı çelişkili ifadeler sebebiyle eleştirilmektedir. Bu nedenle, en temel insan hakları ihlalleri ve ulusal veya uluslararası çatışmaların yaşandığı Arap dünyasında bölgesel bir uluslararası insan hakları belgesinin varlığı önemlidir. Bu doğrultuda işbu çalışmanın amacı da, Arap İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel özelliklerini ve insan hakları alanında uluslararası ve bölgesel düzeyde oynayabileceği potansiyel rolünü ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Arap ülkeleri, insan hakları, Bölgesel insan hakları sözleşmeleri, Uluslararası hukuk

ABSTRACT

The regional human rights conventions has a special importance to combine the characteristics of the people of the region with universal human rights standards. The Arab Convention on Human Rights is also an important international document in this regard in terms of regional protection in the protection and development of human rights in Arab countries. In fact, the Arab states have not been interested in developments of human rights in the world for a long period of time. Although The League of Arab States was established in 1945 to resolve disputes political, cultural and economic, strengthen relations and co-ordinate but The Arab Human Rights Convention was adopted on 23 May 2004 and entered into force on 15 March 2008. Wishes and acceptances in the preamble and the majority of the rights contained in the Convention have been recognized as significant progress in the protection and development of human rights in the Arab world. However, the Convention is criticized in some subjects for its incompatibility with key international human rights standards and for some conflicting statements between the texts of the articles. For this reason the presence of an regional international human rights document is important in the Arab world where the most fundamental human rights violations and national or international conflicts are experienced. The aim of this work in this direction is to demonstrate the basic characteristics of the Arab Human Rights Convention and its potential role in the field of human rights at the international and regional level.

Keywords: Arab countries, Human rights, Regional human rights conventions, International law

¹ Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, suleyman.dost@hotmail.com

1. Giriş

Daha az sayıda ve daha homojen özellikler taşıyan devletler tarafından yapılan bölgesel nitelikli insan hakları sözleşmeleri insan haklarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunma konusunda önemli bir yere sahiptir². Bu sözleşmelerin kurduğu sistemler, uluslararası ve ulusal düzeyler arasında yer alan mekanizmalar olarak, her ikisinden de hem etkilenmek hem de çekmek açısından etkili bir konumdadır. Bu bağlamda işbu sözleşmeler, evrensel insan hakları kural ve ilkeleri ile söz konusu bölgenin sosyal ve kültürel özelliklerine duyarlılığı birleştirme kapasitesine sahiptirler. Avrupa, Afrika, Amerika ve Asya'daki bölgesel insan hakları sözleşmeleri ve koruma mekanizmaları hep bu amaca hizmet etmektedir. Bu kapsamda Arap dünyası için de uygulanabilir bir insan hakları belgesi, insan haklarının geliştirilmesi, ihlal halinde hesap verebilirlik ve bölge halkının adalete erişiminin artırılması için umut vaat etmektedir³.

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden 2004 tarihli Arap İnsan Hakları Sözleşmesi (AriHS), başlığında bir halkın adını taşısa da içerik açısından bakıldığında bölgesel nitelikli bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere her ne kadar hazırlanması ve yürürlüğe girmesi diğer bölgesel nitelikli sözleşmelere göre oldukça uzun ve geç olsa da Sözleşme'nin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından bölge halkı için önemi yadsınamaz. Özellikle silahlı çatışmaların ve yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı bölgede uluslararası nitelikli bir insan hakları belgesinin varlığı son derece önemlidir.

Bu çalışmada öncelikle AriHS'de güvence altına alınmış haklara kısaca değinildikten sonra, sırasıyla Sözleşme'nin bölge halkına ve insan hakları hukukuna katkısı, Sözleşme'nin uluslararası insan hakları ile uyumlu yönleri ve nihayet eleştirilen konuları ele alınacaktır. AriHS'nde düzenlenen haklar, yeri geldikçe özellikle Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁴ (KSHS), Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁵ (ESKHS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶ (AİHS)'nin ilgili hükümleri ile karşılaştırılacaktır. Konunun gerektirdiği ölçüde diğer bazı bölgesel veya özel konulu sözleşmelerin ilgili maddeleri ile de karşılaştırma yapılacaktır.

² Donnelly, Jack, *International Human Rights*, Westview Press, 2007, s. 95.

³ Mattar, Mohamed Y., "Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards", *Harvard Human Rights Journal*, V.26, 2013, (pp.91-147), s. 91.; Bölgesel insan hakları sistemlerinin önemi hakkında ayrıca bakınız: Epps, Valerie, *International Law*, Carolina Academic Press, (Fourth Edition), 2009, s. 312.

⁴ KSHS, 16 Aralık 1966'da kabul edilmiş, 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir.

⁵ ESKHS, 16 Aralık 1966'da kabul edilmiş, 3 Ocak 1976'da yürürlüğe girmiştir.

⁶ AİHS, 4 Kasım 1950'de kabul edilmiş, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir.

Takdir edilmelidir ki bu çalışmanın amacı, ArİHS’de güvence altına alınmış hakları genel olarak ele almak ve evrensel insan hakları sözleşmeleri ile karşılaştırmaktır. Aslında her bir hak ayrı bir makalenin konusunu teşkil edecek kadar geniştir. Çalışmada hem ArİHS’ye genel olarak bakılmış hem de başlıca kaynaklara dikkat çekilmiştir.

2. Başarısız Bir Girişim: 1994 Arap İnsan Hakları Sözleşmesi (ArİHS)

Arap devletleri, uzun süre insan hakları alanında dünyada yaşanan gelişmelerle ilgilenmemişlerdir. Bu durumun en önemli sebeplerinden birisi, pek çok insan hakkının İslam’da zaten güvence altına alındığı ve bu yüzden ayrıca bir çabaya gerek olmadığı görüşüdür. Bu nedenle batıdaki gibi, genelde İslam (ve özelde Arap) dünyasında etkili bir insan hakları koruma mekanizması kurulamamıştır⁷. İnsan hakları konusuna Arap dünyasında gereken önemin verilmemesinin bir diğer sebebi de otoriter rejimlerin varlığıdır. İnsan hakları alanındaki gelişmeler bu rejimler tarafından kendilerine yönelik bir tehdit olarak algılanmıştır⁸.

Diğer taraftan Arap devletleri 20. yüzyıl ortalarındaki uluslararası örgütlenme eğilimlerine uygun olarak, kendi aralarında siyasi, kültürel ve ekonomik ilişkileri güçlendirmek ve koordine etmek ve doğan anlaşmazlıkları çözmek için 22 Mart 1945’te Arap Devletleri Birliği (League of Arab States)’ni kurmuşlardır⁹. Ancak Birlik Statüsü’nde, insan hakları ile ilgili herhangi bir

⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih, Arap Ortadoğusuna İnsan Hakları Uygulaması Açısından Bakış, İnsan Hakları Yıllığı, Sayı:9/1, 1987, (ss.193-220), s. 194.; Sayın, Yusuf, “İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve İslam”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.26, 2015, (ss.423-454).; Ayrıca “insan hakları” tanımı üzerinde İslam dünyasındaki tartışmalar için bakınız: Hijarpe, Jan, “İnsan Hakları Tanımı Üzerine İslam Dünyasında Yeni Tartışmalar” (Çev: Seyfettin Erşahin), İslami Araştırmalar Dergisi, C.11, S.3-4, 1998, (ss.171-177).

⁸ Fadel, Mohammad, “Is There a Future for an Arab Human Rights Mechanism - Not without Democracy”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, V.32/1, 2014, (pp.5-7), s. 5-7.

⁹ Epps, s. 349-350.; İslam dünyasında genel konulu iki önemli uluslararası örgüt vardır. İliki Arap Devletleri Birliği (The League of Arab States-LAS) ve diğeri de İslam İşbirliği Teşkilatı (The Organisation of Islamic Cooperation-OIC)’dir. Arap Ligi olarak da bilinen ve 22 üyesi olan Arap Devletleri Birliği 1945’te kurulmuştur. Birlik bünyesinde 3 Eylül 1968’de üye devletlerin temsilcilerinden bir Arap İnsan Hakları Komisyonu oluşturulmuştur. Bu Komisyon, Arap İnsan Hakları Sözleşmesi’ni hazırlamıştır. 16 Mart 2008’de Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden sonra ise Arap İnsan Hakları Komitesi (Arab Human Rights Committee) kurulmuştur. (m. 45) Bakınız: <http://www.lasportal.org/en/Pages/default.aspx> (Erişim Tarihi:1.3.2018); Diğer uluslararası örgüt ise 1972’de İslam Konferansı Teşkilatı (Organisation of Islamic Conference) adıyla kurulan ve daha sonra 2008’de İslam İşbirliği Teşkilatı (Organisation of Islamic Cooperation-OIC) adını alan ve 57 üyesi olan teşkilattir. Bu örgütün de Bağımsız Sürekli İnsan Hakları Komisyonu (Independent Permanent Human Rights Commission-IPHRC) adlı bir organı bulunmaktadır. Bakınız: <http://www.oic-iphrc.org/en/home/> (Erişim Tarihi:1.3.2018) İslam İşbirliği Teşkilatı hakkında Türkçe kaynak için bakınız: Terzioğlu, Süleyman Sırrı, Bir Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak İslam İşbirliği

hüküm bulunmamaktadır¹⁰. Birlik, insan hakları alanındaki gelişmelerden etkilenmiş ve bunun için Dışişleri Bakanlarından oluşan *Birlik Konseyi*, 3 Eylül 1968'de tüm Arap Devletlerinin temsilcilerinden oluşan *Arap İnsan Hakları Komisyonu*'nu (Komisyon) kurmuştur¹¹. Komisyon'un görevi insan hakları konularında Konsey'e yardım etmek olarak belirlenmiştir. Ancak gerçekte Komisyon'un kuruluş amacı, İsrail'in Filistin'deki insan hakları ihlallerine tepki göstermekti. Bu nedenle Komisyon, farklı insan hakları sorunlarına daima ihtiyatlı yaklaşmıştır¹².

Birlik, 1969 yılında, insan hakları konusunda kapsamlı bir sözleşme hazırlanmasına yönelik çalışmalara başlamıştır. Gerçekten de Konsey, 1971'de bir taslak hazırlamak için bir uzman komitesi kurmuştur. Komite, Nisan 1971'de Kahire'de toplanmış ve Temmuz 1971'de bir Arap İnsan Hakları Sözleşmesi (AriHS) Taslağı hazırlamıştır. Ancak üye devletlerin bu Taslak ile ilgilenmemesi üzerine Komisyon, 31 Mart 1983 tarihinde ikinci bir Taslak hazırlamıştır. Ancak bu defa da İslam İşbirliği Teşkilatı tarafından İslam'da İnsan Hakları Kahire Beyannamesi¹³'nin kabulüne kadar bu girişimin ertelenmesine karar

Teşkilatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.; Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu hakkında bakınız: Ergül, Ergin, *İslam İşbirliği Teşkilatı Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu*, Adalet Yayınevi, Ankara-2014.

¹⁰ Arap Devletleri Birliği Statüsü için bakınız: https://www.files.ethz.ch/isn/125350/8005_arableaguecharter.pdf (Erişim Tarihi:1.3.2018).; Arap Devletleri Birliği fikrinin Arap milliyetçiliği düşüncesine dayandığı görüşü için bakınız: Çaşın, Mesut Hakkı, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları-Cilt II*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 1131.

¹¹ Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, 2017, s. 339.; Acer, Yücel / Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk-Temel Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, 2014, s. 311-312.

¹² Allam, Wael, *The Arab Charter on Human Rights: Main Features*, *Arab Law Quarterly*, V.28, 2014, s. 41.; Hatta Komisyon'un faaliyetleri sadece, İsrail'in Filistin'e karşı davranışlarına tepki ile sınırlı kalmıştır. Bakınız: Aksar, s. 339.

¹³ 5 Ağustos 1990 tarihli İslam İnsan Hakları Kahire Beyannamesi için bakınız: <http://www.oic-iphrc.org/en/legal/> (Erişim Tarihi:1.3.2018).; Kahire Beyannamesi ile ilgili kısa değerlendirme için bakınız: Terzioğlu, s.148-150.; Arap dünyasında İslam ile bağlantılı olarak farklı komisyon ve toplantılarda hazırlanan diğer önemli beyannameler şunlardır: 1-İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi (1981), 2- Evrensel İslami İnsan Hakları Beyannamesi (1981), 3-Büyük Yeşil İnsan Hakları Beyannamesi (1988). Bakınız: Koraytem, Tabet, "Arab Islamic Developments on Human Rights", *Arab Law Quarterly*, V.16(3), 2001, (pp.255-262).; Arap dünyasındaki insan hakları bildireleri, genellikle İslam hukukuna göre hazırlanmıştır. Hatta daha spesifik olarak belirtmek gerekirse, 8 ila 12. yüzyıl arasında gelişen klasik Sünni İslam hukukuna dayanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak söz konusu bildireler, insan haklarının evrenselliği ilkesine uygun değildirler. Diğer bölgesel insan hakları belgeleri din ve dünya görüşü bakımından tarafsız, kültürel bakımından kapsayıcı olacak şekilde tasarlanmış iken, Arap-İslam insan hakları bildireleri uluslararası insan hakları hukukundaki evrensel hukuk normları karşısında İslami evrensellik iddiasıyla ortaya çıkmıştır. Bakınız: Bassiouni, Mahmoud, "Menschenrechte und die Suche nach einer islamischen Identität", *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012, s.28 vd.; Dhoubi, Sarhan,

verilmiştir¹⁴.

1983 tarihli bu Taslak, hem Kahire Beyannamesi hem de üye devletlerin yorumları ışığında 1994'te değiştirilmiş ve Birlik Konseyi tarafından, Birlik'in 50. yılı anısına İnsan Haklarına Dair Arap Şartı¹⁵ adı altında kabul edilmiştir. Önsöz ve 43 maddeden oluşan bu Şart'ın en büyük eksikliği bu hakları koruyacak mekanizmanın bulunmaması idi¹⁶. 1994 tarihli bu Sözleşme, *anlamsız* veya ölü bir belge olarak hiçbir zaman yürürlüğe girememiştir¹⁷. Aslında 1994 ArİHS'de öngörülen devlet yükümlülükleri, KSHS ve ESKHS'ye göre daha az olmasına rağmen, bu iki Sözleşme'ye taraf olan Arap Devletleri ArİHS'yi onaylamamış ve sonuçta 1994 tarihli ArİHS yürürlüğe girememiştir¹⁸.

3. Yeni Bir Sözleşme: 2004 ArİHS

Aradan bir süre geçtikten sonra Birlik Konseyi, üye devletleri 12 Mart 2001 tarihinde yeni bir ArİHS'nin hazırlanması için müzakereye davet etmiştir. Modern bir ArİHS hazırlanması fikrinin 11 Eylül 2001 olayından kısa bir süre önce gerçekleştiğine dikkat edilmelidir. Ancak, 11 Eylül olayından sonra oluşan şartlar, ArİHS'yi modernleştirme çalışmalarını hızlandırmaya zorlamıştır¹⁹.

2002 ve 2003 yıllarında Konsey, 1994 ArİHS'yi revize etmek için çalışmalarını hızlandırmıştır. Bu kapsamda bir yandan Komisyon yeni Taslak hazırlıklarına devam ederken, diğer yandan Birlik Konseyi ile BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği arasında Nisan 2002'de bir işbirliği mutabakatı imzalanmış ve alternatif yeni bir ArİHS Taslağı hazırlamak için bir uzman ekip kurulmuştur. Uzmanlar Ekibi, 21-26 Aralık 2003 tarihleri arasında Kahire'de toplanarak KSHS ve ESKHS'den açıkça etkilenen ve uluslararası insan hakları standartlarıyla

“Die kritische Diskussion der Menschenrechte: Stimmen aus dem arabisch-islamischen Kulturraum”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012, s.44 vd.; Bennani, Azelarabe Lahkim, “Die Zukunft des arabischen Frühlings aus der Perspektive der Menschenrechte”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012, s.54 vd.; Sandkühler, Hans Jörg “Menschenrechte in der arabischen Welt: Zur Einleitung in den Themenschwerpunkt”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012, s. 5. (Buradaki Almanca dört kaynaktan yararlanmam konusunda yardımcı olan SDÜ Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim dalı öğretim üyesi Prof. Dr. Yüksel METİN'e teşekkür ederim.)

¹⁴ Allam, s. 41.

¹⁵ Arab Charter of Human Rights. Ancak bu çalışmada ülkemizdeki kabul gören genel kullanıma uygun olarak “Arap İnsan Hakları Sözleşmesi” adı tercih edilmiştir.

¹⁶ Al-Midani, Mohammed Amin / Cabanettes Mathilde (Translation), Arab Charter on Human Rights 2004, (Revised by Professor Susan M. Akram), Boston University International Law Journal, V.24, 2006, (pp.147-164), s. 147-148.

¹⁷ Magliveras, Konstantinos / Naldi, Gino, “The Arab Court of Human Rights: A Study in Impotence”, *Revue Quebecoise de Droit International Law*, V.29(2), 2016, (pp.147-172).

¹⁸ Allam, s. 42.; Bu belgeyi sadece Irak imzalamış, diğer hiçbir üye devlet imza ve onay sürecine girmemiştir. Bakınız: Mattar, s. 93.

¹⁹ Allam, s. 42-43.

uyumlu bir Taslak hazırlamıştır. Diğer yandan Arap İnsan Hakları Komisyonu da 12 Ekim 2003 tarihinde farklı yeni bir Taslak hazırlamıştır. Ancak bu Taslak genel olarak yürürlüğe girememiş olan 1994 tarihli ArİHS'yi esas almıştır²⁰.

14 Ocak 2004 tarihli toplantıda, Uzmanlar Ekibi tarafından hazırlanan metin esas alınmasına rağmen Taslak'ta pek çok değişiklik yapılmıştır. Mesela üye devletlerin vatandaşlarına karşı yükümlülükleri azaltılmış, iç hukuka fazlaca atıf yapılmış ve "kişi" kelimesi birçok maddede "vatandaş" kelimesi ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğin sebebi ise komisyon üyelerinin insan hakları uzmanı hukukçulardan olmayıp müzakereci diplomatlardan oluşması olarak gösterilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle birlikte Komisyon'da 14 Ocak 2004 tarihinde *nihai bir ArİHS* Taslağı imzalanmıştır²¹.

Tunus'ta düzenlenen zirve toplantısında uzun tartışmaların ardından şu anda yürürlükte olan ve Önsöz ve 53 maddeden oluşan ArİHS (Arab Charter on Human Rights-2004) 23 Mayıs 2004'te oybirliği ile kabul edilmiştir²². Zirvede ArİHS oy birliği ile kabul edilmesine rağmen Irak²³ çekinceye benzer bazı beyanlarda bulunmuştur. Ancak bu beyanlar çekinceye ziyade akademik yorum olarak kabul edilmiştir. Çünkü Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi²⁴'ne göre çekince, bir antlaşmadaki belirli hükümlerin hukuki etkisini kendisi bakımından hariç tutmak veya değiştirmeyi amaçlamaktadır. (m. 2/1-d). Oysa Irak'ın beyanları, ArİHS'nin bazı hükümlerinin yasal etkisini dışlama veya değiştirmeyi amaçlamamaktadır. Bu nedenle Irak'ın beyanları çekince olarak kabul edilmemiş ve netice itibarıyla 2004 ArİHS çekincesiz olarak 15 Mart 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁵.

Her ne kadar bazı yazarlar 2004 tarihli Arap İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1994 tarihli Şart'ın revize edilmiş hali olarak kabul etse de²⁶, yeni bir sözleşme olarak kabul etmek yerinde olacaktır²⁷. Çünkü bir sözleşme yürürlüğe girdikten sonra değiştirilirse yeni haline revize edilmiş Sözleşme denilebilir. Oysa 1994

²⁰ Rishmawi, Mervat, "The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?", *Human Rights Law Review*, V.5/2, 2005, (pp.361-376), s. 363-364.; Allam, s. 43.

²¹ Allam, s. 43.

²² BAE, 15 Ocak 2008 tarihinde yedinci onaylayan devlet olmuş ve 2004 ArİHS, 60 gün sonra yani 15 Mart 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belge, eğer tüm üye devletler onaylarsa yaklaşık 400 milyon Arap dünyasını etkileyecek bir sözleşmedir. Bakınız: Rishmawi, Mervat, "The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: An Update", *Human Rights Law Review*, V.10/1, 2010, (pp.169-178), s. 169.

²³ Irak'ın beyanları için Bakınız: Allam, s. 44-45.

²⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 23 Mayıs 1969'te kabul edilmiş, 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Allam, s. 45.

²⁶ Örnek olarak bakınız: Sandkühler, s. 7.

²⁷ "The new version of the Charter ..." Aynı görüş için bakınız: Al-Midani, / Cabanettes, s. 148.

ArİHS hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Bu nedenle, 2004 ArİHS'yi, revize edilmiş bir sözleşme olarak adlandırmak doğru olmaz. Yine aynı nedenle ArİHS'nin önsözünde insan hakları konusunda çeşitli belgelere atıf yapmasına rağmen, 1994 ArİHS'den söz etmemiştir²⁸.

4. ArİHS'de Düzenlenen Haklar (Genel Olarak)

2004 ArİHS²⁹ uzun bir haklar listesi içermektedir. 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nde olduğu gibi ArİHS'de yer alan bu hakların eşit öneme sahip olduğu varsayılır³⁰. Sözleşme'nin kabulü ile Arap dünyası, ilk defa kişisel ve siyasi haklarla birlikte ekonomik, sosyal ve kültürel hakları koruyan uluslararası bir belgeye sahip olmuştur³¹. ArİHS'de yer alan hakların çoğu genel olarak, insan hakları ile ilgili diğer evrensel ve bölgesel sözleşmelerde yer alanlarla benzer içeriktedir³².

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı³³ gibi, ArİHS'de üç kuşak insan hakları düzenlenmiştir: Kişisel ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve üçüncü kuşak haklar³⁴. *Kişisel ve siyasi haklar*, ayrımcılık yasağı, yaşam hakkı, işkence yasağı, aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele yasağı, kölelik ve insan (ve/veya organları) ticareti yasağı, kanun önünde eşitlik, adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, özgürlüklerinden yoksun bırakılan insanlar için insani muamele, mahremiyet hakkı, tüzel kişiliğe sahip olma hakkı, politik faaliyetlerde bulunma hakkı, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, azınlıklara mensup kişilerin hakları, seyahat özgürlüğü, siyasi sığınma hakkı, vatandaşlık hakkı ve düşünce, vicdan, din ve fikir özgürlüğünü içermektedir. *Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar* ise, mülkiyet hakkı, evlilik hakkı, çalışma

²⁸ Rishmawi (2005), s. 363.; Allam, s. 46.

²⁹ Bundan sonra 2004 tarihli ArİHS, sadece ArİHS olarak anılacaktır.

³⁰ Magliveras / Naldi, s. 152.; İHEB'de düzenlenen hakların İslam açısından değerlendirilmesi için bakınız: Sayın, s. 423-454.; Hijarpe, s. 171-177.

³¹ Mattar, s. 92.

³² Rishmawi (2005), s. 361-376.; Bu bağlamda insan hakları uygulamaları konusunda Ortadoğu ülkelerinin Orta Amerika ülkeleriyle olan benzerliğine dikkat çekilen ve yaşam hakkı, adil yargılanma, insani muamele, adalete erişim ve tazminat hakları konusunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği Barrios Altos Kararının, Ortadoğu ülkeleri için de örnek olabileceği görüşü için bakınız: Terzi, Mahir, "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması Üzerine Bir İnceleme: İnsan Hakları ve Amerika", *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, Cilt.27, Sayı.2, Aralık-2017, s. 53-92.

³³ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 27 Haziran 1981'de kabul edilmiş, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bakınız: <http://www.achpr.org/instruments/achpr/> (Erişim Tarihi:1.3.2018) Ayrıca bakınız: Aksar, s. 339.; Acer / Kaya, s. 310-311.

³⁴ Magliveras / Naldi, s.152.; Farklı bir şekilde gruplandırma yapılabilir: Birinci kategoride bireysel haklar, ikinci kategoride adalet, üçüncü kategoride kişisel ve siyasal haklar, dördüncü kategoride ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sayılabilir. Bakınız: Al-Midani / Cabanettes, s. 148-149.

hakki, sendika kurma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, asgari yaşam standardı hakkı, sağlık hakkı, eğitim alma hakkı ve kültürel yaşama katılma haklarından oluşmaktadır. Üçüncü kuşak haklar ise, kendi kaderini tayin hakkı, kalkınma hakkı, temiz ve sağlıklı bir çevreye sahip olma haklarını içermektedir.

İnsan hakları ile ilgili diğer sözleşmeler de olduğu gibi, AriHS’de de diğer kişilerin veya toplumun çıkarlarını korumak için bazı şartlarla hakların kısıtlanmasına izin verilmektedir. Kısıtlanabilir haklar arasında siyasal haklar (m. 24), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 30), bilgi edinme hakkı, fikir sahibi olma ve ifade etme özgürlüğü (m. 32), serbestçe sendika kurma ve/veya sendikaya/sendikal faaliyetlere katılma hakkı (m. 35) yer almaktadır. Ancak bu kısıtlamalar 43.madde ile birlikte yorumlanmalıdır³⁵. Çünkü 43. maddeye göre “Bu Sözleşme’de yer alan hiçbir şey, taraf devletlerin iç hukukları tarafından korunan hak ve özgürlükleri ya da taraf devletlerin kadın, çocuk ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere kabul ettiği veya onayladığı uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde yer alan hak ve özgürlükleri bozucu şekilde yorumlanamaz”

5. AriHS’nin İnsan Haklarına Katkısı

2004 AriHS bölgesel nitelikli bir sözleşme olmasına rağmen bazı konularda uluslararası insan haklarına olumlu katkıda bulunmuştur. Sözleşme özellikle, Önsöz kısmındaki temenniler, içeriğinde yeni gelişen haklara yapılan vurgu, engelli kişilerin haklarının korunmasına verilen özel önem ve olağanüstü dönemlerde askıya alınamayacak hakları saymak bakımından uluslararası standartların üstünde sayılabilir.

2004 AriHS’nin, Arap halkının talep ve isteklerini ve bölgelerindeki anlamlı, uygulanabilir bir insan hakları sistemine olan arzularını yansıttığı ifade edilmiştir³⁶. AriHS, önsözündeki temenni ve kabulleri ve çoğu hükümleri insan hakları alanındaki uluslararası standartlar ile uyumlu niteliktedir³⁷. AriHS mesela önsözünde, “İslam’da İnsan Hakları Kahire Beyanname³⁸ ile birlikte

³⁵ Magliveras / Naldi, s. 152.

³⁶ Al-Midani, / Cabanettes, s. 149.; AriHS’nin kabulü ve yürürlüğe girmesinin bölge halkı için önemli bir adım olduğu hakkında bakınız: Mattar, s. 94.

³⁷ Rishmawi (2005), s. 369-371.; Buna rağmen AriHS’deki bazı hükümlerin uluslararası insan hakları kabullerinden farklı olması, insan haklarının evrenselliği konusunda şüphe ve endişelerin doğmasına yol açmıştır. Bakınız: Vitkauskaitė-Meurice, Dalia, “The Arab Charter on Human Rights: The Naissance of New Regional Human Rights System or a Challenge to the Universality of Human Rights?”, *Jurisprudence*, V.119/1, 2010, (pp.165-180), s. 166.; Ayrıca bakınız: Mattar, s. 94.

³⁸ AriHS, İslam’da İnsan Hakları Kahire Beyanname’sine de atıf yapmaktadır. Ancak bu Beyanname, niteliği itibarıyla bağlayıcılığı olmayan belgedir. Ayrıca Beyanname’deki bazı cezaların niteliği, ölüm cezasının varlığı, kadının toplumdaki yeri gibi bazı hükümlerin uluslararası insan hakları standartlarına uygun olmadığı yönünde yapılan eleştiriler

Birleşmiş Milletler Şartı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve KSHS ve ESKHS'nin ilkelerini” teyit etmektedir³⁹. Daha sonra belirli maddelerinde insan hakları ile ilgili uluslararası standartlara vurgu yapmaktadır. Aynı şekilde işbu Sözleşme'nin uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerine uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. (m. 43). ArİHS'nin, amaçlarından birisinin “insanlık yanlısı, hoşgörü ve başkalarına karşı açıklık, evrensel ilkeler ve değerler ve uluslararası insan hakları belgelerinde ilan edilenler ile” insanı aşlamak olduğu ifade edilmektedir. (m. 1/2). ArİHS, tüm insan haklarının evrensel, bölünmez, birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkili olduğunu önemle teyit etmektedir. (m. 1/4). Bütün bu hükümler insan haklarının evrenselliği⁴⁰ ilkesine vurgu yapmaktadır. Nitekim Sözleşme önsözündeki ilk cümlede, “Arap halkının insan onuruna olan inancı” ifade edilmektedir.

5.1. Yeni gelişen haklara vurgu yapması

ArİHS'nin önemli bir özelliği insan hakları alanındaki *yeni gelişen haklara* vurgu yapmasıdır. Mesela Sözleşme'de herkesin yeterli gıda⁴¹ (beslenme) ve su hakkına sahip olduğu ve bu hakkın sağlanması için devletin gereken tedbirleri alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. (m. 39/2-e) Gelişme hakkını temel bir insan hakkı olarak tanımakta ve yoksulluğun ortadan kaldırılması ve ekonomik, sosyal, kültürel ve politik gelişimin sağlanması amacıyla taraflar arasında ve uluslararası düzeyde dayanışma ve işbirliğinin hayata geçirilmesi konusunda taraflar devletlere görev yüklemektedir. (m. 37). Dahası, “her insanın sağlıklı bir çevre hakkına sahip olduğu” belirtilmektedir. (m. 39/2-f). Bu hakkın gerçekleştirilmesi için, taraf devletler, “çevre kirliliği ile mücadele ve

bağlamında Kahire Beyannamesi'ne yapılan atf, Arap İHS'nin zayıf noktası olarak görülmektedir. Bakınız: Rishmawi (2005), s. 367. Allam, s. 47-48. Diğer taraftan ArİHS'de, uluslararası insan hakları ile çeliştiği takdirde kadınlar lehine pozitif ayrımcılık hariç İslam kurallarına üstünlük tanınacağına dair bir hüküm öngörülmemiştir. Bakınız: Magliveras / Naldi, s. 152.; Ayrıca ArİHS'nin bölge halkının özellikleri dikkate alınarak hazırlandığı unutulmamalıdır. Bakınız: Mattar, s. 96

³⁹ KSHS ve ESKHS'de düzenlenen hakların İslam Hukuku açısından değerlendirilmesi için bakınız: Baderin, Mashood A., *International Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, 2009.

⁴⁰ İnsan haklarının evrenselliği diplomatik ve akademik tartışmalarda temel bir temadır. Ancak insan haklarının evrenselliği ilkesine karşı düzenli, güçlü ve yaygın karşıt bir görüş de bulunmaktadır. İnsan haklarının göreceli evrenselliği denilen bu görüşe göre, tarihi, kültürel, ekonomik ve sosyal nedenler insan haklarının evrenselliğinin derecesini etkilemektedir. Bakınız: Donnelly, s. 37 vd.; Rishmawi (2005), s. 366-369.; Bu bakımdan insan haklarının korunmasında, bölgesel insan hakları sistemlerinin, evrensel olanlara göre daha etkili olduğu belirtilmelidir.

⁴¹ *Beslenme hakkı*, devletin herkese sadece gıda sağlamak zorunda olması anlamına gelmez. Bu hak gıdaya erişim, gıda güvenliği, kıtlıkla mücadele ve dağıtım sorunlarına karşı planlama yapma yükümlülüklerini de içeren geniş bir haktr. Clapham, Andrew, *İnsan Hakları*, (Çeviren: Hakan Gür), Dost Kitabevi, Ankara, 2010, s. 166-169.

uygun sağlık sistemlerinin sağlanması” da dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri alacaklardır. (m. 38).

5.2. Engelli kişilerin haklarının korunmasına özel önem vermesi

AriHS, özellikle, engelli hakları bakımından uluslararası standartların ilerisinde olduğu söylenebilir⁴². Sözleşme’de engelli kişilerin hakları dört maddede vurgulanmıştır: İlk olarak, 3/1. madde, “fiziksel veya zihinsel engellilik” temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. İkinci olarak, 33/2. madde, devletin ve toplumun “özel ihtiyaçları olan kişiler için gerekli koruma ve bakımı sağlaması” gerektiğini öngörmektedir. Bu madde engelli kişi ifadesi yerine özel ihtiyacı olan kişi ifadesini kullanmaktadır. Üçüncü olarak, 34/1. madde, çalışma hakkı konusunda “engellilik” sebebiyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Ayrıca, işyerinde çalışma şartlarının “engelli kişileri” koruyacak şekilde sağlanması gerektiği belirtilmektedir.

Dördüncüsü, 40. madde, engelli kişilerin haklarını ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Maddeye göre “taraf devletler, zihinsel veya fiziksel engelli kişilere, onurlarını garanti eden ve kendilerine olan güvenlerini arttıran ve toplumdaki aktif katılımlarını kolaylaştıran iyi bir yaşam sürdürmeyi taahhüt eder. Taraf devletler, engelliler için ücretsiz olarak sosyal hizmetler sunar, bu kişilerin ve ailelerinin veya onlara bakan ailelerin ihtiyaç duyduğu maddi desteği sağlar ve bu kişilerin kurumlara yerleştirilmesinden kaçınmak için gerekli olan her tedbiri alır. Her durumda engelli kişinin çıkarlarını dikkate alır.” Ayrıca, engelli kişiler için sağlık hizmetleri, farkındalık programları, uygun eğitim ve iş imkanları, onları topluma kazandırmak amacıyla rehabilitasyon hizmetleri, tüm kamu ve özel hizmetlerden yararlanmaları öngörülmüştür. (m. 40). Özetle taraf devletler, zihinsel veya fiziksel engelli kişilerin haklarını ve onurunu garanti eden saygın bir yaşam sağlama yükümlülüğü altındadır.

5.3. Olağanüstü dönemlerde askıya alınamayacak hakları sayması

İnsan hakları ile ilgili diğer bazı uluslararası sözleşmeler⁴³ gibi AriHS de, taraf devletlere Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin bir kısmının geçici olarak askıya alınmasına⁴⁴ (derogasyon) izin vermektedir. 1994 AriHS’de bulunmayan bu hüküm, 2004 AriHS’de uluslararası standartların üstünde sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Olağanüstü dönemlerde yükümlülüklerin askıya alınması iki şartla mümkündür: Birincisi, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü şartların

⁴² Allam, s. 48.

⁴³ KSHS, m. 4 ve AİHS, m. 15.

⁴⁴ Bazı hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde askıya alınması ile ilgili geniş bir değerlendirme için bakınız: Hunter, Nan D., *The law of emergencies : public health and disaster management*, Butterworth-Heinemann, 2009.

varlığı, ikincisi, taraf devletin resmen olağanüstü hal ilan etmesidir⁴⁵. Üstelik bu tedbirler, devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleri ile uyumsuz olmamalı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya sosyal köken temelinde ayrımcılık içermemelidir. (m. 4/1) Bu hüküm genel olarak KSHS'nin 4/1. maddesi ile aynı içeriktedir. Savaş hali, AİHS'nin 15/1. maddesinde olduğu gibi, AİHS'de de deragösyen sebebidir.

4/2. madde, hangi hak ve özgürlüklere istisna getirilemeyeceğini saymıştır: yaşam hakkı, işkence veya zalimane, aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele yasağı, kişinin özgür rızası olmadan kendisi üzerinde tıbbi veya bilimsel deney yapılamaması, insan organlarının ticareti yasağı, köleliğin yasaklanması, zorla çalıştırma ve insan ticareti yasağı, adil yargılanma hakkı, hukuka uygun tutukluluk veya gözaltı halinde gecikmeksizin karar vermek için yetkili mahkemeye dilekçe verme hakkı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, sözleşme yükümlülüğünden doğan borçlar için hapis cezasının yasaklanması, bir kişinin aynı suçtan iki kere yargılanmayacağı ilkesi, özgürlüğünden yoksun bırakılmış herkese insani muamele, her bireyin yasa önünde bir kişi olarak tanınması, herhangi bir ülkeden ayrılmanın önlenmesi, siyasi sığınma hakkı, vatandaşlık hakkı ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı. Ayrıca, bu hakların korunması için gerekli adli garantiler askıya alınmayabilir. (m. 4/2) Bu durum, taraf devletin, AİHS'deki herhangi bir hak veya özgürlüğün ihlali için etkili bir başvuru yolunu sağlamasından vazgeçemeyeceği anlamına gelir.

4. maddede askıya alınamayan hakların uzun bir liste halinde sayılması olumlu bir durumdur⁴⁶. Bu durum AİHS'nin, insan hakları konusundaki diğer uluslararası sözleşmelerden yararlanması sebebiyledir. Ancak hamile kadınlara ve 18 yaş altındaki çocuklara ölüm cezası verilmesi yasağı⁴⁷ ile 16. maddede düzenlenen masumiyet karinesi listede yer almamıştır. KSHS'ye göre, yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü askıya alınamaz. (m. 6, 7, 8/1 ve 2, 11, 15, 16 ve 18) AİHS'de ise askıya alınamayan haklar daha sınırlı olarak şunlardan ibarettir: yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezada kanunilik ilkesi (m. 2, 3, 4/1 ve 7)⁴⁸. Dolayısıyla askıya alınamayan haklar bakımından AİHS, bu iki sözleşmeye nazaran daha olumlu durumdadır.

⁴⁵ Magliveras / Naldi, s. 153.

⁴⁶ Mattar, s. 112-114.

⁴⁷ Vitkauskaitė-Meurice, s. 174.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin askıya alınması ve şartlarına ilişkin olarak bakınız: Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, 9.Bası, 2011, s. 405-411.

6. ArİHS'nin Olumlu Hükümleri

ArİHS'nin kabul edilmesinin temel amacı Arap ülkelerindeki insan haklarının uluslararası standartlarda uygulanmasının sağlanmasıdır. Taraf devletler, açıkça Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri hayata geçirmek için yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır⁴⁹. Ancak hem Birlik'te hem üye Arap devletlerinde ArİHS'nin tam olarak uygulanarak insan haklarının gerçekleştirilmesi, çok sayıda siyasi, ekonomik ve geleneksel sebeplerden dolayı en azından kısa vadede zor gözükmektedir.

Hem üye devletler hem de Birlik açısından var olan bu olumsuz duruma rağmen, bölgenin karakteristik özelliklerini yansıtan ArİHS, en azından uluslararası bir belge olarak bazı haklar bakımından olumlu hükümler içermektedir. Özellikle kadın, çocuk ve azınlığa mensup kişiler gibi savunmasız zayıf gruplara sağladığı koruma açısından takdir edilecek hükümler öngörülmüştür⁵⁰. Çünkü 43. maddeye göre ArİHS'deki hiçbir şey, kadın, çocuk ve azınlığa mensup kişilerin haklarını bozucu şekilde yorumlanamaz. Genel olarak bakıldığında, 2004 ArİHS, bazı hükümleri uluslararası hukukun ve insan haklarının mevcut normlarının altında kalmasına rağmen, yeterli bir insan hakları anlaşması olarak kabul edilmelidir⁵¹.

6.1. Ayrımcılığın yasaklanması

ArİHS, insan hakları hukukunun en temel ilkelerinden biri olan ayrımcılık yasasını düzenlemiştir. Buna göre "ırk, renk, cinsiyet, dil, dini inanç, görüş, düşünce, ulusal ya da sosyal köken, zenginlik, doğum ya da fiziksel ya da zihinsel engellilik temelinde ayrımcılık yasaktır." (m. 3/1). Bu hüküm KSHS (m. 2/1) ve ESKHS (m. 2/2) ve AİHS (m. 14)'de düzenlenen ayrımcılık yasası ile benzer içeriktedir. Üstelik bu sayılan sebepler *tahdidi* değil *tadadi* niteliktedir. Sözleşme, sayılan bu gerekçelerle "veya başka bir duruma" dayalı ayrımcılığın yasak olduğunu belirtmektedir. Ancak ayrımcılık sebepleri 3/1. maddede ayrıntılı şekilde sayılsa da *yaş* ve *milliyet* gibi bazı sebeplerin madde kapsamına girmediği görülmektedir. Maddenin lafzi yorumlanmasından bu sonuca ulaşılsa da ArİHS'nin bütün olarak yorumlanması halinde, sayılan veya sayılmamakla birlikte Sözleşme'nin genel içeriğinden anlaşılan herhangi bir gerekçeyle ayrımcılığın yasaklandığı anlaşılabilir. Gerçekten de, herhangi bir gerekçeyle ayrımcılık yapmama ilkesi, ArİHS'nin 34/1. ve 39/1. maddeleri gibi diğer maddelerinde de sayılmaktadır⁵².

⁴⁹ Magliveras / Naldi, s. 154.; Mattar, s. 116-122.

⁵⁰ Mattar, s. 96.; Arap dünyasının bazı bölgelerinde okuryazarlık oranının düşüklüğü, kadın sünneti, küçük yaşta evlilik, namus cinayetleri gibi bazı gelenekler hala devam etmektedir. Bakınız: Mattar, s. 96.

⁵¹ Magliveras / Naldi, s. 153-154.

⁵² Allam, s. 58-59.; Rishmawi (2005), s. 373-374.

6.2. Siyasi haklar

Bilindiği gibi birçok Arap devleti monarşik rejimlerle yönetilmektedir⁵³. Bu nedenle ArİHS, üye ülkelerdeki siyasi haklar bakımından son derece önem taşımaktadır. Bu bağlamda bugün için Sözleşme'nin taraf devletler üzerindeki etkisi oldukça zayıftır. Özellikle mutlak otokrasi ile yönetilen bazı üye devletlerde bu hakları gerçekleştirecek siyasi irade henüz bulunmamaktadır. Aslında demokratikleşme ile insan haklarına saygılı bir siyasi kültür arasında doğrudan bir bağ vardır⁵⁴. Ancak Arap dünyasında demokratikleşme insan haklarına bir tehdit olarak görülmektedir⁵⁵. Şimdiki durum bu olsa da ArİHS yakın gelecekte siyasi haklar üzerinde mutlaka olumlu etki doğuracaktır. Çünkü ArİHS'ye göre "her vatandaş", siyasi faaliyette bulunma, kamu görevinin yürütülmesine katılma hakkına sahiptir. (m. 24). Bu haklar, kadınlar da dâhil olmak üzere tüm vatandaşlara verilmiştir. Özellikle 24/3. madde, ifade özgürlüğünü garanti eden, eşit şartlar içinde bütün vatandaşlara özgür ve tarafsız seçimlerde aday olma ve kendi adayını seçme hakkı sağlamaktadır. Bu hüküm, kadınlara seçme ve seçilme hakkı vermektedir. Bazı üye ülkelerde kadınların seçme ve seçilme gibi siyasi hakları bulunmadığından dolayı, ArİHS'nin düzenlemesi bu alanda önemli ilerlemedir⁵⁶.

Siyasi faaliyet özgürlüğü, her vatandaşa barışçıl toplanma, başkalarıyla birlikte serbestçe örgütlenme ve kurulmuş örgütlere katılma hakkını da içermektedir. (m. 24/5,6). Üstelik bu hak ancak, kanunda öngörülen ve demokratik bir toplumda⁵⁷ gerekli ulusal güvenlik veya kamu güvenliği, kamu sağlığı ya da kamunun ahlaki çıkarları ya da hak ve özgürlüklerin korunması sebepleriyle sınırlanabilir⁵⁸. (m. 24/7). ArİHS ayrıca, herkesin serbestçe sendika kurma, sendikalara katılma ve grev hakkını garanti etmektedir. (m. 35). ArİHS'de düzenlenen siyasi haklar, KSHS'nin 25. maddesi ile garanti altına alınan haklarla genel olarak aynı içeriktedir. Ancak ArİHS'de uluslararası standartlara uygun içerikle güvence altına alınan bu hakların gerçekleştiril(e) memesi ilginçtir.

⁵³ Acer / Kaya, s. 312.

⁵⁴ Donnelly, s. 205-206.

⁵⁵ Fadel, s. 6-7.

⁵⁶ Allam, s. 51.

⁵⁷ ArİHS'de 24/7. maddesinde demokratik toplumdaki söz edilmiştir. Arap ülkelerinde demokratikleşme olmadan gerçek bir insan hakları koruma sisteminin olamayacağı yönünde görüş için bakınız: Fadel, s. 5-7.

⁵⁸ Kişisel ve siyasi hakların kullanılmasında kamu yararı arasında denge kurulması gerektiği hakkında bakınız: Mattar, s. 115-116.

6.3. Eğitim hakkı

Arap İHS'ye göre, insanın gelişmesi ve insan haklarına ve temel özgürlüklerine olan saygının güçlendirilmesi eğitimin amaçlarından birisidir⁵⁹. Bu kapsamda herkesin eğitim hakkına sahip olduğu vurgulanmış ve okuma yazma bilmemeyi ortadan kaldırmak devletin görevi sayılmıştır. Taraf devletler, *vatandaşlarına* en azından, ücretsiz, ilk ve temel seviye eğitim garantisi vereceklerdir. İlköğretimin tüm biçimleri ve düzeyleri, herhangi bir ayırım yapılmaksızın herkes için zorunlu ve erişilebilir olmalıdır. Taraf devletler, insan hakları ve temel özgürlük ilkelerini resmi ve gayri resmi eğitim müfredatı ve uygulamalı eğitim programlarına dâhil etmeye çalışmalıdır. Taraf devletler, *her vatandaş* için sürekli eğitim sağlamak için gerekli mekanizmaların kurulmasını garanti etmelidir. (m. 41). Ayrıca, herkesin bilimsel araştırma ve uygulama hakkı bulunmaktadır. (m. 42).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1.Protokol'e göre "*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir*" (m. 2). AriHS, temel eğitim hakkını sadece vatandaşlara tanırken, Ek 1.Protokol *herkese* tanımakta ve devlete yükümlülük getirmektedir⁶⁰. Ayrıca ESKHS ise 13. maddesinde eğitim hakkını herkese olacak şekilde daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir⁶¹. Bu Sözleşme'de özellikle anne ve babanın çocuk eğitimi üzerindeki yönlendirme hakkı ile yükseköğretim konusundaki hükümler AriHS'ye göre oldukça ileridir.

6.4. Asgari yaşam standardı hakkı

AriHS'ye göre "*her insanın, kendisinin ve ailesinin, iyi ve saygın bir yaşam sürdürmelerini sağlayacak yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkı*"⁶² bulunmaktadır. Bu hak, yeterli gıda, kıyafet, konut ve hizmetlere sahip olmayı da içermektedir. Ancak taraf devletler bu hakkı, kaynaklarıyla orantılı şekilde gerekli önlemleri alarak garanti edeceklerdir." (m. 38). "*Kaynaklarıyla orantılı*" ifadesi açıkça, taraf devletlerin bu haklara ilişkin olarak esnek bir şekilde yükümlülük altına girmesini zorunlu kılmaktadır⁶³.

⁵⁹ Eğitim hakkı, kişilerin kendi hakkını koruyabilmesini sağlamak için gereken yaşamsal bir haktır. Bakınız: Clapham, s. 169.

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında eğitim hakkının içeriğine ilişkin olarak bakınız: Gözübüyük / Gölcüklü, s. 432-436.

⁶¹ Rishmawi (2005), s. 373-374.

⁶² Bu hakkın içeriği ile ilgili olarak bakınız: Clapham, s. 163-166.

⁶³ Allam, s. 52.

ArİHS'ye göre "taraf devletler, her bir toplum üyesinin, mümkün olan en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma, temel sağlık hizmetlerini ücretsiz olarak alma ve herhangi bir ayırımı tabi olmaksızın tıbbi imkânlarla erişim hakkına sahip olduğunu kabul eder." (m. 39/1). Sözleşme, bu hakkın sağlanması için alınacak tedbirlerin niteliklerini de açıklamıştır. Buna göre taraf devlet, coğrafi konumu veya ekonomik durumu ne olursa olsun, temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi ve bu hizmetleri sağlayan merkezlere ücretsiz ve kolay erişimi sağlamakla yükümlüdür. Ölüm oranını azaltmak ve hastalıkları önlemek için gerekli tedbirleri almalı ve tedavi yoluyla kontrol etmeli, sağlık bilincini ve eğitimini desteklemelidir. İlginçtir ki, Sözleşme'ye göre taraf devletler, bireyin sağlığına zarar veren geleneksel uygulamalar ile madde ve sigara kullanımına karşı mücadele etmelidir. Ayrıca taraf devlet, temel beslenme ve güvenli içme suyu sağlamalıdır. (m. 39/2).

Yine asgari yaşam standardı hakkı kapsamında ilgili kişinin serbest rızası olmadan kendi üzerinde herhangi bir tıbbi veya bilimsel deney veya organ kullanımı yasaktır. (m. 9). Sözleşmeye göre insan ticareti (m. 10) veya insan organları ticareti (m. 9) de yasaktır ve bu fiiller suç sayılarak yasalarla cezalandırılabilir.

Görüldüğü üzere ArİHS herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkesin asgari yaşam standardına sahip olduğunu kabul etmiştir. ArİHS, asgari yaşam standardı hakkı konusunda ESKHS ile genel olarak benzer içerikleri düzenlemiştir. Ancak ESKHS 11.maddesinde, ArİHS'den farklı olarak temel besin kaynaklarının üretim ve eşit dağıtımını taraf devletlere yükümlülük olarak öngörmüştür.

6.5. Kadın hakları

ArİHS'nin Arap dünyasına getirdiği en önemli yeniliklerden birisinin de kadın hakları konusunda olduğu, ArİHS'nin doğru yorumlanması halinde bölgedeki kadın haklarına olumlu katkı yapacağı beklenen alanlardan birisidir. Bu kapsamda Sözleşme çeşitli maddelerde kadın haklarına özellikle vurgu yapmaktadır. 3/1. madde ırk, renk, dil, dini inanç, düşünce, ulusal ya da sosyal köken, zenginlik, doğum ya da fiziksel ya da zihinsel engellilik gibi diğer sebeplerin yanında *cinsiyet* temelinde de ayrımcılığı yasaklamıştır⁶⁴. Bu kapsamda ArİHS'deki hak ve özgürlüklerden, eşitlik temelinde hem erkek hem de kadınlar yararlanmaktadır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı, askıya alınamayan hakları düzenleyen 4/1. maddede ve işyerinde ayrımcılığı yasaklayan 34/1. maddede de teyit edilmektedir.

3/3. madde kadınlara yönelik ayrımcılığı yasaklayan oldukça önemli hükümler içermektedir. Bu maddeye göre, İslami kurallar, diğer ilahi kurallar,

⁶⁴ Mattar, s. 101.

yürürlükteki kurallar ve yasal araçlar ile kadın lehine kurulan pozitif ayrımcılık çerçevesindeki hak ve yükümlülüklerde, kadın ve erkekler insan onuruna saygı ile eşittir. Buna göre, her taraf devlet, Sözleşme’de belirtilen tüm haklardan yararlanma temelinde erkekler ve kadınlar arasında eşit fırsatların ve etkin eşitliğin sağlanması için gerekli tüm tedbirleri almayı taahhüt eder. “Pozitif” ayrımcılığa işaret eden 3/3. madde, taraf devletlerin, kadınlara yönelik ayrımcılığı azaltmak ya da ortadan kaldırmak ve onlar için adil fırsatlar oluşturmak için uygun önlemleri almasını gerektirir. Dolayısıyla, bu kapsamda alınan önlemler ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir⁶⁵. Bu kapsamda mesela doğumdan önce hamile kadınlara ve doğumdan itibaren iki yıl boyunca emziren kadınlara ölüm cezasının uygulanamayacağı (m. 7/2) hükmü pozitif bir ayrımcılık örneğidir.

10/2. madde, fuhuş, cinsel sömürü ve başkalarının fuhşunun istismar edilmesini yasaklamaktadır. 33/2. madde, kadınlara karşı her türlü şiddet ve tacizi yasakladığı için özellikle önemlidir. Ancak maddede şiddet ve tacizin kapsamı belirtilmediği için eleştirilmektedir⁶⁶. 33. maddesi ailenin temeli olarak varsayılan evlenme hakkını düzenlemiştir⁶⁷. 34/2. madde her çalışanın işyerinde kadınların korunmasını sağlayan adil ve elverişli koşullardan yararlanma hakkını güvence altına almaktadır.

41/3. madde, kadınların kalkınma alanına etkin katılımını vurgulamaktadır. Bu hükme göre, taraf devletler, ulusal kalkınmanın elde edilmesinde kadın ve erkek arasındaki işbirliğini sağlamak için her alanda uygun önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Yukarıda belirtildiği gibi genel yorumlama ilkesini düzenleyen 43. maddeye göre AİHS, kadın haklarını bozucu şekilde yorumlanamaz.

AİHS, kadını evlilik yoluyla aile hayatının temeli saymakta ve kadına karşı her türlü şiddet ve tacizi yasaklamaktadır. Kadının çalışma hayatında ayrımcılığa karşı korunması için gereken tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. ESKHS’de ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlanmasını vurgulamıştır. (m. 3). İşteki çalışma şartları ve ücret konusunda da eşitliğe dikkat çekilmiştir. (m. 7). AİHS’nin 12. maddesi de evlenme hakkını sınırlamaya dair bir kayıt koymadan ulusal hukuklara

⁶⁵ Allam, s. 52.

⁶⁶ Rishmawi (2005), s. 374-375.

⁶⁷ Evlilikte kadının zayıf konumuna ilişkin eleştiri için bakınız: Vitkauskaitė-Meurice, s. 175.; 33/1. maddede bu evliliğin bir erkek ve bir kadın arasında olabileceği iki kez vurgulanmıştır. Bu nedenle, aynı cinsler arası evlilik, AİHS tarafından tanınmamakta ve korunmamaktadır. Bakınız: Allam, s. 53. Bu durum, AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da aynı şekildedir. Bakınız: Gözübüyük / Gölçüklü, s. 343-345.

bırakacak şekilde düzenlemiştir⁶⁸. Dolayısıyla genel olarak bakıldığında ArİHS kadın hakları konusunda uluslararası standartlarda hükümler içermektedir⁶⁹. Ancak bu hakların hayata geçirilmesi konusunda uygulamada sorunlar bulunmaktadır.

6.6. Çocukların ve gençlerin hakları

ArİHS, çocukların yararlandığı diğer haklara ek olarak, özellikle şu hakları garanti etmektedir: Çocuklar silahlı çatışmalarda kullanılmamalıdır (m. 10/2). Sanık çocuklar, gözaltı ve tutuklamada yetişkinlerden ayrılmalı ve yaşlarına ve yasal statülerine uygun özel bir yargı sisteminin önüne çıkarılmalıdır. (m. 17). Çocuklara karşı her türlü şiddet veya istismar yasaktır. (m. 33/2). Taraf devletler, çocuğun özgürlük ve haysiyet atmosferinde korunmasını, gelişmesini, esenliğini ve hayatta kalmasını güvence altına almak için gerekli tüm yasal, idari ve yargısal tedbirleri alması gerekir. Ayrıca taraf devlet, her halde çocuğun yüksek yararını aldığı tüm önlemler için temel ölçüt olarak almalı ve çocuğun suçlu olup olmadığına bakmaksızın garanti etmelidir. (m. 33/3).

Çalışmak zorunda kalan çocuklar için çalışma koşulları, çocukların korunmasını sağlamalıdır. (m. 34/2). Ayrıca her çocuğun ekonomik sömürüden, tehlikeli olması muhtemel zorunlu çalışmadan, eğitimine müdahale eden ya da sağlığına ve fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki veya sosyal gelişime zarar veren durumlardan korunma hakkı vardır. (m. 34/3).

Taraf devletler, ulusal yasalarına uygun olarak, çocuğun annenin vatandaşlığını kazanması için, her durumda çocuğun yararına olacak şekilde uygun gördükleri önlemleri alacaklardır. (m. 29). Ancak bu madde Arap devletlerindeki yabancı kişi ile evli kadınların çocuklarının, annenin vatandaşlığını kazanmasını temin edecek nitelikte tatminkâr değildir. Çünkü bu çocukların annenin vatandaşlığını kazanmasında iç hukuka atıf yapılmaktadır⁷⁰.

Çocuk hakları ile ilgili önemli bir konu da ArİHS'nin hiçbir hükmünün, çocuğun haklarını zayıflatığı şeklinde yorumlanamayacağıdır. (m. 43). ArİHS, çocuk hakları konusunda ESKHS'de düzenlenen *ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması* başlıklı 10.maddesi ile benzer koruma getirmiştir. Ayrıca, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi⁷¹ (ÇHS)'de düzenlenen *ayırıcılık yasağı*

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında evlenme hakkı için bakınız: Gözübüyük / Gölcüklü, s. 343-345.

⁶⁹ Burada 1 Mart 1980 tarihinde kabul edilen ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ni özellikle belirtmek gerekir.

⁷⁰ Bakınız: Allam, s. 54.

⁷¹ Birleşmiş Milletler ÇHS, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş, 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir.

(m. 2) ve çocuğun yüksek yararı (m. 3) ilkelerinin ArİHS’de de düzenlendiği görülmektedir. Ancak ÇHS’de düzenlenen çocuğun kendini ilgilendiren konularda *katılma ilkesi* ile *yaşama ve gelişme ilkelerinin* yeterince güvence altına alındığı söylenemez. Ancak yine de ArİHS, çocuk hakları konusunda uluslararası standartlara genel olarak benzer hükümler içermektedir⁷².

ArİHS, diğer sözleşmelerden farklı olarak taraf devlete ve toplumuna, gençlere ve genç topluma fiziksel ve zihinsel gelişim için en iyi fırsatları sağlama yükümlülüğü de getirmektedir. Sözleşme ayrıca, taraf devletlerin özellikle gençler için bir spor faaliyetine devam etme hakkını güvence altına almak için gerekli tüm tedbirleri almasını şart koşmaktadır. (m. 33/4). Sözleşme, devletin ve toplumun yaşlılara gerekli koruma ve bakımı sağlamasını (m. 33/2) ve yetişkin eğitimi için ulusal planlar geliştirmesini öngörmektedir. (m. 41/6).

ESKHS 10.maddesinde gençler için soybağı ve diğer şartlar bakımından hiçbir ayırım yapılmaksızın özel koruma tedbirleri alınacağı, ekonomik ve toplumsal sömürüye karşı korunacağı, ahlaklarına ve sağlıklarına zararlı ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi ArİHS, gençlerin hakları bakımından da ESKHS’ye göre daha olumlu içeriğe sahiptir denilebilir.

6.7. Azınlığa mensup kişilerin hakları

ArİHS, uluslararası hukukta içeriği tartışmalı konulardan birisi olan *azınlığa mensup kişilerin haklarını*⁷³ da düzenlemiştir. Sözleşme’ye göre “azınlıklara mensup bireyler kendi kültürlerini yaşama, kendi dillerini kullanma ve kendi dinlerini uygulama hakkından mahrum edilemez. Bu hakların kullanılması yasa ile düzenlenecektir.” (m. 25). Bu madde ile tanınan haklardan, *bireyler* yararlanacaktır⁷⁴. Sözleşme’nin genel yorum ilkesi burada da uygulanacaktır. ArİHS’ye göre hiçbir hüküm, azınlıklara mensup kişilerin haklarını zayıflattığı şeklinde yorumlanamaz. (m. 43). Sözleşme’de bu iki hüküm haricinde azınlıklar veya mensupları ile ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak Sözleşme’de *herkes için* güvence altına alınan bazı haklar azınlığa mensup kişiler için özel önem taşımaktadır⁷⁵. Mesela tutuklama halinde anladığı dilde bilgilendirilme hakkı gibi.

⁷² Hashemi, Kamran, “Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation”, *Human Rights Quarterly*, V.29, 2007, (pp.194-227).

⁷³ Azınlığa mensup kişilerin hakları ile ilgili genel değerlendirme için bakınız: Donnelly, s. 94-95.

⁷⁴ 1994 ArİHS’de bu hakkın kullanıcısı bizzat azınlığın kendisi iken 2004 metninde azınlıklara mensup bireyler olarak düzenlenmiştir. Bakınız: Allam, s. 54.

⁷⁵ Allam, s. 54.

Azınlıkları, *dil, din ve etnik* açıdan gruplandırmak mümkündür:

ArİHS, *dil azınlıklarına* ilişkin olarak “tutuklanan herkesin, tutuklandığı tarihte, tutuklanmasının nedenleri hakkında anladığı bir dilde bilgilendirilme hakkına sahip olduğunu” belirtmektedir. (m. 14/3) Benzer şekilde 16/1. ve 4.madde ise mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığın, soruşturma ve yargılama süresince, ayrıntılı olarak, ücretsiz tercüman yardımıyla anladığı bir dilde, kendisine yöneltilen suçlamalardan derhal bilgilendirilme hakkına sahip olduğu” düzenlenmiştir.

Dini azınlıklarla ilgili olarak, çeşitli yerlerde ArİHS, dini uygulama için hoşgörü ilkesinin öneminden söz etmektedir. (Önsöz, m. 1/2 ve 3; m. 30/2). Aslında, ArİHS’nin amaçlarından biri “eşitlik, hoşgörü ve ılımlılık değerlerinin egemen olduğu bir sivil toplumu gerçekleştirmektir.” (m. 1/3). Ancak ArİHS’de geçen, “din ya da inancın” içeriği yeterince açık değildir. Önsöz kısmı ve 3/3. madde “İslam ve diğer ilahi dinler ve kuralları”na atıfta bulunmaktadır. Bu atıf, Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam gibi ilahi dinlerden birine ait dini bir azınlığa mensup insan anlamına geldiği şeklinde yorumlanabilir⁷⁶.

Etnik azınlıklarla ilgili olarak, 42. madde özel bir önem taşımaktadır. Buna göre, “herkes, kültürel yaşama katılma ve bilimsel ilerlemenin ve uygulamanın sonuçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Taraf devletler, (...) bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden doğan ahlaki ve maddi çıkarların korunmasını taahhüt ederler.” Bu kapsamda taraf devletler, etnik azınlığa mensup kişilerin bilimsel, edebi ve sanatsal ürünleri üzerindeki ahlaki ve maddi çıkarlarını koruma yükümlülüğü altındadır.

KSŞS de azınlığa mensup kişilerin hakları garanti altına alınmıştır. Buna göre “etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişilerin, grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma, kendi dinlerinin gereği olan ibadetleri yapma ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları engellenmez.” (m. 27). KSŞS ile karşılaştırıldığında ArİHS’nin, azınlığa mensup kişilerin hakları ile ilgili olarak benzer içerikte düzenleme yaptığı görülmektedir.

6.8. Self-determinasyon hakkı

KSŞS ve ESKŞS’de olduğu gibi ArİHS’de de düzenlenen ilk hak, self-determinasyon (kendi kaderini tayin) hakkıdır. Bu durum, bazı Arap bölgelerinin İsrail tarafından işgal edilmesi ve sömürgecilikten kaynaklanan eski sorunlar

⁷⁶ Allam, s. 55. Ayrıca bakınız: Rehman, Javaid, “Accommodating Religious Identities in an Islamic State: International Law, Freedom of Religion and the Rights of Religious Minorities”, *International Journal on Minority and Group Rights*, V.7, 2000, (pp.139-165).

ışığında kolaylıkla anlaşılabilir⁷⁷. Sözleşme'ye göre kendi kaderini tayin hakkı, tüm halkların “doğal zenginliklerini ve kaynaklarını kontrol etme ve siyasi sistemlerini özgürce seçme ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce takip etme hakkı” anlamına gelir. (m. 2/1).

ArİHS'de, “ulusal egemenlik ve toprak bütünlüğü hakkı” vurgulanmaktadır. (m. 2/2). Ayrıca bütün halkların “yabancı işgaline karşı direnme” hakkından bahsedilmektedir⁷⁸. (m. 2/4). Önsözde, “insan haklarını ihlal eden ve uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturan ırkçılık ve Siyonizm'in tüm biçimlerini reddetmektedir.” Aynı görüş 2/3. maddede teyit edilmektedir. Buna göre “İrkçılığın, Siyonizm'in, yabancı işgalinin ve tahakkümün her türlü biçiminin insan onuruna aykırı olduğu ve temel hakların kullanımına engel teşkil ettiği, bu türden tüm uygulamaların kınanması ve ortadan kaldırılması için çaba harcanması gerektiği” belirtilir. Bu hükme göre, tüm taraf devletlerin sömürgeci hâkimiyeti, yabancı işgali veya ırkçı rejimler altındaki halkların kendi kaderini tayin etme, özgürlük ve bağımsızlık haklarını destekleme yükümlülüğü vardır.

ArİHS'de düzenlenmiş olan self determinasyon hakkı KSHS ve ESKHS'nin 1.maddesiyle aynı içeriğe sahiptir⁷⁹. BM Genel Kurul'un 1981 tarihli *Devletlerin İçişlerine Müdahale ve Karışmanın Kabul Edilemezliği Bildirgesi*'nde “Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaç ve ilkelerine uygun olarak, devletlerin, sömürgecilik hâkimiyeti, yabancı işgali ya da ırkçı rejimler altındaki halkların kendi kaderini tayin etme, özgürlük ve bağımsızlık haklarını ve bu halkların hem siyasi hem de silahlı mücadele hakkına sahip olduğunu destekleme görevi”nden söz edilmektedir⁸⁰. Dolayısıyla ArİHS'nin bu yöndeki düzenlemesinin de uluslararası insan hakları standartlarına uygun olduğu görülmektedir. Ancak, Siyonizm kavramına yapılan atıf, insan hakları konusundaki uluslararası sözleşmelerin siyasi sorunlarla mücadelede araç olarak kullanılmaması gerektiğinden bahisle eleştirilmektedir⁸¹.

6.9. Özgürlük ve güvenlik hakkı

ArİHS, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması ile ilgili hakları da güvence altına almıştır. Bu kapsamda ArİHS'ye göre, tutuklanan herkes, kendisine

⁷⁷ Allam, s. 55.

⁷⁸ Yabancı işgaline karşı *direnme hakkının içeriği* konusunda uluslararası hukukta ve insancıl hukukta tam bir görüş birliği yoktur. Bakınız: Rishmawi (2005), s. 375-376.

⁷⁹ Hakkın içeriği ve İslam Hukuku açısından değerlendirilmesi için bakınız: Baderin, s. 54.

⁸⁰ Devletlerin İçişlerine Müdahale ve Karışmanın Kabul Edilemezliği Bildirgesi, (m. III-b), A/RES/36/103, 9 Aralık 1981. <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r103.htm>, (Erişim tarihi: 1.3.2018).

⁸¹ Shaw, Malcolm N., *International Law*, Sixth Edition, Cambridge, 2011, s.395.; Rishmawi (2005), s. 369.; Vitkauskaitė-Meurice, s.173.; Allam, s. 56.

yöneltilen suçlamalar hakkında derhal bilgilendirilme, aile üyeleriyle iletişime geçebilme, sağlık kontrolü talep etme ve bu haklar hakkında bilgilendirilme ve makul bir süre içinde yargılanma veya serbest bırakma haklarına sahip olacaktır. Ayrıca, keyfi veya hukuka aykırı gözaltı veya tutuklamanın mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir. (m. 8/2, 14/7, 19/2). Taraf devletler bireylere, haklarının ihlali durumunda etkili bir başvuru hakkı sağlamalıdır. (m. 23). Bu garantiler, KSHS'nin 9. maddesi ve AİHS'nin 5. maddesi⁸² ile genel olarak benzer içeriktedir.

Sözleşme taraf devletlere, ihtiyaç sahibi kişilere haklarını savunabilmeleri için hukuki destek kapsamında gerekli mali yardımı yapma yükümlülüğü getirmektedir. (m. 13/1). Hiç kimse bir borcu karşılama ya da herhangi bir kişisel yükümlülüğünü yerine getirmedeki kanıtlanmış çaresizliği nedeniyle hapsedilmeyecektir. (m. 18). Bu son durum, bazı Arap devletlerinde bulunan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü (borcunu) ödeyemeyen kişilere hapis cezası uygulanması nedeniyle olumlu bir hüküm olarak kabul edilmektedir⁸³.

7. ArİHS'nin Eleştirilen Hükümleri

ArİHS'nin kabul edilmesi yaklaşık 35 yıl sürmüştür. Bu kadar uzun sürede hazırlanan bir Sözleşme'nin yeterince tartışıldığı ve dolayısıyla uluslararası insan hakları standardında hükümler getirdiği varsayılır. Ancak ortaya çıkan sonuç için aslının pek de böyle olmadığını göstermektedir. Aslında Sözleşme'nin hazırlanması sürecinde insan hakları konusunda Arap devletleri arasında da belirgin görüş farklılıkları olduğu ortaya çıkmıştır.

ArİHS'nin hazırlanması çok uzun sürdüğü gibi onaylanma süreci de oldukça yavaş ilerlemiştir. 2014 başı itibarıyla daha 12 devletin onaylamış olması ArİHS'nin geleceği açısından ümit verici bir durum değildir. Sözleşme, asgari uluslararası standartları karşılama noktasında eleştirilirken, üye devletler şu mevcut haliyle kendilerine yüklenen asgari yükümlülükleri bile yerine getirememişlerdir. Sözleşme'nin öngördüğü iç hukuk değişikliklerinin yapılmasında çok az ilerleme kaydedilmiştir⁸⁴. *Arap baharının* Arap halkları üzerinde doğurduğu olumlu hava, ArİHS'yi onaylamış devletlerde etkisini gösterememiştir. Özellikle mutlak otokrasi ile yönetilmeye devam eden Arap ülkelerinde siyasi hakların nasıl hayata geçirileceği merak konusudur. Bu

⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özgürlük ve güvenlik hakkı için bakınız: Gözübüyük / Gölcüklü, s. 245 vd.

⁸³ Allam, s. 57.

⁸⁴ Örnek olarak Suriye, insan hakları ile ilgili ArİHS dâhil, evrensel ve bölgesel düzeyde yapılan çok sayıda uluslararası sözleşmeye taraf olmasına rağmen, sözleşmelerin gerektirdiği iç hukuk değişikliklerini yapmamıştır. Bakınız: Almakky, Rawa G., "Protection of Human Rights and the Arab League: A Case Study on the Syrian Arab Republic", *Journal of Islamic State Practices in International Law*, V.11/2, 2015, (pp.8-36), s. 16.

kapsamda temel insan haklarının gerçekleştirilmesinde yükümlülüklerin yerine getirilmesi noktasında şu an için gerçek bir siyasi irade bulunmamaktadır⁸⁵.

Arap Devletleri Birliği de, insan hakları konusuna gereken önemi vermemiştir. Hatta Birlik, herhangi bir üyesine karşı insan hakları ihlali sebebiyle etkili ve ciddi bir şekilde baskı kuramamıştır⁸⁶. Birlik'in yoğunlaştığı tek eleştiri ve kınama, İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları ihlalleri olmuştur. Üye Arap devletlerinde insan haklarının gerçek bir şekilde güvence altına alınması, siyasi, ekonomik ve geleneksel pek çok sebepten dolayı engellerle karşı karşıyadır. Bu nedenle, ArİHS'nin benimsenmesi, üye ülkelerde insan haklarının gelişmesinde önemli bir adım olarak görülmektedir⁸⁷.

Aslında ArİHS'nin birçok hükmü uluslararası insan hakları hukukundaki asgari standartlara uygun olmakla birlikte eleştiri konusu olan iki sorun vardır: İlki Sözleşme'deki bazı hükümlerin bu standartlarla çelişmesi, diğeri ise bazı hakların düzenlenmemesidir⁸⁸. Aşağıdaki incelenen haklar bu iki sorun bağlamında ele alınacaktır. Ayrıca bazı hakları güvence altına alan hükümlerin, Sözleşme'nin diğer bazı maddeleri ile çelişki içinde bulunduğu da ileri sürülmektedir.

7.1. Ölüm cezası

ArİHS, ölüm cezasını⁸⁹ tamamıyla kaldırmamıştır. Sözleşme'ye göre "ölüm cezası, sadece suçun işlendiği sırada yürürlükte olan yasaya uygun olarak *en ciddi suçlar*⁹⁰ için uygulanacaktır. Böyle bir ceza, ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilen nihai bir karara göre gerçekleştirilebilir. Ölüm cezasına çarptırılmış olan herkes, kararın affedilmesini veya değiştirilmesini isteme hakkına sahip olacaktır." (m. 6). Bu durum KSHS'de (m. 6/2 ve 4) öngörülen hükümlerle aynı içeriktedir.

ArİHS ölüm cezasını tamamen kaldırmamakla birlikte "her insanın doğuştan yaşam hakkına sahip olduğunu" belirtmektedir. Bu hak hukuk tarafından

⁸⁵ Fadel, s. 5-6.; Aslında insan haklarıyla ilgili Arap dünyasındaki bu isteksizlik ve parçalanmış yapının bundan 30 yıl öncesine göre pek de farklılık göstermediği görülmektedir. Arap dünyasındaki insan hakları uygulamaları konusundaki 1987 tarihli bir çalışma için bakınız: Gemalmaz, s. 193-220.

⁸⁶ Birlik Suriye yönetiminin sivillere yönelik yaptığı saldırılara karşı ancak cılız uyarılar yapabilmiş ve Suriye'deki insan hakları ihlalleri için bir gözlemci misyon kurmuştur. Ancak bu misyon da uluslararası alanda açık bir destek bulamamıştır. Bakınız: Almakky, s. 21-27.

⁸⁷ Allam, s. 50.

⁸⁸ Rishmawi (2005), s. 369-371.

⁸⁹ Ölüm cezasının uygulandığı ülkelerin başında ABD, Çin, Suudi Arabistan ve İran gelmektedir. Ölüm cezası ile ilgili tartışma ve istatistikler için bakınız: Clapham, s. 204-211.

⁹⁰ *Ciddi suç* kavramı Sözleşme'de tanımlanmamıştır. Ancak "sadece kasıtlı cinayet ya da cinayete teşebbüs ile kasıtlı bedensel zarar" suçlarının ciddi suç olabileceği yorumu yapılmaktadır. Bakınız: Rishmawi (2005), s. 371.

korunacaktır. Kimse hayatından keyfi olarak mahrum edilemez. (m. 5). AİHS’de olduğu (m. 2/1) gibi, yaşam hakkı AİHS’de *genel olarak* düzenlenmiştir⁹¹. Bu bağlamda “yaşam” ve “keyfi” kavramları tanımlanmamıştır. Mesela yaşam kelimesinin cenini kapsayıp kapsamadığı belli değildir. Dolayısıyla her insanın yaşam hakkı garanti edilmekle birlikte ciddi suçlar bakımından ölüm cezası uygulanabilecektir. Aslında Cibuti hariç üye tüm Arap devletlerinde ölüm cezası bulunduğu için, AİHS bu cezayı saklı tutmuştur⁹².

AİHS’deki ölüm cezası ile ilgili diğer bir sorun da “yürürlükteki iç hukukun izin verdiği durumlarda 18 yaşından küçüklere ölüm cezasının verilebileceği” hususudur. (m. 7/1). Sözleşme’nin hazırlanması sırasında bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüş ölüm cezasının 18 yaşından küçüklere uygulanamazlığı ile ilgili uluslararası standartları esas almıştır. İkinci görüş ise, yasal sistemlerin Arap devletleri arasında farklı olması nedeniyle, belirli bir yaştan bahsetmenin uygun olmadığını, özellikle de İslami kuralların ölüm cezasını belirli bir yaştan ziyade yetişkinliğe bağladığını savunmuştur. İki görüşü uzlaştırmak için, “yürürlükte olan yasalarda aksi belirtilmedikçe” ibaresi maddeye dâhil edilmiştir. Sonuçta 7/1. madde metni şu şekilde olmuştur: “Suç işlendiği zaman yürürlükte olan yasalarda aksi belirtilmedikçe, 18 yaşın altındaki kişilere ölüm cezası verilemez.” Bu yüzden 7. madde, eleştirilerin odağı olmuştur⁹³. Çünkü bu hüküm açıkça, 18 yaşından küçükler için ölüm cezasını yasaklayan KSHS’nin 6/5. maddesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 37/a. maddesi ile gelinen uluslararası seviyenin altında kalmıştır⁹⁴.

7.2. Yabancıların haklarının düzenlenmemesi

AİHS, yabancıların yararlanacağı haklarla ilgili olarak, 26/2. madde hariç, doğrudan bir hüküm içermemektir. Ancak bazı maddelerde, zıt anlamıyla yabancılar bazı haklardan mahrum bırakılmaktadır. Mesela, siyasi hakları düzenleyen 24. madde, yalnızca *vatandaşlara* barışçıl toplanma özgürlüğü ve başkalarıyla birlikte serbestçe örgütlenme ve katılma hakkı tanımaktadır. Çalışma hakkını düzenleyen 34. madde, ESKHS (m. 6) ve (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı⁹⁵ (m. 1)’ndan farklı olarak çalışma hakkının *her vatandaşın* doğal bir hakkı olduğunu belirtmektedir. Sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 36. madde, ESKHS (m. 9)’nin aksine, taraf devletlerin, sosyal sigorta dâhil

⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaşam hakkı için bakınız: Gözübüyük / Gölcüklü, s. 155 vd. AİHS ölüm cezasını, Ek 6. ve 13. Protokollerle kademeli olarak tamamen kaldırmıştır.

⁹² Allam, s. 57-58.

⁹³ Shaw, s. 395.

⁹⁴ Rishmawi (2005), s. 371-372.; Allam, s. 58.; Üstelik bu yasak olağanüstü dönemlerde askıya alınabilir niteliktedir. Bakınız: Vitkauskaite-Meurice, s. 174.

⁹⁵ (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı, 3 Mayıs 1996 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

olmak üzere, *her vatandaşın* sosyal güvenlik hakkının sağlanmasını şart koşmaktadır. Yine 39. maddede *toplumun bütün üyelerinin* sağlık hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, sağlık hizmetlerine ve sağlık bakım merkezlerine ücretsiz ve ayırmacı olmayan erişim hakkından *vatandaşların* yararlanacağı vurgulanmıştır. Aynı şekilde eğitim hakkını düzenleyen 41. madde de ESKHS (m. 13)'nin aksine, taraf devletlerin vatandaşlarına, en azından ilk ve temel seviyede ücretsiz eğitim hakkını garanti etmektedir.

Sözleşme'nin 24., 34., 36. ve 41. maddeleri, açıkça 3/1. madde ile çelişmektedir. Çünkü 3/1. madde "bu Sözleşme'ye taraf devletlerin her biri, kendi yargı yetkisine tabi olan tüm bireylerin (all individuals) burada belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkını sağlamayı taahhüt eder" demektedir. Bu nedenle, Taraf Devletlerin, kendi ülkelerinde ve kendi yargı yetkisine tabi olan tüm kişiler için Arap İHS'de belirtilen hak ve özgürlükleri sağlamaları gerekmektedir. Bu yorum, haklar ve özgürlüklerden yararlanma hakkının, ister vatandaşlar, ister yabancı ve isterse vatansız olsun, tüm bireylere açık olduğunu belirten 3/1. madde ile örtüşmektedir. Bu nedenle, diğer haklara ek olarak, yabancılar, barışçıl toplanma özgürlüğü⁹⁶, başkalarıyla birlikte örgütlenme hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ücretsiz temel eğitim hakkı ve sağlık hizmetlerine erişim hakkından yararlanabilmelidir⁹⁷.

AriHS'nin 26/2. maddesi ise yabancıların sınırdışı edilmesi ile ilgili güvence getirmiştir⁹⁸. Buna göre "hiçbir taraf devlet, uyrukluğunu taşımayan ve fakat ülkesinde yasal olarak bulunan kişiyi, ulusal güvenlik sebepleri gerektirmedikçe, hukuka uygun bir karar doğrultusunda sınırdışı edemez. Kişinin bu karara karşı yetkili makama dilekçe vermesine izin verilir." Bu haliyle madde sanki yabancıların ulusal güvenlik gerekçesiyle karara gerek olmaksızın sınırdışı edilebileceği izlenimi uyandırmaktadır⁹⁹. AriHS'nin yabancıların sınırdışı edilmesiyle ilgili olarak yaptığı bu düzenleme KSHS'nin 13. maddesi ile benzer içeriktedir.

7.3. Çekince konusu

AriHS'nin 53/1. maddesine göre, "herhangi bir taraf devlet, bu İHS'yi imzalarken, onay belgelerini tevdi ederken, hedefleri ve temel amaçlarına

⁹⁶ AriHS'de yabancıların barışçıl toplanma özgürlüğünden mahrum bırakılmasına eleştiri için bakınız: Vitkauskaitė-Meurice, s. 175.

⁹⁷ Allam, s. 61.

⁹⁸ Maddenin ilk taslak hali "Bir taraf devletin ülkesinde yasal olarak bulunan yabancı, hukuka uygun bir karar doğrultusunda sınırdışı edilebilir. Bu karar ulusal güvenliğin zorunlu kıldığı durumlar haricinde, yetkili bir makam tarafından incelenmesi gerekir gerekir. Her hâlükârda toplu sınırdışı yasaktır" şeklinde idi. Bakınız: Al-Midani / Cabanettes, s. 156. Madde daha sonra mevcut haliyle kabul edilmiştir.

⁹⁹ Allam, s. 59.

(aims and fundamental purposes) aykırı olmamak şartıyla Sözleşme'nin herhangi bir maddesine bir çekince koyabilir." Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşü¹⁰⁰, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (m. 19/c) ve diğer insan hakları sözleşmelerinde çekincenin, anlaşmanın "konu ve amacı"na aykırı olamayacağı belirtilirken işbu madde "hedef ve temel amacı" ifadesini kullanmıştır. "Hedef ve amaç" kelimelerinin lafzi anlamlarının birbiriyle aynı olup olmadığına bakılmasa bile, maddenin çekincelerin kapsamını genişleteceği açıktır. Bu bağlamda maddeye göre, AİHS'nin "konusuna ve temel amacına uygun olmayan" çekinceye izin verilebilir. Bununla birlikte, çekince konusu aynı zamanda çekincelerle ilgili uluslararası hukuktaki ilgili hükümlerle birlikte düşünülmelidir. Bu durumda Sözleşme'nin konu ve amacı ile bağdaşmayan bir çekinceye izin verilmemesi gerektiği anlamına gelir. Bu görüş, insan hakları sözleşmeleri alanındaki bir çekincenin arzu edilmemesi ve sınırlandırılması gerektiği gerçeğiyle örtüşmektedir¹⁰¹.

Madde, "Sözleşmenin herhangi bir maddesine" çekince konulabileceğini düzenlemektedir. Bu durum AİHS'nin 57. maddesi ile aynı içeriktedir. Aslında bu ifade uluslararası insan hakları standartları bakımından isabetli değildir. Çünkü AİHS, self-determinasyon hakkı, ayrımcılık yasağı, yaşam hakkı, ölüm cezasının çocuklara ve hamile kadınlara uygulanması yasağı, işkence yasağı gibi çekince koymanın makul olmayacağı çeşitli haklar içermektedir. Sonuç olarak AİHS'nin çekince konusundaki hükmü hem diğer maddelerle hem de uluslararası hukuk açısından çelişkiler içermektedir.

7.4. İç hukuklara atıf yapılması

AİHS'nin 43. maddesi, Sözleşme ile taraf devletin iç hukuk ilişkisini düzenlemiştir. Madde "Bu Sözleşme'de yer alan hiçbir şey, taraf devletlerin iç hukukları tarafından korunan hak ve özgürlükleri ya da taraf devletlerin kadın, çocuk ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere kabul ettiği veya onayladığı uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde yer alan hak ve özgürlükleri bozucu şekilde yorumlanamaz" demektedir. Bu madde ile Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin mi yoksa özellikle iç hukukun insan haklarını koruyan hükümlerinin mi daha fazla korunduğu tam olarak anlaşılammaktadır¹⁰².

¹⁰⁰ UAD'nin çekinceye dair görüşü şu yöndedir: "Bir devlet, Sözleşmenin taraflarından biri veya birkaçı tarafından itiraz edilen bir çekince ileri sürmüştü, bu çekince sözleşmenin konu ve amacı ile uyumlu olması halinde, bu devletin Sözleşmeye taraf olduğu kabul edilebilir. Bakınız: Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1950-1951), Advisory Opinion of 28 May 1951, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, s.19, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/4285.pdf> (Erişim Tarihi:1.3.2018)

¹⁰¹ Allam, s. 59-60.

¹⁰² Mattar, s. 95 ve özellikle s. 109 vd.

ArİHS'nin belki de en çok eleştirilen yönlerinden birisi de hak ve özgürlükleri düzenlerken genel ifadeler kullanması ve bazı hakların kullanılması konusunda ise iç hukuka atıf yapmasıdır¹⁰³. Bu bağlamda Sözleşme'nin 7/1., 9., 25., 26., 29/2., 30/1., 33/1., 34/5. ve 35/5. maddelerinde söz konusu hakların kullanılması konusunda iç hukuka atıf yapılmıştır. Bu maddelerde hakların uygulanması, iç hukuka ve dolayısıyla da taraf devletin takdirine bırakılmış gözükmektedir. Diğer bir deyişle, bu haklar iç hukukla uyumsuz olduğu durumlarda uygulanamayacaktır. Mesela 18 yaşın altındaki kişilere karşı ölüm cezası verilmesini yasaklayan 7/1. madde "aksi öngörülmedikçe" ibaresi ile bu hakkın uygulanmasını anlamsız hale getirmiştir. Yine, kişinin rızası olmaksızın kendi üzerinde bilimsel tıbbi ve bilimsel deney yapılamayacağını düzenleyen 9. madde, bu hakkın her bir taraf devletin yürürlükte olan ulusal kanunları uyarınca gerçekleşeceğini düzenlemektedir.

Seyahat ve ikamet özgürlüğünü düzenleyen 26. maddede iç hukuka atıf yapılmış olması, özellikle kadının bazı taraf ülkelerde seyahat ve ikamet hakkını sınırlamaktadır¹⁰⁴. Aynı şekilde vatandaşlık hakkını düzenleyen 29/2. maddede çocuğun annesinin vatandaşlığını kazanması hakkını iç hukukun düzenlemesine bağlamıştır. Dolayısıyla şüphesiz bu atıflar, taraf devletin bu tür sınırlamaları kendi yasalarına göre haklı gösterebileceğinden, hakların uygulanmasını zayıflatmaktadır.

7.5. Koruma sisteminin zayıflığı

İnsan hakları konusundaki uluslararası belgelerin en can alıcı noktası sözleşme ile garanti edilen bu hakların gerçekleştirilmesi için etkili bir kontrol sistemi kurup kurmadığıdır¹⁰⁵. ArİHS de taraf devletlerin yükümlülüklerini doğru bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol etmek için oldukça zayıf bir mekanizma kurmuştur¹⁰⁶. Bu mekanizma, taraf devlete mensup vatandaşlardan seçilen ve yedi üyeden oluşan Arap İnsan Hakları Komitesidir. Üyeler, insan hakları konularında oldukça deneyimli ve yetkin (highly experienced and competent) olmalıdır. Komite bağımsız bir organdır, üyeleri bireysel olarak görev yapar ve tamamen bağımsız ve tarafsızdır. (m. 45). Bağımsızlıkları vardır. (m. 47). Komitenin tek işlevi, taraf devletlerin sunduğu raporları dikkate almaktır. (m. 48/1). Sözleşme'de insan hakları ihlali iddiası halinde Komite'ye *bireysel veya devlet başvurusu* öngörülmemiştir. Dolayısıyla Komite bir izleme organı niteliğinde kalmıştır¹⁰⁷. İnsan hakları ihlali iddiası halinde bireysel başvuru veya

¹⁰³ Magliveras / Naldi, s. 153.

¹⁰⁴ Vitkauskaite-Meurice, s. 172.

¹⁰⁵ Mattar, s. 140-144.

¹⁰⁶ Al-Midani / Cabanettes, s. 149.

¹⁰⁷ ArİHS'nin öngördüğü İnsan Hakları Komitesi hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bakınız: Rishmawi (2010), s. 172-175.; Vitkauskaite-Meurice, s. 175-176.; Magliveras /

şikâyet mekanizmasının olmaması insan hakları koruma sisteminin önemli bir eksikliğidir¹⁰⁸.

Taraf devletlerden her biri, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde ve daha sonra her 3 yılda bir periyodik bir rapor halinde Komiteye bir ön rapor sunmalıdır. (m. 48/2). Bu raporların amacı, taraf devletlerin "bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için" gerekli önlemleri alıp almadığını tespit etmektir. Ancak Sözleşme, devletin rapor vermemesi durumunda ne yapılması gerektiğini belirtmemiştir¹⁰⁹.

2014 yılında Arap Devletleri Birliği bünyesinde bir Arap İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü kabul edilmiştir. Ancak Statü'ye göre, 7 üyeden oluşan Mahkeme, yargı yetkisi ve bazı usul kurallarındaki eksiklikler bakımından eleştirilmektedir. Çünkü insan hakları ihlali iddiası halinde sınırlı olarak devlet başvurusu öngörmekte, bireysel başvuru imkânı vermemektedir. İlginçtir ki Statü eleştirilen mevcut haliyle bile henüz hiçbir devlet tarafından imzalanmış değildir¹¹⁰.

Sonuç olarak ArİHS, AİHS'nin kurduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹¹¹ gibi yargısal nitelikli etkili bir kontrol mekanizması kur(a)mamıştır. ArİHS'nin kurduğu idari nitelikli Komite'nin kontrol yetkisi ve mekanizması oldukça etkisiz ve zayıftır. İnsan hakları ihlali iddiası ile taraf devlet aleyhine bireysel veya devlet başvurusu öngörülmemiş olması ise yoruma gerek duyurmayacak derecede bir eksikliklerdir.

8. Sonuç

ArİHS, insan hakları alanında bir ulus adıyla yapılmış ilk çok taraflı uluslararası bir sözleşmedir. Bu durum ilk bakışta ırkçılığı çağrışırsa da Sözleşme içeriğinden ırkçılığın reddedildiği açıkça görülmektedir. Bu bakımdan adında bir ulusun adı bulunsa da ArİHS, bölgesel nitelikli uluslararası bir insan hakları sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Mevcut haliyle ArİHS, olumlu özellikleri olduğu gibi eleştiriye açık hükümler de barındırmaktadır. Aslında ArİHS, "Arap devletlerinin temel ulusal kaygılarının merkezine insan haklarını yerleştirmek, Arap devletlerinde bireyin iradesini şekillendiren ve yaşamını ona uygun şekilde geliştirebilmelerini sağlayan yüce

Naldi, s. 155-157.; Al-Midani / Cabanettes, s. 149.

¹⁰⁸ Mattar, s. 140-144.; Vitkauskaitė-Meurice, s. 175-176.

¹⁰⁹ Allam, s. 63.

¹¹⁰ Magliveras / Naldi, s. 149.; Aydoğan, M. Beheşti, Arap İnsan Hakları Mahkemesi: Birleştirici Bir Güç Olarak İnsan Hakları, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2.3, 2015, (ss.127-154).

¹¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısı, başvuru şartları ve işleyişi için bakınız: Gözübüyük / Gölcüklü, s. 31-132.

ve temel idealleri, asil insani değerlerle yerleştirmeyi amaçlamaktadır.” (m. 1/1). Gerçekten de AriHS, uygulandığında Arap coğrafyasında olumlu etkiler doğuracak hükümler içermektedir. Bu hükümler insan hakları alanında uluslararası standartlar seviyesinde düzenlemelerdir. Bu yönüyle AriHS, hem Arap dünyası hem de evrensel düzeyde insan haklarının geliştirilmesi ve korunması konusunda önemli ve olumlu bir ilerlemedir.

Ancak, koruma mekanizmasının zayıflığı (hatta yokluğu), 18 yaşından küçüklere ölüm cezasına kapı aralaması, bazı hakların gerçekleştirilmesinde iç hukuka atıf yapılması, yabancıların bazı temel haklardan yararlanamaması bakımından eleştiriye açık ve olumsuz hükümler içermektedir. Bu nedenle, AriHS’deki bu zayıflık ve belirsizlikler, yapılacak değişikliklerle (m. 50) ve/veya isteğe bağlı protokollerin (m. 52) benimsenmesiyle aşılmalıdır.

Kaynaklar

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk-Temel Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, 2014.

Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, 2017.

Allam, Wael, “The Arab Charter on Human Rights: Main Features”, *Arab Law Quarterly*, V.28, 2014, (pp.40-63).

Almakky, Rawa G., “Protection of Human Rights and the Arab League: A Case Study on the Syrian Arab Republic”, *Journal of Islamic State Practices in International Law*, V.11/2, 2015, (pp.8-36).

Al-Midani, Mohammed Amin / Cabanettes Mathilde (Translation), “Arab Charter on Human Rights 2004”, (Revised by Professor Susan M. Akram), *Boston University International Law Journal*, V.24, 2006, (pp.147-164).

Aydoğan, M. B., “Arap İnsan Hakları Mahkemesi: Birleştirici Bir Güç Olarak İnsan Hakları”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2.3, 2015, (ss. 127-154).

Baderin, Mashood A., *International Rights and Islamic Law*, Oxford Universty Press, 2009.

Bassiouni, Mahmoud, “Menschenrechte und die Suche nach einer islamischen Identität”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012.

Bennani, Azelarabe Lahkim, “Die Zukunft des arabischen Frühlings aus der Perspektive der Menschenrechte”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012.

Çaşın, Mesut Hakkı, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları-Cilt II*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Clapham, Andrew, İnsan Hakları, (Çeviren: Hakan Gür), Dost Kitabevi, Ankara, 2010.

Dhouib, Sarhan, "Die kritische Diskussion der Menschenrechte: Stimmen aus dem arabisch-islamischen Kulturraum", *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012.

Donnelly, Jack, *International Human Rights*, Westview Press, 2007.

Epps, Valerie, *International Law*, Carolina Academic Press, (Fourth Edition), 2009.

Ergül, Ergin, İslam İşbirliği Teşkilatı Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Fadel, Mohammad, "Is There a Future for an Arab Human Rights Mechanism - Not without Democracy", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, V.32/1, 2014, (pp.5-7).

Gemalmaz, Mehmet Semih, "Arap Ortadoğusuna İnsan Hakları Uygulaması Açısından Bakış", İnsan Hakları Yıllığı, Sayı:9/1, 1987, (ss. 193-220).

Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, 2011.

Hashemi, Kamran, "Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation", *Human Rights Quarterly*, V.29, 2007, (pp.194-227).

Hijarpe, Jan, "İnsan Hakları Tanımı Üzerine İslam Dünyasında Yeni Tartışmalar" (Çev: Seyfettin Erşahin), İslami Araştırmalar Dergisi, C.11, S. 3-4, 1998, (ss. 171-177).

Hunter, Nan D., *The law of emergencies : public health and disaster management*, Butterworth-Heinemann, 2009.

Koraytem, Tabet, "Arab Islamic Developments on Human Rights", *Arab Law Quarterly*, V.16(3), 2001, (pp.255-262).

Magliveras, Konstantinos / Naldi, Gino, "The Arab Court of Human Rights: A Study in Impotence", *Revue Quebecoise de Droit Internatioanl Law*, V.29(2), 2016, (pp.147-172).

Mattar, Mohamed Y., "Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards", *Harvard Human Rights Journal*, V.26, 2013, (pp.91-147).

Rehman, Javaid, “Accommodating Religious Identities in an Islamic State: International Law, Freedom of Religion and the Rights of Religious Minorities”, *International Journal on Minority and Group Rights*, V.7, 2000, (pp.139-165).

Rishmawi, Mervat, “The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: An Update”, *Human Rights Law Review*, V.10/1, 2010, (pp.169-178).

Rishmawi, Mervat, “The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?” *Human Rights Law Review*, V.5/2, 2005, (pp.361-376).

Sandkühler, Hans Jörg “Menschenrechte in der arabischen Welt: Zur Einleitung in den Themenschwerpunkt”, *MenschenRechtsMagazin*, Heft 1/2012.

Sayın, Yusuf, “İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve İslam”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 26, 2015, (s. 423-454).

Shaw, Malcolm N., *International Law*, Sixth Edition, Cambridge, 2011.

Terzi, Mahir, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması Üzerine Bir İnceleme: İnsan Hakları ve Amerika”, *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, Cilt.27, Sayı.2, Aralık-2017, (ss.53-92).

Terzioğlu, Süleyman Sırrı, *Bir Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak İslam İşbirliği Teşkilatı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Vitkauskaitė-Meurice, Dalia, “The Arab Charter on Human Rights: The Naissance of New Regional Human Rights System or a Challenge to the Universality of Human Rights?”, *Jurisprudence*, V.119/1, 2010, (pp.165-180).

ÇAĞIMIZIN PANDEMİSİ: NEFRET SUÇLARI

The Pandemia of Our Age: Hate Crimes

Dr. Öğr. Üyesi Uğur ERSOY¹

Geliş Tarihi: 18.12.2017 Kabul Tarihi: 31.05.2018

ÖZET

Nefret suçlarının, çağımızın, başka bir deyişle modern toplumun pandemisi olarak nitelendirilmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Gerçekten de nefret suçları gerek ülkemizde gerek dünyanın çeşitli coğrafyalarında güncel ve sosyal bir sorun olarak varlığını artırarak sürdürmektedir. Bu bağlamda her ülke kendi hukuk sistemi içerisinde nefret suçlarını engellemek için çeşitli yasal düzenlemeler yapma yoluna gitmektedir.

Çalışmada temel olarak Türk ceza hukuku literatürüne yeni girmeye başlayan kavramlar olan nefret suçları, nefret söylemi, nefret saiki, önyargı saiki gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ve bunların benzer kavramlarla olan farkları üzerinde durulacaktır. Nefret suçları olgusunun çok kapsamlı bir içeriğe sahip olması ve aynı zamanda başka disiplinlerin de ilgi alanına girmesinden ötürü ağırlıklı olarak hukuki değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuktaki ve uluslararası hukuk metinlerindeki düzenlemelere değinilmesi, nefret söylemi ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkinin ortaya konulması, TCK'da yer alan bazı suçların incelenmesi ve son olarak da nefret suçlarının suç genel teorisi bakımından gösterdiği özelliklere temas edilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Nefret suçları, nefret söylemi, nefret, ifade özgürlüğü, nefret ve önyargı saiki.

ABSTRACT

There are no inconveniences to the fact that hate crimes are defined as the pandemia of our age, in other words, modern society. Actually, hate crimes continue to exist as a current and a social problem in our country and in various geographies of the world. In this context, each country goes through to make various legal arrangements in their legal system to prevent hate crimes.

In our study it will be focused on what should be understood from the concepts, which are new in the Turkish criminal law literature, as hate crimes, hate speech, hate and bias motive and their differences with similar concepts. Because of the fact that hate crimes have a very comprehensive content and at the same time they are in the field of other disciplines, legal considerations will be made predominantly. In this regard, it is aimed to make references to the regulations in the comparative and international legal texts, to reveal the relation between hate speech and freedom of expression, to examine some crimes in the Turkish Criminal Code and finally to touch on the characteristics of hate crimes in terms of general theory of crime.

Keywords: Hate crimes, hate speech, hate, freedom of expression, hate and bias motive.

¹ Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Nefret suçu, hukuki açıdan yeni sayılabilecek bir kavram olmasına karşın önyargı motivasyonlu şiddetin çok uzun bir geçmişi vardır. Eski çağlardan beri insanların diğer insanları dış görünüşleri, renkleri, milliyetleri, dilleri veya dinleri dolayısıyla yaraladıkları veya öldürdükleri bilinmektedir².

Nefret suçları en genel şekliyle, temel bir suç tipinin nefret veya önyargı saikiyle işlenmesi olarak tanımlanabilir. Nefret suçları her ne kadar nefretle ilgiliymiş gibi görülsün de aslında önyargı ile alakalıdır. Bu bağlamda nefret suçuyla ilgili düzenlemelere yer veren ülkelerde nefret suçunun farklı tanımlamaları bulunsa da nefret suçlarına karakteristiğini veren husus önyargı saikidir. Ancak çalışmada üzerinde durulacağı üzere önyargı kavramı çok karışık, kapsamlı ve belirsiz bir içeriğe sahiptir³.

Nefret suçu, nefret söylemi, nefret saiki, önyargı saiki gibi kavramların Türk ceza hukuku terminolojisine yeni girmeye başlayan kavramlar olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında Türk ceza hukuku doktrininin bu kavramlara yabancı olduğunu söylemekte bir sakınca yoktur. Buna karşılık Batılı ülkelerde ve özellikle Amerika'da bu kavramların kullanımının çok daha eskilere dayandığı görülmektedir.

Türk Hukuku'nda nefret suçları özel olarak düzenlenmemiştir. Her ne kadar 2014 yılında 6529 sayılı Kanun'la⁴ TCK'nın 122. maddesinin "*Ayrımcılık*" olan madde başlığı "*Nefret ve ayrımcılık*" olarak değiştirilmiş, "*nefret nedeniyle*" ifadesi metne dâhil edilmişse de yapılan bu değişikliğin teknik anlamda bir nefret suçu düzenlemesi olmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.

Bu çalışmada, nefret suçları ve nefret söyleminden ne anlaşılması gerektiğine, nefret suçlarına yer veren ülkelerde konunun nasıl ele alındığına, uluslararası sözleşmelerde ve Avrupa Birliği müktesebatında konuya nasıl yaklaşıldığına, nefret söyleminin ifade özgürlüğüyle olan ilişkisine, nefret suçlarının suç genel teorisi bakımından gösterdiği özelliklere ve TCK'da bu konuda yapılması gerekenlere değinilecektir.

1. Kavramsal Gelişim

Nefret suçları, çağımıza ilişkin bir kavram olsa da, adına bugün nefret suçu denilen eylemlerin tarihsel açıdan oldukça eskilere dayandığı söylenebilir⁵.

² Streissguth, Tom, *Hate Crimes*, Revised Edition, New York 2009, s.3.

³ Jacobs, James B./Potter, Kimberly, *Hate Crimes – Criminal Law&Identity Politics*, 1998, s.21.

⁴ R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940.

⁵ Ataman, Hakan, "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", in: *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.47.

Bu açıdan bakıldığında, bir suçun nefret saiki ile işlenmesi olgusunu çok eski devirlere hatta insanlığın başlangıcına kadar götürmek mümkünse de bu durumun nefret suçu başlığı altında ceza kanunlarına girmesi 1980'li yılların ortalarına denk gelmektedir⁶.

Günümüzde nefret suçu olarak tanımlanan eylemlerin engellenmesi yolundaki ilk adımlar 1960'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, Yahudilere ve siyahlara yönelik saldırıları engellemek amacıyla atılmıştır. Ancak nefret suçu kavramı, 1986 yılında New York'ta bir grup beyaz genç tarafından siyahi bir kişiye yönelik gerçekleştirilen ırkçı saldırının gazete manşetlerine yansmasıyla birlikte yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. İlk başlarda sadece ırk ve din temelli saldırıları karşılamak için kullanılan bu kavram, 1990'lı yılların başından itibaren kişinin cinsel tercihi, ulusal kökeni, engellilik hali ve cinsiyeti nedeniyle maruz kaldığı saldırılar için de kullanılmaya başlanmıştır⁷. Bu bağlamda nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin belli bir sosyal, ekonomik ve kültürel geçmişe sahip olduğu, başka bir ifadeyle bu suçların popülist bir yaklaşım sonucu ortaya çıkmadığı söylenebilir⁸.

Nefret suçu kavramının, dünyanın pek çok gelişmiş hukuk sisteminde özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında dünyadaki genel eğilim, bir suçun nefret saiki ile işlenmesini, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenleme yönündedir. Buna karşın az sayıdaki ülkede ayrı bir nefret suçu kanununa yer verilmektedir⁹.

Türkiye'de de son yıllarda çeşitli sivil toplum kuruluşlarının¹⁰ ve siyasi

⁶ Ataman, Nefret Suçları, s.49-50 (Yazar, "Habil ve Kabil" in hikayesini, nefret suçlarının başlangıcına dair somut bir örnek olarak vermenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, üç büyük semavi dinin kutsal kitaplarına (Tevrat, İncil ve Kur'an) göre, Hz. Adem'in oğulları olan Habil ve Kabil, Tanrı'ya birer adak sunarlar ancak Tanrı, Kabil'in adağını reddeder. Buna çok sinirlenen Kabil, kardeşi Habil'i öldürür. Ataman, Kabil'in kardeşi Habil'e karşı göstermiş olduğu ve genellikle uzmanlar tarafından "nefret" kavramıyla birlikte ele alınan kızgınlık, öfke, aşağılama ve saldırganlık gibi davranışların yarattığı çağırışımın "nefret suçu" nun başlangıcı olarak kabul edilebileceğini ve bu açıdan bakıldığında nefret suçunun başlangıcının insanlığın başlangıcına kadar götürülebileceğini ifade etmektedir.). Benzer görüş için bkz. Sınar, Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s.1271; Şahinkaya, Yalçın, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları, Ankara 2016, s.139.

⁷ Ataman, Nefret Suçları, s.59-60.

⁸ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.140.

⁹ Sınar, Nefret Suçları, s.1271.

¹⁰ Türkiye'deki sivil toplum kuruluşlarından somut bir nefret suçu yasa taslağı hazırlamış olanlardan birisi Sosyal Değişim Derneği'dir. Bu derneğin 2013 yılında hazırlamış olduğu taslak metin, geniş katılımlı bir platformun öncülüğünde kaleme alınmış olup, Türkiye'de konuyla ilgili yapılmış en ciddi çalışmaların başında gelmektedir. Taslakta, nefret suçlarının önlenmesi amacıyla Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinde yapılması gereken

partilerin önderliğinde nefret suçlarıyla ilgili yasal düzenlemelerin yapılması için önemli girişimlerde bulunulmuştur. İnternet ve sosyal medya üzerinden sürdürülen bu faaliyetler, toplumun nefret suçları konusunda bilinçlenmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle gerek cinsel yönelimi gerek ırk ve etnik kimliği nedeniyle şiddete uğrayan ve bazen de öldürülen kişilerin medyada sıkça yer alması, nefret suçlarıyla ilgili yasal bir düzenleme yapılması hususunda siyasi iktidar üzerinde önemli bir baskı unsuru olmuştur. Nefret suçlarının Türk Ceza Kanunu'na dahil edilmesi için değişik tarihlerde kanun teklifleri¹¹ hazırlanmışsa da bunda başarılı olunamamıştır.

02.03.2014 tarihinde kabul edilen 6529 sayılı “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un¹² kabulü ile birlikte “*nefret*” kavramı ilk defa Türk Ceza Kanunu'na girmiştir¹³. 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile TCK'nın 122. maddesi madde başlığıyla birlikte şu şekilde değiştirilmiştir:

“Nefret ve ayrımcılık

MADDE 122 – (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

değişikliklere ve değişiklik gerekçelerine ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Taslağa göre, TCK'nın 6. maddesine eklenecek bir bent ile nefret saikinin tanımlanması öngörülmüş, buna uygun olarak çeşitli maddelerde yapılacak değişikliklerle de nefret saikinin cezaı ağırlaştrın nitelikli bir hal olarak kabul edilmesi düşünülmüştü. Taslak metin için bkz. <http://www.sosyaldegisim.org/belgeler/turkiye-cumhuriyeti-yasaları/nefret-suclari-yasa-taslagi/> (Erişim Tarihi: 02.09.2016)

¹¹ Nefret suçlarıyla ilgili TBMM Başkanlığı'na verilen kanun tekliflerine örnek olarak şunlar gösterilebilir: Aralık 2011'de Meclis Başkanlığı'na verilen “Nefret Suçlarının ve Ayrımcılığın önlenmesinde etkin bir düzenleme için Türk Ceza Kanununun 216. ve 66. maddesinde değişiklik yapılmasına dair Kanun Teklifi”, bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0222.pdf> (Erişim Tarihi:01.05.2016); Ocak 2012'de Meclis Başkanlığı'na verilen “Nefret Suçlarının ve Ayrımcılığın önüne geçilebilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 216 ıncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair Kanun Teklifi”, bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0318.pdf> (Erişim Tarihi:01.05.2016); Aralık 2012'de Meclis Başkanlığı'na verilen “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1060.pdf> (Erişim Tarihi:01.05.2016); Mayıs 2010'da ve Şubat 2012'de Meclis Başkanlığı'na verilen “Nefret Suçlarının ve Ayrımcılığın önlenmesinde etkin bir düzenleme için Türk Ceza Kanununun 216ncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair Kanun Teklifi”, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0722.pdf> (Erişim Tarihi:01.05.2016), <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0369.pdf> (Erişim Tarihi:01.05.2016).

¹² R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940.

¹³ Doktrinde, 6529 sayılı Kanun'la 122. maddede yapılan değişikliğin, toplumda oluşan beklentilerin aksine teknik olarak nefret suçu dahi sayılmayan sembolik bir düzenlemeden ibaret bulunduğu eleştirisi yapılmaktadır. Bkz. Bulut, İlhan, Nefret Suçları, Ankara 2014, s.3.

- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
c) Bir kişinin işe alınmasını,
d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,
engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

6529 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, nefret suçlarının, günümüzde mücadele edilmesi gereken en önemli olgulardan birisi olarak uluslararası gündemde yerini aldığı; nefret suçlarındaki hedefin mağdurdan öte, mağdurun üyesi olduğu sosyal grup olduğu; fail için önyargının, açık veya örtülü şekilde suçun işleme motivasyonunu oluşturduğu; ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçunun tüm toplumu yakından etkilediği ve bu kapsamda TCK’da düzenlenen ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçunun da TCK’ya alındığı belirtilmiştir.

TCK’nın 122. maddesinde değişiklik yapan 6529 sayılı Kanun’un 15. madde gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir: *“Madde başlığında yapılan değişiklik, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayrımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3 üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklik, ayrımcılığın dayandığı sebepler tadadı ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen “gibi” ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen “ve benzeri sebeplere” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Yapılan bu değişiklik, söz konusu suç oluşturulan seçimlik hareketler, tekrarlara yer vermeyecek, birbirleriyle uyumlu olabilecek ve kıyasa yol açmayacak şekilde, yeniden sayılmıştır. Maddede yapılan değişiklik, ayrıca suçun cezası artırılmıştır.”*

Kanaatimizce, TCK’nın 122. madde başlığında ve metninde *“nefret”* ifadesine yer verilmiş olması sebebiyle nefret suçlarının TCK’ya girdiği izlenimi doğmaktaysa da burada nefret ile kastedilmek istenenin ayrımcılık suçunun nefret saikiyle işlenmesi olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda 122. maddede yapılan değişiklik sonrasında nefret suçlarının Türk ceza hukukunda düzenlendiği gibi bir sonuca varılması mümkün değildir. Yargıtay da benzer görüştedir¹⁴.

¹⁴ Yargıtay 18. CD, 2015/26353 E., 2016/6373 K. (Kaynak: www.yargitay.gov.tr)

2. Kavram, Terim, Tanım ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırma

Dilbilgisi açısından bakıldığında “nefret suçu”, “nefret” ve “suç” olmak üzere iki farklı sözcükten oluşan bir isim tamlaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Nefret kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, “1. Bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu. 2. Tikslenme, tiksinti.” anlamlarına gelmektedir¹⁵.

Nefret, İngilizce’de “hate”, Almanca’da “Hass” kelimeleriyle ifade edilmektedir. Nefret suçunu karşılamak için İngilizce’de “hate crime”, Almanca’da ise “Hasskriminalität” ve “Hassverbrechen” terimleri kullanılmakla birlikte, “önyargı suçları” (Vorurteilsverbrechen/Vorurteilskriminalität) teriminin de kullanıldığı görülmektedir¹⁶.

Nefret saikiyle işlenen suçlara bakıldığında bu suçların nefret duygusuna değil daha çok önyargıya ilişkin oldukları görülmektedir. Önyargı (İngilizce: bias, prejudice; Almanca: Vorurteil) kavramı sözlük anlamı olarak “Bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay ve görüntülere dayanarak önceden edinilmiş olumlu veya olumsuz yargı, peşin yargı, peşin hüküm, peşin fikir” anlamlarına gelmektedir¹⁷. Bundan dolayı akademik çalışmalarda “nefret suçları” yerine “önyargı suçları” ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir. Çünkü önyargı kavramı, nefret kavramından çok daha geniş bir anlama ve içeriğe sahiptir¹⁸. Bu nedenle anlam kargaşasının önüne geçebilmek için her iki kavrama da çalışmada yer verilecektir.

Çalışmada, doktrinde, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası hukuk metinlerinde sıklıkla kullanıldığı üzere “nefret suçu/suçları” terimi kullanılacaktır. Nefret suçu ile kastedilmek istenen şey nefret veya önyargı saikiyle işlenen suçlar olacaktır.

Nefret¹⁹ suçları, özel bir ceza hükmünden çok bir kavramı karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle, önyargı veya nefret saiki ile işlenen suçlar hakkında bir cezai yaptırımın düzenlenmediği ülkelerde de -Türkiye’de de olduğu gibi- bu

¹⁵ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:16.04.2016)

¹⁶ Schneider, Hans Joachim, “Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktstategorie”, JZ, 10/2003, s.497; Lang, Kati, Vorurteilskriminalität – Eine Untersuchung vorurteilsmotivierter Taten im Strafrecht und deren Verfolgung durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte, Baden-Baden 2014, s.36-37.

¹⁷ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 16.04.2016)

¹⁸ Bulut, Nefret Suçları, s.9.

¹⁹ Uslu’ya göre, nefret söylemi ve nefret suçu ifadelerinde seçilen “nefret” ifadesi, aşırı güçlü ve ağır negatif bir duyguya göndermede bulunmaktadır. Nefret kelimesindeki bu güçlü vurgu, söz konusu ifadeleri suça dönüştürme girişimlerine katkı sağlamaktadır. Bkz. Uslu, Cennet, “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:38, Ekim 2013, s.187.

saikle işlenen suçlar nefret suçu olarak nitelendirilebilir. Bundan dolayı, bir yasal düzenleme olup olmamasından bağımsız olarak nefret suçu kavramına uyan eylemler nefret suçu olarak ifade edilmektedir²⁰. Örneğin, Araplardan nefret eden birisinin sırf Arap olduğu için bir insanı öldürmesi durumunda gerçekleştirilen fiil TCK anlamında kasten öldürme olarak nitelendirilecek ve fail eylemine uyan madde uyarınca cezalandırılacaktır. Teknik anlamda ise failin işlemiş olduğu bu suç nefret suçu olarak nitelendirilecektir. Ancak çalışmada ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere hukuk sistemimizde nefret suçları özel olarak düzenlenmediğinden failin gerçekleştirdiği fiilden dolayı cezasının artırılması yoluna gidilemeyecektir. Peki böyle bir nitelendirme ne işe yarayacaktır? Failin işlediği suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesi *deskriptif/tasviri* bir niteleme yapılmasına hizmet etmiş olacak, bunun sonucunda ülkede işlenen nefret suçlarının görünür hale gelmesi sağlanarak gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasına uygun bir zemin hazırlanmış olacaktır. Bu açıdan bakıldığında bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesinin önemli bir fonksiyon üstlendiği de ortaya çıkmaktadır.

Nefret suçunun temelleri çok eskilere dayanmasına rağmen, günümüzde nefret suçunun ne olduğuna ilişkin herkesin üzerinde anlaştığı bir tanım bulunmamaktadır. Uzun sayılabilecek bir geçmişe sahip olmakla birlikte nefret suçlarının kanunlaştırma anlamında yeni bir suç tipi olması ve çok değişik saik ve nedenlerle işlenebilmesi, kavramsal bazda bu suç tipinin tanımlanmasını zorlaştırmaktadır²¹. Benzer tespitler nefret söylemi için de geçerlidir²².

Bir etnik kökeni, dinsel tutumu ya da cinsel yönelimi ötekileştirmek, ona karşı ayrımcılık yapmak veya nefret suçu işlemek öncelikle kişinin ait olduğu herhangi bir sosyal gruba, mesleğe, cinsiyete, dine, millete, ülkeye vs. yönelik bir tehdit algılamasıyla başlamaktadır. Bu tehdit, kişinin o insana, ulusa, cinsel yönelime, politik gruba vs. karşı bir önyargı geliştirmesini de sağlamaktadır. “Biz”den olmayan her kişi, her farklı tutum, bu kişide aslında yanılmış olabileceği, hata yapmış olabileceği inancını veya ihtimalini doğurur. Ayrımcılık da aslında bu kendini doğrulama, mutlaka haklı olduğuna inanma ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık yapılan yani “öteki” grup “yanlıştır”, ayrımcılık yapan kişi ise “doğrudur”, “haklıdır”. Bunun sonucu olarak da bu kişinin karşı tarafa yani farklı düşünene kimin “haklı” ve “doğru yolda” olduğu göstermesi gerekmektedir. Farklı etnik kökenlere, politik tutumlara, dinsel inançlara ya da cinsel yönelimlere sahip insanlara yönelmiş

²⁰ Bulut, Nefret Suçları, s.10.

²¹ Öner, Mehmet Zülfü, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, TBB, Sayı: 116, Yıl: 2015, s.86-87.

²² Weber, Anne, Nefret Söylemi El Kitabı (Çev.: Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Strazburg 2009, s.3.

nefret, kin, suçlama, aşağılama, yargılama, haset ya da düşmanlık gibi duygular da bir anlamda bundan doğmaktadır. Kendisinden farklı düşünenlerin, kendisi gibi olmayanların varlığıyla birlikte kişi kendisine, güvenliğine, gücüne ya da değerlerine yönelik bir saldırı algılar ve buna tepki verme ihtiyacı hisseder. Kişi böyle davranmakla, kendisine duymuş olduğu saygıyı da korumuş hatta artırmış olmaktadır. Sonuç olarak nefret suçları, temelde kişinin aile içinde sağlıklı, güvenli ve mutlu bir ilişki ağı geliştirememesine bağlı olarak ortaya çıkan tüm değersizlik, yetersizlik, yalnızlık, başarısızlık, haset, kıskançlık gibi duygularıyla birlikte aslında bu sahte benlik saygısını koruma ihtiyacından doğmaktadır²³.

Sosyolojik açıdan bakıldığında ise gruplar arasındaki güç dengesizliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan *damgalanma* ile birlikte baskın grup, madun grupla ilgili *kalıp yargılar (stereotype)* üretir. Bu bağlamda nefret suçlarının temelinde bu kalıp yargıların yattığı ifade edilmektedir. Önyargı ve kalıp yargı birbirinden farklı iki kavram olsa da aslında birbirini tamamlayan iki kavramdır. Örneğin, belirli bir grubu sevmediğini dile getirmek bir önyargıyken, o grubu sevmeme gerekçesi olarak dillendirilen grup üyelerine yüklenmiş özellikler birer kalıp yargıdır. ‘Kürtler’, ‘Sarışınlar’, ‘Ermeniler’, ‘Araplar’ ile başlayan her cümle o grupla ilgili bir kalıp yargıyı içerir. Örneğin Türkiye’de sokağa çıkıp “Araplar...” diye başlayan bir cümlenin tamamlanması istense, insanların bir çocuğunun hemen “pis” diyeceği tahmin edilebilir. Diğer güçlü kalıp yargılara örnek olarak “Çingeneler hırsızdır”, “Sarışınlar aptaldır”, “Araplar haindir” gösterilebilir. Kalıp yargıların ağırlıklı olarak negatif ve nefret içerikli çağrışımları barındırdığı bilinen bir gerçektir. Kalıp yargıların kötü tarafı, bir grubun tüm üyelerini aynılaştırması ve insanları bireysel niteliklerinden soyutlayarak damgalanmış bir grubun üyesi haline getirmesinde yatmaktadır. Bu da nefret suçları için verimli bir zemin hazırlamaktadır²⁴.

Bir karakteristik özelliğin nefret suçlarıyla koruma altına alınabilmesi için bazı şartlara sahip olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, önyargılı her tavır ve bu önyargı sonucunda işlenen her suç nefret suçuna sebebiyet vermez. Örneğin, mavi gözlü kişilerin güvenilmez olduğuna inanan A’nın, mavi gözlü B’ye karşı bir nefret duyduğunu ve bu nedenle onu yaraladığını düşünelim. A’nın bu önyargılı tavrı, garip bir huy veya anlamsız bir inanç olarak görülebilirse de sosyal bir bağlamı olan grup antipatisi özelliği taşımadığı için nefret suçu olarak nitelendirilemez. Bu bağlamda bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi için varlığı aranan üç karakteristik şart vardır:

²³ Solmuş, Tarık, Aramızdaki Psikopatlar ve Nefret Suçları, İstanbul 2014, s.8-9.

²⁴ Çayır, Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık – Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.11-12; Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık – Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.23-24.

Karakteristiğın temel veya değiştirilemez bir nitelik taşıması; grup kimliğinin varlığı; sosyal ve tarihsel bir bağlamın mevcudiyeti²⁵.

Bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi için failin, mağduru, sahip olduğu karakteristik özellikten dolayı seçmesi yetmemekte aynı zamanda failin mağdura ve mağdurun temsil ettiği “*düşman gruba*” karşı hissettiği nefret veya önyargı saikiyle fiili gerçekteştirmesi gerekmektedir. Örneğin; daha savunmasız ve kolay hedef oldukları için sadece kadınların veya engellilerin cüzdanını çalan bir hırsızın gerçekteştirdiği fiil bu karakteristik gruplara karşı hissettiği nefret veya önyargı saikine değil bilakis suçu daha kolay işleme saikine dayandığından nefret suçu olarak nitelendirilemeyecektir²⁶.

Nefret, insan psikolojisinin bir parçası olarak, tek başına yadsınması gereken bir duygu değildir. Örneğin, sinek vızıltısından, araba gürültüsünden, ter kokusundan, pembe ayakkabılardan vs. nefret edilebilir. Ancak bunlardan nefret etmekle, örneğin “*pis Araplar*”dan, “*dönek Yahudiler*”den, “*bölücü Kürtlerden*” vs. nefret etmek arasında çok önemli bir fark bulunmaktadır. İkinci verilen örnekler, içinde birçok önyargıyı barındıran kategorizasyonlara ve özcü genellemelere dayanmaktadır. Mesela, Arapların pis olduğu önyargısı, yeryüzündeki bütün Arap etnik kimliğine sahip insanları doğrudan pis olarak etiketlemekte ve bu insanları sadece bu varsayılan özelliklerine indirgemektedir. Neticede şu sonuç ortaya çıkmaktadır: *Arap=pis!* Dolayısıyla da pis Araplardan nefret etmek, bütün Arapları bir nefret nesnesi haline getirmekte ve bu nefretten doğabilecek her türlü zarar verici eyleme hedef kılmaktadır²⁷.

Doktrinde “*nefret piramidi*” olarak tanımlanan süreçte nefret, önyargıların oluşmasıyla başlamakta, ardından nefret söylemi olarak ifade edilebilecek söz ve davranışlara yansımakta, daha sonrasında ayrımcılık yapmaya ve en son da nefret suçu işlemeye kadar varabilmektedir²⁸. Nefret ve nefret söylemi arasında da fark bulunmaktadır. Nefret, öfke, korku, çoğu zaman tanınmayan, bilinmeyen ancak kendisine benzemediği, kendisinden farklı olduğu için “*diğer*” olanlara yönelik ortaya çıkan bir ruh halidir. Nefret söylemi ise her türlü hoşgörüsüzlükten kaynaklanan ve önyargılardan beslenen nefreti yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı çıkaran ifade biçimidir²⁹.

²⁵ Bulut, Nefret Suçları, s.31.

²⁶ Bulut, Nefret Suçları, s.136-137.

²⁷ Yılmaz, Havva, “Bir Nefret Nesnesi Olarak Başörtülü Kadınlar ya da Nefret Suçları Bağlamında Başörtüsü Problemi”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.347.

²⁸ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.25-26.

²⁹ Karadeniz, Serra, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul 2012, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.1.

Nefret söylemine ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında bir fenomen haline geldiği ifade edilmektedir. Özellikle ırkçı propaganda ve sonrasında Naziler tarafından Yahudilere uygulanan soykırım arasındaki belirgin bağlantının varlığı, çeşitli uluslararası sözleşmelerde ve Almanya gibi bazı ülkelerin mevzuatlarında nefret söyleminin, anayasal olarak koruma altında bulunan ifade özgürlüğünün kapsamı içinde bulunmadığının kabul edilmesine yol açmıştır³⁰.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, nefret söylemiyle ilgili olarak 1997 tarihli R (97) 20 sayılı tavsiye kararını³¹ kabul etmiştir. Bu kararda nefret söylemi şu şekilde tanımlanmaktadır: *“İrkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezlik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan dinsel hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka ret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır.”* Bu bağlamda, nefret söyleminin mutlaka belirli bir kişiye veya gruba yöneltilmiş olması şarttır³². Ayrıca her ne kadar AİHM tarafından henüz ele alınmamış olsa da homofobik söylemin de nefret söylemi olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir³³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise nefret söyleminin kesin bir tanımını yapmış değildir. Ancak AİHM’in konuyla ilgili kararlarında yalnızca *“dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimine”* atıfta bulunmaktadır. AİHM, kendisini ulusal mahkemelerin kullandığı sınıflandırmaların bağlayıcılığı altında hissetmemekte ve bu kavramı *“özerk”* bir kavram olarak görmektedir. Bu bağlamda AİHM, bazen ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen sınıflandırmaları reddetmekte bazen de ulusal mahkemelerin nefret söylemi olarak kabul etmediği bazı beyanları nefret söylemi olarak nitelendirebilmektedir³⁴.

Bu noktada nefret söylemi ile nefret suçu arasındaki farklılıkları da ortaya koymak gerekmektedir. Her şeyden önce söylemek gerekir ki nefret söylemi, kategorik olarak suç değildir; ancak nefret söylemi belirli bir içeriğe sahip olması halinde bazı ülke mevzuatlarında suç olarak düzenlenebilmektedir³⁵.

³⁰ Rosenfeld, Michel, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis” (April 2001), Cardozo Law School, Public Law Research Paper No: 41, s.4-5, <http://ssrn.com/abstract=265939> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939> (Erişim Tarihi: 01.08.2016).

³¹ Söz konusu tavsiye kararının tam metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp) (Erişim Tarihi:02.05.2016)

³² Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.3.

³³ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.4.

³⁴ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.3.

³⁵ Aytekin-İnceoğlu/Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından

Söylem, dil içinde kodlanan toplumsal kökenli bir ideolojidir. İdeolojiler dil ile belirlenir. Dili kullanan kişinin seçtiği sözcükler, sözcük öbekleri, konuşma biçimi, anlatımı ve hatta cümle kurma yetileri söylemin oluşmasında çok önemli etkenlerdir³⁶. Nefret söylemi ve nefret suçları, birbirinden ayrı şeyler olsa da sonuçta birbirlerini beslemekte ve özellikle de nefret söylemi, nefret suçuna giden yolda ilk önemli adım olarak görülmektedir³⁷. Nefret söylemi genellikle nefret suçları kategorisinin ifade hürriyeti alanıyla ilgili kısmı için kullanılmaktadır. Kendini her zaman kin ve öfke dolu ifadelerle ortaya koymadığı ve hatta zaman zaman gayet normal görüldüğü ve kanıksandığı için nefret söylemini teşhis etmek kolay olmayabilmektedir. Nefret suçuna giden sürecin çıkış noktasını oluşturan, nefret suçunun önünü açan, onu teşvik eden, tahammülsüzlüğün ve hoşgörüsüzlüğün dışavurumu olan nefret söyleminde, hedef alınan gruplara *“toplumda size yer yok!”* mesajı verilmekte, bu grup üyeleri pasifleştirilmekte ve sessizleştirilmektedir³⁸. Nefret söyleminin belki de en önemli etkisi, bir suç işlenmeden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç işlendikten hemen sonra yapılan ve nefret söylemi teşkil eden açıklamaların nefret suçunu oluşturan önyargı/nefret saikinin varlığını kanıtlamak açısından önemli bir argüman oluşturmada yatmaktadır³⁹.

Nefret suçları ile nefret söyleminin ayrıldığı en önemli nokta ise nefret söyleminin temel bir suça dayanmamasıdır. Başka bir ifadeyle nefret suçlarında temel bir suçun varlığı ve bu suçun önyargı veya nefret saiki ile işlenmesi şeklinde aranan iki unsurdan oluşan yapı nefret söyleminde aranmamaktadır⁴⁰. Örneğin, engelli bireylerin toplum için bir yük olduğunu, devletin bu bireylere gereksiz yere yardım yaptığını söyleyen kişinin bu ifadesi, karakteristik gruba karşı genelleyici ve kışkırtıcı yaklaşımından ötürü nefret söylemi olarak değerlendirilebilir ancak bu fiili suç sayan bir kanun maddesi yoksa kişi cezalandırılmaz. Oysa bu kişi yük olarak gördüğü engelli bir bireye karşı önyargı veya nefret saikiyle örneğin kasten yaralama suçunu işlerse nefret suçunun varlığından bahsedilebilecektir. Ancak nefret söylemi ve nefret suçu arasındaki ince çizginin bazı olaylarda çok fazla belirsizleştiği, bu nedenle somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilebilir.

Değerlendirilmesi”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.107.

³⁶ İnceoğlu, Yasemin/Sözeri, Ceren, “Nefret Suçlarında Medyanın Sorumluluğu: Ya sev ya terk et ya da...”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.23-24.

³⁷ İnceoğlu, Sibel, Önsöz, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.12.

³⁸ İnceoğlu, Önsöz, s.12.

³⁹ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.107.

⁴⁰ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s. 22-23; Bulut, Nefret Suçları, s.151-152.

Nefret suçuyla ayrımcılık suçu arasında da fark vardır. Ayrımcılık çoğu durumda ahlak dışı olarak kabul edilse bile suç olarak kabul edilemez. Örneğin bir kimse, belli bir ırktan veya dini inançtan olan bir kişiyi o ırka veya dine olan önyargısından dolayı eş olarak seçmek istemeyebilir. Bu davranış biçimi ayrımcılık olarak nitelendirilse de ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilmez. Ayrımcılık niteliğindeki fiillere karşı uygulanan yaptırımlar daha çok özel hukukun ilgi alanına girmekle birlikte bazı durumlarda ceza hukukunun ilgi sahasına da girebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında ayrımcılık suçlarının daha çok işyerlerinde veya mal ve hizmet sunumlarında yapılan ayrımcılığa ilişkin olduğu görülmektedir. Nefret suçlarında olduğu gibi ayrımcılık suçunda da bir kişiye mensup olduğu gruba karşı duyulan nefret veya önyargı nedeniyle dezavantaj oluşturacak şekilde muamele edilmektedir. Fakat ayrımcılık suçunda ayrımcı saik ortadan kalktığında yapılan eylem suç olmaktan çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle nefret suçlarını oluşturan unsurlardan biri olan temel suçun bulunması mecburiyeti ayrımcılık suçunda aranmamaktadır⁴¹.

Nefret suçları “önyargının şiddet manifestosu”dur⁴². Günümüzde gerçekleşen çok sayıdaki nefret suçu vakiasının incelenmesi sonucunda, mağdur üzerinden, mağdurun ait olduğu topluma bir bütün olarak mesaj gönderme gayesinin taşındığı gözlenmektedir. Dolayısıyla, belli bir zamanda işlenen nefret suçunun, yaşamın farklı alanları üzerinde yankılanabildiği ve kuşaklar üzerinde bir tür “çarpan etki” yaratabildiği ifade edilmektedir⁴³. Benzer şekilde, nefret suçunun kurbanı ve kurbanın üyesi olduğu topluluk için de farklı etkiler söz konusudur. Örneğin, Yahudi bir bireye saldırı gerçekleştirilmesi durumunda bundan tüm Yahudi topluluğu etkilenebilmektedir. Bunun sonucunda bu toplulukta çaresizlik duygusu uyanmakta ve bireyin başına gelen olayın, topluluğun herhangi bir üyesinin de başına gelebileceği endişesi artmakta ve bundan dolayı grubun diğer üyeleri de kendilerini tehdit edilmiş hissetmektedirler; zira kurban, bireysel nitelikleri nedeniyle değil, belli bir gruba ait olması sebebiyle hedef olarak seçilmiştir⁴⁴.

Nefret suçlarının, şiddet suçlarından ayrılmasında da önem vardır. Örneğin, A, B’yi dövmüşse ve bunun nedeni aralarındaki bir alacak-verecek ilişkisinden kaynaklıysa bunu “şiddet suçu” olarak nitelendirmek mümkündür; buna

⁴¹ Bulut, Nefret Suçları, s.154-155.

⁴² Ataman, Nefret Suçları, s.71.

⁴³ Ataman, Nefret Suçları, s.49.

⁴⁴ Stegbauer, Andres, “Nefret Suçunun Önlenmesinde Yargıçların Rolü” (Çev.: Yasemin Koç), in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.33; Basu, Biblap, “Nefret Suçunun Önlenmesinde Sivil Toplumun Rolü” (Çev.: Yasemin Koç), in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.38. Jacobs/Potter, nefret suçlarının diğer suçlara benzemediğini çünkü nefret suçlarının, mağdurun ötesinde mağdurun temsil ettiği gruba da zarar verdiğini ifade etmektedirler. Bkz. Jacobs/Potter, Hate Crimes, s.101.

karşılık bu kavganın nedeni nefret ya da önyargıysa bunun “*nefret suçu*” olarak tanımlanması gerekmektedir. Nefret suçunda, mağdurun, bireysel özellikleri nedeniyle değil ait olduğu belirli bir grubun nitelikleri nedeniyle şiddete maruz kalması söz konusudur. Başka bir ifadeyle nefret suçlarını şiddet suçlarından ayıran husus “*nefret veya önyargı saiki*”dir⁴⁵.

Nefret suçlarında failin, mağdurdan kişisel olarak nefret etmesi aranmaz; fail, mağdurun kimliğiyle ilgilenmemektedir. Fail için önemli olan, hedef alınan kişi ya da mal ile grup karakteristikleri arasındaki ilişkidir. Çünkü failin asıl hedefi, kendisine karşı suç işlenen mağdur değil, mağdurun ortak karakteristikleri paylaştığı gruptur. Bu nedenle nefret suçlarının bir nevi “*mesaj suçları*” olduğu da ifade edilmektedir. Yani nefret suçunu işleyen kişiler topluma bir mesaj vermek istemektedirler. Eğer saldırıya maruz kalan grup, devletin bu kişilere yönelik bir tepkisinin olmadığını görürse ve kendisini güvensiz hissederse kendi güvenliğini sağlamaktan başka çaresinin olmadığını düşünür. Bunun doğal sonucu olarak da bu nefret suçuna karşı misillemeler gecikmez. Bu durumda gruplar arasında bir çatışma ortamı ve hatta bir iç çatışma oluşma ihtimali bile gündeme gelebilir. Ayrıca nefret suçlarının cezasız kalmasının bir diğer tehlikesi de, bu suçları işleyen kişilerin, yaptıkları eylemin toplum ve devlet tarafından haklı ve doğru olarak algılandığı sonucunu çıkarmalarıdır ki bu da şiddetin dozunun artması sonucunu doğurur⁴⁶.

Türkiye’de nefret suçu kavramı ilk olarak *Hrant Dink* cinayetiyle kamuoyunun gündemine gelmiştir. Ancak bundan önce de Türkiye’de yaşanan 6-7 Eylül olayları, Sivas katliamı, Rahip Santoro cinayeti, Malatya katliamı, Seferihisar ve Kemalpaşa’daki linç girişimleri gibi olaylar Türkiye’nin yakın tarihinde nefret suçlarına gösterilecek önemli örnekler arasında sayılabilir⁴⁷.

Nefret suçları, mağdurlar için bireysel bazda çok zararlı sonuçlar doğurmaktadır. Nefret suçu mağdurlarının sıklıkla öfke, ürkük, güvensizlik, konsantrasyon eksikliği ve güven kaybı yaşadıkları ifade edilmektedir. Her ne kadar normal suç mağdurlarının da benzer duygular yaşandığı ifade edilmekteyse de nefret suçu mağdurlarının yaşadıkları olayın doğası gereği daha yoğun bir şekilde bundan etkilendikleri belirtilmektedir⁴⁸.

⁴⁵ Stegbauer, Yargıçların Rolü, s.31.

⁴⁶ Schneider, Hasskriminalität, s.498; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.105; Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.89; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.31, 144; Soykan, Tankut Taşkın, “Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları–Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.49. Nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin temel olarak sembolik gerekçelere dayandığı, bununla birlikte bu düzenlemeler ile gerçekleştirilen fiillerin haksız ve anayasaya aykırı olduğuna vurgu yapılmak istendiği belirtilmektedir. Bkz. Jacobs/Potter, Hate Crimes, s.101.

⁴⁷ Bulut, Nefret Suçları, s.176 dn.771.

⁴⁸ Benier, Kathryn, “The Harms of Hate”, International Review of Victimology, Vol. 23, Issue 2, s.179.

Nefret suçları yalnızca mağdurlara zarar vermekle kalmayıp, aynı grup üyelerine hoşgörüsüzlük, ayrımcılık ve önyargı iletilerini pekiştirici bir etkiyle göndermekte ve böylelikle bu gruplar, toplumun diğer kesimlerine adeta “*düşman hedefler*” olarak lanse edilmektedirler⁴⁹.

Nefret suçlarına esas teşkil edecek karakteristiklerin neler olduğuna ilişkin herkesin üzerinde anlaştığı bir kriter bulunmamaktadır. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’na⁵⁰ (AGİT) taraf olan devletlerdeki düzenlemelere bakıldığında, ırk, etnik kimlik, milliyet ve din en çok korunan; zihinsel engellilik, cinsiyet, cinsel yönelim ve yaş sıklıkla korunan; medeni durum, doğum, siyasal görüş, zenginlik, sınıf, mülk, sosyal statü ve askerlik hizmeti ise nadir korunan özellikler arasında yer almaktadır. Doktrinde, nefret suçu kapsamında korunan özellikler listesi çok uzun tutulursa, nefret suçunun koruduğu alanın çok genişleyeceği ve nefret suçlarının etkin uygulanmasının güçleşeceği ifade edilmektedir. Buna karşılık, nefret suçu kapsamında korunan özellikler sınırlı tutulursa, bu durumda da koruma alanının çok daralacağı ve pek çok vakianın cezalandırılmaması tehlikesinin gündeme geleceği belirtilmektedir. Bu nedenle nefret suçlarıyla korunan karakteristiklerin kapsamı belirlenirken, toplumun ihtiyaçlarının titizlikle göz önünde tutulması ve belirli bir denge gözetilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁵¹.

Nefret suçlarıyla ilgili en kapsamlı tanım Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından geliştirilmiştir. AGİT’in nefret suçu tanımı şu şekildedir: “A) Nefret suçu, mağdur, mülk ya da suçun hedefi B şıkkında tanımlandığı gibi bir grupta gerçek ya da varsayılan bağlantısı, ilgisi, ilişkisi, destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu kapsamaktadır. B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek ya da varsayılan ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik, cinsel kaynaklı ya da benzer unsurlara dayandırılabilir.”

⁴⁹ İnceoğlu, Önsöz, s.14.

⁵⁰ AGİT, 1970’li yılların başlarında, o dönemde Soğuk Savaş koşulları altındaki Avrupa’nın bölünmüş görünümüne son verilmesi, güvenlik ve istikrarın sağlanması ve katılımcı devletler arasında bu amaca yönelik işbirliğinin geliştirilmesi düşüncesiyle kurulmuştur. Günümüzde AGİT’in ilgi sahası, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu elli yedi katılımcı devletle birlikte geniş bir coğrafyayı (Kuzey Amerika, Avrupa ve Asya) kapsamaktadır. AGİT’in bünyesinde bulunan ve temel olarak insan hakları ve demokrasi konularından sorumlu olan dairesi ise Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Dairesi’dir (Office for Democratic Institutions and Human Rights-ODIHR). ODIHR’nin bünyesinde oluşturulmuş bulunan Polonya merkezli Hoşgörü ve Eşit Muamele Bilgilendirme Sistemi (Tolerance and Non-Discrimination Information System-TANDIS) ile nefret suçlarının önlenmesi ve bu alandaki gelişmelerin takip edilmesi amaçlanmaktadır.

⁵¹ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.112; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.154-155.

AGİT'in, üye devletlerdeki nefret suçlarına ilişkin olarak yayınladığı 2011 yılına ilişkin yıllık raporunda⁵², nefret suçlarına ilişkin bilgilerin kamuoyuyla paylaşılmasının, nefret suçlarının anlaşılması ve bu suçlarla mücadele edilmesinde önemli bir adım olduğu vurgulanmaktadır. Raporun devamında, hükümetler, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütlerinden toplanan verilerin, nefret suçlarının AGİT üyesi ülkelerde 2011 yılında da önemli bir sorun olmayı sürdürdüğü vurgulanmaktadır⁵³. Bu raporda, üye ülkelerdeki hukuki düzenlemeler ile nefret suçlarıyla ilgili ayrıntılı istatistiki bilgilere de yer verilmektedir⁵⁴. Söz konusu rapor incelendiğinde şu tablo ile karşılaşılmaktadır: Nefret suçlarıyla mücadele için tek başına hukuki düzenlemeler yeterli olmamaktadır. Zira, nefret suçlarına mevzuatlarında yer vermiş birçok ülkede bu tür suçların artarak işlenmeye devam ettiği görülmektedir. Ancak bu durum nefret suçlarını önlemek için getirilen yasal düzenlemelerin değerini düşürmemekte tam tersine nefret suçlarına karşı yasal önlemler alınması nefret suçlarıyla mücadele edebilmenin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Çünkü yasal düzenlemelerin varlığı, her şeyden önce nefret suçuna karşı devletin bir karşı duruşunu sergilemekte ve bu suçu işlemeyi düşünenlere veya işleyenlere karşı *"ben sizin yanınızda değilim"* mesajını vermektedir⁵⁵.

Amerika Federal Soruşturma Bürosu (FBI) 1996 yılından beri düzenli olarak nefret suçları hakkında veri toplamakta ve bunu her yıl kamuoyuyla paylaşmaktadır⁵⁶. FBI'ın tanımladığı nefret suçlarının içine, ırk, din, cinsel yönelim, etnik/ulusal köken ve engellilik ile ilgili önyargı nedeniyle işlenmiş bulunan suçlar girmektedir. FBI'ın verilerinden hareket ederek yıllara göre ABD'de gerçekleştirilen toplam nefret suçu sayıları şöyle sıralanabilir: 1996 yılı: 8759, 1997 yılı: 8049, 1998 yılı: 7755, 1999 yılı: 7876, 2000 yılı: 8063, 2001 yılı: 9730, 2002 yılı: 7462, 2003 yılı: 7489, 2004 yılı: 7649, 2005 yılı: 7163, 2006

⁵² Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report For 2011, Warsaw 2012, s.6 vd. Önceki yıllara ilişkin raporlar için bkz. Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2010 (Warsaw: ODIHR, 2011), kaynak: <http://tandis.odihhr.pl/hcr2010/>; Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2009 (Warsaw: ODIHR, 2010), kaynak: <http://www.osce.org/odihr/73636>; Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2008 (Warsaw: ODIHR, 2009), kaynak: <http://www.osce.org/odihr/40203>; Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2007 (Warsaw: ODIHR, 2008), kaynak: <http://www.osce.org/odihr/33989>; Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2006 (Warsaw: ODIHR, 2007), kaynak: <http://www.osce.org/odihr/26759>; Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives (Warsaw: ODIHR, 2005), kaynak: <http://www.osce.org/odihr/16405> (Erişim Tarihleri: 15.08.2016).

⁵³ Hate Crimes in The OSCE Region 2011, s.4.

⁵⁴ Hate Crimes in The OSCE Region 2011, s.15 vd.

⁵⁵ Ataman, Nefret Suçları, s.70.

⁵⁶ <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/ucr-publications#Hate> (Erişim Tarihi:17.04.2016)

yılı: 7722, 2007 yılı: 7624, 2008 yılı: 7783, 2009 yılı: 6604, 2010 yılı: 6628, 2011 yılı: 6222, 2012 yılı: 5796, 2013 yılı: 5928.

Sonuç itibarıyla bu alandaki birçok kavramda olduğu gibi nefret suçlarının da kesin ve genel kabul görmüş bir tanımını yapmak mümkün değildir. Bunun nedenleri olarak toplumdan topluma değişkenlik gösteren kültürel farklılıklar, sosyal ve politik yaklaşımlar, tarihsel ve sosyolojik özellikler ile nefret saiki olarak hangi hususların kabul edileceği yönündeki görüş ayrılıkları gösterilebilir. Ancak nefret suçu yasalarında ve akademik çalışmalarda nefret suçlarının en kısa ve öz tanımı “önyargı veya nefret saiki ile bir suçun işlenmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle bir suçun nefret suçu olarak tanımlanabilmesi için olmazsa olmaz iki unsur vardır: 1) Suç teşkil eden bir fiilin varlığı, 2) Bu suçun nefret veya önyargı saikiyle işlenmiş olması⁵⁷.

3. Nefret Suçlarıyla İlgili Karşılaştırmalı Hukuktaki ve Uluslararası Hukuk Metinlerindeki Bazı Düzenlemeler

Nefret suçlarıyla ilgili düzenlemelere yer veren ülkelerde genellikle iki modelden birisi kullanılmaktadır: Bu modellerden ilki, nefret suçlarını ceza kanunundan bağımsız ayrı bir kanunda (nefret suçu kanunu) düzenlemek; ikincisi ise ceza kanununda yer alan suçların nefret veya önyargı saikiyle işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul etmek. Nefret suçlarını bağımsız bir kanunla düzenleyen ülkelere ABD, İngiltere ve Çek Cumhuriyeti örnek gösterilebilir. Nefret suçlarını cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenleyen ülkelerin sayısı ise daha çoktur. Özellikle AGİT bölgesine üye ülkelerin neredeyse tamamının bu modeli benimsediği söylenebilir⁵⁸.

Ayrıca nefret suçlarının arz ettiği önem nedeniyle yalnızca ülke bazında düzenlemeler yapılmamakta uluslararası hukuk metinlerinde de nefret suçlarını önleyici sözleşmelere yer verilmektedir. Aşağıda nefret suçlarıyla ilgili karşılaştırmalı hukuktaki ve uluslararası hukuk metinlerindeki düzenlemelere değinilecektir.

I. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

A. Amerika Birleşik Devletleri

Daha önce de ifade edildiği üzere nefret suçlarına ilişkin ilk yasal düzenlemelere ABD’de yer verilmiştir. Bunun temel nedeni olarak ABD’nin göçmenler tarafından inşa edilen bir ülke olması ve bundan ötürü de sürekli olarak ırk, din, etnik köken gibi farklı sebeplerden kaynaklanan gerilimlerin yaşanması gösterilmektedir. Başka bir ifadeyle, ABD’nin sosyo-kültürel yapısı

⁵⁷ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.104; Bulut, Nefret Suçları, s.98; Heard, Catherine, “The Law on Hate Crime”, The Journal of Adult Protection, Vol. 15, No. 3, 2013, s.164.

⁵⁸ Bulut, Nefret Suçları, s.129-130; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.162.

nefret suçlarıyla ilgili düzenleme yapmayı zorunlu kılmıştır. Ayrıca köleliğin kaldırılması sürecinde ve sonrasında özellikle siyahlara yönelik linç girişimlerine varabilen bir nefret ve şiddet ortamının varlığı da nefret suçlarına ilişkin düzenleme yapmayı zorunlu kılan bir başka neden olarak görülmektedir⁵⁹.

Amerika'da federal düzeyde nefret suçları ile ilgili ilk düzenleme olarak, 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nda (*Civil Rights Act*) 1968 yılında yapılan değişiklik (*18 U.S.C. Section 245*) gösterilmektedir. Bu değişiklikte birlikte, kişilerin ırkı, ten rengi, dini veya etnik kökeni dolayısıyla ekonomik faaliyette bulunmalarının engellenmesi, kasten yaralanmaları veya tehdit edilmeleri hukuka aykırı kabul edilmiştir⁶⁰.

Toplumsal tabandan yükselen talep ve baskının yansıması sonucunda, eyalet düzeyinde ilk nefret suçları yasası 1978 yılında Kaliforniya'da yürürlüğe girmiştir. Buna göre insan öldürme suçunun, ırk, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken şeklindeki nefret saikiyle işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. İlerleyen tarihlerde ABD'nin diğer eyaletlerinde de (örneğin 1981 yılında Washington'da, 1982 yılında Alaska'da) değişik içeriklerde nefret suçları yasaları kabul edilmiştir. 1990'lardan itibaren yaş, medeni durum, silahlı kuvvetlere üyelik ve medeni haklar organizasyonlarına üyelik de korunan karakteristikler arasına dahil edilmiştir. Önceleri yalnızca kasten öldürme, kasten yaralama, şiddet, tecavüz, tehdit, kundaklama, konut dokunulmazlığını ihlal gibi suçlar için kabul edilen nefret suçları zamanla diğer bütün suçlar için de uygulanabilir hale gelmiştir⁶¹.

ABD'de nefret suçlarıyla mücadelede yukarıda da ifade edildiği üzere yalnızca eyaletler düzeyinde değil federal düzeyde de sürdürülmektedir. Ancak federal düzeyde uygulama alanı bulan yasalar uygulamada kendilerinden beklenen sonuçları tam olarak sağlayamamışlardır. Bunlara örnek olarak 1990 tarihli *Nefret Suçları İstatistik Yasası (Hate Crime Statistic Act)*; 1993 tarihli *Nefret Suçlarını Cezalandırma Yasası (Hate Crime Sentencing Act)*; 1994 tarihli *Kadınlara Karşı Şiddet Yasası (The Violence Against Women Act)*; 1996 tarihli *Kilise Kundaklamalarını Önleme Yasası (The Church Arson Prevention Act)* gösterilebilir⁶². Bu yasaların beklenen sonuçları doğuramamasının nedeni olarak, nefret saikiyle işlenen suçlara ilişkin açılan ceza davalarının büyük oranda eyalet yasaları çerçevesinde görülmekte olması gösterilmiştir. Ancak 2007 yılına gelindiğinde "*Matthew Shepard Yasası*"⁶³ olarak bilinen "*Local*

⁵⁹ Bulut, Nefret Suçları, s.63-64; Sinar, Nefret Suçları, s.1272-1273.

⁶⁰ Streissguth, Hate Crimes, s.17.

⁶¹ Streissguth, Hate Crimes, s.18-19.

⁶² Bu yasalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Streissguth, Hate Crimes, s.49-53.

⁶³ Matthew Shepard, nefret suçu kurbanı ABD'li bir öğrencidir. Shepard, ABD ve diğer birçok ülkede eşcinsel topluluğu nezdinde homofobi ve LGBT'lere yönelik şiddet için sembol bir

Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act” (Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Yasaların Güçlendirilmesi Yasası) ABD Senatosu’nda kabul edilmiş ve 2009 yılında onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Federal düzeyde bir yasa olan *Matthew Shepard Yasası*, nefret suçlarıyla mücadelede eyalet yasaları ile harmonizasyonu sağlamayı amaçlamaktadır. Bu yasa, nefret suçlarıyla ilgili eyaletlerde kabul edilen farklılıkları asgariye indirmeyi amaçlamakta ve federal düzeyde bir standart belirlemeyi esas almaktadır. Bu bağlamda, federal düzeyde belirlenmiş nefret saikleri olan “ırkçılık, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken”in yanı sıra, “toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim ve engellilik” unsurları da nefret saikleri kapsamında düzenlenmiştir⁶⁴.

ABD’de federal anlamda nefret söyleminin ve nefret suçlarının yasaklandığı bir diğer hukuki metin *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*’dir. Söz konusu Sözleşme, 1969 yılında imzalanmış olup 1978 yılında yürürlüğe girmiştir⁶⁵. Sözleşme’nin “Düşünce ve İfade Özgürlüğü” başlıklı 13. maddesinin 5. fıkrasında “Her türlü savaş propagandası ve ırk, renk, din, dil ya da milli köken temelinde bir gruba ya da bir insanlar grubuna yönelik hukuksuz şiddete ya da benzeri herhangi bir eyleme tahrik eden herhangi bir ulusal, ırkçı veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından cezalandırılabilir suçlar olarak değerlendirilir.” denilmektedir.

ABD ile Batılı devletler arasında nefret suçlarına yaklaşım açısından çok büyük bir farklılık olmamasına karşın konu nefret söylemine gelince nefret içerikli düşünce açıklamalarının sınırlandırılması konusunda ciddi yaklaşım farklılıkları göze çarpmaktadır. Bunun temelinde, Avrupa’da 20. yüzyılda yaşanan trajik soykırım ve totalitarizm deneyimi yatmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, bu tarz deneyimleri yaşamamış olan ABD’nin nefret içerikli söylemlerin yasaklanması konusunda daha liberal bir tutum sergilediği görülmektedir⁶⁶. Örneğin ABD, “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin 4. maddesine, Amerikan Anayasası’nın 1. ek maddesinden kaynaklanan düşünceyi açıklama özgürlüğü sistemine aykırı olduğu gerekçesiyle ihtirazi kayıt koymuştur. Ancak özellikle 11

isim olmuştur. Shepard, 07.10.1998 tarihinde kendilerini dindar ve muhafazakar olarak tanımlayan iki genç ile tanışmış, kendisini evine kadar götürebileceklerini söyleyen bu kişilerle birlikte yola çıktıktan bir süre sonra kendisini uzak ve kırsal bir alana götüren bu iki kişi Shepard’ı çeşitli işkencelere maruz bıraktıktan sonra bir çite bağlayıp yaklaşık 18 saat boyunca ölüme terk etmişlerdir. Shepard bir bisikletçi tarafından bulunmuş ve hastaneye kaldırılmışsa da 12.10.1998 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Bu iki kişinin Shepard’a işkence edip ölüme terk etmelerinin nedenini Shepard’ın eşcinsel olması oluşturmuştur. Ayrıntılı bilgi bkz.: http://tr.wikipedia.org/wiki/Matthew_Shepard (Erişim Tarihi: 25.04.2016).

⁶⁴ Streissguth, Hate Crimes, s.30-31; Sınar, Nefret Suçları, s.1274-1276.

⁶⁵ Duymaz, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, GÜHFD, Cilt: 17, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s.1371.

⁶⁶ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.9.

Eylül'deki saldırılardan sonraki süreçte daha önce toplumsal destek görmeyen bazı sınırlamacı yaklaşımların daha açık bir şekilde ortaya konulmaya başlandığı ve ABD sisteminin bu açıdan Avrupa'ya yaklaştığı da ifade edilmektedir⁶⁷.

B. İngiltere

İngiliz Hukuku'nda nefret suçlarının yasal çerçevesini açıklamak için genel olarak ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerden (1965, 1968 ve 1976 tarihli *Irk İlişkileri Yasası-Race Relations Act*; 1991 tarihli *Ceza Adalet Yasası-Criminal Justice Act*; 1995 tarihli *Engelli Ayrımcılığı Yasası-Disability Discrimination Act*; 2006 tarihli *Eşitlik Yasası-Equality Act*) istifade edilmektedir. Ancak son dönemlerde nefret saikiyle işlenen suçlar konusunda İngiliz Hukuku'nda önemli gelişmeler yaşanmıştır⁶⁸.

İngiltere'de nefret suçları kavramının yaygın olarak kullanılmaya başlaması 1990'lı yılları bulmuştur. İngiltere'de de Amerika'da olduğu gibi nefret suçları yasası, dezavantajlı grup üyelerinin nefret saiki ile hunharca öldürülmelerinden sonra kabul edilmiştir. İngiltere'de ilk nefret suçu yasağının çıkarılmasına yol açan olay 1993 yılında salt ırkçı saikle işlenen ve kamuoyunda büyük infial yaratan *Stephen Lawrence*⁶⁹ cinayetidir. Bu cinayetten sonra “nefret saiki suçları” kavramı 1998 yılında *Suç ve Düzene Aykırı Fiiller Yasası'nın (Crime and Disorder Act)* ırk ve dini inanç nedeniyle işlenen suçlar ve bunlara ilişkin cezaları düzenleyen ‘Ceza hukuku’ başlıklı 2. bölümünde yer alan 28-32. paragrafları ile yürürlüğe girmiştir. Suç ve Düzene Aykırı Fiiller Yasası, 2001 yılında yürürlüğe giren *Anti-terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası (Anti-terrorism, Crime and Security Act of 2001)* ile değiştirilmiş, nefret suçlarının kapsamı din ve dini inanç saiki ile işlenen suçları içine alacak şekilde genişletilmiştir. Her ne kadar Suç ve Düzene Aykırı Fiiller Yasası'nda ilk defa “nefret saiki suçları” ifadesi geçmesine karşın bu tarihten önceki bazı kanunlarda da ırka dayalı nefret eylemlerini yasaklayan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin 1965 ve 1976 tarihlerinde değiştirilen *Irk İlişkileri Yasası (Race Relations Act)*; 1986 tarihli *Kamu Düzeni Yasası (Public Order Act)*; 1991 tarihinde değiştirilen 1991 tarihli *Futbol Yasası (Football Act)*⁷⁰. Bütün bu yasaların ortak özellikleri, işlenen suçların çeşitli nefret/önyargı saikleriyle işlenmiş olması

⁶⁷ Kuzeci, Elif, “AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBBD, Sayı: 71, Yıl: 2007, s.176.

⁶⁸ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.94-96.

⁶⁹ Siyah bir İngiliz olan Stephen Lawrence, 22.04.1993 gecesi otobüs beklerken ırkçı bir saldırıya uğramış ve öldürülmüştür. Failler cinayetten yaklaşık 20 yıl sonra 2012'de mahkum edilmiştir. Söz konusu cinayet, İngiltere tarihinde işlenen ırkçı cinayetlerin en önemlilerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: http://en.wikipedia.org/wiki/Murder_of_Stephen_Lawrence (Erişim Tarihi:25.04.2016).

⁷⁰ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.96-97.

halini cezayı ağırlaştırılan nitelikli hal olarak düzenlemiş olmalarıdır⁷¹. Ayrıca 2000 tarihli Ceza Mahkemelerinin Yetkileri Yasası (Powers of Criminal Courts of Act) ile İngiliz Hukuku'nda ırk veya din saikiyle işlenen bütün suçlar için temel cezanın ağırlaştırılarak belirlenmesi konusunda mahkemelere yetki verilmiştir. İngiliz Hukuku'nda nefret suçlarının kapsamını genişleten bir diğer yasal düzenleme ise 2003 tarihli *Ceza Adaleti Yasası'dır (Criminal Justice Act)*. Ceza Adaleti Yasası'nın "Cezalandırma" başlıklı 12. bölümünde yer alan 145. maddede, ırk ve dini inanç saiki ile işlenen suçlarda cezaların ağırlaştırılması düzenlenmektedir. Bu madde ile yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozan suçlarla sınırlı olmamak üzere genel olarak dini inanç saikiyle işlenen bütün suçlara ilişkin cezaların ağırlaştırılması konusunda mahkemelere yetki verilmektedir. Bu Yasanın 146. maddesinde ise, işlenen suçların cinsel yönelim ve engellilikten kaynaklanan düşmanca his ile işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılacağı hükme bağlanmaktadır⁷².

İngiliz Hukuku'nda nefret suçlarıyla ilgili bir diğer yasa ise 2008 tarihli *Irksal ve Dinsel Nefret Yasası'dır (Racial and Religious Hatred Act)*. Bu Yasa ile, 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasası'nı değiştirilmiş, dini inanç temeline dayanan eylemler için yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Ayrıca 2008 tarihli *Ceza Adaleti ve Göçmenlik Yasası (Criminal Justice and Immigration Act)* ile de 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasası'nda değişikliğe gidilerek, cinsel yönelim ve tercihleri nedeniyle belirli bir gruba yönelik tehdit amacıyla kullanılan söz ve davranışlar suç olarak düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak 2012 tarihli *Hukuki Yardım ve Suçluların Cezalandırılması Yasası (Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act)* ile 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasası değiştirilmiş, cinsiyet değişikliği ve engellilik nedeniyle işlenen suçlardaki temel cezanın alt sınırı 30 yıla çıkarılmıştır⁷³.

İngiltere'de yapılan araştırmalar, yasal düzenlemelerle birlikte nefret saikiyle işlenen suçlarda ciddi bir azalma yaşandığını göstermektedir⁷⁴. İngiliz ceza hukuku doktrininde, nefret suçlarının tanımı ve kapsamı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda yalnızca ırk ayrımcılığı kapsamında işlenen suçlarla ilgili olarak büyük ölçüde bir tanım birliği oluşturulduğu ifade edilebilirse de, din, inanç, yaş ve cinsel yönelim nedeniyle işlenen suçlara ilişkin ortak bir tanım oluşturulamamıştır⁷⁵.

⁷¹ Sinar, Nefret Suçları, s.1276-1279; Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.90, 96-97.

⁷² Bulut, Nefret Suçları, s.69; Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.98-99.

⁷³ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.99.

⁷⁴ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.98. İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'daki nefret suçlarıyla ilgili istatistikî bilgiler için bkz. Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.101.

⁷⁵ Bulut, Nefret Suçları, s.69; Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.89.

Nefret suçlarının kapsamı ve yasalaştırma faaliyeti ile ilgili olarak İngiliz Hukuku ile Amerikan Hukuku arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak İngiliz Hukuku'nda nefret suçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin Amerikan Hukuku'nun aksine ülke düzeyinde olduğu, ikinci olarak İngiliz Hukuku'nda nefret suçları ile ilgili yaklaşımın oldukça geniş kapsamlı olduğu ve mağdurun suç nedeniyle verdiği ifadeye göre bir suçun nefret suçu olarak tanımlandığı ve kayıt altına alındığı ifade edilmektedir. Amerikan Hukuku'nda ise bu konuda daha çok soruşturma yapan görevlilerin olayı tanımlamalarına öncelik verildiği belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak istatistiklerde İngiltere'de daha fazla nefret suçu işlendiği izlenimi doğmaktaysa da bu durumun bu suçların tanımlanması ve kayıt altına alınması usulünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir⁷⁶.

C. Almanya

Almanya'da İkinci Dünya Savaşı sonrası antisemitik düşünce ve davranışların yeniden canlanmasını engellemek için birçok yasa çıkarılmış olmasına karşın bu yasaların ırkçı şiddeti önlemeye yönelik olmadığı görülmektedir. Ancak 1990'lı yıllara gelindiğinde Almanya'da yaşanan *Hoyerswerda* (1991), *Rostock* (1992), *Möln* (1992), *Solingen* (1993), *Lübeck* (1994) gibi pek çok olay nefret suçu kavramının Almanya gündemine gelmesini sağlamıştır⁷⁷. Günümüzde ise Almanya'da her yıl yaklaşık 80.000 yabancı düşmanlığı temelli nefret suçu işlendiği de ifade edilmektedir⁷⁸.

Almanya'da nefret suçlarını ifade etmek üzere Almanya Federal Adalet Bakanlığı tarafından "*önyargı suçları*"⁷⁹ (*Vorurteilsverbrechen/Vorurteilskriminalität*) terimi kullanılmaktadır. Buna göre önyargı suçları, kişilere ya da nesnelere karşı işlenen şiddet eylemleri olarak tanımlanmaktadır. Bu şiddet eylemlerini işleyen kişi, kendi grup üyeliği temelinde hareket etmekte ve diğer tarafın farklı bir sosyal gruba dahil olduğunu düşünmektedir. Karşısındaki kişinin, ırkı, milliyeti, dini, cinsel yönelimi ya da yaşam tarzı bu farklılığın temelini oluşturabilmektedir. Fail, diğer grubun bütün üyelerini korkutmak ve kendi grubundaki kişilerin de benzer suçlar işlemesi amacını gütmektedir⁸⁰.

⁷⁶ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.90-91.

⁷⁷ Bulut, Nefret Suçları, s.70.

⁷⁸ Schneider, Hasskriminalität, s.499.

⁷⁹ AGİT tarafından nefret suçlarını önlemek için hazırlanan kılavuzda da nefret suçlarının aynı zamanda önyargı suçları olarak tanımlandığını görmekteyiz. Çünkü nefret suçlarının karakteristik özelliğini, işlenen suçların önyargı saiki ile işlenmesi oluşturmaktadır.

⁸⁰ Krupna, Karsten, "Almanya'da Nefret Suçu Kavramı", in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları– Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.95.

Almanya’da, bağımsız bir nefret suçu kanunu bulunmamaktadır. Değişik tarihlerde nefret suçu ile ilgili kanun tasarıları hazırlanmışsa da hiçbir tasarı bu zamana kadar yasalaşamamıştır. Bunun temel nedenlerinden birisi olarak yargıçların böyle bir yasaya sıcak bakmamaları gösterilmektedir. Almanya’daki yargıçların zaten bu kavramlardan haberleri olduğu ve karar verirken bunları göz önünde bulundurdıkları, bu nedenle de kendilerini kısıtlayacak böyle bir düzenlemeyi istemedikleri belirtilmektedir⁸¹.

Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) cinayet suçunu düzenleyen 211. paragrafının 2. fıkrasında bahsedilen “*sair ilkel saikler nedeniyle*” (...sonst aus niedrigen Beweggründen...) ifadesinin içerisine nefret saikiyle işlenen öldürme fiillerinin girdiği, başka bir ifadeyle bu saikle işlenen suçların Alman Hukuku’nda nefret suçu olarak değerlendirilebileceği ancak bunun için basit bir nefretin yeterli olmadığı, mağdurun siyasi düşüncesinden, ırkından, milliyetinden, renginden, dininden, yaşam felsefesinden, kökeninden, cinsel yöneliminden vs. kaynaklı bir nefretin şart olduğu belirtilmektedir⁸².

D. İskoçya

İskoç Hukuku’nda nefret suçları ile ilgili düzenlemelere bakıldığında ilk olarak ırk, din, inanç ve mezhep saikiyle işlenen suçların ağırlaştırıcı neden olarak belirlendiği görülmektedir. Irk nedeniyle işlenen nefret suçları, 1995 tarihli *İskoç Ceza Yasası’nın (Criminal Law Act 1995)* 50A ve 1998 tarihli *Suç ve Düzene Aykırılık Yasası’nın (Crime and Disorder Act)* 18, 19 ve 23(1)a bölümünde düzenlenmiştir. Din saikiyle işlenen nefret suçları ise 2003 tarihli *Ceza Adalet Yasası’nın (Criminal Justice Act)* 74. bölümünde; engellilik nedeniyle işlenen suçlar 2009 tarihli *Suçlar Yasası’nın (Offences Act)* 1. bölümünde, cinsel yönelim saiki ile işlenen suçlar ise 2. bölümünde düzenlenmiştir⁸³.

II. Uluslararası Hukuk Metinlerdeki Düzenlemeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, nefret suçu kavramı her ne kadar ilk olarak ABD’de ortaya çıkmışsa da kısa süre sonra Avrupa’da da bu kavram sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır. Elbette ki bunun temelinde Batılı ülkelerin insan hakları, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, insan onuru gibi kavramları uzun zaman öncesinde içselleştirmiş olmaları yatmaktadır. Bu savı destekleyen argümanlardan en önemlisi olarak, AGİT üyesi ülkelerin neredeyse hemen

⁸¹ Stegbauer, Yargıçların Rolü, s.31 (Yazar, gelecekte de bu tasarıların yasalaşmayacağından emin olduğunu ifade etmektedir.).

⁸² Lang, Vorurteilsriminalität, s.39-40, 170; Keiser, Claudia, “Unerlässliches zur Verteidigung der Rechtsordnung gegen so gennante Hasskriminalität”, ZRP, 2/2010, s.46. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nda nefret suçlarıyla ilgili hazırlanan tasarılar için bkz. aynı eser s.47.

⁸³ Öner, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, s.99-100.

hepsinin ulusal mevzuatlarında nefret suçlarını yasaklamış olmaları gösterilebilir. Ancak bu ülkelerin mevzuatlarında nefret suçlarına yer vermelerinde sivil toplum kuruluşlarının ve uluslararası kuruluşların önemini de yadsımamak gerekir. Özellikle AGİT, Avrupa Konseyi⁸⁴, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi kuruluşların nefret suçları üzerinde titiz bir şekilde durmaları, kamuoyunu bu hususta bilgilendirmeleri ve farkındalık yaratmaları, ülkelerin nefret suçlarıyla ilgili yasal düzenlemeler yapmaları açısından önemli bir etki doğurmuştur. Avrupa ülkeleri bakımından yapılan bu tespitlerin Türkiye bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin nefret söylemi ve nefret suçları ile ilgili tavsiye kararlarından bazıları şunlardır:

-1997 tarihli R (97) 20 sayılı *"Nefret Söylemi"* konulu tavsiye kararı. Bu tavsiye kararında nefret söylemi şu şekilde tanımlanmaktadır: *"İrkçi nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan dinsel hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka ret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır."*

-1997 tarihli R (97) 21 sayılı *"Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi"* konulu tavsiye kararı. Bu tavsiye kararında, medyanın, toplumun farklı etnik, kültürel ve dini grupları arasındaki anlayış kültürünü teşvik ettikleri yerlerde hoşgörüsüzlükle mücadeleye olumlu katkılarının olabileceğine vurgu yapılmaktadır. Bu tavsiye kararı, hoşgörü kültürünü geliştirebilecek durumda olan farklı toplum kesimlerini ilgilendirmektedir⁸⁵.

Nefret söylemi ve nefret suçlarıyla ilgili yukarıda bahsedilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarının yanında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de ulusal hükümetler ve ulusal parlamentolar için rehber ilke işlevi gören metinlerin (tavsiye kararları veya kararlar) altına imza atmaktadırlar⁸⁶.

Ayrıca nefret suçlarıyla bağlantılı olarak Avrupa Konseyi bünyesinde *"İrkçiliğe ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu"* (European Commission

⁸⁴ Avrupa Konseyi, üye devletlerin mevzuatları arasında daha fazla birlik sağlamak amacıyla yalnızca antlaşmalar yapmamakta, aynı zamanda yasal bağlayıcılığı olmayan tavsiye kararları da almaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, söz konusu tavsiye kararları vasıtasıyla üye devletlerin politika ve mevzuatları için rehber ilkeler tanımlayabilmektedir. Bkz. Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.9.

⁸⁵ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.10.

⁸⁶ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin konuyla ilgili almış olduğu kararlar için bkz. Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.11.

against Racism and Intolerance-ECRI)⁸⁷ faaliyetini sürdürmektedir. Söz konusu Komisyon Avrupa Konseyi tarafından kurulmuş olup insan hakları alanında çalışan bağımsız bir izleme örgütüdür. Bu kuruluş bağımsız ve tarafsız üyelerden oluşmakta olup ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle ilgili sorunlar konusunda uzman kişilerden oluşmaktadır. Bu Komisyon üye ülkeler bazında izleme çalışmaları yürütmekte, bu çalışmalar sayesinde her bir üye devletin ırkçılık ve hoşgörüsüzlük açısından durumunu incelemekte, tespit edilen sorunlara ilişkin çözüm önerileri ve teklifler hazırlamaktadır. Komisyon'un Türkiye ile ilgili halihazırda yayınlamış olduğu dört adet rapor bulunmaktadır⁸⁸. Komisyon'un Türkiye ile ilgili hazırlamış olduğu en son rapor 30.04.2010 tarihi itibarıyla mevcut durumu kapsamaktadır⁸⁹. Komisyon'un ırkçılıkla ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleyi amaçlayan ulusal mevzuata dair 7 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi üye devletlerinin çeşitli ırkçı ifadelerle mücadele eden ceza kanunu hükümlerini kabul etmesi çağrısında bulunmaktadır. Bu ifadelerin içine ırk, renk, dil, din, milliyet, ulusal veya etnik kökeni nedeniyle bir kişi veya gruba yönelik şiddet, nefret veya ayrımcılığın alenen kışkırtılması, bu kişi veya grubun alenen aşağılanması, karalanması veya tehdit edilmesi girmektedir. Ayrıca, ırkçı bir ideolojiyi yansıtan aleni ifadelerin veya soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların ırkçı bir amaçla alenen inkâr edilmesinin de cezalandırılması gerektiği Komisyon tarafından ifade edilmektedir⁹⁰.

⁸⁷ Kurumun resmi internet sitesi adresi: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

⁸⁸ Söz konusu raporlar için: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Turkey/Turkey_CBC_en.asp (Erişim Tarihi:07.05.2016)

⁸⁹ Türkiye raporunda özetle şu hususlara dikkat çekilmiştir: TCK'nın 122. maddesinin, alenen ırk ayrımcılığı yapan fiilleri suç kapsamına aldığı; AİHS'den kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerin, bunları uygulama sorumluluğu taşıyan hakimler ve savcılar tarafından anlaşılmasını temin etmek ve yeni Türk Ceza Kanunu'nun doğru ve her yerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamak üzere gereken eğitimlerin verildiği; nüfusun çoğunluğunu azınlıklara mensup kişilerin oluşturduğu bazı bölgeler de dahil olmak üzere, günlük yaşamda sağlık hizmetlerine erişimde yaşanan eşitsizlikleri azaltmak amacıyla tedbirler alındığı; 2009-2010 eğitim-öğretim yılı başında, tüm öğrencilerin ilk ders saatlerinde ayrımcılıkla mücadeleyi konu alan bir dersi almalarının zorunlu tutulduğu; kullanılan ders kitaplarının ayrımcı içerikten arındırılması amacıyla inceleme başlatılması. Bu gelişmeler Komisyon tarafından olumlu olarak karşılanmıştır. Ancak kaydedilen ilerlemelere rağmen bazı sorunların devam ettiği de raporda belirtilmektedir. Şöyle ki; AİHS 12 No.lu Protokol Türkiye tarafından henüz kabul edilmiş değildir. Türk Hukuku'nda ırk ayrımcılığının bir tanımı bulunmamaktadır ve ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin kapsamlı bir mevzuat da oluşturulmamıştır. Irkçı suç nedenlerinin tüm adi suçları ağırlaştırıcı bir şart oluşturduğu konusunda mevzuatta hüküm yoktur. Irkçılıkla ve ırk ayrımcılığıyla mücadelede uzmanlaşmış bağımsız bir uluslararası oluşum yoktur. Aşırı milliyetçi veya aşırı sağcı yayınlarda yer alan antisemitist ifadeler çoğu zaman cezasız kalmaktadır.

⁹⁰ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.12-13.

Aşağıda, nefret suçlarının ve nefret söyleminin yasaklanmasıyla ilgili hükümler içeren uluslararası hukuk metinlerindeki bazı düzenlemelere kısaca değinilecektir.

A. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Türkiye'nin 2003 yılında onayladığı⁹¹ *“Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”* ifade özgürlüğüyle ilgili düzenlemelere yer verdikten sonra bu özgürlüğün bazı nedenlerle sınırlandırılabileceğini öngörmüş bulunmaktadır (m.19/3 ve 20). Sözleşme'nin 19. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: *“Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlarla bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve (a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve (b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımından gerekli olması zorunlu olmalıdır.”* Sözleşmenin 20. maddesinin 2. fıkrasında ise şöyle denilmektedir: *“Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.”*

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile hem Sözleşme'nin uygulanmasını izlemek hem de bu kapsamda alınacak kararların yürürlüğünü sağlamak üzere İnsan Hakları Komitesi'nin kurulması öngörülmüştür. Komite, Sözleşme'nin ihlali iddialarına dayanan devletlerarası şikayetler ile taraf devletlerin sunmaları gereken raporları inceleme yetkisine sahiptir. Sözleşmeye ek Birinci Protokol ile kişilere bireysel başvuru hakkı da tanınmış, Türkiye de bu Protokolü 2006 yılında kabul etmiştir⁹². Sözleşme kapsamında bireysel başvuru konusu edilen olaylarda Komite ifade özgürlüğü ve sınırları ile ilgili olarak çok sayıda karar vermiştir⁹³.

Komite'nin 1996 tarihli *Faurisson v. Fransa* kararına konu olan olayda bireysel başvuruda bulunan kişi Lyon Üniversitesinde bir edebiyat profesörüdür ve Auschwitz ile diğer Nazi toplama kamplarında bulunan gaz odalarının Yahudilerin yok edilmesinde kullanılmadığını iddia ettiği gerekçesiyle Fransa Gayssot Kanunu nedeniyle görevine son verilmiş ve cezalandırılmıştır. Başvurucu, düşünce ve ifade özgürlüğü ile akademik araştırma özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komite, başvurucu hakkında uygulanan iç hukuk kuralının meşruiyetini Sözleşme'nin 19. maddesinin 3. fıkrasına göre değerlendirerek, düşünce özgürlüğünün herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamayacağını ve bunun mutlak olduğunu ancak düşünceyi açıklama

⁹¹ R.G. Tarih-Sayı: 18.06.2003-25142.

⁹² R.G. Tarhi-Sayı: 05.08.2006-26250.

⁹³ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.42-43.

özgürlüğünün bazı yükümlülüklerle bağlı kılınabileceğine vurgu yaparak 20. maddenin 2. fıkrasına göre inceleme yapmaya gerek görmemiştir⁹⁴.

B. Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

13.10.1972 tarihinde New York'ta imzalanan Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 4750 sayılı Kanun ile 2002 yılında uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşme'nin 22. maddesine çekince koymuştur⁹⁵.

Sözleşme'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı şöyle yapılmaktadır: *“Bu Sözleşmedeki “ırk ayrımcılığı” terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir.”*

Sözleşme'nin 4. maddesinde ise taraf devletlerin yükümlülükleri şu şekilde gösterilmektedir: *“Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme'nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında, a) İrkçi üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir. b) İrk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katılımı yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir. c) Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.”* Bu bağlamda Türkiye'nin de tarafı olduğu söz konusu bu Sözleşme gereği, ırksal saiklerle işlenen nefret suçlarının cezalandırılmasına ilişkin Türkiye'nin iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapması gerekmektedir.

⁹⁴ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.43. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. aynı eser s.43-47.

⁹⁵ R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2002-24721.

Bu Sözleşme'ye dayalı olarak oluşturulmuş bulunan Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi, ifade özgürlüğü ve nefret söylemi arasındaki ilişkiyi bir Genel Yorum kararı ile irdelemiştir. Komite'nin 26.09.2013 tarihli 35 numaralı Genel Yorumunda, ırkçı nefret söylemi niteliğindeki konuşmaların ceza hukuku bakımından yaptırma bağlanması için şu hususlara dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır: *"Konuşmanın içerik ve biçimi, ekonomik, siyasi ve sosyal ortam, konuşmacının makam ya da konumu, konuşmanın kitlelere ulaşma kapasitesi, konuşmanın amaçları."*⁹⁶

C. Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Gerçekleştirilen Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Fiillerin Cezalandırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'ne Ek Protokol

*"Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi"*⁹⁷ (Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi) 01.07.2004 tarihinde 43 ülkenin imzasıyla yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 10.11.2010 tarihinde imzalanan *"Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi"* 22.04.2014 tarihli ve 6533 sayılı Kanun'la uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir⁹⁸.

Avrupa Konseyi'nin hazırladığı ve bilişim sistemleri aracılığıyla yapılan ırkçılık ve yabancı düşmanlığı eylemlerini de kapsam içine alan bir Ek Protokol⁹⁹ (Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Gerçekleştirilen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Niteliğindeki Fiillerin Cezalandırılmasına İlişkin Ek Protokol) 01.03.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Ek Protokol ile taraf devletlere, bilişim sistemleri yoluyla yapılacak ırkçı ve yabancı düşmanlığı nitelikli yayınların yayılmasının ve propagandasının suç sayılması zorunluluğu getirilmektedir. Özellikle antisemitizmi ve 1940-1945 yılları arasında gerçekleştirilen soykırım ve insanlığa karşı suçların inkârı, aşırı derecede küçümsenmesi, onaylanması veya meşru görülmesi dâhil olmak üzere ırkçı ve yabancı düşmanlığı saikleriyle işlenen tehdit ve hakaretler de cezalandırılması gereken fiiller olarak öngörülmektedir. Ancak bu Ek Protokol Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır¹⁰⁰.

⁹⁶ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.49. Komitenin vermiş olduğu kararlar için bkz. aynı eser s.52-55.

⁹⁷ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", MÜHFAD, Özel Sayı, Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s.1229 vd.

⁹⁸ R.G. Tarih-Sayı: 09.08.2014-29083.

⁹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm> (Erişim Tarihi: 03.05.2016)

¹⁰⁰ Avrupa Konseyi Üyesi 47 ülkeden yalnızca 24 tanesi bu Ek Protokol'ü onaylamış ve yürürlüğe sokmuştur. 12 üye ülke ise yalnızca Ek Protokol'ü imzalamış ancak onaylamamıştır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 11 üye ülke ise Ek Protokol'ü imzalamamıştır. bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=189&CM=8&DF=&CL=ENG> (Erişim Tarihi: 07.05.2016)

4. Nefret Söylemi İle İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki

İfade özgürlüğü, anayasal demokrasilerin temel taşlarından birisini oluşturmaktadır¹⁰¹. En geniş anlamıyla ifade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun, söz, yazı ya da başka vasıtalarla barışçı yollardan açığa vurabilme veya kişisel tercihler doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme serbestisine sahip olmak demektir¹⁰². İnsan haklarının en önemlilerinden birisi olan ifade özgürlüğü, düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Özgür düşünmenin anlam ifade edebilmesi için bireyin düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahip olması gerekmektedir¹⁰³.

I. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu

Liberal demokrasilerdeki klasik özgürlük anlayışında, temel hak ve özgürlüklerin mutlak (sınırsız) bir içeriğe sahip olduğu kabul edilir ve özgürlüğün içeriğinin sahibi tarafından istenildiği gibi belirlenebileceği kabul edilir. Bunun temelinde doğal hukuk düşüncesi yatmaktadır¹⁰⁴. Ancak günümüz liberal demokrasilerindeki özgürlük anlayışı bu kadar geniş içerikli değildir. Günümüzde özgürlüğün sahibi olan bireyin tek başına değil, toplum içinde yaşadığı gerçeğinden hareket edilmekte ve tüm bireylerin mümkün olduğunca özgür biçimde hareket edebileceğine ancak belli bir düzenin, dirlik ve esenliğin sağlandığı bir ortamın da oluşturulması gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹⁰⁵.

Temel hak ve hürriyetlerin niteliği, Anayasa'nın 12. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre: *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."*

¹⁰¹ AİHM, vermiş olduğu birçok kararda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun asli temellerinden olduğunu, ifade özgürlüğünün, bir toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturduğunu vurgulamıştır. Benzer içerikteki kararlar için bkz. Lingens v. Avusturya, Başvuru No:9815/82, Karar Tarihi:08.07.1986; Şener v. Türkiye, Başvuru No:26680/95, Karar Tarihi:18.07.2000; Thoma v. Lüksemburg, Başvuru No:38432/97, Karar Tarihi:29.06.2001; Maronek v. Slovakya, Başvuru No:32686/96, Karar Tarihi:19.07.2001.

¹⁰² Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul 1969, s.27; Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, Liberal Düşünce, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.8; Bıçak, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", Liberal Düşünce, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.55. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu bir kararda benzer tespitlerde bulunmuştur: Başvuru No: 2013/2602, Karar Tarihi: 23.01.2014, §40.

¹⁰³ Küzeci, Nefret İçerikli Düşünce Açıklamaları, s.7; Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBBD, Yıl:2013, Sayı:106, s.42.

¹⁰⁴ Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.129.

¹⁰⁵ Hakyemez, Yusuf Şevki, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 2, Yıl: 2002, s.19.

Günümüz demokrasilerinde özgürlüğün sınırsız olamayacağı gerçeğinden hareketle özgürlüklerin de çeşitli sınırlandırmalara tabi tutulabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda yaygın olan uygulama, özgürlüklere yönelik sınırlama nedenlerinin ve sınırlama sürecinde uyulması gereken ilkelerin anayasalarda belirlenmesi şeklinde olmaktadır. Bu durum, katı anayasa sistemine sahip olan ülkelerde bireyler için devlet iktidarını kullananlara karşı bir güvence oluşturur¹⁰⁶. Bu gerçekten hareketle Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar belirlenmiştir: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

II. Temel Hak ve Özgürlüklerin Objektif Sınırları

Anayasa'da ya da ilgili kanunlarda herhangi bir özgürlüğe yönelik hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa bile özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan bazı sınırları vardır. Bundan dolayı, kavramsal olarak *“temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması”* ile *“temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı”* aynı şey değildir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, sınırlamadan farklı olarak Anayasa'da belirtilen genel ya da özel sınırlama nedenlerine dayanmaz çünkü sınırlılık, özgürlüğe dışarıdan dahil edilmeye çalışılan bir kısıtlama değil bizzat o özgürlüğün kendisinden kaynaklanan bir durumdur. Temel hakların sınırlılığı, özgürlüklerin yapısından kaynaklandığından dolayı bunların Anayasa'da ya da kanunda belirtilmesi hiçbir önem taşımaz. Başka bir ifadeyle bu sınırlar pozitif hukuk metinlerinde belirtilse de belirtilmese de zaten vardır. Sonuç olarak temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırlarının belirtilmesi sadece *deklaratif* bir nitelik taşır; buna karşılık temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise *konstitütif* bir nitelik taşır¹⁰⁷.

Anayasa'nın *“Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”* başlıklı 26. maddesinde de düşünce özgürlüğünün objektif sınırları bağlamında önemli ipuçları bulunmaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre: *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”* Maddenin ikinci fıkrasında ise düşünce özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi haller düzenlenmiştir: *“Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması,*

¹⁰⁶ Hakyemez, Objektif Sınır Kavramı, s.20-21.

¹⁰⁷ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa 2016, s.109 vd.

suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” Bunlardan ayrı olarak doktrinde Hakyemez tarafından Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*” başlıklı 14. maddesinin bir yönüyle de düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını belirlediği görüşü ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*” Hakyemez'e göre Anayasa'nın 14. maddesinin bir bütün olarak dikkate alındığında düşünce özgürlüğünün normal alanını kısıtladığı sonucu çıkmaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında, 14. maddenin, düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarını belirten *deklaratif* bir kural olmaktan öte başka bir anlamı ve etkisi de vardır. Madde bu niteliği dolayısıyla sadece objektif sınır getirmemekte aynı zamanda soyut düzeyde kalsa bile belli düşünce açıklamalarını yasaklamaktadır¹⁰⁹.

Sonuç olarak bakıldığında, pozitif hukuk metinlerinde bir özgürlüğün sınırlandırılması hususunda hiçbir hüküm bulunmasa bile özgürlüğün yapısından kaynaklanan kimi sınırların mevcut olduğunun kabulü gerekmektedir¹¹⁰.

III. İfade Özgürlüğünün Objektif Sınırları ile Nefret Söylemi Arasındaki İlişki

ABD'de yaşanan bir olayla ilgili olarak Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1942 yılında vermiş olduğu *Chaplinsky v. New Hampshire* kararı¹¹¹ düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının ne olacağıyla ilgili verilmiş önemli bir karar olup sonraki tarihlerde verilen benzer nitelikte kararlara da¹¹² emsal teşkil etmiştir.

¹⁰⁸ Hakyemez, Objektif Sınır Kavramı, s.33.

¹⁰⁹ Hakyemez, Objektif Sınır Kavramı, s.36.

¹¹⁰ Hakyemez, Objektif Sınır Kavramı, s.24.

¹¹¹ Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html> (Erişim Tarihi: 05.08.2016).

¹¹² Bu kararlara örnek olarak bkz. 1949 tarihli *Terminiello v. Chicago* (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/1/case.html>); 1951 tarihli *Feiner v. New York* (http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/feiner.html) (Erişim Tarihi: 05.08.2016).

Karara konu olan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: 1941 yılının Kasım ayında, Yehova Şahidi olan Walter Chaplinsky, şehir merkezindeki bir yaya kaldırımında broşür dağıtarak insanları Yehova Şahidi olmaya davet eder. Chaplinsky’i dinleyen insanların oluşturduğu geniş kalabalık trafiği engellemeye başladıktan sonra bir polis memuru Chaplinsky’i oradan uzaklaştırır ve polis merkezine götürür. Bu esnada yolda karşılaştıkları polis müdürüne hitaben *“Tanrı’nın belası gangsterlersiniz!”*, *“Hepiniz faşistsiniz!”* gibi saldırgan, alaycı ve küçük düşürücü sözler sarf etmiştir. Bunun üzerine Chaplinsky, söylediği bu sözler için yerel mahkemece mahkûm edilmiştir. Chaplinsky, söylediği sözlerin ABD Anayasası’nın düşünce özgürlüğü ile ilgili maddesinin korumasında olduğunu belirterek kararı temyiz etmiştir. Temyiz üzerine dosya Federal Yüksek Mahkeme’nin önüne gelmiştir. Temyiz talebini reddeden Federal Yüksek Mahkeme, somut olayın gerçekleştiriliş şekli konusunda bir uyuşmazlık olmadığını belirttikten sonra konumuz açısından önemli olan ve ilk kez düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarının varlığının kabul edildiği şu kararı vermiştir: *“Düşünce/ ifade özgürlüğü, her zaman ve her koşulda mutlak bir niteliğe sahip değildir. Kapsamı dar tutulmuş bazı düşünce/ ifade açıklamaları vardır ki bunların ifade edilmelerinin önlenmesi ve cezalandırılması hiçbir anayasal soruna yol açmaz. Bunlar, hakaretimiz, müstehcen, küfür, iftira, onur ve haysiyet kırıcı nitelikte olan veya diğer ahlaksız sözlerdir (fighting words). Bu sözlerin toplumsal barışı bozmaya meyilli oldukları açıktır. Bu tarzdaki ifadelerin/düşüncelerin açığa vurulması biçiminde esaslı bir amacının olmadığı ortadadır. Bunlar, gerçeğe ulaşma bakımından hiçbir topluma hiçbir katkı sağlamayan, ahlakilik ve düzeni sağlama noktasında hiçbir toplumsal yarar içermeyen ifadelerdir.”* Ancak daha sonraki tarihli kararlarında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin *“fighting words”* nitelendirmesini sınırlandırma yoluna gittiği ve yalnızca toplumsal barışı açık bir şekilde bozmayı teşvik etmeye yönelmiş ifade açıklamalarının bu kapsamda değerlendirileceği sonucuna vardığı görülmektedir¹¹³.

Bununla birlikte kamuyu ilgilendiren bir yönü olduğu zaman ABD’de kişilik hakları ile ilgili düşünce açıklamalarının -bireylerin kişilik haklarını, şeref ve haysiyetlerini ihlal etse dahi- anayasal korumadan yararlandığı ifade edilmektedir. Bu durumda düşünce özgürlüğü, kişilik haklarından daha üstün bir konumda görülmektedir. Bununla birlikte doğrudan doğruya başkalarının şeref ve haysiyetine müdahale eden düşünce açıklamaları, yazı veya resimler tamamen düşünce özgürlüğünün koruması dışında görülmektedir¹¹⁴. Düşünce özgürlüğü ile çok yakın irtibat içinde bulunan bir diğer husus ise

¹¹³ Jacobs/Potter, Hate Crimes, s.142-143; Streissguth, Hate Crimes, s.60-61.

¹¹⁴ Kanadoğlu, O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2000, s.59-70.

nefret söylemidir. Nefret söyleminin düşünce özgürlüğünün objektif sınırları içinde olup olmadığı hususunun net bir şekilde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Dünyada ve ülkemizde yaşanan kutuplaşmalar sebebiyle farklı kesimlere karşı yaratılan tahammülsüzlük ortamı sonucunda değişik sebeplerle kişiler ve gruplar hoşgörüsüzlüğün temeli haline getirilmiş ve kimliksel ayrışmalar yaratılmıştır. Kimliksel ayrışmayla beraber, son dönemde ülkemizde ve dünyada yeni suç türlerinden bahsedilmeye başlanmıştır. Özellikle son dönemde nefret içerikli ifadeler ve eylemler ulusal hukuklarda suç olarak düzenlenirken, uluslararası hukuk alanında ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebi olarak görülmeye başlanmıştır¹¹⁵.

Ulusal ve uluslararası hukuk alanında nefret içerikli ifadelere nefret söylemi, nefret suçları ve ayrımcılık başlıkları altında yer verilmektedir. Nefret suçunun, nefret söyleminin ve ayrımcılık kavramlarının hayata geçirilmesi sonucunda mağdur ile mağdurun mensup olduğu grup üzerinde büyük bir olumsuz etki yaratılmaktadır. Gerçekleştirilen eylem sonucunda, mağdur birey ve gruplar korkuya sevk edilmenin yanı sıra toplumda istenmedikleri, topluma ait görülmedikleri hissine kapılmaktalar daha da önemlisi devlet tarafından bu eylemleri önleyecek tedbirlerin alınmaması neticesinde mağdur olan kişi veya grupların hukuka ve devlete olan güvenleri de sarsılmaktadır¹¹⁶. Nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınırın nasıl belirleneceği yukarıda da izah edildiği üzere çok tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır; zira bir hususun nefret söylemi kapsamına girdiğinin iddia edildiği yerde, ifade özgürlüğü ihlaline ilişkin eleştiriler de gündeme gelmektedir¹¹⁷.

Nefret söylemi ve nefret suçu birbirinden farklı iki kavramdır. Nefret suçları, ceza kanunlarında yerini alan bir suç kategorisi iken nefret söylemi genellikle ifade özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanımı ile ilişkisi bakımından ele alınmaktadır¹¹⁸.

Nefret söylemi AB ülkelerinde bir suç olarak tanınmaya başlamasına rağmen yukarıda da ifade edildiği üzere ABD’de düşünce özgürlüğüne vurgu yapılarak, düşünce özgürlüğüne ancak “*şiddete teşvik etme*” durumunda bir kısıtlama getirileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle Amerikan Hukuku’nda nefret içeren konuşma ile hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamasının birbirinden ayrı tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Nefret içeren konuşma düşüncenin içeriğine yönelikken, hukuk dışı yöntemlerle

¹¹⁵ Karadeniz, Nefret Söylemi, s.5.

¹¹⁶ Karadeniz, Nefret Söylemi, s.5.

¹¹⁷ İnceoğlu, Önsöz, s.13.

¹¹⁸ Çelik, Elif, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl:2013, s.209.

gerçekleştirilen düşünce açıklaması ise düşüncenin açıklanması yöntemine ilişkin bir özellik taşımaktadır. ABD’de nefret içeren konuşmalar bazı durumlarda yasaklanmamaktadır; buna karşın hukuk dışı yöntemlerle gerçekleştirilen düşünce açıklamaları her zaman yasaklanmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Ku Klux Klan* üyesi Charles Branderburg ile ilgili vermiş olduğu kararda, bu kişinin konuşmasının ırksal içeriğinden dolayı değil hukuk dışı yöntemleri savunmasından dolayı cezalandırıldığını belirtmiştir¹¹⁹.

İfade özgürlüğü, temel insan haklarından birisi olsa da bireyler kendi açıklamalarından doğabilecek potansiyel nefret söylemi konusunda dikkatli davranmak zorundadırlar. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye devletlere, yasalar çıkarmak için ortak ölçütler belirlemesini ve nefret söyleminin sahibi ile bunu yayımlayan yayın kuruluşunu birbirinden net olarak ayırt etmeyi önermektedir. Diğer yandan Bakanlar Komitesi, nefret söyleminin medya aracılığıyla yayılmasının daha zararlı sonuçlar doğuracağına da dikkat çekmektedir¹²⁰.

5. Nefret Söyleminin Suç Olarak Kabul Edilmesini Eleştiren Görüşler

Daha önce de ifade edildiği üzere nefret söylemi ve nefret suçları, her ne kadar birbirinden farklı iki kavram olsa da birbirlerini beslemekte, bunun sonucunda nefret söylemi, nefret suçuna giden yolda ilk önemli adım olarak görülmektedir. Bu bağlamda doktrinde nefret söyleminin suç olarak kabul edilmesini eleştiren görüşlere yer vermek, nefret suçlarıyla ilgili yapılacak değerlendirmelerin de daha sağlıklı okunabilmesine hizmet edecektir.

Doktrinde, nefret söyleminin yasaklanmasını ve nefret söylemi içeren ifadelerin suç olarak kabul edilmesini eleştiren görüşlere de rastlanmaktadır. Bu görüşteki yazarlardan *Heinze*, nefret söylemini yasaklayan düzenlemelere bakıldığında bu tarz söylemlerin aslında şiddet teşkil ettiğine ilişkin ampirik deliller bulunmadığını, başka bir ifadeyle nefret söyleminin yasaklanmasının temelinde bu söylemin olası etkilerinin bulunduğunu, bunun da ifade özgürlüğü üzerinde sansür oluşturduğunu savunmaktadır. Ayrıca yazara göre, nefret söylemini yasaklayan kanunların insan hakları hukukundaki ayrımcılık yasasını ihlal edebileceği de ileri sürülebilir¹²¹.

Türk doktrinde ise *Uslu* tarafından savunulan görüşe göre, nefret söylemini suç olarak kabul etme girişimi genel olarak özgürlük ilkesi ve özel olarak da ifade hürriyeti bakımından hayati problemleri bünyesinde barındırmaktadır. Yazara göre nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesindeki yapısal kusurları

¹¹⁹ Hakyemez, *Objektif Sınır Kavramı*, s.30-31.

¹²⁰ İnceoğlu, *Önsöz*, s.13.

¹²¹ Akt. Şahinkaya, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, s.141-142.

üç başlık altında toplamak mümkündür: i) Mağdurun belirsizliği, ii) Edim-zarar illiyet bağının koparılması, iii) Kanıtlanabilirlik eksikliği¹²².

Yazara göre nefret söylemini suç olarak icat etme girişimindeki en temel ve birincil yapısal kusur mağdurun belirsiz olmasıdır. Belli bir nefret söyleminin mağdurunun kim veya kimler olduğu somut ve net bir şekilde asla tespit edilemez. Buna göre ortada soyut, belirsiz ve değişken bir mağdur profili vardır. Burada belli kişilerin maruz kaldığı belli bir zarardan söz edilemez zira iddia edilen zarara maruz kaldığı gösterilecek mağdur bir kişi yoktur. Bu yüzden, o grup adeta kolektif bir varlık ve kişi olarak düşünülmüş olur. Örneğin, “siyahlar iğrenç kokuyorlar” gibi bir söylemin siyah olan kişilerden kaçında nasıl bir mağduriyete yol açtığı bilinemez. Yazara göre, burada bir kolektif kimliğin mağdur kabul edilmesinden ve o kimliğin üyesi olanların o kimlik adına belli haklara sahip kılınmasından bahsedilmektedir; oysa özgürlüğü sınırlanan ve bir cezaya çarptırılan kimliği belirli bir kişidir. *Uslu*, çalışmasının devamında, nefret söylemi suçu kavramının fiil üzerinden değil, mağdur üzerinden tanımlanmaya çalışılmasını “*hayati bir defo*” olarak nitelendirmektedir¹²³.

Kanaatimizce, *Uslu* tarafından nefret söyleminin suç olarak düzenlenememesinin gerekçesi olarak gösterilen “*mağdurun belirsizliği*” kıstası hatalı tespitleri bünyesinde barındırmaktadır. Ceza hukuku sistemimizde suç olarak düzenlenen her fiilin mağdurunun mutlaka belirli bir kişi olması ve bu kişinin de mutlaka belirlenmesi gerektiği yolunda bir kural bulunmamaktadır. Suçun konusunu belli bir kişi veya birden fazla kişi oluşturuyorsa, mağdurun bu kişi veya kişiler olduğu söylenebilir. Buna karşın, suçun konusunu belli bir kişi değil de toplumu oluşturan fertlerin hepsi veya belli bir kısmı oluşturuyorsa bu durumda mağdurun toplumun tamamı veya toplumun belirli kısmı olduğu söylenebilir. Bu nedenle *Uslu* tarafından savunulan bu görüşe katılmamaktayız.

Uslu, nefret söyleminin suç olarak tanımlanmasında yapısal ikinci problem olarak “*edim-zarar illiyet bağının koparılması*”nı göstermektedir. Buna göre, bir edimin yasaklanmasının meşruiyeti için bu edimden kaynaklı gösterilebilir kuvvetle muhtemel oluşacak bir zarar veya mevcut bir zarar aranması şart koşulmamaktadır. Oysa bu illiyet, hem ceza hukuku hem ifade hürriyeti açısından hayati bir öneme sahip bulunmaktadır. Nefret söylemi suçu, somut olayda herhangi bir zararın oluşmasından bağımsız olarak, belli bir gruba yönelik ifadelerde zararı baştan var kabul etmektedir. Dolayısıyla, belli bir edimde, belli bir mağdurun yaşadığı belli bir zararı aramaya ihtiyaç duyulmamaktadır. Ayrıca söz konusu zararın nasıl tespit edileceği, nasıl kanıtlanacağı ve bu zararlar ile nefret söylemleri arasında ilişkinin nasıl gösterileceği de belirsiz hatta imkansızdır. Yazar, bu imkânsızlık sebebiyle, nefret söyleminin suç olarak

¹²² Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.190.

¹²³ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.190-191.

kabul edilmesi gerektiğini savunanların, belirsiz ve dağınık bir zarar anlayışına dayanmak zorunda kaldıklarına işaret etmektedir¹²⁴.

Kanaatimizce yazarın çalışmasında kullandığı “*edim*” kavramıyla neyi kastetmek istediği hususu belirsizdir. Zira *edim* kavramı, ceza hukuku kavramı olmayıp, borçlar hukuku alanında kullanılan bir kavramdır ve borçlu kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışı ifade etmektedir. Yazarın *edim* ile kastetmek istediğinin ceza hukuku bağlamında fiil veya hareket olduğunu düşünmekte ve değerlendirmemizi de buna göre yapmayı uygun görmekteyiz. Yazar tarafından savunulan ve nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesinin nedensellik bağının koparılması olarak yorumlanacağı şeklinde düşünceye de katılmamaktayız. Zira ceza hukuku sistemimizde her suçun mutlaka bir neticesi olacağı şeklinde bir genel kabul bulunmamaktadır.

Uslu'nun, nefret söyleminin suç olarak tanımlanmasında gördüğü yapısal son problem ise suçun kanıtlanabilirliğindeki eksikliklerdir. Yazara göre, belli bir olayda bireylerin uğradığı veya uğrayacağı bir zararın varlığı aranmayınca, bir ifadenin nefret suçu olup olmadığının belirlenmesi büyük ölçüde ya failin saikine veya söz konusu kimliğe mensup olanların algısına bağlı olarak değerlendirilmek zorunda kalmaktadır. Niyet ve algıya bağlı olarak bir suçun varlığını kanıtlamaya girişmek ciddi sıkıntıları bünyesinde barındırmaktadır. Failin saikinin ve mağdurun algısının tespit edilmesi ve kanıtlanması girişimi, tartışmalı, subjektif ve büyük ölçüde keyfi veya tesadüfi bir çaba olacaktır¹²⁵.

Yazar, nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesi hususunda, yukarıda belirttiğimiz ve kendisinin “*yapısal kusurlar*” olarak nitelendirdiği eksikliklerin yanında bir de “*argümantatif kusurlar*” olarak nitelendirdiği eksikliklerden bahsetmektedir. Yazara göre bu argümantatif kusurlar şunlardır: i) iyi olmaya zorlamak veya nefret edilmeme hakkı, ii) farklılıkları ve çatışmaları reddetmek, iii) amaçlananın tersi sonuçlar üretmek¹²⁶.

Yazarın argümantatif kusur olarak gördüğü ilk durum “*iyi olmaya zorlamak veya nefret edilmeme hakkı*”dır. Buna göre, bireylerin özgür olduğundan bahsederken, onların sadece belirlenen veya tasvip edilen şekillerde olma hakkına sahip olduğundan bahsedilmediğinin net bir şekilde anlaşılması lazımdır. İnsanların sadece doğru olanı değil yanlış olanı da yapma hakları vardır ve bireylerin özgür olması, bizzat kendilerinin tercih ettiği şekilde olma konusunda bir hakka sahip oldukları anlamına gelir. Bu bağlamda, ifade hürriyetinin sadece “*doğru ve uygun*” bulunan görüşleri koruyan bir hak mıdır sorusunun cevabı şüphesiz ki hayır olmalıdır. Aksinin kabulü halinde, düşünce, vicdan, kanaat, inanç özgürlüğü ve bunların ifade özgürlüğünden

¹²⁴ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.191-192.

¹²⁵ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.192-193.

¹²⁶ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.193.

bahsedilmesinin hiçbir anlamı olmazdı. Yazar, nefret söyleminin suç olarak kabul edilmesindeki yapısal problemlerin aslında ifade hürriyetini tehdit eden ciddi bir zihniyetin izlerine işaret ettiğini savunmaktadır. Buradaki tehdit, nefret söylemini cezalandırmanın arkasındaki amacın, verilecek veya verilmiş bir zararı cezalandırmak değil “sakıncalı”, “tasvip edilmeyen”, “doğru ve hoş olmayan” bazı görüşleri cezalandırmaya dönüşmeye elverişli olmasındadır. Nefret söylemini yasaklamaya kalkışmak, insanların diğerlerine ve onları temsil eden şeylere karşı aşağılama, nefret, tasvip etmeme, kınama, beğenmeme, tikslenme vb. olumsuz görüş ve ifadelerden kaçınarak doğru ve uygun davranmaya zorlamak anlamına gelmektedir ki böyle bir anlayış paternalizme kapı açmaktadır. Çünkü bu tür yasaklar, devletin vatandaşlarını kendi ahlaki sorumluluklarını alabilecek ve kendilerini yönetebilecek bir yetkinlikte görmediği anlamına gelmektedir¹²⁷.

Benzer görüşleri savunan *Dworkin* de nefret söylemi yasağına karşı çıkarken demokratik bir toplumda ahlaki fail olarak vatandaşların bu görüşleri dile getirme ve duyma özgürlüklerini gerekli görmektedir: “İlk olarak, ahlaken sorumlu insanlar hayat veya politikada neyin iyi neyin kötü olduğu konusunda veya adalet veya inanç meselelerinde neyin doğru neyin yanlış olduğu konusunda kendi kararlarını vermek konusunda ısrar ederler. Hükümet ikna olabilecekleri düşüncesiyle tehlikeli veya saldırgan fikirleri duymaları konusunda vatandaşlara güvenilemeyeceği hükmünü verdiği zaman, vatandaşlarına hakaret eder ve onların ahlaki sorumluluklarını reddeder. Bizler, bireyler olarak onurumuzu ancak şu konuda ısrarcı olursak koruruz; hiç kimse -hiçbir memur hiçbir çoğunluk- o görüşü duymaya ve üzerinde düşünmeye uygun olmadığıyla bir görüşü bizden saklamak hakkına sahip değildir.”¹²⁸

Uslu'nun argümantatif kusur olarak gördüğü ikinci durum “farklılıkları ve çatışmaları reddetmek”tir. Nefret söylemi üzerine yasaklama getirmek, insanlar arasındaki bazı temel farklılıkları ve çatışmaları yok saymak daha doğru bir ifadeyle bazı farklılıkları gayri meşru görmek anlamına gelmektedir¹²⁹. Yazarın argümantatif kusur olarak gördüğü son durum ise “amaçlananın tersi sonuçlar üretmek”tir. Sosyal alana yapılan zorlayıcı müdahale ve düzenlemelerin öngörülemeyen ve belki de çoğu negatif yan sonuçlara yol açacağı görüşü yadsınamaz bir gerçektir. İfade hürriyeti söz konusu olduğunda, müdahale ve yasakların söz konusu müdahale ve yasak ile güdülen amacın tam tersi sonuçlara yol açabileceği iddiası, üzerinde durulmaya değer bir görüştür. Buna göre yasaklamalar, sakıncalı, yanlış veya zararlı bulunan görüşleri geriletmek

¹²⁷ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.193.

¹²⁸ Dworkin, Ranold, Freedom's Law, Cambridge 1997, s.200 (akt. Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.193).

¹²⁹ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.194.

yerine tam tersi bir sonuca yol açabilmektedir. Şöyle ki; ifade hürriyetinin korunması, *serbest bir fikirler piyasasının* işlemesi anlamına gelir. Bu piyasada, serbestlik korunduğu sürece, iyi fikirler veya hakikatler, kötü fikirleri veya yanlışları kovacaktır. Yazara göre, nefret söylemlerinin, nefret suçlarını artırdığı şeklindeki varsayımın temelleri zayıftır ve tam tersinin geçerli olabileceğini düşündüren örnekler bulmak da mümkündür. Buna örnek olarak, pornografi konusunda en az sansür ve kısıtlamanın bulunduğu Danimarka ve Japonya’da cinsel suçlar en düşük orandadır. Şayet bu ülkelerde, pornografi yasaklanmış olsaydı, kadınlar daha büyük zararlara maruz kalırlardı. Sonuç olarak, sansürün bazı suçları azalttığı savı kadar, özgürlüğün bazı suçları azalttığı savı da sorgulanmaya açıktır¹³⁰.

Uslu, nefret söylemini suç olarak düzenleme yolundaki en büyük sıkıntının, neyin nefret söylemi olduğunun tanımlanması ve belirlenmesindeki inanılmaz muğlaklık olduğunu ifade etmektedir. Nefret söyleminin suç olarak kabul edilmesi üzerinde uzlaşılsa bile neyin bu suç kapsamına girdiği neyin girmediği meselesi her zaman içinden çıkılmaz tartışmaların odağında olacaktır. Bu muğlaklık, ifade hürriyeti gibi en temel ve hayati bir insan hakkının kullanımını keyfilik ve tarafsızlığa alabildiğine açık hale getirecektir. Neyin nefret söylemi olup olmadığının belirlenmesinde kazanan tarafı, siyasi dengeler, halkla ilişkilerdeki beceriler, lobi faaliyetlerindeki başarı, kamuoyu algısını üretme ve yönetme gücü ve imkanı belirleyecektir¹³¹.

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Nefret Suçlarına ve Nefret Söylemine Yaklaşımı

AİHM, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün, demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için zorunlu olan temel koşullardan birisini oluşturduğunu belirtmektedir¹³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefret söyleminin kesin bir tanımını yapmış değildir. Ancak AİHM’in konuyla ilgili kararlarında yalnızca *“dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi”*ne atıfta bulunmaktadır. AİHM, kendisini ulusal mahkemelerin kullandığı sınıflandırmaların bağlayıcılığı altında hissetmemekte ve bu kavramı *“özerk”* bir kavram olarak görmektedir. Bu bağlamda AİHM, bazen ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen sınıflandırmaları reddetmekte ya da ulusal mahkemelerin nefret söylemi olarak kabul etmediği bazı beyanları bile nefret söylemi olarak sınıflandırabilmektedir¹³³.

¹³⁰ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.196-197.

¹³¹ Uslu, Nefret Söylemi Suçu, s.196.

¹³² Skalka v. Polonya, Başvuru No:43425/98, Karar Tarihi:27.05.2003.

¹³³ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.3.

Bir ifadenin nefret söylemi olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, bu söylemin ifade özgürlüğü kapsamına girmemesi ve dolayısıyla da AİHS'in 10. maddesinin sağladığı korumadan mahrum kalmasıdır¹³⁴. Nefret suçları ve nefret söylemiyle ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulabilmesi için AİHS m.10 önemli bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu birçok kararda, ifade özgürlüğü bağlamında nefret söylemi ve nefret suçlarıyla ilgili tespitlerde ve değerlendirmelerde bulunmuştur.

Aşağıda ilk olarak AİHS m.10'a değinilecek, sonrasında ise AİHM'in konuyla ilgili verdiği kararlarından bazılarında yer verilecektir. İfade özgürlüğünün düzenlendiği AİHS'in 10. maddesinde şöyle denilmektedir:

"1.Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2.Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

AİHS'in 10. maddesi dikkatli bir şekilde incelendiğinde, birinci fıkrada, ifade özgürlüğü konusunda temel prensiplerin ortaya konulduğu, ikinci fıkrada ise ifade özgürlüğüne karşı meşru görülen müdahalelerin neler olduğunun belirtildiği görülmektedir¹³⁵. Başka bir ifadeyle maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Bu da göstermektedir ki her ne kadar felsefi perspektifte ifade özgürlüğünün sınırlandırılmayacağı belirtilse de demokratik rejimlerde bile bu özgürlüğün sınırlarının olduğu kabul edilmektedir.

AİHM'in AİHS m.10 bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için aradığı koşulları şöyle sıralamak mümkündür: *-Sınırlamanın kanun tarafından getirilmiş olması; -sınırlamanın sadece sınırlama ile belirtilen*

¹³⁴ Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.4.

¹³⁵ Macovei, Monica, İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:2, s.10. Kaynak: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf (Erişim Tarihi: 07.05.2016).

meşru amaca yönelik olması; -sınırlamanın demokratik toplum düzenine aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde (orantılı) olması.

İfade özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde devletin etkin ve önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu bağlamda devlet, bireyin düşüncesinin oluşum evresinde gerekli düzenlemeleri yapmanın yanı sıra düşüncesinden ötürü kınanmaması ve düşüncesini açıklaması ve yayması için uygun ortamı sağlamakla da yükümlüdür. Bundan dolayı, devletin ifade özgürlüğü kapsamında hem pozitif hem negatif olmak üzere iki tür yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir. Devlet pozitif yükümlülüğü uyarınca¹³⁶ ifade özgürlüğünün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü uyarınca da kabul edilen sınırlar içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır¹³⁷. Nefret söylemi açısından da devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Yasama, yürütme ve yargı organlarının nefret içerikli ifadelerden kaçınmaları devletin negatif yükümlülüğünü oluştururken, nefret içerikli ifadelerin yaygınlaşmaması ise devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır¹³⁸.

AİHM, *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davasında¹³⁹ cinsel yönelim saikli nefret söylemiyle ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur. Bu davada, başvuru ve arkadaşları, lisede dağıttıkları yüz adet el ilanında homoseksüellere ilişkin saldırgan ifadelere yer vermişlerdir. Başvurucular “*Ulusal Gençlik*” adında bir örgütün hazırladığı bu el ilanlarını, öğrencilerin dolaplarının içlerine ve üzerlerine koymak suretiyle dağıtmışlardır. El ilanındaki ifadelerde homoseksüelliğin sapkın bir cinsel eğilim olduğu ve toplumun özü üzerinde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahip olduğu ayrıca homoseksüel kişilerin HIV ve

¹³⁶ AİHM’e göre, demokrasinin işleminin ön şartlarından birisi olarak, ifade özgürlüğü büyük bir önem taşımaktadır. Bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması, sadece devletin müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır. Devlet, aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almak durumunda olabilir. Devletin pozitif bir yükümlülüğünün olup olmadığına karar verirken, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarları ile bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu sorumluluk, kaçınılmaz olarak, sözleşmeciler devletlerde var olan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk, yetkililer için imkânsız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. *Özgür Gündem v. Türkiye*, Başvuru No:23144/93, Karar Tarihi:16.03.2000. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularla ilgili vermiş olduğu kararlarda devletin pozitif yükümlülüğünün olduğuna dikkat çekmektedir. Söz konusu kararlar için bkz. Başvuru No:2013/1123, Karar Tarihi:02.10.2013, §34; Başvuru No:2013/5356, Karar Tarihi:08.05.2014, §44.

¹³⁷ Özbey, *İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*, s.46.

¹³⁸ Karan, Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, in: *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.88.

¹³⁹ *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, Başvuru No:1813/07, Karar Tarihi:09.02.2012.

AIDS'in¹⁴⁰ ülkede yayılmasının müsebbipleri olduğu şeklinde suçlamalara yer verilmiştir. Başvurucular, İsveç makamları tarafından bu eylemleri nedeniyle cezaya çarptırılmışlardır. Başvurucular yapmış oldukları savunmalarda, homoseksüellere hakaret etme amacıyla olmadıklarını ve eylemlerinin amacının İsveç okullarındaki eğitimin nesnellikten uzak olduğu konusunda bir tartışma başlatmak olduğunu iddia etmişlerdir. AİHM, başvurucuların ifadelerinin nefret dolu eylemlere doğrudan bir çağrı olmasa dahi ciddi ve önyargılı suçlamalar içerdiğini belirterek, cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılığın ırk, köken ya da renk temelinde yapılan ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulamış ve başvurucuların AİHS m.10'da teminat altına alınan ifade özgürlüklerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

AİHM *Erbakan v. Türkiye* davasında¹⁴¹ halkı ayrımcılığa teşvik eden nefret söylemine ilişkin kararda önemli tespitlerde bulunmuştur. 1996-1997 tarihleri arasında başbakanlık görevinde bulunmuş olan Necmettin Erbakan'ın, 1994 yılında halka açık bir meydanda yaptığı seçim kampanyası konuşmasının dört yıl sonra 1998'de, bir davaya konu edilmiştir. Yapılan yargılama sonucunda devlet güvenlik mahkemesi, o dönemde konuşmanın yapıldığı bölgede terör olaylarının gerçekleştiği ve başvurucunun inananlar ve inanmayanlar şeklinde bir ayırım yaptığı, etnik kökene dayalı bir ayrımcılıkla kin ve düşmanlığı tahrik ettiği ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı gerekçesiyle başvurucuyu TCK m.312/2'yi ihlal ettiğinden bahisle bir yıl hapis ve para cezasına mahkûm etmiştir. Mahkûmiyet kararı üzerine başvurucu, TCK m.312 uyarınca mahkûm edilmesinin AİHS m.6 ve m.10'un ihlali anlamına geldiğini iddia ederek AİHM'e başvurmuştur. AİHM vermiş olduğu kararda, hukukilik, orantılılık ve gereklilik kriterlerinin önemini ortaya koymuş ve başvurucunun konuşmasının üstünden beş yıl geçtikten sonra soruşturma açılması ve sadece doğruluğu belli olmayan bir video kaydına dayanılmasının ve konuşmanın yapıldığı dönemde konuşmanın, açık ve yakın bir tehlike (güncel bir risk ve yakın tehlike) oluşturmaması gibi nedenlerle başvurucunun AİHS m.10'da belirtilen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu kararın nefret söylemiyle ilgili dikkati çeken en önemli noktası, nefret söylemi ile bu söylemin doğurduğu

¹⁴⁰ AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome-Edinsel Bağışıklık Yetmezliği Sendromu), HIV (Human Immunodeficiency Virus-İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü) tarafından oluşturulan bir hastalıktır. AIDS, HIV ile enfeksiyon sonucu ortaya çıkan klinik durumun en kötü halidir. HIV, bağışıklık sistemine yavaş yavaş nüfuz ederek vücudun enfeksiyonlara karşı direncini yok eder ve bireyi çeşitli rahatsızlıklara karşı korunmasız hale getirerek sonunda ölümüne sebebiyet verir. AIDS, ilk kez 1981'de ABD'nin New York ve California eyaletlerinde rapor edilmiştir. AIDS teşhisi konulan kişilerin çoğunun eşcinsel erkekler ile ortak şırıngaları kullanan uyuşturucu bağımlıları olması bu hastalığın sıklıkla "eşcinsel hastalığı" olarak adlandırılmasına yol açmıştır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/AIDS> (Erişim Tarihi: 02.08.2016)

¹⁴¹ Erbakan v. Türkiye, Başvuru No: 59405/00, Karar Tarihi: 06.07.2006.

veya doğurabileceği yakın tehlike arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin ve güncel bir riskin varlığının aranmasında yatmaktadır. Ayrıca AİHM bu kararda, herkesin onuruna ve saygınlığına eşit oranda saygı gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu, böylece demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti teşvik eden hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanmasının ve önlenmesinin gerekli görüldüğüne vurgu yapmıştır.

AİHM *Feret v. Belçika*¹⁴² davasında da nefret söylemiyle ilgili tespitlerde bulunmuştur. Daniel Feret, Belçika’da faaliyet gösteren “*Ulusal Cephe*” adlı bir siyasi partinin başkanı ve aynı zamanda da milletvekilidir. Başvurucu tarafından seçim kampanyası sırasında “*Belçika’nın İslamlaştırılmasına karşı çıkın*”, “*Düzmece entegrasyon politikasına son verin*”, “*Avrupalı olmayan iş arayanları evlerine gönderin*” gibi değişik sloganlar içeren broşürler dağıtılmıştır. Hakkında yapılan şikâyet neticesinde Feret ırk ayrımcılığına kışkırtmadan dolayı mahkûm edilmiş ve 10 yıl süreyle milletvekili seçilme hakkından mahkûm kılınmıştır. Başvurucu, AİHS m.10’da düzenlenmiş bulunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. AİHM, başvurunun ifadelerinin özellikle toplumun daha az bilgili üyeleri arasında yabancılara karşı güvensizlik, reddetme ve hatta nefret uyandırma potansiyeline sahip olduğuna karar vermiştir. Özellikle seçim ortamında dile getirilmiş olması sebebiyle başvurunun mesajının daha büyük bir etki doğurduğu ve açık bir şekilde ırk temelli nefrete ve tahrike neden olduğu belirtilmiştir. Başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet kararının, kamu düzeninin sağlanması ve göçmen topluluğunun üyelerinin haklarının korunması amacına dayandığı ve sonuç olarak AİHS m.10’un ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

AİHM *Leroy v. Fransa* davasında, karikatürist olan başvurunun 13 Eylül 2001 tarihinde haftalık bir Bask gazetesinde yayınlanan çizimlerinden birinde 11 Eylül’de Dünya Ticaret Merkezi’ne yapılan saldırıyı ele alarak yaptığı çiziminin altına yazmış olduğu “*Hepimiz bunun hayalini kurduk... Ama Hamas gerçekleştirdi.*” şeklindeki eyleminden dolayı “*terörü mazur göstermek*” suçundan dolayı para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. AİHM başvurunun söz konusu eseriyle Amerikan emperyalizminin şiddete dayalı şekilde yıkılmasını yücelttiğini, 11 Eylül saldırılarının faillerine manevi desteğini ifade ettiğini, binlerce sivile karşı işlenen şiddet konusunda onaylayıcı ifadelerde bulunduğunu ve kurbanların haysiyetini incittiğini tespit etmiştir. AİHM, her ne kadar gazetenin tirajı düşük olsa da çizimin yayınlanmasının insanlarda belli bir düzeyde tepkiye yok açtığını ve bunun Bask bölgesindeki şiddeti tahrik etme ve kamu düzeni üzerinde yakın bir tehlikeye yol açma kapasitesinin

¹⁴² Feret v. Belçika, Başvuru No:15615/07, Karar Tarihi:16.07.2009.

olduğunu ve bu nedenle AİHS m.10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir^{143 144}.

AİHM'e göre ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. AİHS m.10/2 uyarınca bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirler” için değil aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar bir demokratik toplumun olmazsa olmaz, çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. AİHS 10. maddede belirtilen şekilde bu özgürlük ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir. Buna göre, demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan veya mazur gösteren her türlü ifadeyi yaptırma tabi tutmak veya önlemek, öngörülen meşru amaçla orantılı olduğu sürece gerekli görülebilecektir¹⁴⁵.

AİHM yukarıda da belirtildiği üzere konuyla ilgili vermiş olduğu birçok kararda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen tavsiye kararına gönderme yapmaktadır. Bu bağlamda AİHM vermiş olduğu kararlarda, bütün insanların eşitliğine saygının ve hoşgörünün, demokratik ve çoğulcu toplumun temellerini oluşturduğunu; kural olarak bazı demokratik toplumlarda dinsel hoşgörüsüzlük dahil hoşgörüsüzlüğe dayanan kin ve düşmanlığı yayan, teşvik ve tahrik eden veya haklı göstermeye çalışan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve engellenmesi gerektiğinin düşünülebileceğini; ancak bunun için uygulanacak olan “formalitelere”, “şartların”, “kısıtlamaların” ve “cezaların” izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca

¹⁴³ Leroy v. Fransa, Başvuru No: 36109/03, Karar Tarihi: 02.10.2008. Küzeci, AİHM'in Gündüz v. Türkiye kararında şeriatı savunan ancak şeriatın kurulması için şiddete başvurma çağrısında bulunmayan bir konuşmanın nefret içerikli açıklama olarak değerlendirilemeyeceğini belirttiğini (paragraf 51) oysa Nazilerin Yahudilere yaptığı soykırımın (Holokost) inkarına ilişkin yapılan başvurularda doğrudan bir şiddet çağrısı bulunması gibi bir koşulun aranmadığını yalnızca tarihsel bir gerçeğin inkarının Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına, 17. maddesine ve Başlangıç bölümünün 5. paragrafına aykırılığının saptanması için yeterli olduğu yolunda verilen kararların AİHM'in objektifliği konusunda bazı soruları akıllara getirdiğini yerinde bir şekilde ifade etmektedir. Bkz. Küzeci, Nefret İçerikli Düşünce Açıklamaları, s.189.

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu bir kararda benzer tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, basın yoluyla işlenen her türlü hakaret suçlarına ilişkin olarak adli soruşturmalar açılarak hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi halinde bunun tüm basın üzerinde baskı kurabileceği ve kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceği böylece bir otosansür kurumuna dönüşebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmetmekten kaçınılması gerekmektedir: Başvuru No: 2013/2602, Karar Tarihi: 23.01.2014, §79.

¹⁴⁵ Sürek v. Türkiye, Başvuru No: 26682/95, Karar Tarihi: 08.07.1999.

Jersild v. Danimarka kararında da belirtildiği üzere AİHM'e göre belirli kişileri veya grupları aşağılayan, kin ve düşmanlık oluşturan somut ifadelerin kullanılması AİHS'in 10. maddesinin koruması içine girmemektedir¹⁴⁶.

AİHM içtihatlarıyla kabul edilen şekliyle ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için temel koşullardan birisi olan demokratik toplumun ana temellerinden birisini oluşturmaktadır. AİHM'e göre ifade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin ya da toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen, şoke eden, rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; aksi takdirde demokratik bir toplumdan söz edilemez¹⁴⁷.

AİHM bir ifadenin Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanıp yararlanamayacağına karar verirken bazı ölçütleri göz önünde tutmaktadır. Burada şu sıra takip edilmektedir: ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı; bu müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı; müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlama nedenlerinden birine dayalı olarak yapıp yapılmadığı; sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı. Demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü kapsamında, sınırlama için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın mevcut olup olmadığı ve bu ihtiyaç kapsamında sınırlamanın orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir¹⁴⁸.

İfade özgürlüğü söz konusu olduğunda, devletin, kişinin ifade özgürlüğüne müdahale etmemesi, bir kişinin ifade özgürlüğüne müdahale edildiği zaman, bu kişinin ifade özgürlüğünü koruması ve bireylerin ifade özgürlüklerini rahat bir şekilde kullanabilmesi için gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Ancak nefret söylemi söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi veya nefret içerikli söylemlerin ifade özgürlüğünün koruma alanından çıkarılması gerekmektedir¹⁴⁹. Günümüzde ırkçılık veya nefret içerikli ifadelerin insan hakları hukuku açısından ifade özgürlüğünün koruma alanına girmediği genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Nefret söylemi AİHS ile kategorik olarak ifade özgürlüğünün kapsamı dışında tutulmamıştır, ancak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında nefret söylemi kolaylıkla gerekçe haline getirilebilmektedir¹⁵¹. AİHM,

¹⁴⁶ Gündüz v. Türkiye, Başvuru No: 35071/97, Karar Tarihi: 14.06.2004, özellikle bkz. paragraf 40-41.

¹⁴⁷ Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976.

¹⁴⁸ Karan, Nefret İçerikli İfadeler, s.95.

¹⁴⁹ Karan, Nefret İçerikli İfadeler, s.87.

¹⁵⁰ Karan, Nefret İçerikli İfadeler, s.89.

¹⁵¹ Ovey, Clare/White, Robin, The European Convention on Human Rights, Oxford 2002, s.277

Sözleşmenin temellerini oluşturan değerlere yönelik her türlü ifadede olduğu gibi, hoşgörüsüzlüğe tahrik eden veya hoşgörüsüzlüğü haklı gösteren ya da yayan ifadelerin, Sözleşmenin 10. maddesiyle sağlanmış olan korumadan yararlanamayacağını açıkça ifade etmiştir¹⁵². Yine AİHM'e göre, devletlerin nefret söylemlerini yasaklamaya ve özellikle etnik kimliği nedeniyle bu tarz tehditlere maruz kalan kişilerin korunmasına dair uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülükleri de bulunmaktadır¹⁵³.

AİHM vermiş olduğu pek çok kararda, şiddeti veya nefreti yaymayı hedefleyen, yasadışı veya demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddete başvurmayı özendiren veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen veya ırkçı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemleri Sözleşmenin 17. maddesi kapsamında değerlendirmekte, dolayısıyla Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik eylemleri, düşünceyi açıklama özgürlüğünün koruması dışında bırakmaktadır¹⁵⁴.

AİHM *Le Pen v. Fransa* kararında¹⁵⁵ ırkçı görüşleriyle tanınan Fransız siyasetçi Jean Marie Le Pen'in bazı ifadelerinin, Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmiştir. Le Pen, *Le Monde* gazetesine verdiği bir mülakatta dile getirdiği "*Sayılarının 5 milyon değil de 25 milyon olduğu gün Fransa'yı onlar yönetiyor olacak.*" ifadesi nedeniyle bir grup insanın kökeni veya etnik grup, ulus, ırk veya din gibi spesifik bir gruba üye olma veya olmamaya dayalı olarak ayrımcılık, nefret ve şiddete tahrik ettiği gerekçesiyle 10.000 Euro para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, Le Pen'in açıklamalarının bir bütün olarak Müslüman topluluğa karşı dışlama ve düşmanlık hislerini güçlendirici nitelikte olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AİHM'in, siyasetçilerin kullandığı nefret içerikli ifadelerle yönelik bu yaklaşımının oldukça önemli olduğu zira siyasetçiler gibi toplumun gözü önünde olan kişilerin de nefret söyleminin üretilmesinde payı olabilecekleri bu sebeple başta siyasetçiler olmak üzere kamuoyunda tanınmış kişilerin bu içerikteki ifadeleri kullanmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁶.

Bu konuda ülkemizi yakından ilgilendiren sözde Ermeni soykırımını iddialarıyla ilgili olarak AİHM, *Perinçek v. İsviçre* (Başvuru No:27510/08, Karar Tarihi:17.12.2013) kararında önemli tespitlerde bulunmuştur. Söz konusu

(akt. Karan, Nefret İçerikli İfadeler, s.95).

¹⁵² Gündüz v. Türkiye, Başvuru No: 35071/97, Karar Tarihi: 14.06.2004.

¹⁵³ Balyte-Lideikiene v. Litvanya, Başvuru No: 72596/01, Karar Tarihi: 04.02.2008.

¹⁵⁴ Kühnen v. Almanya, Başvuru No: 12194/86, Karar Tarihi: 12.05.1988. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 19392/92, Karar Tarihi: 30.01.1998.

¹⁵⁵ Le Pen v. Fransa, Başvuru No: 18788/09, Karar Tarihi: 20.04.2010.

¹⁵⁶ Karan, Nefret İçerikli İfadeler, s.99.

davanın temeli, Doğu Perinçek'in, Ermeni soykırımının varlığına açıkça itiraz etmekten dolayı mahkûm edilmesine ilişkindir. Perinçek, 2005 yılının Mayıs, Temmuz ve Eylül aylarında İsviçre'de çeşitli konferanslara katılmış ve bu konferanslar esnasında Osmanlı İmparatorluğu'nun 1915 yılında Ermenilere karşı soykırım suçunu işlemiş olduğunu açık bir şekilde reddetmiş ve Ermeni soykırımı iddialarının "uluslararası bir yalan" olduğunu belirtmiştir. Perinçek hakkında yapılan suç duyurusu sonucunda yapılan yargılama sonucunda Perinçek'in ifadelerinin ırkçılık eğiliminde olduğu ve tarihsel tartışmaya bir katkısının bulunmadığı gerekçesiyle ırk ayrımcılığı yaptığından dolayı İsviçre Ceza Kanunu'na göre cezalandırılmasına karar verilmiştir. Perinçek'in bu karar aleyhine yapmış olduğu temyiz başvurusu sonucunda temyiz mahkemesi, Ermeni soykırımının da tıpkı Yahudi soykırımı gibi İsviçre yasaları tarafından tanınan, kanıtlanmış bir tarihi gerçek olduğunu ifade etmiş ve temyiz talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Perinçek, AİHM m.10'a atıfta bulunarak İsviçre mahkemelerinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savunmuştur. AİHM, mevcut davayı Nazi soykırımı suçlamalarının reddedilmesine ilişkin davalardan açık bir şekilde ayırt etmiştir. Zira bu davalarda, başvuranlar, gaz odaları gibi bazen çok somut olan tarihi olayları inkâr etmişlerdir. Ayrıca başvuranların doğruluğunu sorguladıkları fiiller, uluslararası bir mahkeme tarafından da açıkça sabit bulunmuştur. AİHM, İsviçre'nin önceden Osmanlı İmparatorluğu'nun hüküm sürdüğü bölgede 1915 ve sonrasında gerçekleştirilen fiillerin hukuken "soykırım" olarak nitelendirilmesine karşı çıkan beyanlara dayanarak, bir ülkenin, bir kişiyi ırk ayrımcılığı gerekçesiyle cezalandırmasında nasıl bir sosyal gereksinim olduğunu ispatlayamadığı kanısına varmıştır. Ayrıca AİHM, kamuyu ilgilendiren bir tartışmada müeyyideye başvurulmasını, toplum hayatını ilgilendiren meselelerin kamuoyu önünde tartışılmasına yapılabilecek katkıları engelleme tehlikesi taşıdığına da vurgu yapmış ve sonuç olarak Perinçek'in yaptığı başvuruda AİHS m.10'un ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

7. TCK'da Yer Alan Nefret Suçu Benzeri Suçlar

Her ne kadar TCK'da nefret suçlarının açık bir şekilde düzenlendiği söylenemese de bazı suçların nefret suçu veya nefret suçu benzeri suçlar olarak nitelendirilmesi mümkündür. TCK'da yer alan bu suçlardan bazıları aşağıda genel hatlarıyla ele alınacaktır.

I. İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasının Engelleme Suçu

TCK'da bu bağlamda değerlendirilebilecek ilk suç tipi 115. maddede düzenlenmiş bulunan inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçudur. Söz konusu maddede 6529 sayılı Kanun'la önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. TCK'nın 115. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "(1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal,

felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Söz konusu maddenin 1. fıkrasının, Anayasa’nın 25. maddesi ile güvence altına alınmış bulunan düşünce ve kanaat hürriyeti ile 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini güvence altına almayı amaçladığı ifade edilebilir.

TCK’nın 115. maddesinin 2. fıkrasında ise şöyle denilmektedir: “(2) (Değişik:2/3/2014-6529/14 md.) *Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”* Bu fıkra ile, Anayasa’nın 24. maddesiyle teminat altına alınmış bulunan din ve vicdan hürriyetinin korunması amaçlanmaktadır.

TCK’nın 115. maddesinin 3. fıkrası ise yeni bir hükümdür. Söz konusu fıkra ise şu şekildedir: “(3) (Ek: 2/3/2014-6529/14 md.) *Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.”*

Doktrinde, söz konusu maddede belirtilen fiillerin nefret suçu teşkil edebilmesi için failin bu fiilleri önyargı saikiyle yani mağdurun farklı özelliklerine duyduğu pişmanlık ve hoşgörüsüzlük nedeniyle işlemesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu suçun pratikte önyargı saiki olmaksızın da işlenebileceği, bu nedenle 115. maddeyi ihlal eden her failin nefret suçu işlediğini söylemenin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir. Buna örnek olarak, Hıristiyanlara karşı düşmanlık besleyen birinin, cebir kullanarak bir kişinin Hıristiyan olduğunu açıklamasını engellemesi halinde 115. maddede düzenlenen suçun işlenmiş olacağı ve aynı zamanda bu suçun bir nefret suçu olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir. Bu örnekte, önyargı saiki ortadan kalksa bile işlenen fiilin suç olmaya devam edecektir; zira cebir ve tehdit TCK’da düzenlenmiş bağımsız suçlardır. Bununla birlikte 115. maddeyi ihlal edebilecek bir başka hadisede durumun değişebileceği ifade edilmektedir. Buna örnek olarak, bir öğretmenin, Musevi bir öğrencisine, diğer öğrencilerin ona şiddet uygulayacağından korkarak “*Sakın dinini arkadaşlarına açıklama, kimseye söyleme, yoksa başına çok kötü şeyler gelir!*” demesi halinde 115. maddede düzenlenen suçun unsurlarının gerçekleşeceği ancak öğretmenin nefret suçu işlemiş olduğunun ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir; zira öğretmen önyargı saikiyle hareket etmemiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.116-117; Bulut, Nefret Suçları, s.168-169. Şahinkaya’ya göre burada failde suç işleme kastı da bulunmamaktadır. Bkz. Şahinkaya,

II. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

TCK'da yer alan ve konuyla ilgili bir diğer suç tipi ise TCK m.122'de düzenlenmiş bulunan nefret ve ayrımcılık suçudur. 2014 yılında kabul edilen 6529 sayılı Kanun ile "Ayrımcılık suçu" olan madde başlığı "Nefret ve ayrımcılık" olarak değiştirilmiş, maddede önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmış ve ceza miktarında artışa gidilmiştir.

İnceleme konusu açısından önem arz eden değişiklik ise maddenin birinci fıkrasına "nefret nedeniyele" ifadesi eklenerek bu suçun ancak nefret saikiyle işlenebileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Ancak yapılan bu değişiklikten sonra bile söz konusu suçun teknik anlamda nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere nefret suçlarının varlığından bahsedilebilmesi için her şeyden önce ortada temel bir suç tipinin olması daha sonrasında ise failin mağdurun temsil ettiği karakteristik özelliğe duyduğu nefret veya önyargı saikiyle bu suçu işlemesi gerekmektedir. Bu bağlamda TCK m.122'ye bakıldığında, nefret saiki ile işlenen seçimlik hareketlerin temel bir suç tipi niteliği taşımadığı ortadadır. Bu bağlamda, nefret saiki ortadan kaldırıldığında maddede sayılan seçimlik hareketlerin başlı başına cezalandırılabilir nitelikte olmadığı ve bu anlamda maddenin teknik açıdan bir nefret suçu olarak nitelendirilemeyeceği rahatlıkla söylenebilir.

III. Hakaret Suçu

Konuyla alakalı bir diğer suç tipi ise hakaret suçunun düzenlendiği TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendidir. Söz konusu düzenlemeye göre hakaret suçunun "Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı" işlenmesi halinde verilecek cezanın ağırlaştırılması öngörülmektedir. Başka bir ifadeyle söz konusu durum cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemede sayılan durumlarda nefret veya önyargı saikinin mevcut olduğu ortadadır. Bu bağlamda düzenlemenin nefret söylemi değil teknik anlamda bir nefret suçu olduğu söylenebilir zira fail, söz konusu nefret veya önyargı saiki olmaksızın da bu fiili gerçekleştirseydi yine hakaret suçunun temel şekli (m.125/1) gerçekleşmiş olacaktır¹⁵⁸.

Örnek olarak, bir kimsenin dürüst ve zeki olmadığını veya ahlaksız olduğunu söylemek hakaret suçunu oluşturacakken, bu sözlerin kişinin grup kimliğine atıfta bulunularak söylenmesi halinde nefret suçundan bahsedilebilecektir¹⁵⁹.

Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.197.

¹⁵⁸ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.116; Bulut, Nefret Suçları, s.170-171; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.201.

¹⁵⁹ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.17.

IV. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu

Nefret suçu kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer suç ise, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun düzenlendiği TCK'nın 153. maddesidir. Maddenin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: *“Madde 153- (1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Maddenin birinci fıkrasına bakıldığında, herhangi bir nefret veya önyargı saikine yer verilmediğini görmekteyiz. Bu bağlamda herhangi bir önyargı veya nefret saiki olmaksızın örneğin antik eser bulmak veya sadece zevk için eski bir mezara zarar veren failin fiili bu fıkra içinde mütalaa edilecektir¹⁶⁰.

Burada inceleme konusu açısından önem arz eden düzenleme maddenin 3. fıkrasıdır. Söz konusu fıkraya göre: *“(3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla islenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”* Bu fıkradaki düzenlemenin salt bir nefret suçu olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Zira tahkir maksadı, içinde düşmanlığı ve önyargıyı da barındırmaktadır. Bu suç tipi açısından önyargı saiki çıkartılsa bile failin gerçekleştirdiği fiil, maddenin 1. ve 2. fıkrasına göre suç olmaya devam edecektir. Bu bağlamda TCK m.153/3'ün tipik anlamda bir nefret suçu olduğu ifade edilebilir¹⁶¹.

V. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu

TCK'da nefret suçu bağlamında değerlendirilebilecek son suç tipi ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun düzenlendiği TCK'nın 216. maddesidir. Maddenin 1. fıkrasına göre: *“(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Bu maddedeki düzenlenenin nefret suçu değil nefret söylemi olduğu; madde ile hoşgörüsüzlük temeline dayalı, nefret biçimlerini kısırtan, yayan, öven her türlü ifade biçiminin cezalandırıldığı belirtilmektedir. Zira nefret söyleminde nefret veya önyargı saiki bulunmadığında ortada temel bir suç oluşmayacak bundan dolayı da bu durum nefret suçu olarak değerlendirilemeyecektir¹⁶².

¹⁶⁰ Bulut, Nefret Suçları, s.171; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.117.

¹⁶¹ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.117; Bulut, Nefret Suçları, s.172; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.204.

¹⁶² Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.207.

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmektedir.

Maddenin 3. fıkrasında ise “(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmiştir.

TCK’nın 216. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında sadece önyargı saikine dayalı bir aşağılama fiilinin gerçekleşmesi halinde fail cezalandırılabilir. Burada nefret suçu açısından tartışılması gereken husus, aşağılama fiilinin, önyargı saikinden bağımsız olarak cezalandırıp cezalandırılmayacağıdır. Aşağılamanın her durumda hakaret suçunu teşkil ettiği söylenebilirse ortada teknik anlamda bir nefret suçunun varlığından bahsedilebilecektir¹⁶³.

8. Nefret Suçlarının Suç Genel Teorisi Bakımından Gösterdiği Özellikler

Nefret suçlarının gerek TCK’da açıkça düzenlenmemiş olması gerek diğer suç tiplerinden farklı kendine has özelliklere sahip olması, nefret suçları ile ilgili olarak suç genel teorisi alanında ortaya çıkabilecek olası sorunlarda nasıl hareket edileceğini belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda aşağıda nefret suçlarının uygulanması sırasında yaşanabilecek olası sorunlarla ilgili çözüm önerileri sunulması amaçlanmaktadır.

Nefret suçlarına karakteristiğini veren unsurlardan belki de en önemlisi saik kavramıdır. Bazı suç tanımlarında kastın yanı sıra failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmaktadır. Saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir. Saik, bazı suçlar açısından (Örneğin TCK m.77/1, 79/1, 141/1, 265/1, 282/1) suçun temel şekline ilişkin kurucu bir unsur teşkil etmekteyken, bazı suçlar bakımından ise cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal (Örneğin TCK m.82/1-h, j, k, m.152/1-g, m.211) olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁴. Doktrinde, belirli saikle gerçekleştirilmemesi halinde fiilin suç teşkil etmesine engel olan suçlara özel kastla¹⁶⁵ işlenen suçlar da denilmektedir. Kural olarak failin saiki, kanun koyucu

¹⁶³ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.207; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.117-118. Bulut, Nefret Suçları, s.172 (Yazar, TCK’nın 216. maddesinin birinci fıkrasının nefret söylemi; ikinci ve üçüncü fıkralarının ise nefret suçu kavramı çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir.).

¹⁶⁴ Bulut, Nefret Suçları, s.92; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2011, s.267-268.

¹⁶⁵ Özgenç, özel kastın Türk Hukuk literatürüne Fransız Hukuku’nun etkisiyle girdiğini ancak 5237 sayılı TCK ile genel kast-özel kast ayrımının terkedildiği görüşündedir. Yazara göre 5237 sayılı TCK’nın kabul ettiği sistemde amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.267. Benzer görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.246. Aksi yönde görüş için bkz. Keçelioğlu, Elvan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, TBBB, Sayı:83, Yıl:2009, s.126.

tarafından değer atfedilmediği sürece hiçbir önem taşımamaktadır. Zira failin neticeye yönelmesini sağlayan içsel neden olan ve faili harekete geçiren saik, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, failin iç dünyasıyla alakalı olduğu için kural olarak ceza hukukunun ilgi sahasına girmez. Başka bir ifadeyle suç tipinde saike açıkça yer verilmeyen durumlarda, saik, suçun oluşumu açısından önem taşımaz, ancak TCK m.61/1-g uyarınca saik, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Nefret suçlarında, failin kasten hareket etmesinin yanında kanunda belirtilmiş olan önyargı veya nefret saiki ile hareket etmiş olması da gerekmektedir; bu saikin bulunmaması durumunda tipikliğin manevi unsurun eksikliği nedeniyle tipiklik gerçekleşmemiş ve dolayısıyla da haksızlık oluşmamış sayılacaktır. Ancak bu durum yani failin nefret veya önyargı saikinin gerçekleşmemesi durumunda fiil başka bir suçta vücut veriyorsa fail o suçtan dolayı cezalandırılabilir¹⁶⁶.

Nefret suçundan bahsedebilmek için suçun konusunu oluşturan ve hedef olarak belirlenen kişinin gerçekte nefret saikinin temelini oluşturan karakteristiğe sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda LGBTİ bireylere karşı düşmanlık besleyen birisi, LGBTİ derneğinin avukatını yaralar veya öldürürse gerçekleştirilen bu fiil de nefret suçu olarak kabul edilebilecektir. Bir başka örnek olarak, eşi yabancı uyruklu olduğu için saldırıya uğrayan ve yaralanan kişiye karşı işlenen suçun da nefret suçu olarak nitelendirilmesi gösterilebilir¹⁶⁷.

Nefret suçları, kişilere karşı işlenebileceği gibi mala karşı da işlenebilir. Failin, mağduru hedef olarak seçmesindeki sebep, ırk, din, etnik kimlik, milliyet, dil, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, fiziksel veya zihinsel engellilik gibi mağdurun sahip olduğu bazı özelliklerden kaynaklanmaktadır. Mala karşı işlenen suçlarda da malın belirli özellikleri taşıyan bir grupta olan ilişkisi esas alınmaktadır. Örneğin, 13 Eylül 2001 tarihinde Seattle'da bir Amerikalı, evinden 25 mil uzaklıktaki bir caminin önünde duran iki aracı camiye yok etmek amacıyla ateşe vermiş ve camide ibadet edenlerin olayı fark etmesi üzerine de silahını çıkartıp onlara doğru ateş etmeye başlamıştır. Olaydan sonra yakalanan fail, 11 Eylül 2001 saldırısına kızdığı için bu şekilde hareket ettiğini açıklamıştır¹⁶⁸.

Daha önce de ifade edildiği üzere nefret suçunun oluşumu açısından iki unsurun varlığı aranmaktadır: i) Fail tarafından gerçekleştirilen ve kanunlarda suç olarak düzenlenmiş bir fiilin varlığı ii) bu fiilin, mağduru veya mağduru mensubu olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici karakteristik özelliklere duyulan nefret veya önyargı saiki ile işlenmiş olması¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Bulut, Nefret Suçları, s.92.

¹⁶⁷ Soykan, Nefret Suçu Kavramı, s.47; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.106; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.143.

¹⁶⁸ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.104-105.

¹⁶⁹ Soykan, Nefret Suçu Kavramı, s.46; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.104.

Nefret suçlarıyla ilgili bir düzenleme yapılırken karşılaşılan en önemli sorun, hangi karakteristiklerin koruma altına alınacağı hususudur. Zira korunan karakteristikler doğru seçilmezse nefret suçu yasası işlevsiz kalma ve hatta dışladığı gruplara yönelik olumsuz bir mesaj verme tehlikesini bile barındırabilir. Doktrinde nefret suçu yasalarında korunan karakteristikler olarak üç kategori gösterilmektedir: Evrensel olarak korunan karakteristik özellikler; sıklıkla korunan karakteristik özellikler; nadiren korunan karakteristik özellikler. Evrensel olarak korunan karakteristik özellikler olarak ırk, milliyet, etnisite ve din gösterilmektedir. Sıklıkla korunan karakteristik özellikler ise, cinsiyet, engellilik ve cinsel yönelimdir¹⁷⁰. Nadiren korunan karakteristik özellikler ise, medeni hal, soy, zenginlik, sınıf, sosyal statü, politik görüşdür¹⁷¹.

Nefret suçuna ilişkin düzenlemelerin hazırlanması esnasında kullanılan kelime ve ifadelerin, bu suçların nefret veya önyargı saiki ile işlenen bir suç sayılıp sayılmayacağı konusunda belirleyici olmasının yanında, soruşturma ve kovuşturma evrelerine olan etkisi de büyüktür. Nefret suçları açısından aranan saikin belirlenmesinde genellikle iki model kullanılmaktadır: “*Düşmanlık modeli*” (*the hostility model*) ve “*ayırımı seçim modeli*” (*the discriminatory selection model*)¹⁷².

Düşmanlık modelinde failin gerçekleştirdiği eylemin temelinde, failin, korunan karakteristik özelliklere karşı beslediği düşmanlık veya nefret yatmaktadır. Başka bir ifadeyle bu modele göre fail, mağdurun korunan karakteristik niteliğine karşı duyduğu öfke ve düşmanlık nedeniyle suçu işlemektedir. AGİT üyesi bazı devletlerin ceza hukuklarında nefret veya düşmanlığın varlığı aranmaktadır. Bu modele göre, failin mağdura karşı gerçekleştirdiği eylemi düşmanlık ve öfke nedeniyle işlediğinin ispatlanması gerekmektedir. Her ne kadar bu ifade biçimi nefret suçunu tanımlamakta ise de uygulamada bir takım sorunlara ve güçlüklerle yol açmaktadır. Bu model

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi 2014 yılında nefret söylemi ile ilgili vermiş olduğu bir kararda cinsel yönelimle ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur: “*Nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiası bu söylemin ırk, köken ya da renk temelinde yapıldığı iddiası şeklinde olabileceği gibi sayılanlar kadar ciddi bir olgu olan cinsel yönelim temelinde yapıldığı biçiminde de olabilir. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, cinsel yönelim, bireyin özel hayatının mahrem yönlerinden birisini oluşturmaktadır.*” Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2013/5356, Karar Tarihi: 08/05/2014, §32. Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bu kararda cinsel yönelimin korunması gereken bir kategori olarak ilk kez telaffuz edilmesinin çok önemli olduğu, böylelikle Anayasa Mahkemesi’nin devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde korunması gereken kategorilere cinsel yönelimi de dahil ederek hem cinsel yönelim temelli ayırımı uygulamaların varlığını kabul ettiği hem de devletin cinsel yönelimden kaynaklı olası saldırılara karşı bireyi koruma yükümlülüğünün bulunduğu vurgu yaptığı ifade edilmektedir. Bkz. Hun, Sinem, “Nefret Söylemi – Yeni Bir Norm, Yeni Bir Mecra?”, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2014/9, s.55.

¹⁷¹ Bulut, Nefret Suçları, s.102 vd.

¹⁷² Bulut, Nefret Suçları, s.134-135.

popüler nefret suçu algısına daha yakın olsa bile failin düşmanca saikinin kanıtlanmasında çoğu zaman ciddi ispat sorunları yaşanmakta ve subjektif bir olgu olan nefret ve düşmanlığın ispatlanması mümkün olmayabilmektedir. Düşmanlık modeli çerçevesinde hazırlanmış nefret suçu yasalarına şu ülkeler örnek gösterilebilir: ABD, Kanada (...bir suçun korunan bir karakteristiğe karşı önyargı ve nefret saikiyle işlenmesi halinde...), Belçika (...bir suçun korunan bir karakteristiğe karşı nefret, aşağılama ve düşmanlık saiki ile işlenmesi...), Ukrayna (...ırk, ulus veya dinsel düşmanlık ve nefret nedeniyle işlenmesi...)173.

İkinci model olan ayrımcı seçim modelinde ise failin, korunan karakteristik özelliklere karşı düşmanlık veya nefret besleyip beslemediğine bakılmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu modele göre, mağdurun korunan karakteristiklerinden birini taşıması dolayısıyla seçilmesi halinde bu suç nefret suçu olarak tanımlanmaktadır. Örneğin fail, bir göçmene fiziksel saldırıda bulunurken onun durumu polise ihbar etme olasılığının zayıf olduğunu düşünerek hareket ediyorsa burada ayrımcı bir yaklaşımla suç seçimi yapıldığından bahsedilebilir. AGİT üyesi ülkelerin çoğunun nefret suçu ile ilgili düzenlemelerinde nefret veya düşmanlıktan söz edilmemekte, bunun yerine mağdurun korunan karakteristik özelliklerine vurgu yapılarak “bu nedenle” veya “bu sebep dolayısıyla” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ayrımcı seçim modelini kabul eden ülkelere şunlar örnek gösterilebilir: Fransa (...bir kişinin gerçek veya zannedilen bir etnik, grup, ulusal köken, din ve ırk mensubiyeti sebebiyle saldırıya uğraması...), Danimarka (...suçun mağdurun etnik kökeni, dini, cinsel yönelimi ve benzeri nedenlerden kaynaklanması...), Bulgaristan (...bir kişinin bir başkasına ulusu, ırkı, dini veya politik görüşü sebebiyle şiddet uygulaması veya zarar vermesi...). Bu düzenlemeler bakıldığında, mağdurun karakteristik özelliğinden dolayı seçilmesi hususu zorunlu bir şart olmaktayken, failin mağdura ve mağdurun sahip olduğu karakteristiğe karşı beslediği duygulara herhangi bir atf yapılmamaktadır. Böyle bir tercih yapılmasının temelinde, nefret ve düşmanlık gibi duyguların kanıtlanma zorluğu gösterilmektedir. Örneğin, daha savunmasız ve kolay hedef olduğu için sadece kadınların cüzdanlarını çalan bir hırsızın veya iyi derecede İngilizce konuşmadığı için kendisine yapılan saldırıyı anlatmakta ve yardım istemekte zorluk çekeceğini düşündüğü bir yabancıya karşı suç işleyen failin gerçekleştirdiği fiillerin nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi için mağdurların sahip oldukları karakteristiklere nefret beslemesi gerekmemektedir174.

Ayrımcı seçim modeli nefret suçlarının uygulama alanını gereğinden fazla genişletirken, düşmanlık modeli ise fazlasıyla daraltmaktadır. Hangi modelin tercih edileceği tamamen kanun koyucunun takdirinde olup ülkenin tarihi, sosyolojik ve sosyo-politik geçmişi bu tercihte önemli bir rol oynayacaktır.

173 Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.168-169; Bulut, Nefret Suçları, s.138-140.

174 Bulut, Nefret Suçları, s.135-138; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.168-169.

Failin, suça konu olan kişinin ya da malın belirli bir grupta olan ilişkisi konusunda hataya düşmüş olması durumunda ne yapılacağı da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nefret suçlarının çok da az sayılmayacak bir kısmında failin, mağdurun kimliğinde yanılarak fiili gerçekleştirdiği görülmektedir. Örneğin Çek Cumhuriyeti'nde bir Türk, ırkçı bir grup tarafından Roman sanılarak saldırıya uğramış ve öldürülmüştür. Yine Almanya'da 16 yaşında bir çocuk Yahudi sanılarak saldırıya uğramış ve işkence edilerek öldürülmüştür. ABD'de de özellikle 11 Eylül saldırılarının sonra pek çok Güney Asyalı kişi Müslüman sanılarak saldırıya uğramıştır¹⁷⁵.

Nefret suçlarında, mağdurun kimliği konusunda failin hataya düşmesinin bu suçun nefret suçu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş, böyle bir durumda yani failin mağdurun kimliği konusunda hataya düşmesi halinde nefret suçundan bahsedilemeyeceğini savunurken, diğer görüş sahipleri ise, failin bu şekilde bir hataya düşmüş olmasının, nefret suçunun varlığını etkilemeyeceğini ifade etmektedirler; çünkü önyargılı davranmaya ilişkin failin saikinde herhangi bir değişiklik yoktur¹⁷⁶.

Failin, mağdurun karakteristiği bakımından düşmüş olduğu hatanın suçun oluşumuna nasıl bir etkisinin olduğunun tespiti büyük önem arz etmektedir. Nefret suçlarında aranan nefret saiki, failin kastının kapsamına giren bir durumdur¹⁷⁷; başka bir ifadeyle failin nefret saikiyle hareket etmediği durumlarda başka suçların gündeme gelebilmesi mümkünse de nefret suçunun gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Buradaki temel sorun, failin, mağdurun sahip olduğunu düşündüğü karakteristiğe mağdurun gerçekte sahip olmadığı durumlarda nasıl bir yol izleneceğidir.

TCK'daki bazı suç tiplerinde de görüldüğü üzere, nefret suçlarının cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edildiği görülmektedir. Suçun nitelikli halini oluşturan unsurlar tipikliğe dahildirler. Cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli haller doktrinde çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır: Failin veya mağdurun sıfatından doğan nitelikli unsurlar; fail ve mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklı nitelikli unsurlar; suçun konusuna ait bir özellikten kaynaklı nitelikli unsurlar; failin işlendiği yer ve zamana dayalı nitelikli unsurlar; failin işleniş şekline kaynaklı nitelikli unsurlar. Bununla birlikte failin işlenmesiyle güdülen amaç veya saik de nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Örneğin, kasten öldürmenin, kan gütme saikiyle veya töre saikiyle işlenmesi bu suçun daha ağır cezayı gerektiren

¹⁷⁵ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.105; Bulut, Nefret Suçları, s.142-143.

¹⁷⁶ Soykan, Nefret Suçu Kavramı, s.47; Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.105; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.143; Bulut, Nefret Suçları, s.143.

¹⁷⁷ Saikin suç tipi içerisinde yer alsa bile suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.106.

nitelikli unsuru oluşturmaktadır¹⁷⁸.

Bu konuda Türk Ceza Hukuku açısından doğru bir sonuca varabilmek için hata kurumunun düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinden istifade edilmesi gerekmektedir. Burada inceleme konusu açısından önem arz eden ilk düzenleme, suçun maddi unsurlarında hatanın düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre *“(1) Failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”* Tipikliğin maddi unsurları içerisine suçun konusu, fail, mağdur, hareket, netice ve nedensellik bağı girmektedir. Bu hususlardan herhangi birine ilişkin bilgisizlik veya yanlış tasavvur halinde failin kastı ortadan kalkmış olur¹⁷⁹. Bu bağlamda saik ise kasttan ayrı haksızlığın diğer özel subjektif unsuru oluşturmaktadır¹⁸⁰. İnceleme konusu açısından önem arz eden ikinci düzenleme ise, suçun nitelikli hallerinde hatanın düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre *“(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* Nitelikli hallere ilişkin hatanın failin kastını ortadan kaldıracığı, başka bir ifadeyle suçun nitelikli haline ilişkin hata durumunda failin suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılacağı ifade edilmektedir¹⁸¹.

Kanaatimizce nefret suçlarına daha fazla ceza verilmesinin temelinde failin fiili gerçekleştirirken nefret veya önyargı saikiyle hareket etmiş olması yatmaktadır. Başka bir ifadeyle failin daha ağır cezalandırılmasının gerekçesini, failin sahip olduğu nefret veya önyargı saiki oluşturmaktadır. Bu bağlamda, failin fiili işlerken mağdur olarak seçtiği kişinin gerçekten önyargı veya nefretin temelini oluşturan karakteristiğe sahip olup olmadığı hiçbir önem arz etmemektedir. Bundan dolayı da failin, suça konu olan kişinin veya malın belirli bir grupla olan ilişkisi hususunda hataya düşmüş olması, failin nefret veya önyargı saikiyle hareket ettiği gerçeğini değiştirmeyecek olup işlenen fiil nefret suçu olarak nitelendirilebilecektir.

Hapis cezasının belirlenmesi sırasında nefret veya önyargı saikinin herhangi bir etkisinin olup olmayacağı da çözüme kavuşturulması gereken önemli sorunlardan bir tanesidir. Basamaklı ceza öngören suçlarda, iki sınır arasındaki cezayı belirleme konusunda takdir yetkisi her somut olayın özelliğine göre TCK'nın 61. maddesindeki sıralanan ölçütlere göre kullanılacaktır. Nefret suçları açısından önem arz eden durum TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasının

¹⁷⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2016, s.135-138.

¹⁷⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.247.

¹⁸⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.242.

¹⁸¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253.

“g” bendinde düzenlenmiş bulunan “failin güttüğü amaç ve saik” hususudur. Amaç ve saik, failin kınanabilirliği ve failin kişiliği hakkında verilecek kararın en önemli göstergesidir. Suçun işlenmesinde etken olan saikler, failin kusurunu ortaya koyması bakımından önemlidir. Faili belli bir hareketi yapmaya yönelten nedenler saiki, suçla elde edilmek istenen netice ise amacı ortaya koyar. Saik, bazı durumlarda cezayı azaltan bir neden bazı durumlarda ise cezayı artıran bir neden olarak dikkate alınabilecektir. Ancak saik ve amaç suç tipinde unsur olarak düzenlenmişse, çifte değerlendirme yasağı¹⁸² nedeniyle temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaklardır (TCK m.61/3)¹⁸³. Bu bağlamda, yukarıda bahsedilen ve TCK’daki düzenleniş şekillerinden nefret suçu olduğu kabul edilen suç tipleri dışında kalan suçlar bakımından failin nefret veya önyargı saikiyle hareket etmiş olması temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Örnek olarak, nefret veya önyargı saikiyle kasten yaralama, işkence veya eziyet suçunu işleyen faile verilecek temel ceza belirlenirken failin sahip olduğu nefret veya önyargı saiki dikkate alınacak ve temel ceza belirlenirken alt sınırından uzaklaşılacaktır.

Failin, gerçekleştirdiği fiilde önyargı veya nefret saikiyle hareket edip etmediğinin ispatlanması da önemli bir sorundur. Önyargı veya nefret saikinin varlığı, önyargı göstergeleri olarak adlandırılan bazı olguların somut olayda bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenebilir. Ancak önyargı ve nefret göstergeleri, olası saikleri değerlendirmeye yönelik objektif bir kriter sunmakla birlikte her durumda failin önyargı saikiyle hareket ettiğini ispatlamaya yetmeyebilir¹⁸⁴.

Önyargı göstergelerinden ilki mağdurun algısıdır. Mağdurun olayı nasıl algıladığı, önyargı saikinin varlığını tespit açısından önemli bir göstergedir. İkinci gösterge, failin olay sırasındaki davranışlarıdır. Failin fiili gerçekleştirirken sarf ettiği sözler ya da kullandığı semboller, jestler, duvar yazıları vs. failin saikinin tespiti konusunda önemli ipuçları içermektedir. Bir diğer gösterge ise mağdurun ve failin karakteristik özellikleridir. Fail ile mağdur arasında ırksal, dinsel, etnik/ulusal köken ya da cinsel yönelim bakımından fark olup olmadığı, mağdurun dahil olduğu grup ile failin grubu arasında geçmişten gelen bir husumet olup olmadığı gibi hususlar bu açıdan dikkatle değerlendirilmelidir. Başka bir gösterge, saldırılan malın niteliğidir. Hedef alınan malın kilise, sinagog, cami,

¹⁸² Çifte değerlendirme yasağıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yerdelen, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, SÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2012, s.106 vd.

¹⁸³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.655.

¹⁸⁴ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.171-173. ABD’de pek çok eyalet, saik kavramının karışık doğasının soruşturma ve kovuşturma sürecinde meydana getirdiği zorlukları aşmak için nefret suçu yasalarında saik kavramı yerine ‘mağdurun belli karakteristik özellikleri sebebiyle seçilmiş olması’ tabirini kullanmaktadır. Bkz. Bulut, Nefret Suçları, s.20.

havra, mezarlık gibi dini veya sembolik bir öneme sahip olup olmadığı; sosyal kulüp, okul gibi toplumsal hayatta bir merkez teşkil edip etmediği, öncesinde bu tür bir saldırıya maruz kalıp kalmadığı incelenmelidir. Son olarak, daha önce meydana gelen olayların da nefret suçlarını tespit için önyargı göstergesi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda aynı bölgede daha önce yaşanan benzer olaylar olup olmadığı, bu olayların mağdurları, olay öncesinde mağdurların taciz edici telefonlar, elektronik postalar alıp almadıkları tespit edilmelidir¹⁸⁵.

Bazı olaylarda failin saikinin birden fazla olması da mümkündür başka bir ifadeyle suç işlerken failin birden fazla saiki bulunabilir. Buna doktrinde *yarışan saikler* ya da *karma saik* de denilmektedir. Örneğin, LGBTİ bireylere nefret ve düşmanlık besleyen bir baba, nefret saikine ilave olarak töre saikiyle lezbiyen kızını öldürürse hem töre saiki (TCK m.82/1-k) hem de nefret saiki karşımıza çıkacaktır. Burada babanın kızını öldürmesinde, belirli ortak özelliklere sahip bir grubun üyesi olup olmamasının yani lezbiyen olmasının ne derece rolü olduğuna bakılması gerekmektedir¹⁸⁶. Başka bir ifadeyle, nefret saiki olmasaydı bu suç işlenir miydi sorusunun cevabı *hayır* ise ortada teknik anlamda bir nefret suçunun olduğundan bahsedilebilecek, aksi durumda ise nefret suçundan bahsedilemeyecektir. Bazı ülke ceza kanunlarında yarışan saiklere ilişkin açık düzenlemeler de yer verildiği görülmektedir. Örneğin Belçika Ceza Kanunu'nda "*Bir suçun saiklerinden birisinin bir kişinin korunan karakteristiklerine karşı var olan nefret, aşağılama ve düşmanlık saiklerinden birisi olması halinde ceza artırılır.*" denilmek suretiyle yarışan saik durumu kabul edilmiş ve failin saiklerinden yalnızca birisinin nefret saiki olması suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmüştür¹⁸⁷. Kanaatimizce suçun işlenmesinde nefret saiki belirleyici konumda bulunuyorsa ortada teknik anlamda bir nefret suçunun varlığından bahsedilebilecektir. Başka bir ifadeyle nefret suçundan bahsedilebilmesi için nefret saiki olmasaydı fail bu suçu işlemeyecekti denilmesi gerekmektedir.

9. Nefret Suçlarının ve Nefret Söylemlerinin Engellenmesi İçin Yapılacaklar ve Bu Süreçte Önemli Role Sahip Olanlar

Nefret söylemlerini ve nefret suçlarını engellemenin en etkili yolları olarak toplumsal hoşgörüyü artırmak, önyargıları ortadan kaldırmak, küçük yaşlardan itibaren eğitim yoluyla bireylerin birbirlerine karşı saygı duymalarını sağlamaya yönelik düzenlemeleri hayata geçirmek ilk akla gelenlerdir. Ayrıca toplumdaki hoşgörüyü ve farklılıklara saygıyı artırma anlamında medyanın,

¹⁸⁵ Preventing and responding to hate crimes: A resource guide for NGOs in the OSCE region, OSCE-ODIHR 2009, s.21-25 (akt. Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.113-114); Bulut, Nefret Suçları, s.23; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.23-24.

¹⁸⁶ Aytekin-İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı, s.114.

¹⁸⁷ Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.158-159; Bulut, Nefret Suçları, s.147-149.

siyaset kurumunun ve siyasetçilerin de önemli bir fonksiyon üstlendikleri söylenebilir¹⁸⁸.

Siyasilerin özellikle de siyasi parti liderlerinin kullandığı dilin, o siyasi görüşü destekleyenlerce desteklendiği bilinen bir gerçektir. Siyasi partiler genellikle liderleriyle özdeşleştirildikleri için, liderlerin söylemi, partililer için çok büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda liderin kullandığı dili, siyasetin dili olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Siyasi parti liderlerinin, nefret söylemine temel teşkil edecek önyargı, hoşgörüsüzlük, taraf tutma, ayrımcılık, yabancı korkusu/düşmanlığı, cinsiyetçilik, homofobi, Yahudi düşmanlığı vb. içeren konuşmalar yaptıkları takdirde bu nefret söyleminin parti tabanına yayılması sonucunda bu söylemlerin toplumda daha geniş bir yer bulacağı aşıkardır¹⁸⁹.

Siyasi partilerin devleti yönetmek, muhalefet etmek gibi temel işlevlerinin yanında, eğitime işlevi denilen ve toplum için önemli olan bir konuyu gündeme getirme, konuyla ilgili olarak kamuoyuna açıklayıcı bilgi verme, bilinç ve farkındalık oluşturma gibi işlevleri de vardır. Nefret söyleminin gündeme getirilip tartışılması konusunda tüm yük siyasilerin omuzlarında olmasa da eğitim işlevlerini gerçekleştirme adına siyasilerin bu konuda adım atmaları büyük önem arz etmektedir¹⁹⁰.

Topluma bilgi aktarma işlevini üstlenmiş olan medyanın da söylem oluşturmada önemli bir etkisi vardır. Siyaset kurumu gibi medya da toplumu geniş çapta etkileme imkanına sahip olduğundan, nefret söylemini kullanması engellenmediği takdirde, nefret söyleminin toplumda oluşturacağı zararlarının sorumlularından birisi de şüphesiz medya olacaktır. Daha da önemlisi bu yolla nefret söyleminin meşru bir zemine oturtulmasında medyanın da katkısı bulunmuş olacaktır¹⁹¹.

12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen “*Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu*”nda, siyasi tartışma özgürlüğünün, ırkçı fikirleri veya nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını ve herhangi bir hoşgörüsüzlük biçimini kışkırtan görüşleri içermediğine vurgu yapılmıştır. Söz konusu deklarasyonda ayrıca, medyada kullanılan nefret söylemi gibi karalayıcı ve aşağılayıcı ifadelerle kişilere ait temel haklar ağır biçimde ihlal edilmediği sürece medya tarafından gerçekleştirilen haberlerin ve yayınların hapis cezasına yol açmaması gerektiğine de dikkat çekilmiştir¹⁹².

¹⁸⁸ Ozulu, Serpil, “Nefret Söyleminin Engellenmesinde Siyaset Kurumu”, Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, Güz 2014, s.16.

¹⁸⁹ Ozulu, Siyaset Kurumu, s.20-21; Şahinkaya, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, s.18-20.

¹⁹⁰ Ozulu, Siyaset Kurumu, s.22.

¹⁹¹ Ozulu, Siyaset Kurumu, s.22; Yegen, Ceren, “Türk Yazılı Basınının HIV/AIDS Haberlerindeki Nefret Söylemi: Posta Gazetesi Örneği”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Mart 2014, s.330.

¹⁹² Weber, Nefret Söylemi El Kitabı, s.10.

Türkiye’de medya kuruluşlarının önemli bir bölümünün toplumsal farklılıkları yansıtırken kullandıkları ayrımcı ve önyargılı dil sadece basın etik kurallarını ihlal etmemekte ayın zamanda toplumdaki savunmasız ve dezavantajlı gruplara karşı da kalıp yargıları güçlendirmektedir¹⁹³. Öyle ki, bu tür yayınlar kimi zaman doğrudan bazı kişi veya grupları hedef almakta ve bu tür kışkırtıcı söylemler yüzünden düşman olarak algılanan gruplara yönelik saldırılara uygun bir zemin hazırlanmaktadır. Bunun en belirgin örneği olarak Hrant Dink cinayeti gösterilebilir. Bu cinayetin sanıklarından Y.H.’nin ifadesinde Hrant Dink’i şahsen tanımadığını, ancak gazetelerden okuduğuna göre bir Türk düşmanı olduğunu öğrendiğini belirtmiştir. Dink cinayetinden kısa bir süre sonra İzmir’deki bir kilisenin rahibine saldıran kişi ise olayı “*O.S. gibi kahraman olmak için gerçekleştirdiğini*” ifade etmiştir. İşlenen her iki nefret suçu da yerel ve ulusal bazı yayın organlarının ırkçı propagandaları ve yabancı düşmanlığını teşvik eden manşetlerinin toplumsal çevrelerde meydana getirdiği tehdit ve düşman algısının nasıl şiddete dönüştüğünün üzücü birer örneğidir¹⁹⁴.

Son olarak, nefret söyleminin en çok kullanıldığı yerler olarak “*yeni medya*” veya “*sosyal medya*” olarak da ifade edilen facebook, twitter, instagram, periscope gibi sosyal iletişim araçları örnek gösterilebilir. Sosyal medyada tartışılan siyasi ya da toplumsal olaylar üzerinden, siyasi, dini ya da etnik kimliklere yönelik nefret içeren ifadelerle sıklıkla yer verilmektedir. Tartışmaların yüz yüze olmaması, kişilerin gerçek kimliklerini ortaya koymadan sosyal medyada bulunabilmeleri, bu ortamlarda nefret içerikli ifadeler kullanılmasını kolaylaştırmaktadır. Özellikle facebook ve twitter sayfalarında ya da herhangi bir haberin altına yapılan okuyucu yorumlarında nefret içeren ifadelerle sıklıkla rastlanmaktadır¹⁹⁵. Yeni medya ortamında dolaşıma sokulan ve yeniden üretilen nefret söylemiyle mücadelede başvurulabilecek tekniklerden bazıları şu şekilde sıralanmaktadır: İhbar hatları, filtreleme, erişim yasakları, medya okuryazarlığı. Bununla birlikte yeni medya ortamında dolaşıma sokulan nefret söyleminin izlenmesinin hem yöntembilimsel hem de zaman maliyeti

¹⁹³ Türk yazılı basının HIV/AIDS haberlerini veriş şekliyle ilgili yapılan bir akademik çalışmada, Posta Gazetesi’nde 01.04.2010-01.04.2012 tarihleri arasında HIV/AIDS kelimeleri geçen toplamda 151 içeriğe rastlandı; söz konusu içeriklerin 92 tanesinin haber, 1 tanesi sınav sorusu, 58 tanesi ise köşe yazısı olduğu; 2010 yılında HIV/AIDS kelimesi geçen toplam 36 haber yapıldığı, 2011 yılında 51, 2012 yılının ilk dört ayında ise 5 haber yapıldığı tespit edilmiştir. HIV/AIDS ile yaşayan bireylere yönelik nefret söylemi içerdiği varsayılan haberler ise yıllara göre şu şekilde dağılmıştır: 2010 yılında 8 haber, 2011 yılında 10 haber, 2012 yılında ise 2 haber. Böylece iki yıllık süre zarfında Posta Gazetesi’nde HIV/AIDS ile ilgili toplam 92 haberden 20 tanesinin nefret söylemi içerdiği ve ön plana çıkardığı vurgulanmıştır. Bkz. Yegen, Türk Yazılı Basınının HIV/AIDS Haberlerindeki Nefret Söylemi, s.323-324.

¹⁹⁴ Çetin, Selvet, “Nefret Suçlarının Neresindeyiz”, kaynak: <http://www.sde.org.tr/tr/newsdetail/nefret-suclarinin-neresindeyiz/2087> (Erişim Tarihi: 01.08.2016)

¹⁹⁵ Ozulu, Siyaset Kurumu, s.23.

açısından oldukça güç olduğu da ifade edilmektedir¹⁹⁶.

Sonuç

Bu çalışmada, çağımızın, başka bir deyişle modern toplumunun pandemisi olarak nitelendirdiğimiz nefret suçlarından ve nefret söyleminden ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili açıklamalarda bulunmaya gayret gösterilmiştir. Ancak konunun çok kapsamlı olması ve başka disiplinlerin de ilgi alanına girmesinden dolayı yalnızca hukuki perspektifte tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Teknik anlamda bir nefret suçunun varlığından bahsedebilmek için iki unsurun varlığı şarttır: i) Fail tarafından gerçekleştirilen ve kanunlarda suç olarak düzenlenmiş bir fiilin varlığı; ii) Bu fiilin, mağdurun veya mağdurun mensubu olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici karakteristik özelliklere duyulan nefret veya önyargı saiki (*bias motive*) ile işlenmiş olması.

Batılı hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında nefret suçlarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bazı ülke ceza kanunlarında nefret suçlarına ilişkin hükümler getirilirken bazı ülkelerde ise ayrı bir nefret suçları kanunu yapılmaktadır. Buna karşın bizim de içinde bulunduğumuz çok az sayıda ülkede nefret suçlarıyla ilgili yasal bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar TCK'da yer alan bazı suç tiplerinin nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi mümkünse de somut bir düzenlemenin ceza hukuku mevzuatımızda olmaması büyük bir eksikliktir. Birçok farklı dinden, mezhepten, etnik kökenden, siyasi düşünceden vs. insanların yaşadığı ülkemizde her yıl nefret suçu olarak nitelendirilebilecek çok sayıda suç işlendiği bilinen bir gerçektir. Özellikle Hrant Dink cinayetinden sonra toplumda nefret suçlarına yönelik hassasiyetin arttığı görülmekte ve özellikle sivil toplum kuruluşları tarafından nefret suçlarına ilişkin somut adımlar atılması istenmektedir.

“Nefret” kavramına Türk Ceza Kanunu'nda ilk olarak 2014 tarihli 6529 sayılı Kanun değişikliği yer verilmiştir. TCK'da yapılan bu “*yasal okus pokus*”la teknik anlamda nefret suçlarına başka bir ifadeyle nefret veya önyargı saikiyle işlenen suçlara ilişkin bir düzenleme yapıldığı izlenimi doğurulmak istenmekteyse de aslında bu değişiklik teknik anlamda bir nefret suçu düzenlemesi olarak kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, toplumda oluşan genel kanının aksine kanun koyucu nefret suçlarına karşı halen mesafeli bir tutum sergilemektedir.

¹⁹⁶ Akın, Altuğ/Kaymak, Ayşe/Doğu, Burak/Aygül, Eser/Bayraktutan-Sütcü, Günseli/Dirini, İlden/Binark, Mutlu/Çomu, Tuğrul, “Yeni Medya Ortamındaki Nefret Söylemine Karşı Mücadele Önerileri/miz”, in: Yeni Medyada Nefret Söylemi, Der.: Tuğrul Çomu, İstanbul 2010, s.286, 291.

Nefret suçları, özel bir ceza hükmünden çok bir kavramı karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle, önyargı veya nefret saiki ile işlenen suçlar hakkında bir cezai yaptırımın düzenlenmediği ülkelerde de *-Türkiye’de de olduğu gibi-* bu saikle işlenen suçlar nefret suçu olarak nitelendirilebilir. Bundan dolayı, bir yasal düzenleme olup olmamasından bağımsız olarak nefret suçu kavramına uyan eylemler nefret veya önyargı suçu olarak ifade edilmektedir. Böylelikle failin işlediği suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesi deskriptif bir niteleme yapılmasına hizmet etmiş olacak, bunun sonucunda ülkede işlenen nefret suçlarının görünür hale gelmesi sağlanacak ve gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasına uygun bir zemin hazırlanmış olacaktır. Bu açıdan bakıldığında bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesinin önemli bir fonksiyon üstlendiği de ortaya çıkmaktadır.

Failin, suça konu olan kişinin ya da malın belirli bir grupla olan ilişkisi konusunda hataya düşmüş olması durumunda ne yapılacağına belirlenmesi önem arz etmektedir. Kanaatimizce nefret suçlarına daha fazla ceza verilmesinin temelinde failin fiili gerçekleştirirken nefret veya önyargı saikiyle hareket etmiş olması yatmaktadır. Başka bir ifadeyle failin daha ağır cezalandırılmasının gerekçesini, failin sahip olduğu nefret veya önyargı saiki oluşturmaktadır. Bu bağlamda, failin fiili işlerken mağdur olarak seçtiği kişinin gerçekten önyargı veya nefretin temelini oluşturan karakteristiğe sahip olup olmadığı hiçbir önem arz etmemektedir. Bundan dolayı da failin, suça konu olan kişinin veya malın belirli bir grupla olan ilişkisi hususunda hataya düşmüş olması, failin nefret veya önyargı saikiyle hareket ettiği gerçeğini değiştirmeyecek olup işlenen fiil nefret suçu olarak nitelendirilebilecektir.

Bu açıklamalar karşısında Türk Ceza Hukuku’nda nefret suçlarına ilişkin somut bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu ortadadır. Burada iki seçenek bulunmaktadır: Ya nefret suçlarıyla ilgili müstakil bir kanun hazırlamak ya da TCK’daki suçların nefret saikiyle işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul etmek. İkinci seçeneğin kabul edilmesi durumunda da ikili bir yol karşımıza çıkmaktadır: Ya nefret saikini bütün suçlar için ya da sadece belli bazı suçlar için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlemek. Kanaatimizce Türk Ceza Hukuku açısından olması gereken, TCK’nın tanımlar maddesine nefret saikinden ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili bir hüküm eklenmesi, daha sonrasında ise bazı suç tipleri açısından nefret saikinin, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi olmalıdır. Hangi suç tiplerinin bu kapsamda ele alınacağıyla ilgili olarak gerek sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinin alınması gerek Türkiye’nin kendi iç dinamiklerine uygun bir belirleme yapılması en uygun yol olacaktır. Bu bağlamda özellikle kasten yaralama, kasten öldürme, işkence, eziyet, tehdit, mala zarar verme suçlarındaki nefret saikini, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul etmek gerekmektedir.

Kaynakça

Akın, Altuğ/Kaymak, Ayşe/Doğu, Burak/Aygül, Eser/Bayraktutan-Sütcü, Günseli/Dirini, İlden/Binark, Mutlu/Çomu, Tuğrul, “Yeni Medya Ortamındaki Nefret Söylemine Karşı Mücadele Önerileri/miz”, in: Yeni Medyada Nefret Söylemi, Der.: Tuğrul Çomu, İstanbul 2010.

Ataman, Hakan, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

Aytekin-İnceoğlu/Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

Basu, Biblap, “Nefret Suçunun Önlenmesinde Sivil Toplumun Rolü” (Çev.: Yasemin Koç), in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri, Ankara 2010.

Benier, Kathryn, “The Harms of Hate”, International Review of Victimology, Vol. 23, Issue 2, s.179-201.

Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.55-77.

Bulut, İlhan, Nefret Suçları, Ankara 2014.

Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives (Warsaw: ODIHR, 2005), kaynak: <http://www.osce.org/odihhr/16405> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Çayır, Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık – Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Çelik, Elif, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl:2013, s.205-240.

Çetin, Selvet, “Nefret Suçlarının Neresindeyiz”, kaynak: <http://www.sde.org.tr/tr/newsdetail/nefret-suclarinin-neresindeyiz/2087> (Erişim Tarihi: 01.08.2016).

Duymaz, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, GÜHFD, Cilt: 17, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s.1367-1404.

Erdoğan, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, Liberal Düşünce, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.8-13.

Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık – Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa 2016.

Hakyemez, Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 2, Yıl: 2002, s.17-40.

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2010 (Warsaw: ODIHR, 2011), kaynak: <http://tandis.odihr.pl/hcr2010/> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2009 (Warsaw: ODIHR, 2010), kaynak: <http://www.osce.org/odihhr/73636> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2008 (Warsaw: ODIHR, 2009), kaynak: <http://www.osce.org/odihhr/40203> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2007 (Warsaw: ODIHR, 2008), kaynak: <http://www.osce.org/odihhr/33989> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses – Annual Report 2006 (Warsaw: ODIHR, 2007), kaynak: <http://www.osce.org/odihhr/26759> (Erişim Tarihi:01.05.2016)

Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report For 2011, Warsaw 2012.

Heard, Catherine, “The Law on Hate Crime”, The Journal of Adult Protection, Vol. 15, No. 3, 2013, s.164-166.

Hun, Sinem, “Nefret Söylemi – Yeni Bir Norm, Yeni Bir Mecra?”, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2014/9, s.54-55.

İnceoğlu, Sibel, Önsöz, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

İnceoğlu, Yasemin/Sözeri, Ceren, “Nefret Suçlarında Medyanın Sorumluluğu: Ya sev ya terk et ya da...”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

Jacobs, James B./Potter, Kimberly, Hate Crimes – Criminal Law&Identity Politics, 1998.

Kanadoğlu, O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2000.

Karadeniz, Serra, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul 2012, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Karan, Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

Keçelioğlu, Elvan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, TBB Dergisi, Sayı:83, Yıl:2009, s.123-136.

Keiser, Claudia, “Unerlässliches zur Verteidigung der Rechtsordnung gegen so gennante Hasskriminalität”, ZRP, 2/2010, s.46-49.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2016.

Krupna, Karsten, “Almanya’da Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları– Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.95-99.

Küzeci, Elif, “AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBBD, Sayı: 71, Yıl: 2007, s.174-200.

Lang, Kati, Vorurteilskriminalität – Eine Untersuchung vorurteilsmotivierter Taten im Strafrecht und deren Verfolgung durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte, Baden-Baden 2014.

Macovei, Monica, İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:2, s.10, online erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10lfade.pdf (Erişim Tarihi:07.05.2016).

Ozulu, Serpil, “Nefret Söyleminin Engellenmesinde Siyaset Kurumu”, Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, Güz 2014, s.15-29.

Öner, Mehmet Zülfü, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, TBB Dergisi, Sayı: 116, Yıl: 2015, s.85-112.

Önok, Murat, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s.1229-1269.

Özbey, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, Yıl:2013, Sayı:106, s.41-92.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler*, 6.Bası, Ankara 2011.
- Rosenfeld, Michel, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis” (April 2001), Cardozo Law School, Public Law Research Paper No: 41, <http://ssrn.com/abstract=265939> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939> (Erişim Tarihi: 01.08.2016).
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982.
- Schneider, Hans Joachim, “Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktstategorie”, *JZ*, 10/2003, s.497-504.
- Sinar, Hasan, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *MÜHFAD*, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s.1271-1300.
- Solmuş, Tarık, *Aramızdaki Psikopatlar ve Nefret Suçları*, İstanbul 2014.
- Soykan, Tankut Taşkın, “Nefret Suçu Kavramı”, in: *Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri*, Ankara 2010.
- Stegbauer, Andres, “Nefret Suçunun Önlenmesinde Yargıçların Rolü” (Çev.: Yasemin Koç), in: *Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri*, Ankara 2010.
- Streissguth, Tom, *Hate Crimes*, Revised Edition, New York 2009.
- Şahinkaya, Yalçın, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları*, Ankara 2016.
- Tanör, Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul 1969.
- Uslu, Cennet, “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı:38, Ekim 2013, s.185-202.
- Weber, Anne, *Nefret Söylemi El Kitabı* (Çev.: Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Strazburg 2009.
- Yegen, Ceren, “Türk Yazılı Basınının HIV/AIDS Haberlerindeki Nefret Söylemi: Posta Gazetesi Örneği”, *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, Mart 2014, s.317-349.
- Yerdelen, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, *SÜHFD*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2012, s.105-136.
- Yılmaz, Havva, “Bir Nefret Nesnesi Olarak Başörtülü Kadınlar ya da Nefret Suçları Bağlamında Başörtüsü Problemi”, in: *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.

BOŞANMA SONUCUNDA BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

The Question of Applicability of the Joint Custody In Turkish Law In Case of Divorce

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ¹, Dr. Taylan BARIN²

Geliş Tarihi: 26.03.2018

Kabul Tarihi: 18.05.2018

ÖZET

Türk Aile Hukukunda uzun zamandır doktrin ve uygulama da tartışma konusu olan boşanmada birlikte velayet meselesi, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokol'ün 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanunla onaylamasıyla birlikte daha da tartışılır bir hâl almıştır. Nitekim Protokol'ün 5. Maddesi ile eşler evliliğin bitmesi halinde dahi kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit kabul edilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu uluslararası anlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu durumun iç hukuka etkisi araştırılarak Türk hukukunda ortak velayetin artık mümkün olup olmadığı sorusuna bir yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Birlikte Velayet, AİHS 7. Ek Protokol, Boşanma, Uluslararası Andlaşmalar, Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar

ABSTRACT

The question of the joint custody has long been discussed in doctrine and practice in Turkish Family Law in the context of divorce. The issue has become a highly controversial topic with the adoption of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights at March 10, 2016 and law no. 6684. Hence, with the Article 5th of the Protocol, spouses are equally recognized in terms of rights and responsibilities with private law in relation to themselves and their children, even if the marriage is terminated. In this study, with the entering into force of the Protocol No. 7, the effect of the treaty on domestic law and whether the joint custody in Turkish law enforceable or not are discussed.

Keywords: Joint Custody, ECHR Protocol No. 7, Divorcement, International Treaties, International Treaties Concerning Fundamental Rights and Freedoms

GİRİŞ

Aile, insanlık tarihinin başlangıcından itibaren var olan ve insanın içinde yaşamayı arzuladığı bir tabii hukuk kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira her canlı gibi, insan da kendine eş arama dürtüsüyle hareket eder ve soyunun devamını diler. Doğal olarak her insanın içinde var olan bu dürtü, ailenin oluşumuna yol açar. Bu bağlamda aile toplumun yapı taşı ve temelini oluşturur. Günümüz aile kavramından farklılıklar arz etse de aile kurumu tarih boyunca hukuk biliminin üzerinde durduğu konulardan birisi olmuştur.

¹ Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, udonmez@ybu.edu.tr

² Dr., Georgetown University Law Center Misafir Araştırmacı, taylan.barin@anayasa.gov.tr

Toplumun sosyo-ekonomik yapısı ile kültürel değerleri, aile kurumunun zaman ve mekân bakımından farklı olarak algılanmasına yol açmasına neden olmuşsa da tüm hukuk düzenlerinde aile kurumunun varlığı hukuk düzenlerince kabul edilmiştir³. Aile kavramının farklı algılanması ise özellikle çocuğun hukukî durumu ile ana ve babasıyla olan ilişkisinin belirlenmesinde çeşitli kurumların doğmasına yol açmıştır. Özellikle ana ve babanın çocuk üzerinde sahip olduğu velayet hakkı, bu anlamda geçmişten günümüze ciddi bir değişikliğe uğramıştır. Ancak konunun niteliği bakımından daha iyi anlaşılabilmesi için velayet kavramının tarihî gelişiminin incelenmesi gerekmektedir. Böylece tarihi gelişmeler ışığında aile ve velayet kavramlarına olan bakış açısının hangi merhalelerden geçerek, bugünkü halini aldığı tespit edilebilecek, günümüz hukukunun temelini oluşturan kavramları yorumlama fırsatına sahip olunacaktır.

Arapça وَلِيّ kökünden türeyen velayet (ولاية) koruma ve kollama, göz kulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma anlamlarına gelmektedir⁴. Velayet hakkına sahip olan kişiye ise veli denir ve yine aynı kökten türemiştir⁵.

Velayetin Türk Hukuk Tarihi açısından İslamiyet öncesi ve sonrası olarak iki dönem halinde incelenmesi gerekir. İslamiyet öncesi dönemde, Orta Asya Türk Hukuk geleneğinde aile yapısı ataerkil bir yapıya sahip olması nedeniyle, velayet hakkı kural olarak babaya aittir⁷. Ancak, savaş zamanlarında veya babanın ailenin yanında bulunmadığı durumlarda, annenin çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerinde birtakım haklarının bulunduğu kabul edilmekteydi⁸.

İslamiyet'in kabulü ve özellikle halifelüğün Osmanlı Devleti'ne geçmesi sebebiyle İslam hukuku, Türk hukuku üzerinde belirgin bir etki bırakmıştır. İslam hukukunda velayet, çocuğun doğumu ile birlikte onun üzerinde üçlü bir yetki tesisi şeklinde kendini göstermektedir. Çocuğun şahsına bağlı olan hakların kullanımına velayet, malların korunması ve yönetilmesine mal velayeti ya da vesayet, küçüğün beden ve ruhen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesi,

³ Bu anlamda dinler, aileyi toplumu yönlendirmede bir araç olarak görmekte ve faaliyetlerinin ana noktası olarak kabul etmişlerdir. Endüstri devrimiyle birlikte toplum yapısının değişmesi neticesinde, aile kavramı da büyük değişiklikler geçirmiş ve köklü yeni unsurlar geliştirmiştir. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 2.

⁴ Wily (Vely) وَلِيّ Yakınlık ve yakın olma anlamına gelmektedir. Bkz. **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 7; **YILDIZ**, s. 32.

⁵ **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 7.

⁶ **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 8; **USTA**, s. 29; **YILDIZ**, s. 32.

⁷ **AKYÜZ**, s. 22; **ARSEL**, s. 333; **CİN/AKGÜNDÜZ**, s. 92; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **USTA**, s. 29.

⁸ **AKYÜZ**, s. 22; **ARSEL**, s. 339; **CİN/AKGÜNDÜZ**, s. 85; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **USTA**, s. 29.

gözetilmesi ve eğitilmesine ise hidâne⁹ denmekteydi¹⁰. İslam hukuku bakımından velâyet hakkına bağlı olan hidâne hakkı, evlilik birliği devam ettiği sürece çocuğun bakım ve gözetimini anne ve babanın ortaklaşa yürüttükleri hak ve yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat nihayetinde çocuğa ilişkin son sözü söyleme hakkı babaya aittir¹¹. Nitekim bir kimsenin velisi, onun usulüdür. Velî, velayetten doğan hak ve yükümlülükleri yerine getiremiyorsa, asabeden sonraki akraba velî olurdu. Eğer asabe bulunmuyorsa, velayet anne tarafından akrabaya intikal ederdi¹². Velî; özgür, ayırt etme gücüne sahip ve çocuk ile aynı dinden olmalıdır. İslam Hukukunda ve Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda velayet bu kapsamda düzenlenmiş olup, daha sonra 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde doğrudan velayet başlığında bir düzenleme bulunmamakla beraber, velayet hakkının kullanılmasının sınırlarını belirleyen birtakım düzenlemeler yer almaktadır¹³.

Roma- Cermen Hukuk sistemlerinde ise velayet hakkının tarihî gelişimi son derece ilginçtir. Roma Hukuku'nda aile kavramı geniş bir açıdan ele alınmakta ve aile babasının hâkimiyeti altında bulunan ve hukuken ona bağlı olan kişiye familia denmekteydi¹⁴. Aile içerisinde baba hâkimiyetini ifade eden Patria Potestas, aile babasının çocuğun, kadının ve kölelerin üzerindeki şahıs ve malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ifade eder. Patria Potestas, doğumla başlar ve hâkimiyet sahibi aile babasının ölümü ile sona erer¹⁵. Roma Hukuku'nda var olan bu güçlü yapı neticesinde ana ve babanın birlikte velayeti söz konusu olmayıp, sadece babanın mutlak hâkimiyetinin var olduğu bir kurumdan bahsedilebilir¹⁶. Patria Familias, elindeki bu mutlak güçle,

⁹ Bir şeyi yanına almak, çocuğu kucağına almak ve beslemek anlamına gelen hidane (hadane). İslam hukukunda bir fıkıh terimi olarak hidane küçüğün ve bu hükümde olan kimselerin gerektiği şekilde büyütülüp yetiştirilmesi, korunup gözetilmesi ve eğitilmesi amacıyla kanun koyucunun belli şahıslara tanıdığı hak, yetki ve sorumluluğu ifade eder. Bkz. **BARDAKOĞLU**, s. 437 vd.

¹⁰ **APAYDIN**, s. 16; **BARDAKOĞLU**, s. 467; **İNAN**, s. 705 vd; **USTA**, s. 30.

¹¹ İslam hukukunda çocuğun velayeti babaya, hidanesi ise anneye aittir. Bkz. **BARDAKOĞLU**, s. 467; **İNAN**, s. 706.

¹² **CİN/AKAGÜNDÜZ**, s. 460; **USTA**, s. 31.

¹³ Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde evlilik hukuku ve boşanma hukuku düzenlenmiş olup, doğrudan velayete ilişkin bir alt başlık bulunmaktadır. Zira nesep, nafaka ve hidaneye ilişkin komisyonlar kurulmuş, ancak Birinci Dünya Savaşının çıkması ve dört yıl boyunca sürmesi, söz konusu komisyonların çalışmasını akamete uğratmış ve bu alanların kanunlaşmasına mani olmuştur. Bkz. **USTA**, s. 33 vd.; **ÜNAL**, s. 225.

¹⁴ Ulpianus D.50.16.195.2; **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 30; **HONSELL**, s. 24.

¹⁵ **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 33; **HONSELL**, s. 182.

¹⁶ Roma Hukuku'nda Patria Potestas'ın altında yer alan herkes *alieni juris* olarak kabul edilmekteydi ve *sui iuris* olmadıkça, Pater Familias'ın hakimiyetindedir. Bu nedenle bir kişi *sui iuris* olmadığı sürece, kendi çocukları üzerinde dahi herhangi bir hak ve yetkiye sahip değildi. Bkz. **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 33.

aile fertlerini yargılayabilir, ceza verebilir ve hatta öldürebilirdi. Ayrıca, yine hâkimiyeti altında bulunan çocuğunu satabilirdi¹⁷.

Cermen hukukunda da birlikte velayet hakkı tanınmamış ve babanın çocuk üzerinde “munt” adı verilen bir velayete sahip olduğu kabul edilmişti. Babanın, çocuğu koruma, temsil etme ve mallarını idare etme konusunda hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁸. Patria Potestas’tan farklı olarak, munt çocuğun bağımsız olarak kendini geçindirmeye başlamasıyla sona ererdi. Ayrıca babanın ölümü halinde, anne velayet hakkına sahip olabiliyordu¹⁹.

Roma ve Cermen hukukunda var olan ve güçlü bir aile babasının hâkimiyetine dayanan bu sistemler, özellikle toplumsal ekonomik temellerin değişmesi neticesinde büyük değişime uğramıştır. Fransız Devrimi’nin akabinde yapılan Fransız Medeni Kanun’unda velayet hakkı babaya ait olmakla beraber, anne ve babanın çocuk üzerinde söz sahibi olacağı kabul edilmektedir²⁰. Mehoz İsviçre Medeni Kanun’u ise bir terim tercihi yaparak, velayetin anne ve babaya ait olduğunu gösteren “*elterliche Gewalt*” ifadesini kullanmıştır.

Görüldüğü üzere tarihi gelişimi incelendiğinde, velayet kavramı üzerinde her zaman durulmuş ve bu hakkın kime ait olduğu, sınırları, hak sahibinin bu hakkı kullanmadığı durumlarda kime intikal edeceği hususları düzenlenmiş ve 20.yy’a kadar ağırlıklı olarak bu hakkın sadece babaya ait olduğu kabul edilmiştir. Ancak günümüzde tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş neticesinde, geniş aile yapısı çekirdek aile yapısına evrilerek aile kavramı değişmiştir. Bu değişim sonucunda velayet, kural olarak anne ve babanın birlikte kullandığı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır²¹.

Çalışmamızda ilk olarak velayet kavramı ve hukuki niteliğinden bahsedilerek, türleri açıklanacak, akabinde birlikte velayet anlatılacak ve nihayetinde birlikte velayete ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere yer verilerek, söz konusu kurumun Türk hukuku açısından uygulanabilirliği sorununa yanıt verilmeye çalışılacaktır.

¹⁷ Patria Familias’ın bu yetkileri, öncelikle örf-adet açısından sınırlamalar getirilmiş, daha sonra Principatus Dönemi’nde ise, Augustus’la başlayan yasalastırma faaliyetleri bu sınırlamalar kanunlaştırılmıştır. Bkz. **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 37.

¹⁸ **AKYÜZ**, s.22; **ÇETİNER BAKTIR**, s. 25; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 42.

¹⁹ **ÇETİNER BAKTIR**, s. 26; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 42.

²⁰ Ancak burada anne ile baba arasında bir eşitlik söz konusu olmayıp, babanın oyu üstündür. **ÇETİNER BAKTIR**, s. 26; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 47.

²¹ İlk olarak sanayi devrimiyle birlikte tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş, ardından 1970’li yıllarda baş gösteren feminist hareketler neticesinde toplumda kadının rolü konusunda büyük değişimler yaşanmıştır. Bkz. **USTA**, s. 48.

I. VELAYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Medenî Kanunu velayetin tanımını yapmamıştır. Kanun koyucu tercihini bir tanım yapmak yerine, söz konusu hakkın kapsamını belirlemek yönünde kullanmıştır. Bu nedenle kanunda tanımlayıcı bir hüküm bulunmamakla beraber, kapsamdan yola çıkılarak bir tanım yapmak mümkün olabilir. Buna göre velayet²², “*kural olarak ergin olmayan çocukların ve istisnai olarak ergin ve fakat kısıtlanmış çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahıs ve malları üzerinde ana ve/veya babanın sahip olduğu tüm görev, yetki ve haklarını*” ifade eder²³.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere velayet, esasen kendini koruma ve kendine bakma konusunda yetersiz kalan veya kalması muhtemel kişinin menfaati için var olan bir hukukî kurumdur ve içinde sadece ana babanın haklarını değil aynı zamanda yetki, görev ve sorumluluklarını da barındırmaktadır. Bu bağlamda velayetin niteliğini açıklarken, velayeti sadece haklar bütünü ya da salt yükümlülükler bütünü olarak ifade etmek doğru olmaz²⁴. Nitekim çağdaş hukukta velayet, bir yüküm-hak olarak tanınmış ve bu özelliği ile çift yönlü bir karakter taşıdığı kabul edilmiştir.

II. VELAYET HUKUKUNA HÂKİM OLAN PRENSİPLER

Velayetin çift yönlü karakterinin var olma amacı velayetin kullanılırken ana babanın çocuğun çıkarlarını gözeterek ve koruyarak, çocuğa bağımsızlık kazandırmaktır. Nitekim velayet bu hakkı kullananların yararına değil, bilakis çocuğun yararına kullanılan bir haktır²⁵. Bu nedenle velayetin kullanılmasında

²² Doktrinde Serozan'ın savunduğu görüşe göre, velayet terimi yakışıksız bir deyimdir. Zira velayet bağımlılık ve otorite duygusu uyandıran bir sözcüktür. Bu nedenle velayet terimi yerine koruma ve bakma ifadesinin kullanılması gerekmektedir. Nitekim İsviçre ve Alman Kanun koyucuları, ülke Medeni Kanun'larında bu anlamda bir değişikliğe gitmiş ve “*Elterliche Gewalt*” yerine “*Elterliche Sorge*” ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Bkz. **BREITSCHMID**, s. 958vd.; **SEROZAN**, s. 250.

²³ Ayrıca velayet hakkı istisnai olarak ana ve baba dışında, çocuğun evlat edinilmesi halinde evlat edinene de tanınmıştır. Bkz. **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 407; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 341–342.

²⁴ Velayetin, ana ve babanın hakkından ibaret olduğunu savunan görüş, ana ve babanın çocuğu kendi istek ve eğilimleri doğrultusunda yetiştirmelerinin en makul yol olduğunu, zira ana ve babanın çocuk için en iyi ve en doğruyu isteyeceklerinden şüphe duyulmayacağından hareket etmektedir. Bu görüşün savunucularından olan Von Tuhr da velayet hakkını şey üzerindeki mülkiyet hakkına eşdeğer görmüştür. Ancak velayetin sadece bir haktan ibaret olduğunu savunan bu görüş dahi, söz konusu hakkın kötüye kullanılması halinde velayetin kaldırılmasını kabul etmektedir. Bkz. **LÜDERITZ**, s. 268; **VON TUHR**, s. 145. Öte yandan velayetin sadece bir görev olduğunu ifade eden Berki, velayetten doğan görevleri yerine getirme konusunda yeterliliği olan ana ve babanın bu görevden kaçınamayacaklarını ifade etmiştir. Bkz. **BERKİ**, s. 5.

²⁵ Burada tartışılması gereken hususlardan biri de çocuğun yararına olanın ne olduğunun

esas olarak çocuğun yararı ön plana çıkmaktadır²⁶.

Çocuklara yönelik insan hakları belgelerinin tarihini yaklaşık bir asır öncesine kadar götürmek mümkündür. Aslında insan haklarına dair pek çok belge esasen çocuk haklarını da barındırmaktadır. Ancak çocuklara özgü olarak hazırlandığı bilinen ilk bildirme “Çocukları Koruma Vakfı” (*Save the Children Fund*) kurucusu Eglantyne Jebb tarafından hazırlanan ve 26 Eylül 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen “Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi”dir²⁷. II. Dünya Savaşından önce kabul edilmesine rağmen savaş esnasında çocuk haklarına dair herhangi bir koruma sağlayamamış olan bu bildirgenin yerini, 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen ve halefinin koruma sahasını genişletmiş olan “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” almıştır²⁸. Bildiri’nin 30. yıl dönümünde, 20 Kasım 1989 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”yi kabul etmiştir²⁹.

Velayette çocuğun yararının gözetilmesi hususu ise, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde “çocuğun en üstün yararı” şeklinde

belirlenmesi ve kimin tarafından tespit edileceği sorunudur. Tespitin sadece aile tarafından yapılacak olması kurumun var oluş amacına aykırı olacağı gibi, sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Zira velayet her ne kadar iki tarafın içinde bulunduğu bir hukuki kurum olsa da toplumun yararları da gözetilmek zorundadır. Bu nedenle velayetin kullanılmasında çocuğun ve ana babanın yararı söz konusu olduğu gibi toplumun da yararından bahsetmek yanlış olmayacaktır. Zira velayet hakkının kötüye kullanılması ya da kullanılmaması durumunda, devletin yetkili organlarının müdahale etme yetkisi bu durumdan kaynaklanmaktadır. Bkz. **AKYÜZ**, s. 49 vd.; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 37; **SEROZAN**, s. 65vd.

²⁶ Çocuğun yararı kavramı yerine çocuğun güvenliği kavramının kimi yazarlarca tercih edildiği görülmektedir. Bkz. **İNAN**, s. 712.

²⁷ İngilizce tam metin için bkz. <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (Erişim: 23.10.2017)

²⁸ İngilizce tam metin için bkz. <https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf> (Erişim: 23.10.2017)

²⁹ Önsözde tarihi birikime ilişkin ifade şu şekildedir:

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler,

...

Çocuğa özel bir ilgi gösterme gerekliliğinin, 1924 tarihli, Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi’nde ve 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulunca kabul edilen Çocuk Hakları Bildirisi’nde belirtildiğini ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde (özellikle 23 ve 24’üncü maddelerinde) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (özellikle 10’uncu maddesinde) ve çocukların esenliği ile ilgili uzman kuruluşların ve uluslararası örgütlerin kurucu ve ilgili belgelerinde tanıdığını hatırla tutarak,

...

Bundan sonraki sayfalarda bulunan kurallar üzerinde andlaşmaya varmışlardır...”

Önsözün tamamı ve tam metin için bkz. https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (Erişim: 23.10.2017)

ifade edilmektedir³⁰. Yargıtay'ın birçok kararında da hem velayet hakkının kullanılması hem de velayet hakkını kimin kullanacağı hususunda çocuğun yararı ilkesini gözettiği görülmektedir³¹. İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı şekilde çocuğun üstün yararı ekseninde kararlar vermektedir³².

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetilmesi ve velayetin varlık amacı, çocuğa bağımsızlık kazandırmaktır. Bu nedenle velayet hakkı süreli bir haktır. Kapsamı çocuğun erginliğe ulaşınca kadar daralır ve nihayetinde erginlikle birlikte sona erer. Ancak ana babanın, çocuğun doğumundan erginliğe ulaşınca kadar geçirdiği dönem içerisinde çocuğun ayırt etme gücünün var olmasıyla birlikte, kendisini ilgilendiren kararlara katılmasının sağlanması ve düşüncesinin alınması gerekmektedir. Nitekim Sözleşmenin 12. maddesi de velayet hakkının kullanılmasında çocuğun kararlara katılmasını düzenlemektedir. Hem Türk Medeni Kanun'u hem de mehz İsviçre Medeni Kanunu belirli konularda çocuğun görüşünün alınması gerektiğini belirtmektedir. Esasen bu durum erginlikle birlikte bağımsız bir birey olacak çocuk üzerindeki velayetin, süreli bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle çocuğun görüşünün alınması, çocuğun karar ve eylemlerinden sorumlu bir kişi olarak yetişmesine de katkı sağlayacaktır.

Ana babanın, çocuğun yararını gözeterek alacağı kararlarda, çocuğun kişiliğine ve mallarına azami özen göstermesi gerekir. Zira velayet hakkının kapsamını oluşturan tüm hak, yetki ve görevler bir bütündür³³. Bu nedenle velayet hakkına sahip olan ana babanın, bu hakkı birlikte kullanmaları ve sorumluluğu paylaşmaları gerekmektedir³⁴. Kanun koyucunun velayet hakkının kullanılmasına dair geliştirmiş olduğu bütüncül bakış açısı; velayetin kapsamı, kullanılması ve süresi için uygulanabilir niteliktedir³⁵. Örneğin, çocuğun eğitimi

³⁰ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 14.09.1990 tarihinde imzalanmış ve 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de uygun bulunduğu Kanun yayımlanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesinde kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetler için çocuğun yararının temel alınacağı düzenlenmiştir.

³¹ Yarg. HGK. E. 2017/2-1887, K. 2017/1196, T. 14.06.2017; Yarg. 2 HD E. 2016/2170, K.2017/7272, T. 12.06.2017; Yarg. 2 HD E. 2017/773, K. 2017/5299, T. 03.05.2017; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (Erişim: 12.12.2017)

³² Bknz. VII-B. ve VII-C.

³³ **AKYÜZ**, Müsterek Hayat, s. 117 vd.

³⁴ TMK md. 336 hükmü gereğince ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaları öngörülmekle beraber, 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 263. Maddesine göre ana ve babanın evlilik süresince velayeti birlikte kullanacakları ancak bu hakkın kullanılmasında ana ve baba arasında meydana gelebilecek fikir ayrılıklarında ise babanın oyunun üstün tutulacağı düzenlemiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu eşitlik ilkesine aykırı olan bu durumu ortadan kaldırmıştır.

³⁵ Şunu belirtmek gerekir ki, velayetin bütüncül olması ilkesi, velayet hakkının

konusunda sadece ananın, çocuğun malları konusunda sadece babanın yetkili kılınması söz konusu olamayacağı gibi, velayet hakkının belirli bir süreyle anaya belirli bir süreyle de babaya verileceği hususunda bir karar verilmesine de hukuk düzenimiz cevaz vermemektedir³⁶.

Velayetin bütünlüğü ilkesinin bir yansıması olarak ana ve baba, sahip oldukları velayet hakkını bir başkasına devredemeyecekleri gibi, bu haktan feragat etmeleri de mümkün değildir. Bu nedenle velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir³⁷. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmiş ve bunun devrinin mümkün olamayacağı ve bu haktan feragat edilemeyeceği vurgulanmıştır³⁸. Fakat ana baba bazı hallerde çocuğun üstün yararını gözeterek belirli görevlerin yürütülmesi için üçüncü kişileri yetkili kılabilirler. Örneğin müziğe ilgisi olan bir çocuğa, bu konuda özel eğitmen tutulması durumunda çocuğun eğitim alma hakkı, çocuğu eğitime görevi bulunan ana babanın verdiği yetkiyle ve eğitmen marifetiyle gerçekleştirilmektedir. Burada velayet hakkının devri söz konusu olmayıp, velayet yine ana babaya ait olmaya devam edecektir. Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere velayet, çocuğun üstün yararı gözetilerek kullanılan, süreli, bölünemeyen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.

Velayet hakkına hâkim olan prensipler belirlendikten sonra, önem arz eden bir diğer konu da velayet hakkına sahip olanların belirlenmesidir. Velayete kimin sahip olacağı hususunda, Türk Medeni Kanunu ana babanın evli olup olmamasına göre bir ayırım yapmıştır.

sınırlanılmayacağı veya kaldırılmayacağı anlamına gelmez. Nitekim, zayıfın korunması ilkesinin bir yansıması olarak çocuğun yararının tehlikeye düştüğü durumlarda velayetin sınırlandırılması mümkündür.

³⁶ Buna karşılık İsviçre ve Almanya'da ki bazı müellifler velayetin bölünebileceği ve bunun faydalı olabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. **AKYÜZ**, s. 225; **ÇETİNER BAKTIR**, s. 47; **HENNEMAN**, s. § 1671, Rn. 18; **MUSCHELER**, s. 388.

³⁷ Yargıtay içtihatları ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş velayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu bir hak olarak nitelendirmekteyse de farklı görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 18 HD. E. 2016/5035, K. 2016/7858, T. 12.05.2016; Yarg. 2. HD E. 2016/12457, K. 2016/11712, T. 14.06.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017) İsviçre hukukunda ise velayet hakkı ana babanın kişilik haklarına dayandırılmaktadır. Bkz. **AFFOLTER-FRİNGELI/VOGEL**, s. 8; **BREITSCHMID**, s. 960. Akyüz ise velayet hakkını bir kişilik hakkı olduğunu kabul etmekle beraber, söz konusu hakkın ana babanın yararına değil, çocuğun yararına olduğunu savunmaktadır. Bkz. **AKYÜZ**, s. 31. Öte yandan Zevkliler bir kimsenin bir başkasının kişiliği üzerinde hak sahibi olmasının TMK 23. Maddesi kapsamında mümkün olamayacağını belirtmiş ancak, bir başkasının yaşam alanına giren davranışları ve bazı ilişkileri üzerinde hak sahibi olabilmemesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **ZEVKLİLER**, s. 100.

³⁸ Yarg. 18 HD. E. 2016/5035, K. 2016/7858, T. 12.05.2016; Yarg. 2. HD E. 2016/12457, K. 2016/11712, T. 14.06.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017).

Bu bağlamda ana baba kural olarak evlilik birliği devam ettiği sürece velayet hakkını birlikte ve eşit olarak kullanırlar (TMK md. 336/I). Ana babanın ayrılması ya da ortak hayata son verilmesi durumunda ise hâkim, takdir hakkını kullanarak velayeti ana veya babadan birine verecektir. Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde ise velayet hakkı sağ kalan eşe ait olacaktır. Evlilik birliğinin boşanma ya da butlan nedeniyle sona ermesi halinde ise TMK m. 336/III hükmüne göre velayet mahkeme kararı ile çocuk kendisine bırakılan eşe ait olacaktır. Nihai olarak ana ve babanın evli olmaması durumunda kural olarak çocuğun velayeti TMK md.337/1 hükmü³⁹ gereğince anaya ait olacaktır⁴⁰.

III. BİRLİKTE VELAYET

Türk hukukunda, evlilik birliğinin devamı boyunca velayet, kural olarak ana baba tarafından birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanılır. Ana babanın velayet hakkını birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanmasına “birlikte velayet” denilmektedir⁴¹. Birlikte velayette, velayet hakkına sahip ana baba, çocuğa ilişkin kararları birbirleriyle istişare ederek almaktadırlar. Ayrıca velayetin bütünlüğü ilkesi gereğince velayetten doğan haklar, ana ile baba arasında taksim edilememektedir. Önceki Medenî Kanunumuzdan farklı olarak velayetin kullanılmasında ana ve babanın oyları eşittir⁴². Bu nedenle birlikte velayet hakkının kullanımında ana babanın birbirleriyle istişare etmeleri büyük önem taşımaktadır. Neticede ana baba ortak bir karar almaktadırlar. Ancak ananın ve babanın, velayetin kullanımında anlaşamamaları durumunda, TMK m. 195/I hükmüne dayanarak hâkimin müdahalesini isteyebileceklerdir. Bu talebe binaen hâkim, TMK m.195/II’ye göre tarafları uyaracak, onları uzlaştırmaya çalışacak ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerden yardım isteyebilecektir. Unutulmamalıdır ki, burada hâkim ana baba yerine geçerek bizatihi velayeti kullanamamakta; ancak şartların varlığı halinde ana babanın velayet hakkını sınırlandırabilmekte ya da kaldırabilmektedir.

³⁹ Ancak Kanun koyucu TMK 337/II hükmü ile bu kuralın istisnasını belirlemiştir. Buna göre ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atayabilir veya velayeti babaya verebilir.

⁴⁰ İsviçre Medeni Kanunu’nun 275a maddesi uyarınca, ana babanın evli olmaması durumunda çocuk ile ilgili önemli durumlarda, velayet hakkına sahip olmayan taraf üçüncü kişilerden (örneğin eğitimi hususunda öğretmeninden, sağlık durumuyla ilgili olarak doktorundan) bilgi alma hakkına sahiptir. Aynı hükme göre velayete sahip olan tarafın önemli gelişmeleri haberdar etmesi gerekmektedir. Ayrıca çocuk ile ilgili önemli durumlarda velayet hakkına sahip olmayan eşin dinlenmesi gerekmektedir. Bkz. **BREITSCHMID**, s. 909 vd.; **MORDASINI-ROHNER**, s. 509 vd.

⁴¹ Ayrıca birlikte velayet dışında, aynı kurumu nitelendirmek için müşterek velayet, ortak velayet gibi kavramlarında kullanıldığı görülmektedir.

⁴² 743 sayılı Medeni Kanununun 263. maddesinde de velayeti ana babanın birlikte kullanacağı düzenlenmiştir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde, “Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir” denerek, babanın velayetin kullanımında anaya karşı üstün olduğu vurgulanmıştır. Bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 249; **TEKİNAY**, s. 250.

Birlikte velayet, Türk hukukunda eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında velayetin kullanımında asıldır. Ancak söz konusu velayet türünün boşanma halinde kullanılması mümkün müdür sorusu uzun zamandır doktrini meşgul etmektedir. Bu sorunun yanıtını verebilmek için, kanaatimizce ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile mehz Kanundaki gelişmeleri incelemek gerekmektedir.

IV. VELAYETE İLİŞKİN ULUSAL DÜZENLEMELER

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle birlikte 41. maddede yer alan "*Aile, Türk toplumunun temelidir*" ifadesinden sonra "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiştir⁴³. Aynı madde 2010 yılında bir kez daha değişikliğe uğramış ve kenar başlığı "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" olarak metne işlenerek maddeye üçüncü fıkra eklenmiştir. Değişiklikle birlikte, "*her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu*" ifade edilmiştir. Böylece normlar hiyerarşisinde en tepede yer alan Anayasa'da, ailenin toplumun temeli olduğu vurgulanarak devletin ailenin korunması için gerekli önlemleri alacağı güvence altına alınmış ve devlete görev (pozitif yükümlülük) yüklenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kadın ve erkeğin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, Anayasa aile ve çocuğa özel bir önem atfetmiştir.

Ancak anayasa koyucu, velayete ilişkin Anayasa'da doğrudan bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. Velayete ilişkin hükümler, Türk Medenî Kanunu'nda yer almaktadır. İlgili hükümler; velayetin evlilik birliği içerisinde, ayrılık, boşanma, ölüm ve evlilik birliği dışında meydana gelen çocuğun kime ait olacağını belirledikten sonra, velayetin kullanılması, sınırlandırılması ve kaldırılmasına ilişkindir. Çalışmamızın konusunu boşanmada birlikte velayet olduğu için, konuya dair TMK m. 182⁴⁴ ve m.336⁴⁵ hükmünün detaylı olarak incelenmesi

⁴³ RG 17.10.2001/ 24556 sayılı 1. Mükerrer.

⁴⁴ VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları

1. Hakimin takdir yetkisi

Madde 182.- Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

⁴⁵ II. Ana ve baba evli ise

Madde 336.- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar.

gerekmektedir.

Türk Medenî Kanun'unun 182. maddesi, "*Hâkimin Takdir Yetkisi*" kenar başlığı altında boşanma veya ayrılık durumunda hâkimin takdir yetkisini kullanarak, ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemiştir. İlgili hükmün birinci fıkrasında doğrudan velayete ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Mevaz Kanun'un 133. maddesi 2014'te yürürlüğe giren revizyondan önce, hâkimin, boşanma ve ayrılık kararına hükmederken velayeti eşlerden birine tevdi edeceğini açık bir biçimde düzenlemekteydi. Bu anlamda mevaz Kanun ile Türk Medenî Kanunu birbirlerinden önemli bir şekilde ayrılmaktaydı. Ancak revizyon ile birlikte değişen 133. madde hükmü ile birlikte hâkime ana babanın hak ve yükümlülüklerini düzenleme vazifesi verilmiştir. Söz konusu değişiklikte birlikte hâkim, velayete ilişkin bir karar vermekle yükümlü kılınmıştır. Burada hâkim, İMK m. 296/II hükmü gereğince velayeti kural olarak ana ve babaya verecek, ancak İMK m. 298 uyarınca çocuğun üstün yararının velayetin ana veya babadan birine verilmesini zorunlu kılan bir durum varsa bu takdirde velayeti eşlerden birine verecektir⁴⁶. Başka bir ifadeyle, hâkim kural olarak birlikte velayete karar verecek, aksine bir durum olması halinde ise velayeti eşlerden birine verebilecektir⁴⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrası ise "*velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan eş*" ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu düzenleme yoruma muhtaçtır. Zira mevaz Kanun'un 133. maddesinden önemli ölçüde ayrıldığı için ilgili düzenlemeden faydalanmak mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, velayetin muhakkak eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Ancak boşanma durumunda velayetin nasıl kullanılacağı hususunun tespiti için mutlaka TMK md. 336'nın da incelenmesi gerekmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 336. maddesi üç fıkradan teşekkül etmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, eşlerin evlilik birliği devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanılacağı belirtilmiştir⁴⁸. İlgili fıkroda evlilik birliği içerisinde

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.

Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

⁴⁶ FREIBURGHANUS, s. 466; SCHWANDER, s. 306.

⁴⁷ APAYDIN ÖCAL, s. 650.

⁴⁸ Ancak eşlerin velayeti birlikte kullanması, TMK md. 348'de belirtilen istisnalardan mevcut olması halinde, hâkim eşlerden birinden ya da her ikisinden velayetin kaldırılmasına karar verebilir. Hâkimin vereceği karar, kural olarak mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 438 vd.; AKYÜZ, s. 297 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 354 vd.; SEROZAN, s. 294; USTA, s. 460.

velayetin kullanılmasında kanun koyucunun açık bir şekilde birlikte velayeti benimsediği anlaşılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, ortak hayata son verilmiş olması ile ayrılık hallerinde, hâkime takdir hakkı tanınarak velayeti eşlerden birine verebileceğini düzenlemiştir. Burada hâkim velayeti eşlerden birine verecekse, bu durumun çocuğun üstün yararına uygun olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu ikinci fıkrada da birlikte velayeti yasaklamamaktadır.

Düzenlemenin son fıkrasında ise, eşlerden birinin ölümü veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde velayete kimin sahip olacağını düzenlemiştir. İlgili hükme göre, eşlerden birinin ölmesi durumunda velayet hakkı sağ kalan eşe aittir. Boşanma durumunda ise, velayet çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken iki konu bulunmaktadır. Birincisi söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte olup olmadığı, ikincisi ise 336. maddenin üçüncü fıkrasında bir boşluk bulunup bulunmadığıdır.

Doktrinde, söz konusu kuralın emredici olduğu ve bu nedenle hâkimin boşanma davasının sonucunda velayeti eşlerden birine verme zorunluluğu bulunduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁴⁹. *Köprülü/Kaneti* velayetin düzenlenmesi hususunda hâkimin velayetin düzenlenmesini görevinden ötürü re'sen yerine getirmekle yükümlü olduğunu ifade etmekle beraber, tarafların bu konuda anlaşmaları halinde karara belirli ölçüde etki edeceğini; ancak hâkimin her halde çocuğun üstün yararını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁰. Benzer şekilde, *Tekinay* da boşanan karı kocanın velayeti artık birlikte kullanamayacaklarının tabii bir sonuç olduğundan ve bu nedenle velayetin ana veya babadan birine verilmesinin zorunlu olduğundan bahsetmiştir⁵¹. *Hatemi/Kalkan Oğuztürk* ise, kanunda boşanma sonucunda eşlere birlikte velayetin bırakılması hususunda bir boşluk değil, kanun koyucunun menfi bir çözüm ortaya koyduğunu ileri sürmektedir⁵².

Yargıtay da ilgili hükmün emredici nitelikte olduğu ve boşanma durumunda hâkimin velayeti ana veya babadan birine vermesi gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir⁵³. Hatta Yargıtay boşanmada birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olduğundan bahisle, başka hukuk düzenlerince verilmiş birlikte

⁴⁹ Aynı yönde görüş bildirenler; Bkz. **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 310; **FEYZİOĞLU**, s. 381; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 129; **ÖZMEN**, s. 541.

⁵⁰ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 197.

⁵¹ **TEKİNAY**, s. 229.

⁵² Yazar *de lege ferenda* bir çözüm önerisi olarak kanuna birlikte velayete yönelik bir hüküm konulmasını kabul etmemekte ve bu durumun boşanmış eşlerin çocukları üzerinde savaşlarını devam ettireceğini ileri sürmektedir. Bkz. **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 129.

⁵³ Yarg. 20 HD. E. 2017/5947, K. 2017/3841, T. 02.05.2017; Yarg. HGK E. 2014/2-1088, K. 2016/188, T. 26.02.2016; Yarg. HGK E. 2014/1047, K. 2016/171, T. 24.02.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017).

velayete ilişkin kararların tenfiz taleplerini dahi reddetmektedir⁵⁴.

Boşanmada eşlerden birine velayetin verilmesine ilişkin hükmün emredici olup olmadığı konusunda Serozan görüş bildirmemekle birlikte, TMK m. 336/III'ün Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmaktadır⁵⁵. *Serozan'a* göre mevcut durum Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine ve ana baba hakkı ile BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı çocuğun ana babasından ayrı tutulmama hakkına aykırıdır⁵⁶.

Doktrinde ağırlık kazanan diğer bir görüş ise, TMK m. 336/III hükmünün emredici olmadığı ve örtülü bir boşluk içerdiği yönündedir. *Koçhisarlıoğlu*, TMK m. 336/III hükmünün emredici sayılmaması gerektiğini, aksi görüşün sahip olması gereken gerçek öz ve amaç ile bağdaşmayacağını belirtmiştir⁵⁷. Öztan ise, konuya ilişkin olarak öncelikle maddenin ilk iki fıkrasında çocuğun yararı ilkesinden üçüncü fıkrada vazgeçip vazgeçmediğinin tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁸. Yazara göre, kanun koyucunun herhangi bir gerekçe göstermeksizin çocuğun yararı ilkesinden vazgeçtiğinin düşünülmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun burada çocuğun yararının boşanmada velayetin ana ya da babadan birine verilmesi gerekliliğinden hareket etmiş olabileceğinin düşünülmesinin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir⁵⁹. Fakat her halde çocuğun üstün yararı göz önünde tutulması gerekeceğinden, söz konusu hükmün emredici nitelikte olamayacağını savunmaktadır. Nihayetinde Öztan, TMK m. 336/III hükmünde örtülü bir boşluk⁶⁰ olduğunu ve TMK m. 1/1

⁵⁴ Ortak velayete ilişkin tenfiz taleplerinin reddine ilişkin gerekçe Milletlerarası Usul Kanunu mad. 5'e dayanmaktadır. Söz konusu hükme göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz ve gerekli görüldüğü durumlarda Türk hukuku uygulanır. Bu nedenle ortak velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD. E. 2003/3784 K. 20003/4670 T. 02.04.2003; Yarg. 2.HD E. 2004/13947 K. 2004/15854 T. 27.12.2004. Bunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **BİNGÖL**, s. 292 vd.

⁵⁵ Serozan, aynı şekilde TMK md. 337 hükmünün de anayasa aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **SEROZAN**, s. 255.

⁵⁶ Serozan'a göre burada tek kıstas çocuğun üstün yararı olmalıdır. Birlikte velayetin söz konusu olacağı durumlarda çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesi ve ana babanın bu konuda andlaşmaları halinde uygulanabileceğini düşünmektedir. Söz konusu açıklamaların mefhumu muhalifinden ana babanın velayete dair anlaşamaması ya da çocuğun üstün yararının tek başına velayette gerçekleşeceği durumlarda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bkz. **SEROZAN**, s. 254.

⁵⁷ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 237.

⁵⁸ **ÖZTAN**, s. 256.

⁵⁹ **ÖZTAN**, s. 256.

⁶⁰ Örtülü boşluk kanunda bir hükmün bulunduğu ancak kuralın lafzı ile amacının bağdaşmadığı durumlarda ortaya çıkan ve bir sınırlandırmaya muhtaç olan boşluk türüdür. Bkz. **EDİS**, s. 125; **KIRCA**, s. 96.

yolu ile bu örtülü boşluğun doldurulmasını çözüm yolu olarak önermektedir⁶¹. Burada asıl amacın çocuğun üstün yararına en uygun olan çözümün bulunması olduğu için, maddenin amacıyla açık lafzı arasında fark, amaca uygun sınırlama yoluyla çözümlenerek, hâkim birlikte velayete karar verebilecektir⁶². Nitekim İsviçre’de de St. Gallen ilk derece mahkemesi, reformdan önce bu yönde karar vermiştir⁶³.

Türk Medenî Kanunu’nun uygulamasında da benzer örnek bulmak mümkündür. Nitekim Çorlu 1. Aile Mahkemesi, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan ve iki çocuk sahibi ana babanın hazırlamış oldukları protokolde velayeti ortak kullanmaları talebini haklı bularak, küçüğün yüksek menfaatini ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir şekilde değil, fiziksel ve ruhsal gelişimine olumlu katkı sağlayacak şekilde düzenlendiğini belirtmiştir⁶⁴.

Doktrinde⁶⁵, TMK m. 336/III hükmüne ilişkin ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Müelliflerin bir kısmı ile Yargıtay söz konusu hükmü emredici olarak nitelendirirken, bir kısım müellif ise anılan hükmün emredici nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Özellikle, Türkiye’nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı “11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün” onaylanmasıyla birlikte⁶⁶ konu yeni tartışmaların doğmasına yol açmıştır.

V. VELAYETE İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Velayete ilişkin uluslararası düzenlemelerin en önemlilerinden ilki “Çocuk Hakları Sözleşmesidir”⁶⁷. Söz konusu sözleşme, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylanmıştır⁶⁸.

⁶¹ Öztan’a göre söz konusu hükme ilişkin yapılması gereken en doğru şey maddenin yeniden ele alınarak, boşanmada birlikte velayetin hâkimin takdirine bağlanmasıdır. Bkz. ÖZTAN, s. 259–260.

⁶² KIRCA, s. 111; ÖZTAN, s. 260.

⁶³ Ancak kanun değişikliği yapılmadan önce, İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarında ısrarla velayetin ana ya da babadan birisine bırakılması gerektiği, zira kanun koyucunun amacının zaten çocuğun korunması olduğu ve bunun ancak bu şekilde mümkün olabileceğini vurgulamaktadır. Bkz. BGE ATF 117 II 523 vd.

⁶⁴ Benzer şekilde Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’nin 2017/1008 Esas ve 2017/1266 Karar numaralı hükmü de çocuğun yararına atf yaparak Ek Protokol’ün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte ortak velayetin verilebileceğine karar vermiştir.

⁶⁵ Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 310; FEYZİOĞLU, s. 381; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 129; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 237; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 197; ÖZMEN, s. 541; ÖZTAN, s. 256; TEKİNAY, s. 229.

⁶⁶ RG. 25.03.2016-29664.

⁶⁷ 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilip imza ve onaya sunulan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁸ RG. 11.12.1994- 22138. Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 17,29 ve

Başlangıç bölümü ve 54 maddeden oluşan Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuğun öncelikle insan olmasından kaynaklı hakları garanti altına alınmış olup, bunun dışında sadece çocuklara özgü haklara yer verilmiştir. Sözleşme doğrudan doğruya velayete ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak Sözleşmenin 3., 5., 7., 9. ve 18. maddeleri ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyle hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde bir çerçeve oluşturmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 3. maddesinde "*taraf devletler, çocuğun ana babasının hak ve ödevlerini göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenmek ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almakla yükümlü*" kılınmıştır⁶⁹. Sözleşmenin 5. maddesinde ise, "*çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, haklarına ve ödevlerine taraf devletlerin saygı gösterme zorunluluğu*" hüküm altına alınmıştır⁷⁰. Yine, 7. madde ile çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir⁷¹. Sözleşmenin 9. maddesinde, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alındıktan sonra ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Nihayet 18. madde de, taraf devletlere

30 maddelerine çekince koyarak kabul etmiştir.

⁶⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Madde:

Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.

⁷⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 5. Madde:

Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.

⁷¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 7. Madde:

Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin göz önünde tutulması vurgulanmıştır⁷². Yine 18. madde kapsamında ana–babanın çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket etmeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre mahkemelerin çocuklara ilişkin verecekleri her kararda çocuğun üstün yararını gözetme zorunluluğu bulunduğu gibi, çocukların bakımı konusunda ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ve yine mümkün olduğu ölçüde ana–babası tarafından bakılma hakları bulunmaktadır. Sözleşmede yer alan bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; sözleşmenin doğrudan velayete ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte, çocuğun yetiştirilmesinde ve çocuğun bakımında taraf devletlere önemli görevler yüklediği anlaşılmaktadır.

Çocuk haklarına ilişkin bir diğer önemli düzenleme ise, “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir⁷³. Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı birinci maddesinin üçüncü paragrafına göre; “adli merci önündeki, çocukları ilgilendiren davalar, özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin” davalardır. Nitekim aynı maddenin takip eden dördüncü paragrafına uygun olarak Türkiye, adli bir makam önünde boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar ile ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda sözleşmenin uygulanacağını beyan etmiştir. Buna göre yukarıda sayılan davalarda, Sözleşme'nin 3. maddesine göre yeterli idrak gücüne sahip olan çocuk, yararlanmayı bizzat talep edebileceği birtakım haklara sahiptir. Buna göre çocuk, adli merci önündeki davayla ilgili tüm bilgileri alabilir, kendisine danışılmasını ve kendi görüşünü ifade etmeyi isteyebilir ve görüşlerinin uygulanmasının ve her tür

⁷² Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 18. madde:

“ Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana–babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.

Bu Sözleşme'de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana–baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

Taraf Devletler, çalışan ana–babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.”

⁷³ 25 Ocak 1996 tarihinde Strasburg'da imzalanan ve 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeyi Türkiye 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 18 Ocak 2001 tarihinde onaylamıştır. RG. 01.02.2001-24305.

kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilmeyi talep edebilir. Sözleşme'nin 6. maddesinde ise, buna uygun olarak adli mercilerin rolü düzenlenmiştir⁷⁴. Özellikle, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli mercinin, bir karar almadan önce, çocuğun yüksek yararına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğünün bulunması ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlanması hususu son derece önemlidir. Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi bu özellikleriyle adli merci önünde çocuğa haklar sağladığı gibi, aynı zamanda taraf devletlerin adli mercilerine yükümlülükler getirmektedir. Konumuz açısından ise, Türkiye beyan metninde açıkça ifade edildiği üzere velayet davalarında bu hak ve yükümlülükler uymak zorundadır.

Nihaî olarak inceleme alanımız açısından irdelenmesi gereken en önemli düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokoldür. Ek Protokol 7, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamasına rağmen, protokolün onaylanmasının uygun bulunması ancak 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanunla gerçekleşebilmiştir⁷⁵.

AİHS Ek 7. Protokolün konuya ilişkin eşler arasında eşitlik başlığını taşıyan 5. maddesi: *“Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu Madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”* şeklindedir. Bu düzenleme eşlerin sadece evlilik birliğinde değil, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda da çocukları ile ilişkilerinde medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacaklarına hüküm altına almaktadır. Bu nedenle eşler boşanma

⁷⁴ B. Adli Mercilerin rolü
Madde 6 – Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.

⁷⁵ Kanun'un tam adı şu şekildedir: *“11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”*

sonrasında da velayetten doğan yükümlülükleri ve hakları da eşit şekilde kullanabileceklerdir. Burada cevap aranması gereken husus söz konusu uluslararası andlaşmanın Anayasa'nın m. 90 hükmüne göre iç hukuka nasıl etki edeceği ile TMK m. 336/III hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırıp kaldırmadığıdır.

VI. ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi konusunda düalist ve monist olmak üzere temelde iki görüş bulunmaktadır. Dualist görüş kısaca uluslararası hukuk ile iç hukuk düzeninin kaynakları ve düzenledikleri sosyal ilişkilerin birbirinden farklı olduğu gerekçesiyle iki hukuk alanını birbirinden bağımsız ve farklı iki ayrı hukuk düzeni olarak görmektedir. İç hukukta hukukun kaynağı egemenlik ve yasama gücüne sahip olan devletin bizzat kendi idaresi ve buyurganlığı iken, uluslararası hukukun kaynağı birden fazla devletin bir konudaki ortak iradelerinin birleşimidir. Aynı zamanda iç hukuk devletin kural olarak kendisine tabi olarak saydığı hukuk sùjeleri arasındaki ilişkiler ile hukuk sùjeleri ve devlet arasındaki ilişkileri düzenlerken, uluslararası hukuk eşit durumda olan devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu farklılıklar nedeniyle uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında gerçek manada bir çatışma çıkması söz konusu olamaz. Bir uluslararası hukuk kuralının iç hukuka etkili olabilmesi için, devletin yetkili organlarınca bu kuralın benimsenerek iç hukuka aktarılması gerekmektedir. Çünkü ulusal mahkemeler iç hukuku uygulamakla yükümlüdür⁷⁶.

Monist görüşe göre ise, dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzendir ve hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk bu düzenin parçalarını oluşturmaktadır. Çünkü her iki hukuk düzeninin de nihai sùjeleri aynıdır. Doğal olarak bunlar arasında herhangi bir farklılıktan bahsedilemez. Monist görüşün güçlü savunucularından biri olan Kelsen'e göre her ne kadar uluslararası hukukla ulusal hukuk arasında bir çatışma var gibi görünse de bu bir yanılsamadan ibarettir ve iki hukukun asla çelişmeyeceğinin kabulü gerekir⁷⁷. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir çatışma çıkarsa, bu takdirde uluslararası hukuk iç hukuktan üstündür ve uluslararası hukuk kuralı iç hukuk kuralını ya *ipso iure* olarak ortadan kaldırır ya da tadil eder⁷⁸.

⁷⁶ Düalist görüşün en meşhur teorisini Triepel'e göre iç hukukla uluslararası hukuk arasında çatışma çıkması halinde hâkimin uygulayacağı kural iç hukuktan başkası değildir. Bu uygulamanın ortaya çıkaracağı muhtemel uluslararası zorluklarla mücadele ise hâkimin/ yargının değil hükümetin/yürütmenin düşünmesi gereken bir meseledir. **TRIEPEL/çev. ARSAL**, s. 20.

⁷⁷ **KELSEN/çev. KNIGHT**, s. 330.

⁷⁸ Her iki görüşün temelleri ve karşılaştırması için bkz. **ÖZKAN**, s. 2127–2176.

Türk hukukunda hangi sistemin benimsendiği ile uluslararası andlaşmaların⁷⁹ uygun bulunması ve normlar hiyerarşisinde yerini belirlemede başvurulması gereken hüküm Anayasa'nın 90. maddesidir. Ancak ne bu madde hükmü ne bütün olarak anayasa ne de uygulama, uluslararası andlaşmalar rejimine ilişkin net bir tercihi yansıtmaktadır. Aksine birbirinin zıddını savunan her görüş, kendisini güçlendirecek argümanları doğrudan doğruya bu kaynaklardan sağlayabilmektedir.

VII. ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ SORUNU

Alt başlığa taşıdığımız bu sorun, Anayasa Hukuku ile ilgilenenlerin yanıt aradığı sorular listesinde hemen her zaman üst basamaklarda yer almıştır⁸⁰. Anayasanın m. 90/1 hükmü *“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.”* şeklindedir. Anayasa takip eden iki fıkrada (m. 90/2 ve m. 90/3) bu hükmün istisnalarına yer vermiş⁸¹; maddenin dördüncü fıkrasında ise istisnanın istisnasını hüküm altına almıştır⁸².

Bu hükümleri takip eden beşinci ve son fıkrada alt başlığa taşıdığımız soruyu Anayasa açıkça cevaplamaktadır: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”* Bu cümleyi takip eden ikinci cümlede ise *“Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”* hükmüyle Anayasa, uluslararası andlaşmalara bir ayrıcalık tanıyarak, normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer aldığı görüşüne argüman olabilecek bir norma yer vermektedir.

⁷⁹ Kavram Anayasa'da “milletlerarası andlaşma” olarak geçtiği halde güncel yazında “uluslararası andlaşma” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de güncel kararlarında “uluslararası andlaşma” kavramını kullanmaktadır. Biz de çalışmamızda “uluslararası andlaşma” kavramını tercih etmekteyiz.

⁸⁰ Bu tartışmalara ilişkin literatürde hem 2004 değişiklikleri öncesi hem de 2004 değişiklikleri sonrası pek çok esere rastlamak mümkündür. Bu konudaki tartışmalar çalışmamız sınırlarını aşmaktadır. Burada yalnızca çalışmamızı ilgilendiren boyutuna değinilmekle yetinilecektir.

⁸¹ m. 90/2 – *Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*

m. 90/3 – *Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*

⁸² m. 90/4 – *Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki söz konusu andlaşmalar için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı için kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın ileri sürülen ikinci görüş ise, madde hükmünün lafzına uygun olarak söz konusu andlaşmayı kanunla eş değer görmektedir. Zira uluslararası bir andlaşma için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı hususu, onlara kanunların üstünde bir yer kazandırmayacaktır⁸³. Uluslararası andlaşmaların denetlen(eme)mesinden hareketle, anayasanın açıkça kanun hükmünde saymasına rağmen kanunlara üstünlüğü hatta Anayasa'ya üstünlüğü dahi iddia edilmiştir⁸⁴.

Şunu da belirtmek gerekir ki, andlaşmalar için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaması, Anayasa Mahkemesi'nin onaylamayı uygun bulma kanununu denetleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak buradaki denetim, andlaşmanın içeriğine girmek suretiyle andlaşmanın anayasaya uygunluğunun denetlenmesine de imkân vermemektedir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi, uygun bulma kanununun denetiminin kapsamıyla sınırlı olacaktır⁸⁵.

Burada ortaya çıkan bir diğer sorun ise, uluslararası andlaşma ile iç hukuktaki düzenleme arasında bir çatışma çıkması durumunda hangisinin

⁸³ ATAR, s. 373; AYBAY, s. 198.

⁸⁴ Bu tartışmalara ilişkin geniş bilgi için bkz. BAŞLAR, s. 279–336.

⁸⁵ “Bir milletlerarası andlaşma, doğrudan denetime tabi tutulamamasına rağmen onaylanmasını uygun bulan kanunun anayasallık denetimi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 90. maddesindeki emredici hüküm gereği, uygun bulma kanunu denetlenirken, andlaşmanın denetiminin yapılmasına izin verilmemiştir. Anayasa koyucunun milletlerarası andlaşmaların Anayasal denetimini açık bir irade ile dışarıda bırakmasına rağmen, uygun bulma kanununun denetimi yoluyla andlaşmalar hakkında değerlendirme yapmak Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı düzenlemeyi işlevsiz hale getirecektir.

Uygun bulma kanununun şekil bakımından denetimi, kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Şekil denetimi kapsamında Anayasa'nın 90. maddesiyle getirilen yasağı bertaraf edici nitelikte denetim yapılması da söz konusu olamaz. Uygun buldukları andlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmek, andlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirir. Uygun bulma kanununun andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir incelemesi, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir. Bununla beraber, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasını uygun bulunduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve ondan ayrı olarak hukuk düzeninde etki yapılabiliyorsa, anılan hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının esas bakımından incelenmesi mümkündür. Buna karşılık uygun bulma kanununun ancak andlaşma ile birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesi söz konusu değildir.”

Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı: 2011/47 Karar Sayısı: 2012/87 Karar Günü: 31.5.2012

uygulanacağına belirlenmesidir. Birbiriyle eş değer iki normun varlığı söz konusu olduğuna göre, burada adeta iki kanun hükmü varmışçasına sorunun çözülmesi gerekir. Genel ilkeler doğrultusunda yeni kanun – eski kanun ve özel kanun – genel kanun ölçütleri göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla uluslararası andlaşma hükümleriyle ulusal düzenlemelerden hangisi daha yeniyse ya da daha özel nitelikteyse öncelikle o uygulanmalıdır⁸⁶. Bu durumda yeni tarihli bir uluslararası andlaşma aynı konuda eski tarihli bir iç hukuk düzenlemesini zımnen ilga etmiş olacak ve uyuşmazlığın çözümünde uluslararası andlaşmadaki düzenlemeler uygulanacaktır.

C. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmaların Uygulanması

Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasına 2004 yılında eklenen cümle ile andlaşmalar arasında ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre: “(Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Doktrinde her ne kadar bu konu, *Normlar Hiyerarşisi* başlığı altında tartışılıyor olsa da, kanaatimizce burada sorun normlar hiyerarşisi ile ilişkili değildir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın milletlerarası andlaşmaların yeri Anayasa m. 90/5 birinci cümle ile sabittir ve milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir⁸⁷. 2004 değişikliği milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini etkilememekte yalnızca kanunla çatışması halinde esas alınacağını hüküm altına almaktadır. Normlar hiyerarşisinde aynı basamakta olan iki düzenlemeden birinin uygulamaya şayan olması örneğinde, uygulanan düzenleme normlar hiyerarşisinde bir basamak üstte yükselmişse, kanaatimizce burada da aynı kural geçerlidir.

Başka bir örnek verecek olursak, nasıl genel kanunla özel kanun çatışmasında *lex specialis’e* göre genel kanun ihmal edilerek özel kanun uygulanıyorsa veya önceki tarihli kanun ile sonraki tarihli kanun arasında çatışma olması halinde *lex posterior’e* göre önceki kanun ihmal edilerek sonraki kanun uygulanıyorsa, kanunla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde de aynısı geçerlidir. Bu durumda kanun ihmal edilir ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerine

⁸⁶ *Lex posterior derogat legi priori* olarak ifade edilen bu ilke gereğince yeni düzenleme eski düzenlemeye göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. *Lex specialis derogat legi generali* olarak ifade edilen özel hüküm genel hükmü ilga eder ilkesine göre ise bir konuda özel hüküm ve genel hüküm arasında bir çatışma olması halinde ise özel hüküm uygulanmalıdır.

⁸⁷ Bu hükmü başlığına taşımış bir makale için bkz. **ERGÜL**, s. 65–87.

göre uyumsuzluk çözülür. Nasıl normlar hiyerarşisinde özel kanun ile genel kanun; sonraki düzenleme ile önceki düzenleme aynı seviyede ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma ile kanun da aynı seviyededir. Çatışmanın normlar hiyerarşisi bağlamında değil, anayasanın “**esas alınır**” hükmü bağlamında tartışılması gerekir.

Aksi görüş kanaatimizce normlar hiyerarşisi fikriyle özdeşleşmiş olan Kelsen’le de çelişmektedir. Nitekim Kelsen’e göre normların yürürlük ve geçerliği, yalnızca kendilerinden üstün olan diğer normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silsile-i meratip) doğmaktadır⁸⁸. Normlar arasında böyle bir rabitanın olmadığı durumlarda ise silsile-i meratipten, normları birbirine bağlayan bir sıradan yani normlar hiyerarşisinden bahsedilemez. Burada normun geçerliliğine tesir eden bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara aykırı kanun yapılmasına engel bir durum olmadığı gibi doğrudan doğruya kanunun andlaşmaya uygunluğunu denetlemekle yetkili bir merci de bulunmamaktadır.

Buna rağmen doktrinde bir grup yazar tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar; özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin niteliği gereği özel bir duruma sahip olduğu ve bu nedenle kanunların üstünde tutulması gerektiği savunulmaktadır⁸⁹. Yazarlara göre üstünlük Sözleşme’nin konusundan doğmaktadır. Çünkü insan hakları hukuk devleti anayasalarının temel bir normudur ve anayasa ile eş değerdir⁹⁰. Ancak bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Zira az önce ifade ettiğimiz üzere Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası ile getirilen uluslararası andlaşmaların kanunla eş değer olduğuna dair açık hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanunların üzerinde yer aldığına dair görüşün önüne geçmektedir⁹¹. Nitekim eğer Türk kanun koyucusu söz konusu andlaşmaların kanunların üzerinde yer almasını isteseydi, bu konuda farklı bir tutum sergileyebilirdi⁹². Örneğin Avusturya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne özel bir önem atfederek, Sözleşmeyi kendi iç hukukunda Anayasa ile aynı düzeye getirmiştir⁹³. Aynı şekilde 1958 Fransız Anayasası açıkça uluslararası andlaşmaların kanunların üzerinde yer aldığını belirtmiştir⁹⁴.

⁸⁸ ARAL, s. 122–143.s. 122 – 143. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2005). s. 5ss. 3-59.

⁸⁹ AKILLIOĞLU, s. 41–42; BATUM, s. 32–33; YÜZBAŞIOĞLU, s. 57–61; Bu görüşlerin tahlil ve tenkidi için bkz. GÖZLER, s. 200–213;

⁹⁰ ATAR, s. 374.

⁹¹ Atar’a göre uluslararası insan hakları sözleşmelerinin kanunların üzerinde Anayasa ile eşdeğer olduğu sonucuna Anayasa’nın 15.maddesiyle ulaşmak mümkündür. Bkz. ATAR, s. 374.

⁹² Ayrıca uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulan kanunlar ile diğer kanunların TBMM’de kabul edilişleri aynı usullere tabi olmaları da bu tezi destekler niteliktedir.

⁹³ BİLİR, s. 90.

⁹⁴ 1958 tarihli Fransa Anayasası’nın 55. Maddesi hükmüne göre usulüne uygun biçimde

Nihayet; Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlelerin anlamı sadece birbiriyle çelişen iki farklı hukuk normundan hangisinin esas alınacağı sorununun çözümüne başka bir ifadeyle yorum ilkelerine ilişkin olup normlar hiyerarşisi ile alakalı değildir⁹⁵.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların uygulanmasına ilişkin bir diğer sorun ise, hangi andlaşmaların bu sınıfta değerlendirileceğine ve buna kimin karar vereceğine ilişkindir. Anayasanın 90. maddesi "... çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası *andlaşma* hükümleri esas alınır." hükmüne yer verirken, çıkabilecek uyuşmazlıklarda "*esas alma*" yükümlülüğü yüklediği için kanaatimizce burada idari makamlara değil, yargı organlarını muhatap almakta, "*esas alma*" görevini yargı organları ile hakem kurulları gibi yargısal faaliyet yapan yerlere vermektedir⁹⁶.

Bu konuya ilişkin yanıtlanması gereken en hayati sorulardan birisi de uluslararası andlaşmanın "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" olup olmadığına kimin karar vereceği ve bu kararı verirken nasıl bir kriter benimseyeceğine ilişkindir. Anayasanın temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmı 63 maddeden oluşmakta olup bu maddelere doğrudan veya dolaylı olarak temas etmeyen bir uluslararası andlaşma neredeyse yoktur⁹⁷. Andlaşmanın ismi ticari olduğu halde insan haklarına ilişkin hükümler içerebileceği gibi, andlaşmanın ismi insan haklarını içerdiği halde başka konulara da yer verebilmektedir. Alt

tasdik ve onaylanan sözleşme ve anlaşmalar, bu sözleşme ve anlaşmaların diğer tarafça da uygulanması koşuluyla, yayımlandıkları andan itibaren yasalardan üstün bir nitelik kazanmaktadırlar. Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf> (Erişim: 03.01.2018)

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda burada "bir çeşit hiyerarşi" ihdas edildiğine hükmetmiştir.

"... usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır."

Sevim Akat Eşki B. No: 2013/2187, 19/12/2013x Paragraf 41.

Hukuk kuralları arasında çatışma çözümeyle ilgili ilkeler için bkz. Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>

⁹⁶ Anayasa'nın 53., 54., yargı yolunu düzenleyen 125. Danıştay'ı düzenleyen 155. Maddesinde "uyuşmazlık" kelimesi hep bu manasıyla kullanılmıştır.

⁹⁷ İnsan haklarına nispeten en uzak sayılabilecek ve teknik detaylara fazlasıyla yer ayıran ticari andlaşmalar dahi yargı yerinin belirlenmesine ilişkin hükümleri ile Anayasa'nın 36. Maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile 37. Maddesinde düzenlenen kanuni hâkim güvencesine, vergiye ilişkin hükümleri ile de Anayasa'nın 73. Maddesinde düzenlenen vergi ödevine ilişkin hükümlere yer vermektedirler.

başlıkta detaylı olarak tartışacağımız bu konuda kanaatimizce izlenmesi gereken yol, andlaşmalarının isimlerinden ve içerdikleri sair düzenlemelerden farklı olarak uygulanacak normlara odaklanmak ve andlaşma normu ile kanunun düzenlediği konuları esas alma bağlamında karşılaştırmaktır.

Son olarak aynı uyumsuzlığa uygulanabilecek ve birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki andlaşma normu olduğunda hangisinin uygulanacağı sorununa dikkat çekmek isteriz. Burada uyumsuzluk hukukun genel yorum kuralları ile çözümler şeklinde bir sonuca kolayca ulaşmak mümkün gibi görünse de kanaatimizce cevap biraz daha karışıktır. Burada temel hedef insan haklarını daha fazla güvence altına almak olduğuna göre çatışan normlardan daha fazla koruma sağlayanın tercih edilmesi isabetli olacaktır. Alt başlıkta bu soruya da daha detaylı bir cevap sunulmaya çalışılmıştır.

D. Uluslararası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın uluslararası andlaşmaların aile hukukuna etkisi başlı başına bir sorundur. Çünkü aile hukukuna ilişkin meseleler özellikle toplumun sosyal, kültürel ve dinî yapısı ile doğrudan ilgilidir ve bu nedenle millidir. Bundan dolayıdır ki, aile hukukunu ilgilendiren uluslararası andlaşmaların büyük bir kısmı meseleyi eşitlik ilkesi ve insan hakları bağlamında ele almaktadır. Zira aksi takdirde yapılan uluslararası düzenlemeler, ulusal düzeyde bir karşılık bulamayacak ve sorunların çözümünde herhangi bir katkı sağlayamayacaktır.

AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesi ile yapılan düzenlemeyi de bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Madde başlığı eşler arasında eşitlik şeklinde konulmuştur. Maddenin birinci cümlesi kuralı, ikinci cümlesi ise istisnayı içermektedir. Buna göre kural olarak eşler, *“evlilikte, evlilik süresince ve evlilik birliğinin sona ermesi durumunda kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni hak ve sorumluluklardan eşit şekilde”* yararlanırlar. Kural cümle ile eşler arasında eşitlik sağlamak istenmiştir. Bu eşitlik birbirleriyle olan ilişkilerinde tezahür edeceği gibi çocuklarıyla olan ilişkide de kendisini gösterecektir. Bir anne babanın çocuklarıyla olan ilişkisinde en belirgin olan hak ve yükümlülük ise velayettir. Ek 7. protokolün 5. maddesi söz konusu hak ve yükümlülüklerden evlilik birliği sırasında ve sona ermesinde de eşit şekilde yararlanabileceklerini hükme bağladığına göre, amaçlanan hedef ana ve babanın çocuğa dair konularda eşit söz hakkına sahip olmasını sağlamaktır. Nitekim yukarıda İsviçre örneğinde görüldüğü üzere birçok Avrupa ülkesinde evlilik birliğinin sona ermesinde dahi eşlerin çocuk üzerinde birlikte velayetini kural, tek başına velayeti ise çocuğun ancak yararı söz konusu olduğu durumlarda istisna olarak düzenlemiştir⁹⁸.

⁹⁸ APAYDIN ÖCAL, s. 648 vd.

Ek 7. protokolün 5. maddesinin ikinci cümlesi ise “*çocuğun yararı doğrultusunda devletin gerekli tedbirleri almasını engellenemeyeceğini*” hükme bağlayarak, aslında bu konuda iç hukukta konuya ilişkin önlemlerin alınmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir.

Bu açıklamalar ışığında Türk hukuku açısından tartışılması ve cevaplandırılması gereken hususlar şu şekilde sıralandırılabilir:

1. Velayet hakkı bir insan hakkı ya da temel hak olarak nitelendirilebilir mi?
2. Çocuğun yüksek menfaati ve bu menfaati koruma altına alan bir başka andlaşma olan “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” ile birlikte velayet nasıl değerlendirilmelidir?
3. Ek 7. Protokolün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte TMK m. 336/III hükmünün uygulanması mümkün müdür?
4. Ek 7. Protokolün 5. maddesinin istisnası nasıl uygulanacaktır?
5. Ortak velayet Türk kamu düzenine aykırı mıdır ve çocuğun yararı evlilik birliğinin sona ermesi durumunda sadece tek başına velayette mi gerçekleşebilir?

VII. AİHS Ek 7. Protokolün 5. Maddesinin Türk Hukukuna Etkisi

A. Velayete İlişkin Yürürlükte Olan Düzenlemeler

AİHS Ek 7. Protokolün, ortak velayeti de içeren “Eşler Arasında Eşitlik” başlıklı 5. maddesi şu şekildedir: “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*” Konuya ilişkin yürürlükte olan bir diğer uluslararası sözleşme ise tarihte en geniş kabul gören insan hakları belgesi olan ve bugün ikisi hariç BM üyesi bütün devletler tarafından imzalanan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”dir⁹⁹. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir: “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*”

Velayet, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de de açıkça düzenlenmemektedir. Ancak Sözleşmenin 9. maddesi boşanma veya ayrılıkta velayet için de uygulanabilecek hükümler içermektedir. 9. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

⁹⁹ https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23a.html (Erişim: 17/10/2017)

“(1)Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana–babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana–babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana–babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

(2)Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

(3)Taraf Devletler, ana–babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”

Sözleşmenin genel ilkesi sayılabilecek 3. maddesi ve tamamı gibi bu madde de “*çocuğun yüksek menfaati*” temeli üzerine inşa edilmiştir.

Şu halde Türk hukukunda ikisi uluslararası andlaşma biri de ulusal olmak üzere velayete dair üç adet kanun düzeyinde norm yürürlüktedir.

B. Bireysel Başvuru Kararlarında Velayet

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası velayete ilişkin doğrudan bir düzenleme yapmamış ve velayeti bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlememiştir. Anayasa Mahkemesi velayeti Anayasa’nın “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlıklı 20. maddesinde düzenlenen “aile hayatına saygı hakkı”¹⁰⁰ ile 41. maddesinde düzenlenen “*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*”¹⁰¹ çerçevesinde aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında değerlendirmektedir¹⁰². Aynı hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*”

¹⁰⁰ Anayasa m. 20/1 “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

¹⁰¹ Anayasa m. 41

“*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*

Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

¹⁰² “...velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında yer almaktadır.”

Ayten Yıldırım B.No: 2014/1826, 20/7/2017, § 32.

kenar başlıklı 8. maddesinde düzenlenmektedir¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi'nin velayet tanımı şu şekildedir: “*Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessese olup bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul görmektedir.*”¹⁰⁴

Anayasa'nın 41. maddesi, aileyi Türk toplumunun temeli olarak saymış ve eşler arasında eşitliğe vurgu yapmıştır. 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile aynı maddeye her çocuğun koruma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu eklenmiştir¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi, bu maddeyle birlikte aile yaşamına saygı hakkını yorumlarken devlete yalnızca negatif (yapmama/dokunmama) yükümlülükler değil aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklediğini kabul etmektedir¹⁰⁶.

Anayasa Mahkemesi, boşanma veya ayrılık halinde aile ilişkisine müdahale edilmesinin aile yaşamını ortadan kaldırmadığından hareketle ailenin – ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisi bağlamında – yeniden birleştirilmesini de içerdiğine hükmetmiştir¹⁰⁷.

¹⁰³ (1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

¹⁰⁴ Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § 39.

¹⁰⁵ Öte yandan Federal Almanya Anayasa'sında velayet hakkı 6.madde de bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir. Federal Almanya Anayasası velayeti ailenin bir tabii hakkı olarak görmektedir.

¹⁰⁶ “Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır.”

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 32. ve Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36.

¹⁰⁷ N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 33-35.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan velayete ilişkin ilkelerin kesin sınırlarını tayin etmek ve her uyuşmazlık için geçerli olabilecek somut ilkelere ulaşmak ise mümkün değildir. Mahkeme bir kararında aile hayatına ilişkin kararlarda kurulması gereken dengeye ilişkin şöyle bir hükme yer vermiştir. Buna göre: *“Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin gözönünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır.”¹⁰⁸* şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi takip eden başlıkta görüleceği üzere AİHM kararlarında¹⁰⁹ da somut olayın koşullarına göre farklı kararlar alınabileceği belirtilmektedir. Kararlar arasındaki farklılığın temel nedeni, uluslararası andlaşmalarda da vurgulanan “çocuğun üstün/yüksek yararı”dır.

C. İnsan Hakları Yargısında Birlikte Velayet

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye tarafından onaylanan ve 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren 11 numaralı Protokol ile değiştirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre, güvence altına alınarak korunan hak ve özgürlükler arasında Ek 7. Protokolün 5. maddesinde yukarıda belirtildiği üzere eşler arasında eşitlik ilkesi de yer almaktadır. Eşler arasında eşitlik ilkesi AİHS’in koruma alanı kapsamındadır ve ihlâl edildiği durumlarda AİHS’in öngördüğü koruma sisteminden yararlanılabilir.

Burada hangi hukuki ilişkilere Ek 7. Protokolün 5. maddesinin uygulanacağını belirlenmesi gerekmektedir. Maddenin lafzından özel hukuk ilişkilerinde eşitlik ilkesinin uygulanacağı anlaşılmaktadır¹¹⁰. Ancak

¹⁰⁸ N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 53.

¹⁰⁹ *Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ile izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).*

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 39.

¹¹⁰ *Purtonen /Finlandiya, B. No: 32700/96, 9/9/1998, kararında zikredilen düzenlemenin*

kanaatimizce özel hukuk ilişkilerinden kastedilen medeni hukuktan kaynaklı olan ilişkilerdir¹¹¹. Bu ilişkilerden biri ve hatta belki de en önemlisi olan velayet de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fakat ilgili hükümde düzenlenen istisna, çocuğun yararı doğrultusunda bu konuda devletlerin gerekli tedbirleri alabileceğinden bahsetmektedir. Bu nedenle velayetin dokunulamayacak mutlak bir temel hak ve özgürlük olarak ele alınıp alınamayacağı hususu değerlendirmeye muhtaçtır.

Kanaatimizce Anayasa’da doğrudan düzenlememekle birlikte hem Ek 7. Protokolün 5. maddesi hem de 2010 yılında Anayasa’nın 41. maddesine eklenen cümle ile Anayasa’nın 20. maddesi, velayetin temel hak ve özgürlükler listesinde yer almasını gerektirmektedir. Şu halde yanıtlanması gereken soru, velayetin bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilmesi halinde, birlikte velayetin kural olduğu sonucuna varmanın mümkün olup olmadığıdır.

Bu soruyu yanıtlamadan evvel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi’nin konuya dair içtihatlarının faydalı olacağı kanaatindeyiz. AİHM’in Ek 7. Protokol’ün 5. maddesine ilişkin şerhi şu şekildedir: *“Temelde taraf devletlere pozitif yükümlülük yükleyen 5. madde; eşlerin çocuklarıyla olan ilişkileri gibi konularda eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için devletlere tatmin edici bir yasal çerçeve sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Maddenin istisnayı düzenleyen ikinci cümlesinden hareketle devletlerin takdir marjına değinen AİHM; çocuğun çıkarına neyin olduğunu yeniden değerlendiremeyeceğini belirttiikten sonra kabul edilemezlik kararında ulusal makamların meşru takdir marjının dışına çıkmadığını”* vurgulamıştır¹¹².

AİHM, Avusturya kanun koyucusunun birlikte velayet düzenlemesine yer vermemesinin, sair düzenlemelerle velayet hakkı verilmeyen ebeveynin çocukla ilişki kurma ve bilgi alma hakkının güvence altına alındığından bahisle, Sözleşme Devletine bırakılan takdir marjına girdiğine hükmetmiştir¹¹³. Buradan da anlaşılacağı üzere AİHM’in Ek 7. Protokolün 5. maddesi yorumu birlikte velayeti mecburi hale getirmemektedir. AİHM için ölçüt, velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocukla sağlıklı ilişki kurabilme hakkından ibarettir.

yalnızca özel hukuka uygulanacağına hükmetmiştir. *“The Commission considers that this provision relates to rights and responsibilities in private law only.”*

¹¹¹ Nitekim idare hukuku, vergi hukuku, iş hukuku ve ceza hukukundan doğan uyumsuzluklar ile sosyal ve dini ilişkilerde söz konusu hüküm çok kısıtlı olarak uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Meyer-Ladewig/Stefan König/Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte Art. 5 Rn. 1-4.

¹¹² *Purtonen /Finlandiya, B. No: 32700/96, 9/9/1998.*

¹¹³ AİHM takip eden kararlarında konuya ilişkin taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünü bu karara atf yaparak açıklamaktadır.

Cernecki/Avusturya, B. No: 31061/96, 11/7/2000

Anayasa Mahkemesi, henüz birlikte velayete ilişkin bir karar vermemiştir. Birlikte velayete ilişkin bir başvuru olması halinde Mahkeme konuyu “Aile Yaşamına Saygı hakkı” kapsamında değerlendirebilecektir¹¹⁴. AİHM içtihatlarında belirtildiği üzere Devlete yüklenen pozitif yükümlülük, velayet kendisinde olmayan ebeveynle çocuk arasında sağlıklı bir ilişki kurulması ve/veya bunu etkili bir şekilde isteyebilme hakkından ibaret olup, bu manasıyla birlikte velayet bir zorunluluk değildir¹¹⁵.

Her hal ve şartta birlikte velayetin bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve uygulanabilirliği tartışmaları daima “çocuğun üstün yararı” gölgesinde tartışılacaktır. Çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit ise ilgili taraflarla doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların değerlendirmeleriyle şekillenecektir¹¹⁶.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Zaman içerisinde kavram ve içerik bakımından değişikliğe uğrayan velayet günümüzde, ana babanın çocuk üzerindeki haklarını ifade ettiği kadar içerisinde birtakım yükümlülükleri de barındıran, çift yönlü karaktere sahip olan bir yüküm hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İç hukukumuzda Türk

¹¹⁴ Bkz. 97. Dipnot.

“Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa’daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 41. maddesinin, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır.”

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 32. ve Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36. Dipnot numaraları kayarsa diye kopyaladım.

¹¹⁵ “Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin hukuken sona ermemesine rağmen anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır.” Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 44.

¹¹⁶ “Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsur olup bu bağlamda ilgili taraflarla direkt temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek koruma ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda belirtilen hususun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir.” N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 54.

Medeni Kanunu'nda düzenlenen velayete ilişkin en önemli sorun, boşanma durumunda velayetin eşlerden birisine bırakılmasıdır.

Ek 7. Protokolün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte, Protokolün 5. maddesi karşısında TMK m. 336/III hükmünün uygulanması ciddi tartışmalara neden olmuştur. Kanaatimizce velayete de etki eden Ek 7. Protokol, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma*” olarak nitelendirilmelidir. Ancak konuyu çocuk açısından düzenleyen “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” de aynı statüdeki uluslararası andlaşma olarak mevzuattaki yerini korumaktadır.

Çalışmamızda detaylarına yer verildiği üzere Anayasa m. 90/5 hükmü: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” şeklindedir. Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki milletlerarası andlaşma hükümleri arasında çatışma bulunması halinde hangisinin esas alınacağı sorusuna açık bir cevap vermemektedir. Başka bir ifadeyle sonradan yürürlüğe giren ve ana-babanın eşit haklara sahip olduğunu düzenleyen Ek 7. Protokol ile çocuğun üstün menfaatini düzenleyen “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin*” çatışması durumunda¹¹⁷ hangisine göre karar verileceği berrak değildir.

Bu soruların cevabı kanaatimizce, ilgili temel hak ve özgürlüğün süjesinin tespitinde saklıdır. Hem sonradan yürürlüğe konulması¹¹⁸ hem de “velayet”e dair hakkın süjesini tespit ederken süjenin çocuk yerine ebeveynler olarak tespit edilmesi halinde daha özel bir düzenleme olması sebebiyle “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” hükümleri değil, “*Ek 7. Protokolün 5. maddesi*” ile uyuşmazlık çözümlenmelidir. Velayetin temel hak ve özgürlük kategorisinde yer aldığı kabulünün ardından hakkın süjesinin ebeveynler değil de çocuk olduğunun kabulü halinde ise yanıtımız tam tersi olacak; uyuşmazlık çocuğun yüksek menfaati ilkesine uygun olarak “*Ek 7. Protokolün 5. maddesi*” ile değil, “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” hükümlerine göre çözülecektir.

Kanaatimizce hakkın süjesi ebeveynler değil; çocuğun bizatihi kendisidir ve uyuşmazlığın “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” ile çözülmesi tercih edilmelidir. Nitekim mezkûr sözleşmede vurgulanan “*çocuğun yüksek menfaati*” ilkesi aynı zamanda Ek 7. Protokolün 5. maddesinin istisnasını da oluşturmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁷ Kuşkusuz her somut olayda bu iki sözleşme arasında çatışma olmayabilir. Diğer deyişle, çocuğun üstün menfaati ana-babanın velayeti birlikte kullanmasında ise bir çatışmadan söz edilemez.

¹¹⁸ Uluslararası anlaşmaların imzalandığı tarih değil, usulüne göre yürürlüğe konulduğu tarih esas alınmalıdır.

¹¹⁹ “*Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*”

Mevzuattaki değişiklikler neticesinde Türk Medeni Kanunu m. 336/III'ün mevcut hali velayet konusundaki sorunların çözümünden uzak bir düzenleme haline gelmiştir. Kanun koyucu anlaşılamayan bir nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinden bir anda vazgeçerek, boşanma durumunda velayeti eşlerden sadece birine verilmesini tercih etmiştir. Burada kanun koyucunun düşüncesinin büyük olasılıkla ülkemizdeki boşanma davalarının önemli bir kısmının “*temiz boşanma (clean divorce)*” olmamasından kaynaklandığı ve aile hukukunun millî ve kültürel bir karaktere sahip olması nedeniyle hükmün bu şekilde kaleme alındığı ileri sürülebilir.

Fakat uygulamadaki aksaklıklar, velayete sahip olan eşin çocuğu diğer eşe göstermekten imtina etmesi, diğer eşin çocuğu icra yoluyla görebilmesi, çocuğun adeta bir eşya gibi muameleye tabii tutulması, söz konusu hükmün amacına hizmet etmediğini bizlere göstermektedir. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının uygun bulunmasıyla birlikte uygulamacıların ve kanun koyucunun tavrında bir değişiklik olması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından en azından taraflara birlikte velayet bir seçimlik hak olarak sunulmalıdır. Boşanma davalarında, eşler dilerlerse yapacakları bir anlaşma ile velayeti birlikte kullanmaya devam edebilmelidirler. Hâkimin bu konuda yapacağı denetim ise ancak birlikte velayetin çocuğun üstün yararını zedeleyip zedelemeyeceği hususunda olmalıdır. Hâkim burada çocuğun üstün yararını gözetirken birtakım ölçütlere başvurabilir. Örneğin, birlikte velayet talep eden eşlerin aynı şehirde ikamet etmeleri, çocuğun her iki evde de müstakil bir odasının olması, çocuğun kalacağı yerin çocuğun eğitim gördüğü kuruma yakınlığı gibi hususları değerlendirebilir. Bu nedenle çocuğun üstün yararına zarar getirmeyecek birlikte velayet taleplerin, kanaatimizce kabul edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ülkemizde kural olmasa bile en azında boşanma davasında tarafların seçimlik bir hak olarak birlikte velayet talebinde bulunulmasının önünün açılması gerekmektedir.

Eşlerin anlaşamaması halinde ise hâkim çocuğun üstün yararına göre karar vermelidir. Şunu belirtmek gerekir ki; AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının ve uygun bulunmasının ardından “*hâkim kural olarak birlikte velayete karar verir, ancak birlikte velayetin çocuğun üstün yararına hâlel getirmesi halinde velayeti eşlerden birine verir*” önermesi doğru değildir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa m. 90/5'e göre boşanma durumunda birlikte velayetin kural, velayetin eşlerden birine bırakılmasının ise istisna olduğu sonucuna ulaşılamaz. Hâkimin velayete ilişkin uyuşmazlığı çözerken yapması gereken, yalnızca çocuğun üstün yararını gözetmektir. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının uygun bulunmasının velayete ilişkin uyuşmazlıklara etkisi, hâkimin birlikte velayete de karar verebilecek olmasıyla

sınırlıdır¹²⁰. Şu halde, çocuğun üstün yararına göre velayete ilişkin karar verecek olan hâkimin önünde artık “birlikte velayet” seçeneği de bulunmaktadır. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin velayete ilişkin getirdiği yenilik bundan ibarettir.

KAYNAKÇA

AFFOLTER-FRİNGELİ, Kurt/VOGEL, Urs; Berner Kommentar: Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016.

AKILLIOĞLU, Tekin; “Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, 1991, Cilt I, Sayı 2–3.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya; Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, Cilt 1/2,.

AKYÜZ, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983a.

AKYÜZ, Emine; “Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana-Babasına Karşı Korunması”, Aile ve Toplum Dergisi, 1991b, Cilt 1, Sayı 2, s. 31–48.

AKYÜZ, Emine; Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara 2015c.

APAYDIN ÖCAL, Bahar; “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 11, Sayı 145–146, s. 631–658.

APAYDIN, Yunus; “Velayet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,.

ARAL, Vecdi; Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978.

ARSEL, Sadri Maksut; Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.

ATAR, Yavuz; Türk Anayasa Hukuku, 2., Konya.

¹²⁰ Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/15771 ve K. 2017/1737 numaralı kararında birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. 2. Hukuk Dairesi anılan kararında 7. Ek Protokol’ün iç hukuka etkisine değinmiş, akabinde kamu düzeni kavramını izah etmeye çalışmıştır. Nihayetinde ise, “...iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde “ortak velayet” düzenlemesinin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temek çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir” diyerek ortak velayete ilişkin tenfiz taleplerinin kabul edilmesine yönelik önemli bir adım atmıştır.

AYBAY, Rona; “Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sayı 70, s. 187–213.

Bardakoğlu, Ali; “Hidane”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul.

BAŞLAR, Kemal; “Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 2004, Cilt 24, Sayı 1–2, s. 279–336.

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

BERKİ, Şakir; Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara 1970.

BİLİR, Faruk; “Anayasanın 90. maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt 13, Sayı 1, s. 77–107.

BİNGÖL, Ediz; “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, 2014, Cilt 88, Sayı 2, s. 277–312.

BREITSCHMID, Peter; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, 3. bs., Zürich, Basel, Genf 2016.

CİN, Halil/AKAGÜNDÜZ, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2011.

ÇETİNER BAKTİR, Selma; Velayet Hukuku, Ankara 2000.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, 11, Baskı bs., İstanbul 2016, Cilt 1/3,.

EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.

ERGÜL, Ozan; “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım ULER’e Armağan: Editör Muhammed ERDAL, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014, s. 65–87.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; Aile Hukuku, İstanbul 1979.

FREIBURGHaus, Dieter; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, 3. bs., Zürich, Basel, Genf 2016.

GÖZLER, Kemal; Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa 1999.

GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ; Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; Aile Hukuku, 4. bs., İstanbul 2014.

HENNEMAN, Heike; Münchener Kommentar zum BGB, 7. bs., München 2017.

- HONSELL, Heinrich**; Römische Recht, 8. Auflage, Berlin, Heidelberg 2015.
- İNAN, Ali Naim**; “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları”, Cumhuriyet’in 75. Yıl armağanı, İstanbul 1999, s. 703–720.
- KELEBEK, Mustafa**; İslam Hukukunda Velayet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas 1996.
- KELSEN, Hans/çev. KNIGHT, Max**; Pure Theory of Law, 2. genişletilmiş baskı, New Jersey 2005.
- KIRCA, Çiğdem**; “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 91–119.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**; Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim**; Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- LÜDERİTZ, Alexander**; “Elterliche Sorge als privates Recht”, Archiv für die civilistische Praxis, 1978, Cilt 178, s. 263–297.
- MORDASINI-ROHNER, Claudia**; Orell Füssli ZGB Kommentar, 3., 2016.
- MUSCHELER, Karlheinz**; Familienrecht, 3. Auflage, München 2013.
- ÖZKAN, Işıl**; “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, Journal of Yaşar University, 2013, Cilt 8, Sayı Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı), s. 2127–2176.
- ÖZMEN, İsmail**; Velayet Hakkı Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara.
- ÖZTAN, Bilge**; “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 249–260.
- SERDAR, İlknur**; “Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 10, Sayı 1, s. 155–197.
- SEROZAN, Rona**; Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**; Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- TRİEPEL, Heinrich/çev. ARSAL, Orhan**; “İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1937, Cilt 3, s. 6–50.
- USTA, Sevgi**; Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

ÜNAL, Mehmet; “*MEDENÎ KANUNUN KABULÜNDEN ÖNCE TÜRK AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE ÖZELLİKLE 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1977, Cilt 34, Sayı 1, s. 195–231.

von THUR, Andreas; Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.

YILDIZ, Aysu Sena; İslam Hukuku Açısından Nikahta Velayet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2012.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993.

ZEVKLİLER, Aydın; Medeni Hukuk, Ankara 1995.

MEDENİ HUKUK AÇISINDAN YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜ VE YAPAY ZEKÂ KULLANIMINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

*The Legal Status of Artificial Intelligence With Regard to Civil Law and The
Liability Thereof*

Dr. Öğr. Üyesi Başak BAK¹

Geliş Tarihi: 02.03.2018 Kabul Tarihi: 22.05.2018

ÖZET

Yapay zekâ, insanlar tarafından yapıldığında belirli bir zekâ gerektiren işleri yapabilen makineler anlamına gelen bir bilgisayar bilimi kavramıdır. Makine öğrenimi ve derin öğrenme adı altında iki metodu ve sadece bir işte uzmanlaşan tamamen tepkisel bir türden, nihayetinde kendi bilincinin varlığında olacak derecede zeki olma noktasına doğru evrilen dört türü bulunmaktadır. İnsanlar günlük hayatlarından yapay zekâ ile karşılaştıkça hem yeni hukuki problemler ortaya çıkmakta hem de bu problemlerin var olan hukuk kuralları ile çözümlenmesi giderek güçleşmektedir. Bu noktada bu problemlerin aşılabilmesi için getirilebilecek önerilerin seyri, yapay zekânın verdiği zararlardan kimin/kimlerin sorumlu olacağına ancak öncelikle de yapay zekânın hukuki statüsünün ne olacağı sorununun cevaplandırılmasına bağlıdır. Bu konuya ilişkin yaklaşımlar bakımından Avrupa Parlamentosu'nun yapay zekânın hukuki statüsüne ve yapay zekâ kullanımının verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin tavsiye Raporu bir referans noktası olarak alınabilir niteliktedir. Ancak bu konuya ilişkin somut hukuki öneriler yapılırken aynı zamanda yapay zekânın etik bir boyutunun olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Makine Öğrenimi, Derin Öğrenme, Avrupa Parlamentosu, Elektronik Kişilik, Kusursuz Sorumluluk, Etik

ABSTRACT

Artificial Intelligence (AI) is a term that is used in computer science and means machines that are capable of doing things that require intelligence when done by humans. Under AI there are two methods called machine learning and deep learning. AI has four different types ranging from purely reactive AI which is specialized only in one field to more sophisticated types such as self-aware AI. As people are getting encounter with AI in their daily lives, new problems which cannot easily be solved with the existing law are likely to arise. The path of suggestions made in order to solve these problems depends on who will be liable to AI related damages, but most importantly on what the legal of AI will be. The recommendations of the European Parliament concerning the legal status of AI and liability issues of AI-related damages could be a guiding point when making legal suggestions. However, it should also be noted that there is also ethics involved.

Keywords: Artificial Intelligence, Machine Learning, Deep Learning, European Parliament, Electronic Personhood, No-Fault Liability, Ethics

¹ İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, basakbak@gmail.com. www.basakbak.com

GİRİŞ

Dünya her gün sayısız teknolojik araçlar ve fırsatlar sunan yeni bir çağa adım atmıştır. Büyük bilişim şirketleri teknolojiye ve özellikle de robotbilimine daha önce hiç olmadığı kadar yatırım yapmaktadır. Kendi varlığının bilincine sahip olan robotlar artık yalnızca bizim hayal gücümüzün ürünü veya bilim kurgu ögesi olmaktan çıkmış ve bu büyük teknoloji şirketlerinin gelecek hedefleri arasına girmiştir. Bu yeni teknoloji çağı ile birlikte robotbilimi ve gitgide daha zeki hale gelen yapay zekâ türlerinin gelişimi de hız kazanmış ve insanlar her gün sayısız yapay zekâ örnekleri ile karşılaşmaya başlamıştır. Artık arama motorlarının, çevrimiçi alışveriş portallarının, her cihazın internete ve dolayısıyla birbirine bağlanması olarak tanımlanan nesnelerin internetinin, üç boyutlu yazıcıların, sürücüsüz araçların, hatta bunların karıştığı kazaların, akıllı evlerin ve ofislerin, artırılmış gerçeklik uygulamalarının, chatbotların, kişisel dijital asistanların ve robot cerrahların olduğu bir dünyada yaşamaktayız ve bu liste günden güne artmaktadır. Ancak hukuk kurallarımız bu yeni teknolojik çağa ne ölçüde adaptedir? Hukuk sistemimiz yapay zekâyâ ne kadar hazırdır? Hukuki açıdan tartışılması gereken asıl mesele ve bu çalışmanın ana argümanı da bu soru ekseninde toplanmaktadır. Bu bakımdan yapay zekâyâ ilişkin hukuki açıdan sorulması gereken ilk ve en önemli soru, yapay zekânın hukuki statüsünün ve yapay zekâ kullanımından doğan hukuki sorumluluğun ne olduğudur. Bu soru, yapay zekâyâ ilişkin güncel tartışmalar ve yapay zekânın etik boyutu ışığında öncelikle kişiler hukuku ve borçlar hukuku açısından ele alınmalıdır. Zira yapay zekânın niteliğine, kullanım alanına, etik açıdan eleştirisine ve nihayetinde yapay zekânın dahil olduğu kazalara ilişkin yapılan her çalışma ister istemez yapay zekânın bu iki hukuk dalı içerisindeki yerine temas etmektedir.

I. YAPAY ZEKÂ

Yapay zekâ bilgisayar biliminin bir alt dalıdır ve bir kavram olarak ilk defa 1956 yılında Amerikalı bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından ortaya atılmıştır.² Yapay zekâ, insanlar tarafından yapıldığında belirli bir zekâ gerektiren işleri yapabilen makineler olarak tanımlanabilir. Aslında yapay zekâ bu tür makineler yapmak için kullanılan bir şemsiye terimdir. Yapay zekâ sayesinde bilgisayarlar, araba kullanmak veya satranç oynamak gibi insan davranışlarını taklit etmekte, bu sayede problem çözmekte ve nihayetinde bu şeyleri insanlardan daha hızlı ve daha iyi yapar hale gelmektedir.³

Yapay zekânın altında iki metot yatmaktadır: Makine öğrenimi ve derin öğrenme. Bunlardan makine öğrenimi en çok bilinen ve bu nedenle sıklıkla

² LI, Deyi /DU, Yi, **Artificial Intelligence with Uncertainty**, New York 2007, s. 1.

³ MILLINGTON, Ian/FUNGE, John, **Artificial Intelligence For Games**, B.2, New York 2009, s. 4-5.

yapay zekâ ile karıştırılan bir kavramdır. Aslında makine öğrenimi, bir bilgisayarın zeki olmasına, çevresinden öğrenmesine ve giderek performansını geliştirmesine olanak veren bir yöntemdir. Yapay zekâ, makine öğrenimi sayesinde insanlar gibi öğrenmektedir. Bu sayede bu zeki bilgisayarlar kendi deneyimlerinden öğrenmekte, binlerce örneği inceleyerek bir algoritma geliştirmekte ve giderek daha zeki hale gelmektedirler. Öte yandan, derin öğrenme, makine öğreniminin içerisinde doğan, yani onun bir alt dalını oluşturan çok daha yeni bir tekniktir. Derin öğrenme daha büyük ve daha karmaşık sorunları çözmek için daha güçlü bilgisayarlarda kullanılmakta ve 'büyük veri' (*big data*) ile ilişkilendirilmektedir.⁴

Bilim insanları yapay zekâyı türlere ayırmaktadırlar. Bu ayırım uyarınca bilinen ve kabul edilen dört tür yapay zekâ bulunmaktadır. Biz bugün yalnızca ilk iki tür yapay zekâ ile karşılaşmaktayız. Üçüncü ve dördüncü tür yapay zekânın ise henüz gelişimi tamamlanmamıştır.⁵

İlk tür yapay zekâ, tepki veren yapay zekâ (*reactive*) olarak adlandırılmaktadır. Bu tür yalnızca tepki verir ve sadece tek bir alanda uzmanlaşmıştır. Örneğin dünya satranç şampiyonu Kasparov'u yaklaşık 20 yıl önce bir satranç oyununda yenmiş olan IBM Şirketi'nin Deep Blue adlı yapay zekâsı birinci tür yapay zekâdır. Yine bir başka örnek olarak dünya go şampiyonlarını Çin'in ünlü kadim strateji oyunu olan go oyununda sayısız defa yenen Google'ın Alpha Go adlı yapay zekâsı gösterilebilir. Görüldüğü gibi ilk tür yapay zekâ dahi insanlardan çok daha hızlı ve başarılı bir biçimde öğrenmekte ve uzmanlaştığı işte insanlardan daha zeki hale gelebilmektedir.⁶

İkinci tür yapay zekâ yalnızca tepki vermez. Bu tür yapay zekâ sınırlı hafıza kapasitesine, geçmişin bilgisine ve önceden programlanmış becerilere sahiptir. Zaten bu sebeple sınırlı hafıza kapasitesine sahip yapay zekâ (*limited memory capacity*) olarak adlandırılmaktadır. Bu tür yapay zekâ, bu

⁴ Makine öğrenimi ve derin öğrenme arasındaki ayırım ve tanımlar için bkz. TORRANCE, Mark, **AI vs Machine Learning vs Deep Learning**, (<https://www.youtube.com/watch?v=3WWhpAKJcggl>) [Erişim 07.02.2018]; https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/artificial-intelligence-and-machine-learning-policy-paper/?gclid=CjwKCAiA8bnUBRA-EiwAc0hZk5R_hksGT0g6a1D1dma8ysTXkBTQ89tCHEtQw9yyassp6-DqVmgohoCqSkQAvD_BwE [Erişim 22.02.2018]

⁵ Yapay zekânın bilinen ve kabul edilen dört türüne ilişkin ayırım ve bu türlerin ayrıntıları için bkz. HINTZ, Arend, "Understanding The Four Types of AI, From Reactive Robots to Self-Aware Beings", **The Conversation UK**, (<https://theconversation.com/understanding-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616>) [Erişim 30.12.2016]. Ayrıca bkz. <http://www.differencebetween.com/difference-between-strong-ai-and-vs-weak-ai/> ve <https://futurism.com/images/types-of-ai-from-reactive-to-self-aware-infographic/> [Erişim 22.01.2018]

⁶ Li/DU, s. 5-6.

bilgi ve becerileri uygun kararlar almakta ve bu kararları düzgün bir biçimde uygulamakta kullanılmaktadır. Bu yapay zekâ türüne örnek olarak, sürücüsüz araçlar, chatbotlar veya Apple şirketinin Siri'si gibi kişisel dijital asistanlar gösterilmektedir.⁷

Üçüncü tür yapay zekâyâ zihin teorisi (*theory of mind*) adı verilmektedir. Zihin teorisi insanların duygularını ve düşüncelerini anlayabilen ve onlarla sosyal olarak ilişkiye geçebilen bir yapay zekâ türüdür. Bu yapay zekâ ise şu ana kadar bilim kurgu filmleri ile ilişkilendirilmekte ve ünlü Starwars karakterleri C-3PO ve R2-D2 veya I, Robot filmindeki Sonny karakteri ile anılmaktadır.⁸ Filmlerden örnek verilmesi sebebiyle yapay zekânın bu türlerinin pek uzak bir ihtimal olduğu düşünülebilirse de 2022 yılına gelindiğinde çoğu insanın kendine ait kişisel bir yapay zekâ robotu⁹ olacağı tahmin edilmekte ve bu robotların insanlar tarafından yapılan işlerin çoğunu yapacağı ve hatta birçok istihdam alanı yapay zekânın hâkimiyetine geçeceğinden yapay zekânın insanları işsiz bırakacağı öngörülmektedir.¹⁰ Ayrıca Hanson Robotics şirketinin Sophia isimli robotunun insanların düşüncelerini anlama ve onlarla sosyal olarak etkileşime geçme kapasitesi olduğu düşünüldüğünde üçüncü tür yapay zekânın öncellerinin hâlihazırda atılmış olduğu pekâlâ iddia edilebilir.¹¹

Son olarak, dördüncü ve en gelişmiş tür yapay zekâ ise kendi varlığının farkında olan yapay zekâ (*self-aware*) olarak adlandırılmaktadır. Bu tür

⁷ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru/BAK, Başak, “Yapay Zekâ”, **Futurist Hukuk**, İstanbul 2018, s. 9.

⁸ BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 10.

⁹ Robot ve bot aynı kavramlar değildir. Botun, robot gibi bir fiziki varlığı yoktur ve internet için yapılan yazılımlar anlamında kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra robot ve yapay zekâ da aynı anlama gelmemektedir. Robot hukuk hakkında ayrıntılı bilgi ve tanım için bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Robot Hukuku”, **TAAD**, Yıl. 7, S. 29, 2017.

Bir robot yapay zekâyâ sahip olabilir. Ancak bugün evlerde yemek yapmak için kullandığımız basit bir mutfak robotunu düşünürsek bu basit ev aletinin bir robot olduğundan ancak yapay zekâyâ sahip olmadığından bahsetmek gerekir. Tabi mutfakta kullanılan bir robotun yapay zekâyâ sahip olması da mümkündür. Nitekim bugün bir insan gibi yemek yapabilen aşçı robotlar bulunmaktadır. Moley Robotics şirketinin yarattığı dünyanın ilk aşçı robotu için bkz. https://www.gelecektengelen.com/yemek-yapan-robot-sef-geliyor/?utm_source=YouTube&utm_medium=cpc&utm_campaign=%C5%9Eef-robot&utm_term=%C5%9Eef-robot&utm_content=%C5%9Eef-robot [Erişim 13.02.2018]

¹⁰ RICHARDS, Neil M., “How should the law think about robots?”, **We Robot 2012, Inagural Conference on Legal and Policy Issues Relating to Robotics**, April 21-22, 2012, University of Miami School of Law, s.12, (http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf) (Erişim 11.02.2018); BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 15 vd.

¹¹ Sophia, Hong-Kong merkezli Hanson Robotics şirketinin ilk defa 19 Nisan 2015 yılında aktive ettiği gelişmiş bir insansı robottur. Sophia'nın doğumuna ilişkin video için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=LguXFHksa0c> [Erişim 11.11.2017]

yalnızca insan duygularını ve düşüncelerini anlamakla kalmaz; aynı zamanda da başkalarının duygularını öngörebilir, soyut çıkarımlar yapabilir, son derece zeki ve kendi varlığının bilincine sahiptir. Bu türe örnek olarak Ex Machina filmindeki Eva karakteri gösterilmektedir.¹²

Yapay zekânın henüz geliştirilmemiş türleri üzerinde çalışmalar hala devam etmektedir; ancak şu anki mevcut hukuk sistemleri bir sonraki nesil bu akıllı makinalara hazır olmaktan son derece uzaktır. Yine de uzmanlar 2030 yılına gelindiğinde insanlar ile insansı robotların bir arada yaşayacaklarını öngörmektedir. 2030 yılına ilişkin tahminlerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şu an için belirsiz olmakla birlikte, uzmanlar ileride zihin kuramının şu an algıladığımızdan çok daha otonom bir hale geleceğini ve dördüncü tür yapay zekâ geliştirildiğinde ise yapay zekanın artık kendi kendisini temsil edebilen bir varlık halini alacağını öngörmektedirler. Ancak şu anki mevcut hukuk sistemleri yapay zekânın ilk iki türü ile ilişkili problemleri dahi çözüme kavuşturmak konusunda yetersiz kalmaktadır. Dahası ileride insanlar ve makineler arasındaki etkileşimin bir insan ve makine etkileşiminden ziyade iki insan arasındaki etkileşimi andıracağı tahmin edilmektedir. Bu nedenle hukuk kurallarının ileride daha da yetersiz hale gelmesi kuvvetle muhtemeldir.¹³

II. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ HUKUKİ STATÜSÜ

A. Medeni Hukukta Kişilik Kavramı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) ilk kitabı kişiler hukukuna ilişkindir. Türk hukuku uyarınca kişiler hukuku alanında bilinen ve kabul edilen iki tür kişilik söz konusudur. Bunlar gerçek kişilik ve tüzel kişilik olarak adlandırılmaktadır. Bu ayrım yalnız Türk hukukunda değil, aynı zamanda tüm çağdaş hukuk sistemlerinde de bugün geçerli olan bir ayrımdır. Gerçek kişiler (*fiziki kişiler, tabii kişiler*) insanlardır. Bu husus, tüm çağdaş hukuk sistemlerince kabul etmektedir¹⁴. Gerçek kişiler haklara ve borçlara ehil olmak bakımından

¹² BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 10-11. Dördüncü tür ile aslında kastedilen şey şudur: Bu tür yapay zekâ yalnızca ne istediğini bilmez. Aynı zamanda istediği şeyin ne anlama geldiğini ve onu neden istediğini de bilir. ALEXANDRE, Filipe Maia, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466, s. 12. [Erişim 20.10.2017]

¹³ WENG, Yueh-Husuan/CHEN, Chien-Husuan/SUN, Chuen Tsai, "Toward the Human-Robot Coexistence Society: On Safety Intelligence for the Next Generation Robots", (https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/1/) [Erişim 01.02.2018].

¹⁴ Oysa Roma hukukunda ve hatta 19. yüzyılda bile insanların eşya olarak alınıp satılmaları, kiralanmaları ve malikin sahip olduğu tasarruf yetkisi uyarınca öldürülmeleri dahi söz konusu olmaktadır. Ancak bugün sahip olduğumuz ahlak ve değer yargıları tüm insanların hak süjeleri olarak görülmelerini gerektirmektedir. Bu anlamda insanların köle olması ve eşya statüsünde kabul edilmeleri anlayışı günümüzde terk edilmiştir. Bu husus İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi md. 4'te "Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz,

cinsiyet, yaş, etnik köken, ekonomik statü vb. farklılıklara tabi olmaksızın eşittirler ve herkes yalnızca insan olması sebebiyle hakların ve borçların süjesidir¹⁵. Bu anlamda her insanın hak ehliyeti vardır ve bu ehliyet sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düşüldüğü andan itibaren edinilmektedir¹⁶. Hak ehliyetiyle insanlar mülk edinebilme; sözleşme ilişkisi kurabilme; herhangi başka bir biçimde borç altında girebilme ve kendi eylemlerinden sorumlu olabilme; vatandaş, vergi mükellefi, bir davada taraf, seçmen, eser sahibi, vasi/veli vb. olabilme iktidarına sahip kabul edilmektedirler.

Tüzel kişiler ise insanlar dışında kalan ve kendilerine varsayımsal bir kişilik tanınmış olan belirli bir amaca yönelmiş kişi veya mal topluluklarıdır. Tüzel kişiler insan değildir ancak toplumsal hayatın gereklilikleri nedeniyle kendilerine hukuk düzenince bir kişilik verilmektedir. Tüzel kişilerin hak süjesi olarak kabul edilmelerinin iki olguya dayandığı ifade edilebilir. İlk olarak, insan ömrü sınırlıdır; bu sebeple bazı amaçların gerçekleştirilmesi bakımından insan ömrü yetmemektedir. İkinci olarak da insanların bazı amaçları gerçekleştirmeleri bakımından tek başlarına sahip oldukları güçten daha fazlası gerekmektedir. Bu açıdan tüzel kişiler bu iki amaca hizmet etmektedir ve yaratılış gereği insana has olan özellikler dışında gerçek kişilerin sahip olduğu tüm özelliklere sahiptir¹⁷. Böylece tüzel kişiler de kendilerine tanınan kişiliğin bir sonucu olarak borç altında girebilirler, mülk edinebilirler, sözleşme ilişkisi içerisine ve sözleşmesel sorumluluk altına girebilirler, bir davada taraf veya vergi mükellefi vb. olabilirler. Medeni hukuk tüzel kişileri belirli bir amaca özgülenmiş kişi toplulukları olan dernekler (TMK md. 56 vd.) ile belirli bir amaca özgülenmiş mal toplulukları olan vakıflardır (TMK md. 101 vd.).

B. Yapay Zekânın Kişiliği Sorunu

Yapay zekâ türlerinin ve robotik biliminin gelişmesi ile beraber insanlar ve makineler arasındaki etkileşim daha farklı ve daha kompleks bir boyut almıştır. Bu etkileşim, beraberinde birçok hukuki sorun ve düzenlenmemiş hukuki bir alan getirmiştir. İnsanlar yapay zekâ ile etkileşime girdikçe yapay zekâ ve yapay zekâ kullanımından doğan bazı zararlara maruz kalmaya başlamış ve yapay zekânın verdiği bu zararların klasik borçlar hukuku kuralları ile çözüme kavuşturulmasının ne kadar güç olduğunu ve mevcut hukuk anlayışının yetersizliğini keşfetmeye başlamıştır. Bu da doktrinde yapay zekânın verdiği

kölelik ve köle ticareti her türlü şekliyle yasaktır." şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁵ "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." (TMK md. 8)

¹⁶ "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamiyle doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder." (TMK md. 28)

¹⁷ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C. II, İstanbul 2009, s. 199.

zararlardan sorumluluğun nasıl belirleneceği sorusunun yanı sıra, öncelikle yapay zekânın hukuki statüsünün ne olabileceği sorusunu akla getirmiştir. Zira yapay zekânın hukuki statüsü ile yapay zekâ tarafından verilen zararlardan sorumluluğun nasıl belirlenmesi gerektiği birbiri ile bağlantılı konulardır.

Bugün bir makinenin hukuki statüsünün ne olduğunu ve akıllı makinelerin kişi olup olamayacağını sorgulamak, ilk bakışta son derece anlamsız ve gülünç gelebilir. Zira makineler eşya olarak kabul edilmekte ve gerçek veya tüzel kişilerin mülkiyetinde yer almaktadır. Ne var ki yapay zekâ içeren bir programın evimizde kullandığımız mutfak robotu ile tam olarak aynı şey olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Akıllı ve giderek daha akıllı hale gelen ve bulunduğu çevreye adapte olan makineler ve milyar dolarlık bir yapay zekâ sektörü bir arada düşünüldüğünde yapay zekâ konusu ile ilgilenen fütürist hukukçuların uzun süredir yapay zekânın hukuki statüsünün ne olduğu konusunu tartışmaya açmış olmaları bu teknolojik çağın doğal bir sonucu haline gelmiştir. Buna, sürücüsüz araçlar veya fabrika üretiminde kullanılanlar gibi yapay zekâ türlerinin kişilere verdikleri somut zarar örnekleri¹⁸ de eklendiğinde, doktrinde yer alan bu tartışmalar daha da ivme kazanmıştır.

Bugüne kadar yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin ortaya atılan ilk görüş eşya görüşüdür. Bu görüş yapay zekânın tıpkı herhangi alet gibi bir kimsenin eşyası olarak kabul edilmesi ve doğal olarak yapay zekânın gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde yer alması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹

Kanımızca bu görüş eleştiriye oldukça açık bir görüştür. Her şeyden önce yapay zekâ yalnızca basit bir alet değildir. Yapay zekâ bazı bilişsel özelliklere sahiptir ve tamamen otonom ve son derece akıllı yapay zekâ örneklerinin ortaya çıkması ise artık yalnızca bir zaman meselesidir. Dahası, bugün karşılaştığımız yapay zekâ türleri bir insandan çok daha hızlı bir biçimde öğrenme, çevreye asla öngörülemez bir biçimde adapte olma ve böylece kendi yaratıcılarının dahi öngöremeyeceği zararlar verme potansiyeline sahiptir²⁰. Örneğin Microsoft şirketinin Tay isimli yapay zekâsı Microsoft

¹⁸ Örneğin, bir yapay zekâ robotunun Almanya'da bir otomobil fabrikasında çalışan bir işçiyi kavrayıp metal plakaya çarparak öldürmesine ilişkin haber için bkz. (<http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany>) [Erişim 26.01.2018]. Bir diğer örnek olarak, General Motors şirketinin sürücüsüz araçlarının yalnızca Eylül 2017'de altı tane kazaya karıştığına ilişkin haber için bkz. (<https://www.reuters.com/article/autos-selfdriving-crashes/gms-self-driving-cars-involved-in-six-accidents-in-september-idUSL2N1MF1RO>) [Erişim 22.02.2018]. Sürücüsüz araçların verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin olarak ayrıca bkz. YETİM, Servet, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2016, s. 127-184; ÇEKİN, Mesut Serdar, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", *TAAD*, Yıl. 9, S. 33, 2018, s. 283-301.

¹⁹ Söz konusu görüş hakkında bkz. ALEXANDRE, s. 16 vd.; BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 18.

²⁰ BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 98.

şirketi tarafından yaratıldıktan kısa bir süre sonra Twitter hesabı üzerinden dünyanın dört bir yanındaki insanlarla tesadüfi bir biçimde sohbet etmeye başlamış ve bu sohbetler sonucundan ırkçı ve cinsiyetçi olmayı öğrenmiştir. Microsoft şirketi Tay'ın kontrolden çıkması nedeniyle Tay'ı kapatmak zorunda kalmıştır²¹. Tay'ın başına gelen bu durum, aslında tam olarak bir kontrolden çıkma durumu değildir. Tıpkı bir çocuk gibi Tay da ona ne verilirse onu öğrenmiş ve karşılığında da öğrendiklerini geri vermiştir. Ancak tek farkı, Tay bunu bir insanın yapabileceğinden çok daha hızlı ve çok daha kapsamlı bir şekilde yapmıştır. Milyonlarca örneği dakikalar ve hatta saniyeler içerisinde inceleyerek bir algoritma geliştiren bir yapay zekânın satranç oyununda her insanı yenmesi kaçınılmazdır. Yapay zekâ öğrendiği bu bilgileri işlemekte ve her satranç hareketini bildiğinden bunu geri vermektedir. İrkçilik ve cinsiyetçilik öğrenen bir yapay zekânın da bunu geri vermesi doğaldır. Burada asıl vurgulanmak istenen, Tay'ın yaratıcılarının bu chatbot'u tasarlarken bunu öngörmemiş ve öngöremeyecek olmalarıdır. Tıpkı Kuzey Kore'de bir chatbotun rejim karşıtı hale gelmesi örneğinde olduğu gibi²² yapay zekâ, sahip olduğu zekâyı öngörülemez bir adaptasyon yeteneği göstererek herhangi bir yöne evriltme potansiyeline sahiptir²³. Bir çocuğu yetiştirebilirsiniz, ona bazı değerler aşılayabilirsiniz; ancak yetişkin olduktan sonra kendi çocuğunuzun hareketlerinin hepsini öngörmeniz ve dahası sadece onu dünyaya getirmiş olmanız nedeniyle bunlardan sizin sorumlu olmanız düşünülemez. İşte yapay zekânın bu yönü, onun neden bir kimsenin mülkiyetindeki basit bir eşya gibi görülemeyeceğini açıklamada kilit noktadadır.

Doktrinde yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin ortaya atılan bir diğer görüş ise köle görüşüdür. Bu görüş, yapay zekânın yukarıda anılan özelliğini göz önünde bulundurarak yapay zekâyı basit bir eşya olarak düşünmemekte ancak yapay zekâyı eşya statüsü dışında bir statü verilmesini de tahayyül edememektedir. Bu görüş aslında yapay zekânın bir eşya olarak görülmesi fikrinden hareket eden ve eşya teorisi taraftarları arasından çıkmış bir teoridir. Bu görüş taraftarları yapay zekânın insanların kölesi olması gerektiğini savunmaktadır.²⁴ O yüzden hukuk sistemlerinin yapay zekânın hukuki statüsünü

²¹ Haberin ayrıntısı için bkz. (<http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/micros-ofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/>) [Erişim 01.02.2017].

²² Haber için bkz. <http://www.bbc.com/news/world-asia-china-40815024> [Erişim 28.02.2018]

²³ Bu öngörülemezlik durumunun yalnızca algoritmaların karmaşıklığıyla da ilgili olmadığı; bunun yanı sıra dijital sistemlerin gelişiminin, verilerin kolaylıkla akışının ve interaktif olan sistemlerin önceden neler getireceğinin tahmin edilmesinin zor olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir. (CALO, Ryan, "Robotics and the Lessons of Cyberlaw", **California Law Review**, S. 103, 2015, s.533; BOZKURT YÜKSEL, s. 99).

²⁴ Söz konusu görüşler hakkında bkz. ALEXANDRE, s. 16 vd.; BOZKURT YÜKSEL/BAK, s. 18. Aslında köle görüşü, belki de robot kelimesinin etimolojik kökeninden türemiş bir düşünce olabilir. Robot kelimesi ilk kez Çek yazar Karel Capek tarafından Prag Yahudiliğinin ünlü miti

kölelik olarak düzenlemesini öngörmektedir. Ne var ki kölelik çağdaş hukuk sistemlerinin terk ettiği ve artık geri dönülmesi istenilmeyen bir kavramdır. Dolayısıyla kanımızca bu görüş aslında köle diye ifade ederek yapay zekânın eşya olması fikrini yalnızca bu sefer politik olarak daha problemli bir dille tekrar etmekten öteye geçemeyen ve bu sebeple de yukarıda eşya teorisinde açıklanan gerekçelerin aynıyla reddedilmelidir.

Her iki teorinin de kusurlu noktası, yapay zekânın basit bir eşya veya kesinlikle bir köle olarak görülmemesi gerektiğidir. Aksine yapay zekânın bir kişi gibi değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu kişilik insanların sahip olduğu gibi bir gerçek kişilik değil ancak bir dernekte olduğu gibi bir tüzel kişilik olabilir.²⁵ Zira yapay zekânın daha da doğrusu insan dışındaki bir şeyin gerçek kişi olması epistemolojik ve ontolojik sebeplerle mümkün görünmemektedir.²⁶ Yapay zekânın bir tüzel kişiliğe sahip olması son derece akla yatkındır. Zira tüzel kişilik görüşü yapay zekânın bilişsel özellikleri ve zekâ kapasitesinin doğurduğu potansiyel ile uyumlu bir görüştür. Dahası bir yapay zekâ ile onu yaratan/yöneten kişi arasındaki ilişki az çok bir dernek ve bu derneğin yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkiyi andırmaktadır. Ancak yine de tüzel kişilik ve genel olarak yapay zekâyı bir kişilik verme fikri son derece eleştirilmiştir. Bunlar anlaşılabilir eleştirilerdir. Zira insanlar ilk başlarda bir derneğe veya bir şirkete tüzel kişilik verme konusunda dahi son derece isteksiz ve çekingen olmuşlardır. Ve bugün insan dışındaki bu süljelere bir kişilik verilmesi görece olarak yeni (ancak tartışmasız biçimde) kabul edilmektedir. Ne var ki yapay zekânın hukuki statüsünün ne olması gerektiğine yönelik yapılan tüm bu tartışmalar, Avrupa Parlamentosu tarafından devrim niteliğinde bir rapor ile tamamen ve sonsuza kadar seyir değiştirmiştir.

Avrupa Parlamentosu, 27 Ocak 2017 tarihinde, yapay zekânın gelecekte yaratacağı problemlerin çözümüne yönelik hukuki bir dayanak oluşturmak amacıyla bir dizi tavsiye kararı içeren Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nu (Rapor) yayımlamıştır²⁷. Bu Raporun

olan koruyucu Prag Golem'inden bahseden Rossum's Universal Robot adlı 1920 tarihli oyununda kullanılmış olan bir kavramdır. Robot kelimesi asıl olarak, Proto-Slavik bir kelime olan ve ağır iş veya kölelik anlamına gelen *orbota* kelimesinin sonradan Çekçe ve Slovakça olan *robota* kelimesine dönüşmüş halinden gelmektedir. (ALEXANDRE, s. 9)

²⁵ Yapay zekâyı tüzel kişilik verilmesini savunan değerli bir çalışma için bkz. BAYAMLIOĞLU, Emre, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, B.1, İstanbul 2008, s.139.

²⁶ Ayrıca bkz. MCCARTHY, John "Epistemological Problems of Artificial Intelligence", 1977, (<https://www.cs.ucf.edu/~dcm/Teaching/COT4810-Spring2011/Presentations/epistemological.pdf>) [22.02.2018]

²⁷ REPORT WITH RECOMMENDATIONS TO THE COMMISSION ON CIVIL LAW RULES ON ROBOTICS, European Parliament, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN> [Erişim

en dikkat çekici ve devrimsel kabul edilecek özelliği yapay zekâya ‘elektronik kişilik’ verilmesi önerisidir. Rapor, uzun vadede robotlar için özel bir hukuki statü yaratılmasını tavsiye etmektedir. Rapora göre robotlara elektronik kişilik verilmesi ile birlikte robotlar sebep oldukları zararlardan sorumlu olabilecek ve robotların da bir kişiliğe sahip olduğu, robotların otonom kararlar aldıkları veya üçüncü kişilerle bağımsız bir biçimde iletişime geçtikleri diğer durumlarda doğrudan göz önünde bulundurulabilecektir. Rapor ayrıca en zeki yapay zekâ türünün ortaya çıkışının ancak elektronik kişilik önerisinin kabulü halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir.²⁸

Avrupa Parlamentosu yapay zekâya ilişkin tartışmalardaki pozisyonunu tereddütsüz bir biçimde göstermiş ve yapay zekânın yalnızca bir kişiliğe sahip olması gerektiğini değil; ayrıca bu kişiliğe, tüzel kişilik ve gerçek kişilik kavramları yanında yeni ve üçüncü bir tür olan elektronik kişilik denmesi gerektiğini ifade etmiştir. Elektronik kişilik kavramı, yalnızca yapay zekâya tanınan yeni bir kişilik türü olarak sadece robotik bilimi bakımından değil, kişiler hukuku bakımından da yeni bir çağın habercisi niteliğindedir.

Ancak yapay zekânın bir kişi olarak görülmesi hukuken ne anlama gelmektedir? Bu soruyu cevaplandırmadan önce Raporun elektronik kişilik ile bağlantılı bir diğer önemli tavsiyesine, yapay zekânın verdiği zararlardan sorumluluğun nasıl belirleneceğine ilişkin yeni bir kusursuz sorumluluk önerisine bakmak gerekmektedir. Zira hukuki statü ve sorumluluk birbiri ile neden-sonuç ilişkisi içerisinde olan bir kavram setidir.

III. YAPAY ZEKÂ KULLANIMINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. Medeni Hukukta Kusursuz Sorumluluk

Sorumluluk hukukunda kural, bir kimsenin, hukuka aykırı eylemi sonucunda başkasına kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olmasıdır. Kusur sorumluluğu borçlar hukukunda ana kuraldır ve kusur sorumluluğunun yaptırımı, borçlar kanunlarında tazminat ödeme borcu biçiminde yer almaktadır. Ancak bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil ile başkasına verdiği zarardan tazminat ile sorumlu olabilmesi bakımından kusurun varlığı, yani bu zararı ihmal veya kast içeren herhangi bir davranışı ile vermiş olması asıl olsa da, bazı sosyal düşünceler ve hakkaniyet ilkesi zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunmayan kişilerin de bu zarardan sorumlu olmalarını gerektirmektedir. Bu gibi hallerde istisnai bir sorumluluk türü olan kusursuz sorumluluktan bahsedilmektedir.

27.11.2017]. Söz konusu Rapor, ulaşım, turizm, medeni haklar, adalet, iç işleri, istihdam, sosyal ilişkiler, çevre, kamu sağlığı, gıda güvenliği, endüstri, araştırma, enerji, iç piyasalar ve özellikle de tüketicilerin korunması gibi oldukça kapsamlı konuları içermektedir.

²⁸ REPORT WITH RECOMMENDATIONS TO THE COMMISSION ON CIVIL LAW RULES ON ROBOTICS, md. 59/f.

Burada kast edilen, kişinin ortaya çıkan zararda mutlaka kusursuz olması değil; kusuru olmasa dahi sorumlu olmasıdır. Yani kanun gereği kusursuz sorumlu olan kişinin olayda ayrıca bir de kusuru varsa bu durum onu kusuru ile sorumlu bir kişi yapmaz; kusursuz sorumluluğun sonuçlarının daha da ağırlaşmasına, sorumluluğunun daha da artmasına yol açar.²⁹

Kusursuz sorumluluk, sorumluluk hukukunun vardığı önemli bir aşamadır. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde farklı mülahazalar etkili bulunmaktadır. Kusursuz sorumlu tutulan kişinin, belirli bir olayda zararın doğmaması için yeterli dikkat ve özeni göstermesi gerektiği fikri bu mülahazalardan biridir. Bu kusursuz sorumluluk türünde kişiler, başkalarının zarar görmemesi için dikkatli ve özenli davranmamışlarsa, onların bu zararın doğumunda kusurlarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir tartışma da gereksiz kalmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) uyarınca istihdam eden/ adam çalıştıranlar (TBK md. 66) veya hayvan tutucusu olarak nitelendirilen kişiler (TBK md. 67) veya ev başkanları olarak adlandırılanlar (TMK md. 369), sırasıyla, istihdam ettikleri kişilerin veya kendi sorumluluklarında bulunan hayvanların veya başkanlıkları altında bulunan küçüklerin veya kısıtlıların ihmali veya kasıtlı davranışları nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlardan, bu zararların doğmaması için daha dikkatli ve özenli davranmaları gerektiği düşüncesiyle, zararın ortaya çıkmasında kendi kusurları bulunmasa dahi sorumludurlar. Bu düşünce, belirli konumdaki kişilerin daha dikkatli davranmalarını ve daha çok özen göstermelerini teşvik eder. Ancak, kanun tarafından bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerini kanıtlamaları halinde sorumluluktan kurtulmaları olanağı her zaman bulunmakta; bir diğer ifadeyle bu kişilerin kurtuluş kanıtı getirmeleri mümkün olmaktadır.

Aynı şekilde, normalde ayırt etme güçlerinin bulunmaması nedeniyle yaptıkları eylemler kusurlu kabul edilemeyecek³⁰ ve bu nedenle eylemlerinden doğan zararlardan sorumlu olamayacak kişilerin de belirli şartlar altında

²⁹ Kusursuz sorumlu kişinin, aynı olayda bir de kusurunun bulunmasına munzam (ek) kusur adı verilir. Munzam kusur halinde kusursuz sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getirme veya illiyet bağının kesildiğini ileri sürme ve zarardan kusuruyla sorumlu olan asıl faille rücu etme olanağı bulunmamaktadır. Bu kişi ayrıca zarar gören kişiye karşı sorumsuzluk anlaşmasına başvurma hakkını kaybetmekte ve her halükârda tazminat miktarının belirlenmesi sırasında olayda kusurlu olduğu hakim tarafından göz önünde bulundurulmaktadır. (KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 19, Ankara 2015, s. 330)

³⁰ Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında kusur ile hukuka aykırılık aynı anlama gelmemektedir. Zira hukuka aykırılık, kişinin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmamasıdır. Oysa hem sübjektif hem de objektif kusur teorisi uyarınca kusur, belirli bir iradeyi gerektirmektedir. Kusur, kusurlu eyleminin sonuçlarını öngörebilme ve bundan kaçabilme iradesine sahip olan kişinin bu yöndeki irade zayıflığıdır. Ancak yine de kusurdan bahsedilebilmesi için hukuka aykırı davranış bir ön koşuldur. (EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 18, Ankara 2015, s. 570 vd.)

verdikleri zararlardan kısmen dahi olsa sorumlu tutulmaları hakkaniyet ilkesinin bir gereği ve kusursuz sorumluluğun bir diğer görünümüdür. (TBK md. 65)

Başkalarının mal ve can güvenliğine zarar verme potansiyeline sahip olan tehlikeli faaliyetler ya da nesnelere söz konusu olduğunda bu faaliyetleri gerçekleştiren veya bu nesnelere kullanan kişiler de ortaya çıkan zarardan kusurları olmasa dahi sorumludurlar. (TBK md. 71) Bu kişiler, tehlike yaratan işletmeleri bakımından zararın doğmaması için her türlü önlemi aldıkları iddiasıyla kurtuluş kanıtı dahi getirememektedir. Tehlike sorumluluğu ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk halleri modern çağın, özellikle de sanayi ve teknoloji devriminin bir sonucudur. Kabul edilen belli başlı tehlike sorumluluğu hallerine araç işletenlerin kusursuz sorumluluğu (Karayolları Trafik Kanunu md. 85), çevreyi kirletenlerin kusursuz sorumluluğu (Çevre Kanunu md. 28), sivil hava araçlarının verdiği zararlardan sorumluluk (Türk Sivil Havacılık Kanunu md. 134) ve benzeri sorumluluk halleri örnek olarak gösterilebilir. Bunların yanı sıra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından ise md. 71'de genel bir tehlike sorumluluğu ilkesine yer verilmiştir. Bu madde yeni bir düzenlemedir. Bu maddeden önce de herhangi bir kanunda yer almayan ancak doktrin tarafından tehlike ilkesine dayandığı kabul edilen tehlike sorumluluğu türleri bulunmaktaydı³¹.

Hukuk sistemimizde, hâlihazırda, yapay zekâ kullanımı nedeniyle doğan zararlara özgü bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiş değildir. Bir diğer ifadeyle yapay zekâ içeren makinelerden sorumluluk adı altında bir kusursuz sorumluluk türü TBK'da veya diğer kanunlarda yer almamaktadır. Bu nedenle yapay zekânın kusursuz sorumluluğuna ilişkin ifade edilen görüşler mevcut hukuk açısından bu konuda somut bir yasal düzenleme yapılana kadar Türk Hukukunda uygulanabilir olmayacaktır. Ancak yapay zekânın hâlihazırda mevcut bir kusursuz sorumluluk türü içerisinde mütalaa edilmesi mümkün olabilir.

Bu noktada ilk seçenek yapay zekânın bir yardımcı kişi olarak görülmesi, dolayısıyla adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu ilkesinin tartışılması olabilir. Ancak bu sorumluluk türünün söz konusu olabilmesi için öncelikle

³¹ Örneğin üreticilerin sorumluluğu bu tür bir kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmekteydi. Tüketicilerin uğradıkları zararlardan üreticilerin kusursuz bir biçimde sorumlu olması, yeni ve bir nevi torba bir tehlike sorumluluğu ilkesinin TBK md. 71'deki düzenleme ile Türk hukukuna girmesi ile birlikte yasal dayanağa kavuşturulmuş oldu. Kanun yürürlüğe girmeden önce üreticilerin sorumluluğunun tehlike ilkesine dayanan bir kusursuz sorumluluk hali olarak görülmesi gerektiğini savunan iki önemli eser için bkz. KIRCA, Çiğdem, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara 2007, s. 97 vd.; HAVUTÇU, Aysel, **Türk Hukukunda Bir Örtülü Boşluk**, İstanbul 2005, s. 112 vd.

bir istihdam ilişkisi bulunmalıdır. İnsanlar akıllı makineleri kullanabilirler ve onları çalıştırabilirler. Ancak bu eylemin bir istihdam ilişkisi içerisinde olması için çalıştırılan makinenin de kendi haksız fiilinden kusurlu olarak sorumlu tutulabilecek olması; bir diğer ifadeyle öncelikle bir kişi olması gerekir. Zira TBK md. 66 anlamında kabul edilen adam çalıştırma ilişkisi budur.

Bu çerçevede ikinci olarak akla, hayvan tutucusunun sorumluluğu gelebilir. Zira hayvanlar Türk hukukunda bir kişi olarak kabul edilmemektedir. Dahası hayvanlar belirli bir zekâya, dürtülere ve içgüdüsel özelliklere sahiptir. Ancak yapay zeka kullanımından doğan sorumluluk hayvan tutucusunun sorumluluğu ile karşılaştırılmayacak kadar komplike bir sorumluluk durumudur. Zira yapay zekâ son derece gelişmiş bilişsel özelliklere ve son derece güçlü bir adaptasyon yeteneğine sahiptir.

Bu çerçevede akla gelebilecek bir diğer seçenek, bir binanın veya inşaa eserinin malikinin, o binanın veya inşaa eserinin yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacağını ifade eden TBK md. 69 vd. hükmüdür. Bu hüküm TBK md. 69'da yer alan koşullar varsa bu yapıların maliklerine karşı uygulanabilecek bir hükümdür. Dolayısıyla TBK md. 69, yapay zekâ içeren bir binanın, örneğin akıllı bir evin veya akıllı bir ofisin, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği söz konusu olduğunda doğrudan uygulanabilecek bir hükümdür. Ancak TBK md. 69'un uygulanması açısından evin akıllı veya sıradan bir ev olması herhangi bir fark yaratmayacağından, bu tespit konuya dair yeni bir bilgi içermeyecektir.

Yapay zekânın verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin mevcut yasal düzende belki de en çok akla gelebilecek olan, yapay zekâ içeren makinelerin kullanımdan doğan sorumluluğun tehlike sorumluluğu ilkesi ve özellikle üreticilerin sorumlulukları kapsamında değerlendirilmesi olabilir. Bir yapay zekânın verdiği zararlardan, özellikle de yapay zekâ arızalarında, tüketiciler nezdinde o yapay zekâyı üreten/işleten kişinin sorumlu olması şu an somut olarak uygulanabilir bir çözüm görünümündedir. Ancak yine de bu çözümlerden hiçbiri bize yeni bir şey önermez ve yapay zekânın ileri türlerine karşı tamamen işlevsiz ve hatta şu an mevcut olan türlerine karşı da yetersiz kalmaktadır. Bu açıdan yapay zekânın sorumluluğunun var olan kurallarla değil, yeni bir düzenleme yapılarak çözülmesi gerekmektedir. Bir yapay zekâ bir insanın ölümüne sebep olduğunda zarardan sorumlu olan kişi/kişiler o yapay zekâyı üretenler mi olacaktır? Peki ya o yapay zekâ kısmen de olsa kendi başına karar alabilen (*quasi-independent*) ve bu anlamda onu yaratan kişilerin üzerinde tam anlamıyla kontrol sağlayabileceği bir nitelik taşımayan ileri sınıf bir akıllı makine ise veya internet üzerinden çevrimiçi bir şekilde kimliği belirsiz ve tesadüfi şekilde sayısız birçok insanın kolektif çabası ile meydana getirilmişse; sorumluluk kime ait olacaktır?

B. Yapay Zekânın Kusursuz Sorumluluğu

Yapay zekâ kullanımından doğan hukuki sorumluluğa işaret eden kapsamlı ilk somut hukuki metin, Avrupa Parlamentosu Raporudur. Bu Rapor ilk olarak yapay zekâyâ elektronik kişilik olarak adlandırılan bir kişilik vermeyi, sonrasında ise yapay zekânın verdiği zararlardan sorumluluğun kime ait olacağına ilişkin yeni bir kusursuz sorumluluk türünü öngörmektedir.

Aslında yapay zekânın bilişsel özellikleri ve öngörülemez adaptasyon yeteneği nedeniyle ve özellikle de yapay zekânın kullanım alanları düşünüldüğünde yapay zekâ kullanımının tehlikeli bir faaliyet olarak görülmesi ve yapay zekânın kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda kusur sorumluluğu ilkesi yerine tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk türü önerilmesi veya belki de başka açıdan yapay zekâyı kullanan kişilerin zararın doğmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermeleri gerektiği vb. düşüncelerle, yapay zekâ ile ilişkili bir kusursuz sorumluluk hali zaten konu üzerinde düşünen her medeni hukukçu tarafından önerilebilirdi. Ancak Raporda önerilen kusursuz sorumluluk hali düzenlemesinin ayrıntısı incelendiğinde, Rapordaki kusursuz sorumluluk halinin kendine özgü bir kusursuz sorumluluk hali olduğu, bazı nüanslar içerdiği ve asıl önemlisi de ancak Raporun diğer bir önerisi olan yapay zekâyâ bir kişilik verilmesi önerisinin kabul edilmesi halinde anlam ifade edeceği görülmektedir. Zira Rapor yapay zekâyâ özgü yeni ve üçüncü bir tür kişilik olan elektronik kişilik önerisinde bulunurken aslında yapay zekâyı haklar bakımından insanlarla eşit düzeye getirmeyi değil; yapay zekâ kullanımının verdiği zararlardan sorumluluğun nasıl daha adil bir biçimde düzenlenebileceğine yönelik kurallar belirlemeyi amaçlamaktadır.

Rapora göre, daha zeki yapay zekâ türleri toplumun her kesimini etkileyecek yeni bir endüstri devrimine işaret etmektedir. Böyle bir konjonktürde yasa koyucuya düşen görev yapay zekânın hukuki etkilerini yeni teknolojik gelişmeleri engellemeyecek bir biçimde gözden geçirmektir. Yapay zekâ gittikçe daha otonom bir hale geldikçe, yapay zekânın üretici, sağlayıcı, satıcı, kullanıcı ve benzeri aktörlerin elindeki basit, sıradan teknolojik aletler olarak görülmesi de güçleşmektedir. Bu nedenle sorumluluk hukukundaki mevcut kurallar özellikle de zararın belirli bir insanın zarar verici eylemi ile doğrudan ilişkilendirilemediği hallerde yetersiz kalmaktadır. Rapor, yapay zekânın birçok yönü olduğuna işaret etmekle birlikte, özellikle de yapay zekânın hukuki sorumluluğunun belirlenmesinin önemli olduğunu ve bu nedenle yapay zekâyâ ilişkin hukuki düzenlemelerin öncelikle özel hukuk konularından başlaması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu amaçla Rapor, akıllı otonom robotların sebep olduğu zararların tazmini için, yalnızca zarar ile yapay zekânın eylemi veya eylemsizliği arasındaki illiyet bağının ispatlanmasının sorumluluğun doğması için yeterli olduğu yeni bir tür kusursuz sorumluluk önerisi getirmektedir.

Dünyadaki mevcut sorumluluk hukuku düzenlemeleri uyarınca bugün için yapay zekânın kendi zarar verici fiilleri veya ihmali sebebiyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan yine kendisinin sorumlu olması söz konusu değildir. Sorumluluk özellikle de yapay zekânın bozulması, aksaması veya kontrolden çıkması gibi durumlar söz konusu olduğunda yapay zekânın üreticisine veya kullanıcısına ait olmaktadır. Ancak yapay zekâ otonomlaştıkça ve öngörülemez adaptasyon özellikleri doğrultusunda çevresi ile etkileşime geçtikçe, sorumluluğa ilişkin yürürlükteki kurallar yeterli gelmeyecektir. Bu nedenle Rapor, özel bir tür kusursuz sorumluluk hali öngörmektedir.

Raporun öngördüğü düzenlemeyi, özel bir tür kusursuz sorumluluk hali olarak algılamaktayız. Zira yapay zekâ için öngörülen bu kusursuz sorumluluk hali borçlar kanunlarında yer alan mevcut kusursuz sorumluluk türlerinden farklı bir görünüm arz etmektedir. Bu nitelendirmemizin iki temel nedeni bulunmaktadır. Birincisi Rapor uyarınca bu sorumluluk yapay zekâyâ verilen komutların düzeyi ve yapay zekânın karar alma özerkliği ile orantılı olmalıdır. Buna göre, yapay zekânın öğrenme kapasitesi veya özerkliği arttıkça, yapay zekânın fiilleri veya eylemsizliği nedeniyle ortaya çıkan zararlardan son kertede sorumlu olacak gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğu azalmalıdır. O halde aslında teorik olarak, gelecekte geliştirilmesi tamamlandığında, kendi bilincinin farkında olan ve tamamen otonom bir robotun verdiği zararlardan gerçek veya tüzel kişilerin herhangi bir biçimde sorumluluğu kalmayabilir. Dolayısıyla bu kusursuz sorumluluk hali ara bir geçiş formu gibi orada durmakta ve teknolojinin gelişimi ile beraber ileri derecede zeki yapay zekâ türleri yaratıldığında teorik olarak yalnızca yapay zekânın kendisinin sorumlu olacağı bir duruma evrilebilme potansiyelini barındırmaktadır. Rapor kanımızca teknolojik gelişmelere açık bir metindir. Bu anlamda Raporun önerisi, yapay zekâ ileride ne kadar geliştirilirse gelişsin eskimeyecek; gündeme alınan bu yeni kusursuz sorumluluk ilkesi işlevsizleşmeyecektir. Belki kendi bilincinin farkında olan ve bu yüzden de artık kendi zarar verici eylemlerinden üreticisinin sorumlu olmayacağı yapay zekâyâ daha zaman vardır. Ancak Rapor, zarar verici eylemden sorumlu olacak kişinin sorumluluğunun yapay zekânın türüne göre gitgide azaldığı bir kusursuz sorumluluk hali tasarlarken, bu kusursuz sorumluluk halini, mevcut yasal düzendeki kusursuz sorumluluk hallerinden aynı zamanda önemli ölçüde farklılaştırmış olmaktadır. Raporun yapay zekâyı kişi olarak da kabul ettiğini düşünürsek, bu bir yapay zekâyı potansiyel olarak haklara ve borçlara ehil olmak bakımından insanlar ile tamamen eşit bir seviyeye getirmekten başka nasıl bir anlam taşıyabilir? Bu durum, idare ettiği hayvanın verdiği zararlardan kusursuz bir biçimde sorumlu olan hayvan tutucusunun, kendi çatısı altında yaşayanların verdiği zararlardan sorumlu olan ev başkanının, istihdam ettiği işçisinin verdiği zararlardan sorumlu olan bir işverenin, kullandığı otomobil bir kazaya karışan araç işletenin veya işlettiği

işletme çevreye tehlike arz eden işletme sahibinin kusursuz sorumluluğundan önemli ölçüde farklı değil midir?

İkinci olarak, bu kusursuz sorumluluk türü kanımızca başka bir açıdan daha mevcut kusursuz sorumluluk düzenlemelerinden oldukça farklıdır. Zira Rapor uyarınca, yapay zekânın verdiği zararların tazmin edilebilmesi için özel bir tazminat fonu tarafından desteklenen zorunlu bir sigorta sisteminin kurulması gerekmektedir. Bu son önerinin sigorta hukuku ve mevcut sigorta sistemleri bakımından da çığır açıcı bir nitelikte olduğu; ancak bu sistemin nasıl uygulanacağına açıklığa kavuşturulması için uygulamaların yaygınlaşması gerektiği aşikârdır. Örneğin sigorta primlerinin üretici veya işleten veya kısmen yapay zekâyı kullanan kişi tarafından veya müteselsilen ödenmesi ve bu fonun devlet tarafından yürütülmesi gibi olasılıklar kanımızca tartışılabilir öneriler olabilir.

Raporun önerdiği bu yeni kusursuz sorumluluk hali özel bir kurtuluş kanıtı içermemekte, mevcut yasal sistemin eksik yönlerinden türemekte ve bunları bertaraf etmeyi hedeflemektedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu, yapay zekânın hukuki statüsü ve hukuki sorumluluğuna ilişkin ikisi bu çalışmada tartışılan önemli ve ayrıntılı açılımlar getirmektedir. Ancak yine de yapay zekâyâ yönelik doktrindeki ateşli tartışmaları nihayete erdirmeye gücüne sahip değildir. Zira Avrupa Parlamentosu'nun bu Raporu yalnızca tavsiye niteliği taşımakta ve ülkeler açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yine de Rapor, yapay zekâ konusunda bu kapsamda ilk somut uluslararası metin olması bakımından son derece büyük bir önemi haizdir. Nitekim bazı ülkeler yapay zekâyâ kişilik vereceklerine yönelik açıklamalar yapmaya başlamıştır. Örneğin Estonya Hükümeti, yapay zekânın önümüzdeki bir-iki yıl içerisinde kişilerin malvarlığı değerleri içerisinde yer alan bir eşya olarak nitelendirilmeyeceği yasal bir statüye tabi tutulacağı ve bu durumun da yapay zekânın kazaya karışması halinde sorumluluğun nasıl düzenleneceğinin tespitini kolaylaştıracağını açıklamıştır³². Bir başka örnek olarak Hanson Robotics'in Sophia adlı robotuna yakın bir zamanda Suudi Arabistan tarafından vatandaşlık verilmesi ve Sophia'nın bir ülke vatandaşlığına geçen ilk robot olma ünvanı kazanması verilebilir³³. Yine, daha yakın bir zamanda Japonya'da bulunan Mirai isimli bir chatbota, Tokyo'ya bağlı yaklaşık 224.000 nüfuslu Shibuya adlı yerleşim yeri

³² <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article4965922/Estonia-working-giving-robots-AI-legalstatus.html> [Erişim 01.12.2018]

³³ <https://www.livescience.com/60815-saudi-arabia-citizenrobot.html> [Erişim 01.11.2017]

tarafından oturma izni verilmiştir³⁴. Tüm bu örnekler istisnai görülebilir; ancak Raporda yer alan elektronik kişilik ve özel bir tür kusursuz sorumluluk önerileri ile beraber düşünüldüğünde, aynı zamanda bize dünyanın geri kalanının gelecekte atacağı muhtemel adımların yönünü de göstermektedir.

Ancak bir yapay zekâya kişilik verilmesi hukuken ne anlama gelmektedir? Yapay zekânın elektronik kişi olarak adlandırılması halinde gelecekte ne olacaktır?

Bu sorulara bugün kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Zira ülkelerin bu öneriyi benimseyip benimsemeyeceği veya ne yönde ve ne ölçüde iktibas edeceği meçhuldür. Bununla birlikte, teorik olarak yapay zekâya elektronik kişilik verilmesi önerisinin bu kişiliğin sınırlarına ilişkin bazı çekinceler ve istisnalar konmadan³⁵ kabulü halinde, şu sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir:

Öncelikle yapay zekâya bir kişilik verilmesi halinde yapay zekâ kendi başına haklara, borçlara ve belirli bir malvarlığına sahip olan bir hukuk süjesi haline gelecek ve bir eşya olarak nitelendirilmesi söz konusu olmayacaktır. İkinci olarak, yapay zekâ kendi başına sözleşme ilişkisi kurabilecek, insanlar adına onların temsilcisi sıfatıyla sözleşme akdedebilecek ve tüketici sıfatıyla kendi devamını idame ettirebilmek için alışveriş hayatına girebilecektir. Üçüncüsü, bir davada taraf olabilecek veya bir davada bir tarafı temsil³⁶ edebilecektir. Dördüncüsü, vergi mükellefi olabilecek ve ayrıca bununla bağlantılı olarak bir ülkenin vatandaşlığına geçmesi yaygın bir uygulama halinde mümkün olabilecektir. Yapay zekâya bir kişilik verilmesi halinde yapay zekâ ayrıca istihdam edilebilecek, sigorta lehtarları olabilecek ve Raporda ayrıntısıyla tartışıldığı gibi kesinlikle kendi verdiği zararlardan sorumluluğu kısmen dahi olsa söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte yapay zekânın birbirinden tamamen farklı özellikler içeren türleri olduğu düşünüldüğünde elektronik kişiliğin ve bununla bağlantılı olarak bazı hakların bu türlerin her birisine eşit derecede verilmesi veya bu türlerin

³⁴ <http://www.iflscience.com/technology/japan-has-just-granted-residency-to-an-ai-bot-in-a-world-first/> [Erişim 26.02.2018]

³⁵ Örneğin yapay zekânın tıpkı tüzel kişiler gibi yaratılış gereği insana has olan özelliklere sahip olamayacağı vb. bazı genel çerçevelere ihtiyaç duyulması söz konusu olabilir.

³⁶ Günümüzde yapay zekâ avukatlar bulunmaktadır. Örneğin IBM şirketinin Ross isimli yapay zekâsı bir Amerikan hukuk şirketi tarafından satın alınmıştır ve Ross hukuk uyumsuzluklarında aktif bir biçimde kullanılmaktadır. (<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3589795/Your-AI-lawyer-IBM-s-ROSS-world-s-artificially-intelligent-attorney.html>). Yine İngiliz DoNotPay şirketinin yapay zekâ kullanarak ürettiği bir chatbot, internet üzerinden kendisine gelen park cezası şikâyetlerine ilişkin olarak iki yılda sayısız dava kazanmıştır. (<https://www.theverge.com/2017/7/12/15960080/chatbotai-legal-donotpay-us-uk>) [Erişim 31.01.2018] Bu iki örnek, aynı zamanda dünyanın ilk yapay zekâ avukatları olarak anılmaktadır.

hepsinin üçüncü kişilere verilen zararlardan sorumlu olması söz konusu olmamalıdır. Zira yapay zekâ tek bir anlam içermemekte ve bir dizi unsurun etkisiyle farklılaşan katmanlı bir kavram görünümü taşımaktadır. Bu açıdan aşağıda yer alan şema³⁷ referans noktası olarak ele alınabilir:

	Ayrı Bir Kişilik	Mülkiyet Hakkı	Temel Haklar	Sorumluluk
I. Tür(Reaktif)	YOK	YOK	YOK	YOK
II. Tür (Sınırlı Hafıza Kapasitesi)	VAR	YOK	YOK	VAR*
III. Tür (Zihin Kuramı)	VAR	YOK	YOK	VAR*
IV. Tür (Kendi Bilincinin Farkında)	VAR	VAR	VAR	VAR**

* Eğer yapay zekânın verdiği zararların tazmini için yapay zekâ adına bir sorumluluk sigortası yapılmışsa
** Aynı zamanda bir vergi mükellefi

Yapay zekânın kişiliğine ve sorumluluğuna ilişkin sorunların çeşitlendirilmesi ve çok daha ilginç hale getirilmesi mümkündür. Zira yapay zekâ konusu aynı zamanda etik bir tartışmadır.

Örneğin, eğer yapay zekâ bir suç işlese cezası ne olacaktır? Hapse atmak veya biraz ironik olmakla birlikte fişini çekmek mümkün bir ceza olabilir mi? Bu bakımdan yapay zekânın cezai sorumluluk boyutu daha çetrefillidir. Nitekim belki biraz da bu yüzden Avrupa Parlamentosu, Raporunda özel hukuk sorunlarından başlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Tartışılan bir diğer etik konu ise gelecekte akıllı bir robot ile evlenebilmenin mümkün olup olmayacağıdır. Evliliğin birçok hukuk sisteminde karşı cinsten iki insan arasında olan bir sözleşme olarak tanımlandığı ve aynı cinsten insanların evliliklerinin dahi çoğunlukla mümkün olmadığı bir dünyada bir robot ile evlenmek bir hukuk düzeni açısından ne ölçüde ciddiye alınabilir bir tartışmadır? Dahası evliliğin çocuk sahibi olma gibi sonuçları olduğu düşünüldüğünde sürdürülen bu tartışma gelecek nesiller açısından ne ölçüde etikdir?³⁸ Daha ilginç bir diğer

³⁷ Bkz. ALEXANDRE, s. 57.

³⁸ Araştırmacılar, insan-robot evliliklerinin 2050 yılında mümkün olacağını belirtmektedirler. Bkz. <http://fortune.com/2016/12/26/human-robot-love-marriage-relationships/>. Ancak bugün dahi dünyanın bazı yerlerinde kişilerin özellikle birlikte yaşadıkları seks robotları ile

soru olarak; eğer bir küçüğün gözetimi bir yapay zekâ robotuna bırakılsa ve bu sırada küçük bir zarar görse, bu zarardan kimin ne ölçüde sorumluluğu olur? Bu sorumluluk o çocuğu en başta bir robota bırakma kararını alan veliye mi, o robotun üreticisine veya satıcı/sağlayıcısına mı veya Raporu göz önünde bulundurursak kısmen veya tamamen o çocuğun bakıcısı olan robotun kendisine mi ait olur veya bu sorumluluk bir müteselsil sorumluluk olarak mı kabul edilmelidir? Daha da önemli bir başka soru; yapay zekâyâ evinizi koruması veya ülkeyi savunması gibi güvenlik gerekçeleri için dahi olsa insanları öldürme yetkisi vermek ne ölçüde etik olur? Veya iyi bir amaç için insanları öldürmesi meşru görülen yapay zekânın çatışmanın sıcaklığında veya bir yanlışlık sonucunda masum bir insanı hukuka aykırı bir biçimde öldürmesi halinde sorumluluk kime ait olur?

Yapay zekâyâ ilişkin tüm bu soruların cevabı öncelikle yapay zekâyâ bir kişilik verilip verilmemesi ile ilgilidir. Ancak yapay zekânın aynı zamanda etik bir boyutu da vardır. Yapay zekânın hukuki statüsünün ve hukuki sorumluluğunun belirlenmesi, bu etik tartışmalardan bağımsız yürütülmemelidir ve sonunda seçilen hukuki formülün bu konuya ilişkin ahlaki bir pozisyon alınmadan cevaplanması kanımızca doğru değildir.³⁹

Yapay zekâyâ bir kişilik verilmesi özellikle Avrupa Parlamentosu'nun elektronik kişilik ve yeni bir tür kusursuz sorumluluk önerisinden sonra boyut değiştirmiştir. Ancak doktrinde bu konular hala yoğun bir biçimde tartışılmaktadır ve yapay zekânın bir eşya veya tüzel kişi olarak görülmesine yönelik görüşler hala dile getirilmeye devam etmektedir. Seçilen çözüm, yapay zekânın verdiği zararlardan doğan sorumluluğun ne yönde belirleneceğini de etkileyecektir.

Türkiye'de yapay zekâyâ ilişkin somut hukuki düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak dünyadaki yapay zekâ gelişmelerini takip etmek ve

evlenmek istediklerine dair bazı haberler sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır. Nitekim Çin'de bir kişinin kendi ürettiği bir robot ile evlendiği ve her ne kadar yasal olmasa da bunun tek örnek olmadığı bilinmektedir. Haber için bkz. <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/04/chinese-man-marries-robot-built-himself>. Yine Çin menşeli EXDOLL şirketinin yılda yaklaşık 5000 adet seks robotu sattığı ve bu robotların esprileri anlama ve tepki verme, basit komutlara uyma, ses tanıma ve bulaşık makinesini çalıştırmak gibi basit ev işlerini yerine getirme özelliklerine sahip olduğu açıklanmıştır. Yapay zekâ bu anlamda insanların cinsel tercihlerini dahi etkilemekte ve toplumsal olarak çok önemli sonuçlar doğurma potansiyeli taşımaktadır. Bkz. <https://www.dailystar.co.uk/news/latest-news/679069/china-sex-doll-robot-factory-pictures-exdoll-dalian-news> [Erişim 22.02.2018]

³⁹ Bazı etik tartışmalar için bkz. LIN, Patrick/ABNEY, Keith/BEKEY, George, "Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world", **Artificial Intelligence**, S. 175, 2011, s. 942-949, (https://ac.els-cdn.com/S0004370211000178/1-s2.0-S0004370211000178-main.pdf?_tid=56fd179c-17c4-11e8-bca5-00000aacb360&acdnat=1519299447_f038f3cce27a7ec164e979464622ce93) [Erişim 22.02.2018]

teknolojik yenilikleri yakalamak, aynı zamanda bu konuların hukuki yönlerinin degözden kaçırılmaması ile mümkündür. Bu nedenle Türkiye’de de yapay zekâyâ ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması ve özellikle de yapay zekânın hukuki statüsünün ve hukuki sorumluluğunun ne olacağı sorusunun bu konuya ilişkin alınacak ahlaki pozisyonun çerçevesinde ivedi bir biçimde cevaplandırılması gerekmektedir.⁴⁰ Bu çerçevede, yapay zekânın bir kişi olarak mı yoksa bir eşya olarak mı görüleceği, Avrupa Parlamentosu’nun elektronik kişilik kavramının benimsenip benimsenmeyeceği, yapay zekânın verdiği zararlardan kimin/ kimlerin ne ölçüde sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun türünün ne olduğu, yine Avrupa Parlamentosu’nun kusursuz sorumluluk önerisinin iç hukuka aktarılıp aktarılmayacağı ve dahası yapay zekânın denetiminin nasıl yapılacağı, bir diğer ifadeyle hayatımızın hangi alanının yapay zekâ tarafından düzenlenip hangi alanın etik olarak yapay zekânın alanına girmemesi gerektiği⁴¹ gibi soruların somut olarak sorulması gerekmektedir. Böylelikle ileride yapay zekâ kullanımının artması ve yapay zekânın hayatımıza giderek artan bir biçimde entegre olması sonucunda yapay zekâ fikrine aşına olduğumuzda karşılaşmamız kuvvetle olası olan hukuki sorunların Türkiye’de de yasal bir düzenlemeye kavuşturulması ve uluslararası düzenlemelere uyumlu bir mevzuatın mevcut olması sebebiyle yapay zekâ alanındaki yatırımların Türkiye’de de hukuki güvenlik ortamı içerisinde atılması ve bu sayede yatırımların ve yatırımcıların teşvik edilmesi mümkün olabilecektir.

⁴⁰ Bu konuda Samsun Barosu’nun “Samsun Barosu Yapay Zekâ ve Hukuk Çalışma Grubu” adı altında bir çalışma yürüttüğü ve bu çalışma grubunun Türk Medeni Kanunu’na gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra “*insansılar*” başlıklı yeni bir ek yapılması amacıyla “*Medeni Kanun 2.0*” adlı bir kanun taslağı üzerinde çalıştığı ve bu taslağı 2023 yılında TBMM’ye sunmayı hedeflediği ifade edilmektedir. (<https://tr.sputniknews.com/yasam/201711101030945810-medeni-kanun-robot/>) [Erişim 22.02.2018]

⁴¹ Bu konuda şu gibi başlıklar akla gelebilir: İnsanlığın özgürlüğünün robotlara karşı savunulması, insanların robotlar tarafından manipüle edilme riskinin bertaraf edilmesi, insanlar arası sosyal bağların kopmasının engellenmesi, insanlar arasında robotbilimi gelişmelerine erişimde eşitlik, robotlar tarafından işlenen kişisel bilgilerin korunması, insanların robotlar tarafından öldürülmesinin önlenmesi, robotlar tarafından sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanmak istememe hakkının kişilere tanınması vb.

KAYNAKÇA

ALEXANDRE, Felipe Maia, “The Legal Status of Artificially Intelligent Robots” (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466)

BAYAMLIOĞLU, Emre, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, B.1, İstanbul 2008.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Robot Hukuku”, TAAD, Yıl. 7, S. 29, 2017, 85-223.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru/**BAK**, Başak, “Yapay Zekâ”, Futurist Hukuk, İstanbul 2018.

CALO, Ryan, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, California Law Review, S. 103, 2015.

ÇEKİN, Mesut Serdar, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl. 9, S. 33, 2018, 283-301.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2009.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 18, Ankara 2015.

HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Bir Örtülü Boşluk, İstanbul 2005.

HINTZ, Arend, “Understanding The Four Types of AI, From Reactive Robots to Self-Aware Beings”, (<https://theconservation.com/understandig-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616>)

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara 2015.

KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

LI, Deyi /**DU**, Yi, Artificial Intelligence with Uncertainty, New York 2007.

LIN, Patrick/**ABNEY**, Keith/**BEKEY**, George, “Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world”, Artificial Ingelligence, S. 175, 2011, 942-949.

MCCARTHY, John “Epistemological Problems of Artifical Intelligence”, 1977.
(<https://www.cs.ucf.edu/~dcm/Teaching/COT481Spring2011/Presentations/epistemological.pdf>)

MILLINGTON, Ian/**FUNGE**, John, Artifical Intelligence For Games, B.2, New York 2009.

REPORT WITH RECOMMENDATIONS TO THE COMMISSION ON CIVIL LAW RULES ON ROBOTICS, European Parliament, (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN>)

RICHARDS, Neil M., “How should the law think about robots?”, We Robot 2012, Inagural Conference on Legal and Policy Issues Relating to Robotics, April 21-22, 2012, University of Miami School of Law. (http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf)

TORRANCE, Mark, “AI vs Machine Learning vs Deep Learning”. (<https://www.youtube.com/watch?v=3WhpAKJcggl>)

YETİM, Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2016, 127-184.

WENG, Yueh-Husuan/**CHEN** Chien-Husuan/**SUN**, Chuen Tsai, “Toward the Human-Robot Coexistence Society: On Safety Intelligence for the Next Generation Robots”. (https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/1/)

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.bbc.com>

<http://www.dailymail.co.uk>

<https://www.dailystar.co.uk>

<http://www.differencebetween.com>

<http://www.europarl.europa.eu>

<https://www.futurism.com>

<http://www.iflscience.com>

<https://www.internetsociety.org>

<https://www.livescience.com>

<https://www.reuters.com>

<https://www.theguardian.com>

<http://www.telegraph.co.uk/technology>

<https://www.theverge.com>

TÜRKİYE’DE ENGELLİ HAKLARI VE ENGELLİLER HUKUKU’NUN DURUMU

Disabilities Rights in Turkey and Status Of The Disabled Law

Dr. Mahmut ÇİTİL¹ - Av. Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ²

Geliş Tarihi: 05.02.2018

Kabul Tarihi: 08.05.2018

ÖZET

Bu çalışmanın amacı dünyada ve Türkiye’de engelli haklarının gelişimi ve mevcut durumunu ortaya koymak ve bu doğrultuda Türkiye’deki engelliler alanındaki hukuk çalışmalarını değerlendirmektedir. Çalışma kapsamında engelli haklarının tarihsel gelişimi ve toplumsal temelleri, uluslararası düzenlemelerde engellilerle ilgili gelişmeler, günümüzde engelli haklarının yasal dayanakları ele alınmıştır. Bunların yanı sıra Türkiye’de “Engelli Hukuku” alanında yapılan bilimsel çalışmalar, kamu hizmetleri ve başta Hukuk Fakülteleri olmak üzere üniversitelerin bu konudaki durumu incelenmiştir. Ortaya koyulan bulgular dünyadaki genel durumla kıyaslanarak Türkiye’de “Engelliler Hukuku” ve böyle bir alana duyulan ihtiyaç ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak engelliler hukuku alanına zemin oluşturacak ulusal ve uluslararası, doğrudan ve dolaylı birçok yasal düzenleme olduğu, buna rağmen engelli hakları ya da engelliler hukuku konusu Türkiye’de yeterli ilginin gösterilmediği söylenebilir. Bu kapsamda Türkiye’de bilim insanlarının engelli hukuku konusunda çok az sayıda araştırma yaptıkları, hukuk fakültelerinde bu konunun çok sınırlı şekilde ele alındığı ve pratik alanlarda çok az hizmet sunulduğu anlaşılmaktadır. Başta hukukçular olmak üzere engelli hakları alanında toplumsal duyarlılığın artması engellilerin hak ettikleri bir yaşam standardına ulaşmalarında katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Engelli, Hukuk, Engelli Hakları

ABSTRACT

The aim of this study is to assess the development of the rights of people with disabilities in the world and in Turkey, moreover, to evaluate the legal studies in the field of disabilities in Turkey. In the content of this study, the historical development and social foundations of the rights of people with disabilities, the legal developments which are related to the disability in the international regulations and nowadays, the legal basis of disability rights are discussed. In addition to these, scientific researches about the field of “disability laws” in Turkey, public services and situation of universities notably faculties of law have been examined. Findings have been compared with the general situation of on the world. Besides, “disability laws” in Turkey and to what extent people need this field have been revealed. As a result, there are significant number of direct and indirect, national and international legislative regulations which can constitute to base of disability laws. However, it can say that in Turkey, there is not enough interest about the field of disability laws and rights of people with disabilities. In this context, it is understood that in Turkey, there are few researches have been done by scientist, this field has been approached very limitedly in faculties of law and in practise fields there are slight supports have been provided. Increasing social awareness in the field of disability rights, particularly among legal persons, will contribute to achieve a standard of life that people with disabilities deserve.

Keywords: Disabilities, Law, Disabilities Rights

¹ Gazi Üniversitesi, Gazi Eğitim Fakültesi, Özel Eğitim Bölümü, mcitil@gazi.edu.tr

² Avukat, Ankara Barosu, mkucuncu@gmail.com

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı dünyada ve Türkiye’de engelli haklarının gelişimi ve mevcut durumunu ortaya koymak ve bu doğrultuda Türkiye’deki engelliler alanındaki hukuk çalışmalarını değerlendirmektedir. Bu kapsamda bu çalışmanın dayandığı temel iddia Türkiye’de engelliler hukuku konusuna yeterli ilgilinin gösterilmemiş olmasıdır. Türkiye’de hukuk ile ilgilenen disiplin alanlarında engellilere yönelik sistematik bir yaklaşımın yetersiz olduğu söylenebilir. Bu çalışma kapsamında engelli haklarının tarihsel gelişimi ve toplumsal temelleri, uluslararası düzenlemelerde engellilerle ilgili gelişmeler, günümüzde engelli haklarının yasal dayanakları ele alınmıştır. Bunların yanı sıra Türkiye’de “Engelli Hukuku” alanında yapılan bilimsel çalışmalar ve karşılaştırmalı olarak başta Hukuk Fakülteleri olmak üzere üniversitelerin bu konudaki durumu incelenmiştir. Sonuç olarak dünyadaki genel durumla kıyaslanarak Türkiye’de “Engelliler Hukuku” ve böyle bir alana duyulan ihtiyaç ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

I. ENGELLİ HAKLARININ TARİHSEL, TOPLUMSAL VE YASAL TEMELLERİ

Toplum bireylerden oluşan bir yapıya sahiptir. Ancak toplum; grup ve topluluk düzeyini aşan daha geniş bir içerikle düşünülebilir. Buna göre toplum; Alman Toplumunu, Türk Toplumunu ve Doğu Toplumunu örneklerinde olduğu gibi geniş ve demografik bir çoğunluğu, milli, medeni bir farklılaşmayı ifade etmektedir.³ Öyle ki her toplum çeşitli grup ve topluluğun bir araya gelmesiyle ortaya çıkan mikro öğelerin oluşturduğu makro bir yapıyı temsil etmektedir. Göreceli olsa da her toplumun fertlerinin benzer özellikleri olabilir. Örneğin İskandinavya’daki çoğu insan sarışın, Japonya’daki çoğu insan ise çekik gözlüdür. Toplumların ya da toplulukların belli özellikler etrafında şekillendiği söylenebilir ancak bir toplumu oluşturan bireylerin tümünün aynı özelliklere sahip olması beklenemez. Bu kapsamda her toplumda çoğunluk genel bir ortalama (norm) olsa da bunun üstünde ve altında da bir dağılım bulunabilir. Örneğin bir toplumda ortalama boya sahip olan büyük çoğunluğun yanı sıra çok uzun boylular ya da çok kısa boylular olabilir. Bu dağılım normal dağılım eğrisi olarak ifade edilebilmektedir. Bunun yanı sıra toplumun büyük kesimi fiziksel ve zihinsel olarak sağlıklı olsa da her toplumda bilişsel, fiziksel, duyuşsal ve sosyal açıdan özel gereksinimli bireyler bulunmaktadır. Doğal olarak da insanlık var olduğu günden bu yana toplumda engelli bireylerin de var olduğu söylenebilir. Engelliler çeşitli toplumsal tabakalarda yer almakla birlikte benzer yaşamsal sorunları olan bir toplumsal grup olarak kabul edilebilir. Engellilik durumu ise bu toplumsal yaşam içerisinde toplumsal bir olgu olarak ele alınması gereken bir ihtivaya sahiptir.

³ Doğan, İsmail; **Sosyoloji: Kavramlar ve Sorunlar**, 11. Baskı, PegemA Yayıncılık, 2012, s.69.

En genel tanımıyla *engellilik*; duyu organlarının zedelenmeye bağlı olarak işlevlerinde gözlenen kayıpların ortaya çıkardığı yetersizlikten etkilenme nedeniyle bireyin çevreyle etkileşimde karşılaştığı problem durumudur.⁴ Bu tanımda *zedelenme* bireyin, doğum öncesi, doğum anı ve doğum sonrası oluşan çeşitli etmenlerle, organlarının işlevlerini yerine getirmede ve görevlerini yapmada etkili olan zorlanım durumunu, *yetersizlik* ise zihinsel, fiziksel, davranışsal ya da duyu organlarının zedelenmeye bağlı olarak tüm ya da kısmen işlevlerinde gözlenen kayıpların ortaya çıkardığı durumu ifade etmektedir.⁵ Örnek verilecek olursa bir kişinin kaza geçirmesi sonrasında omurgasının zarar görmesi zedelenme, bu zedelenmeye bağlı olarak yürüyememesi ise bedensel yetersizlik durumudur. Fakat bir kişinin engelli olarak kabul edilebilmesi için çevresel faktörlerin ve toplumsal algının yetersizliğe karşı ortaya bir engel koyması gerekmektedir. Örneğin bedensel yetersizliği olan bir çocuk spor ve oyun alanında sorun yaşarken, sınıfında hiçbir sorunla karşılaşmayabilir. Daha net bir şekilde açıklamak gerekirse binaların girişleri, tuvaletler, sınıf ortamı gibi yerler tekerlekli sandalye kullanan bir vatandaşın rahatça dolaşabileceği donanımlardan yoksunsa ve bu kişinin yapmak istediği bütün işlerin çevresinde bunu zorlaştıran engeller varsa o kişi engellidir. BM Engelli Hakları Sözleşmesinde ise doğrudan bir engellilik tanımı olmamakla birlikte *“Engelliliğin verilen bir kavram olduğunu ve engelliliğin sakat kişilerin, onların diğer bireyler ile birlikte eşit bir temelde topluma tam ve etkili katılmalarına olanak tanımayan tutumlar ve çevre koşullarla etkileşiminden kaynaklandığını”* taraf devletlerin tanınması gereğine vurgu yapılmıştır. Bu vurgu da yukarıdaki engelli tanımıyla kıyaslandığında bireyle çevre arasındaki etkileşimi esas alması bakımdan benzerdir.

Engellilik kavramı son dönemde daha sık tercih edilen bir kavram olmasına rağmen toplumda yetersizlikten etkilenmiş bireyleri tanımlamak amacıyla çok çeşitli kavramların (sakat, özürlü vb.) kullanıldığı görülmektedir. Örneğin son döneme kadar başta hukuk alanı olmak üzere birçok yerde engelli kavramı yerine özürlü kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁶ Ancak özürlü kavramının kullanılması var olan hukuki ve sosyal durumu ifade etmekte yetersiz kalmaktadır. Zira özür ve yetersizlik gibi kavramların bireyleri etiketlediğini ve bireyin içsel ve fiziksel durumu üzerinden gelişen kavramlar olduğunu söylemek mümkündür. Ancak engel kavramı, bireyin özür veya yetersizliğinden değil de çevresel faktörlerin ve toplumsal algının etkisinden bahsetmesi

⁴ Çitil, Mahmut; **Türkiye’de Özel Eğitim: Tarihsel, Politik ve Yasal Gelişmeler**, 2017a, s.26.

⁵ Ataman, Aşegül; **Özel Gereksinimli Çocuklar ve Özel Eğitime Giriş**, Gündüz Yayıncılık, Ankara 2003, s.15.

⁶ 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1’inci maddesiyle başta Engelliler Kanunu olmak üzere mevzuatta “özür/özürlü” gibi kavramlar yerine “engel/engelli” kavramlarının kullanılmasına başlanmıştır.

açısından dışsal bir içeriğe sahiptir.⁷ Bu nedenle bu çalışmada “engel” kavramı temel kavram olarak kullanılmıştır. Fakat ayrıca belirtmek gerekir ki başta eğitim bilimleri olmak üzere son dönemde ise engelli bireylere daha yumuşak bir yaklaşımla “özel gereksinimli” bireyler de denilmektedir.

Engelli bireylerin varlığı ve durumu ile ilgili bilgiler milattan önceki çağlara kadar uzanmaktadır. Fakat engelli bireylerin tarihsel süreç içerisinde ciddi zorluklar yaşadıkları görülmektedir. İkel toplumlarda savaş ve avlanma gibi önemli durumlarda bireyin bir işe yaraması gerektiği düşünüldüğünden insanların beden gücü ve sağlığına önem verilmiştir.⁸ Bu nedenle bu eski toplumlarda engelli bireylere olumsuz tepkiler gösterilmiş, savaş ve üretime katılabilmeleri beklenemeyecek durumda doğanların hemen ortadan kaldırılması durumuna gidilmiştir.⁹ Avrupa toplumlarında ise ilk çağlardan orta çağa kadar engelli bireyler uğursuz ve gereksiz sayılmış, kendi aileleri tarafından sokağa atılmış, toplumdan dışlanmış ve hatta öldürülmüşlerdir.¹⁰ Öyle ki Roma gibi bazı toplumlarda ebeveynler engelli doğan çocuklarını öldürme hakkına sahipken; Sparta gibi bazı toplumlarda bu görevi devlet yürütmüştür.¹¹ Ortaçağa kadar geçen bu karanlık döneme, engellilerin toplumsal konumu açısından “moral / ahlaki model” denilmektedir. Bu bakış açısının temelinde engelli olma durumu; engelli insanların, kendilerinin ya da ailelerinin bazı günahlarından dolayı bu duruma maruz kaldıkları düşüncesine dayanmaktadır. Engelliliği doğrudan günahkârlık ve kötülüğe bağlayan “moral / ahlaki model” yaklaşımına göre engellilik ahlaki çöküntüden, insanın içindeki “şeytan” veya “ahlaksızlığın” dışı vurumudur.¹² Bu yaklaşımın hâkim olduğu ilkçağdan Hristiyanlığın yayılmasına kadar geçen sürede engelli bireyler kötü muamele görmüş, toplumsal haklardan faydalandırılmamış, dışlanmışlardır. Hristiyanlığın ve ardından İslamiyet’in yayılmasıyla birlikte engelli bireylere

⁷ Doğan, İsmail, Çitil Mahmut; *Engelli Çocuk ve Ergenlerine Sosyolojik Bir Yaklaşım*, A. Kulaksızoğlu (Haz.), *Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı* içinde, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s.31.

⁸ Enç, Mithat; *Görme Özürlüler (Gelişim, Uyum ve Eğitimleri)*, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara 2005, s.11.

⁹ Enç, a.g.e, s.11.

¹⁰ Gök, Süleyman; *Dünyada ve Türkiye’de Sağır, Dilsiz, Okulları Tarihçesi ve Eğitim Sistemi*, Hüsnütabiat Matbaası (Türkiye Sağır, Dilsiz ve Körler Tesanüt Cemiyeti Neşriyatı) İstanbul, 1958, s.6; Bakınız; Çitil Mahmut; *Cumhuriyetin İlanından Günümüze Türkiye’de Özel Eğitim*, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s.4.

¹¹ Akçamete, Gönül; *Genel Eğitim Okullarında Özel Gereksinimi Olan Öğrenciler ve Özel Eğitim*, 3.Baskı, Kök Yayıncılık, Ankara 2010, s.46; Mahmut Çitil, *Yasalar ve Özel Eğitim*, Vize Yayıncılık, Ankara 2012, s.3.

¹² Arıkan Çiğdem; *Sosyal Model Çerçevesinde Özürlülüğe Yaklaşım*, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, 2, 1: 2002 s.11-25. Bakınız; Özgebek, Hatice Reyhan; *Türkiye’nin Engelliler Politikası Analizi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.8

yönelik bu kötü yaklaşımlar yerini ilgi, koruma ve şefkate bırakmaya başlamıştır.¹³ Böylece bazı dini kurumlarda, engelli bireylerin temel ihtiyaçları karşılanmaya başlanmıştır.¹⁴ Ancak 15. yüzyılın sonlarına kadar engelli bireyler ve özellikle işitme yetersizliği olan bireyler ağır ve yorucu işlerde çalıştırılmışlardır.¹⁵ 16. yüzyıldan sonra ise az da olsa engellilerin eğitiminde sistematik çalışmalar başlamış,¹⁶ bu bireylerin özel gereksinimlerinin olduğu gerçeği ancak 1800'lü yılların sonunda kabul edilmiş ve eğitilerek topluma kazandırılmaları süreci hızlanmıştır.¹⁷ Fakat bu çaba ve gelişmeler çok sınırlı düzeyde kalmıştır.

Engelli hakları gibi bir kavram oldukça yeni bir söylem olarak kabul edilebilir. Çünkü engelli bireylerin tarihsel süreç içerisinde uzunca bir süre toplumsal haklardan yararlanamadıkları görülmektedir. Engelli bireylerin temel haklarının uluslararası boyutta ancak ikinci dünya savaşından sonra ele alındığı anlaşılmaktadır. Çünkü savaş sonrası dönemde özellikle Avrupa'da engelli bireylerin sayısı ve işgücü açığı artmış, böylece engelli bireylerin rehabilitasyonu ve istihdamı önem kazanmıştır.¹⁸ Yirminci yüzyılın ikinci yarısında Batı toplumlarında insan hakları ve demokrasinin önemi tartışılmaya başlanmış ve bu tartışmalar engelli bireylerle ilgili gelişmeleri etkilemiştir.¹⁹ Örneğin ABD'de engelli çocuğa sahip aileler çocuklarının eğitimi için 1940'lı yıllardan itibaren organize olmaya başlamışlardır. Bunun sonucunda ABD'de Engelli Vatandaşlar Ulusal Birliği (The Arc), Birleşmiş Spastik Derneği, Öğrenme Güçlüğü Olanlar Derneği gibi sivil toplum örgütlerinin etkisiyle engellilerin haklarına ilişkin mevzuatın oluşturulmasına, devlet okullarının çocukları ile ilgili verdiği kararlara katılma, engellilere yönelik tutumların değiştirilmesi gibi engelli çocuk ve ailelerinin eğitim haklarının tesisi sağlanmıştır.²⁰ ABD'de bu gelişmeler yaşanırken Birleşmiş Milletlerin (BM) de bu dönemde ortaya koyduğu yaklaşım ve çalışmaların temel insan hakları bağlamında engelli bireylere olumlu etkileri olduğu söylenebilir.²¹ Yine bu dönem içinde 1954 yılında Amerikalı bir anne, engelli çocuğuna yönelik ayrımcılığa karşı yasal mücadele başlatmış, arkasından açılan benzer davaların etkisiyle de normalleştirme ve

¹³ Özsoy Yahya, Özyürek Mehmet ve Eripek Süleyman; Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar (Özel eğitime giriş,) 6. Baskı, Karatepe Yayınları, Ankara 1996, s.12

¹⁴ Çitil, *a.g.e*, 2017a, s.3.

¹⁵ Çitil, *a.g.t*, 2009, s.5.

¹⁶ Çitil, *a.g.e*, 2012, s.4

¹⁷ Cavkaytar, Atilla; Özel Eğitime Gereksinim Duyan Çocuklar ve Özel Eğitim, **H.İ. Diken (Ed.)**, PegemA Yayıncılık, Ankara 2008, s.5.

¹⁸ Özgöbek, *a.g.t*, 2007, s.17

¹⁹ Özgöbek, *a.g.t*, 2007, s.15

²⁰ Çitil, Mahmut; **Zihinsel Yetersizliği ve OSB'li Olan Çocuklarla İlgili Yasal Düzenlemeler**, Ü. Şahbaz (Ed.) Vize Yayıncılık, Ankara 2017b, s. 226.

²¹ Çitil, 2017b, s. 227.

kaynaştırma kavramları tartışılmaya başlanmıştır.²² Bu kavramlar o dönemde engelli bireyleri tanımlamada ve onlara yönelik hizmetleri belirlemede etkili olan “tıbbi-medikal modele” bir karşı çıkış olarak değerlendirilebilir. Medikal modelin hâkim olmasıyla birlikte engelli bireylerin önceki dönemlere nazaran yaşam standartlarında önemli gelişmeler olmuştur. Medikal model ile birlikte engelliliğin oluşumunun önlenmesi, rehabilitasyon, bakım ve izleme ile ilgili koruyucu ve önleyici programların hazırlanması engelli bireylerin ve ailelerinin yaşam kalitesini arttırmıştır.²³ Ancak bu modelin yetersizliğe odaklanması ve meseleyi engelli birey üzerinden ele alması temel sınırlılık olarak ortaya çıkmaktadır.

Tıbbi-medikal modele göre, toplum katı ve değiştirilemez olarak görülürken insanın çevreye uyması gerektiği için esnek ve değiştirilebilir olması savunulur.²⁴ Medikal modelde, kişinin eksiklik ya da yetersizliği üzerinde durulduğundan, kişinin güçlü ve olumlu yanları göz ardı edilmekte böylece engelli bireylerin sınırlı, aciz bireyler olduğu düşüncesi oluşmaktadır.²⁵ Bu nedenle engelli bireylerle ilgili düşük beklentiler oluşmakta, onların neleri başarabileceği konusunda bilgi ve tutum eksikliği ortaya çıkmakta, ayrımcı ve etiketleyici tutumlar gelişmektedir. Yukarıda bahsi geçen davalar da bu ayrımcı ve etiketleyici bakış açısına karşı açılmıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar engelli bireylere sunulan özel eğitim imkânlarının o dönemde çok sınırlı olduğu, engelli çocuklara yönelik okulların toplumdaki uzak yerlerde ve yatılı ya da gündüzlü şekilde hizmet verdiği görülmektedir. Yine normalleştirme ve kaynaştırma kavramları da ayrımcılığa karşı engelli bireylerin temel yurttaşlık haklarına sahip olmaları, engelli çocukların akranlarıyla aynı ortamlarda eğitim görmeleri gibi temel gereklilikleri ifade etmektedir. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında bu söylem ve tartışmalar ışığında engelli örgütlerinin baskısı artmış medikal model yaklaşımının yerine “sosyal model” yaklaşımı ön plana çıkmıştır.

Sosyal modelin hâkim olmaya başladığı bu dönemde ABD’de bağımsız sosyal yaşam, etiketleme, sosyal sapma gibi kavramlar tartışılmaya başlanmıştır

²² Batu Sema ve Uysal Ayten; *Günümüz Sınıflarında Engelli Çocukların Gelişimini Destekleme*, A. G. Akçamete (Ed.) 3.Baskı, Kök Yayıncılık, Ankara, 2010, s.114; ABD’de engelli hakları konusundaki mahkeme kararlarıyla ilgili kaynaklar için bkz. Çakmak, N. Müncü; **Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Engelli Tanımı Hakkında Bir İnceleme**, *AÜHFD*, 2008, s.54.

²³ Arıkan, *a.g.m*, 2002, s.12

²⁴ Oğultürk, Nilay; **Zihinsel Engelli Çocuğa Sahip Ailelerin, Aile İşlevlerini Etkileyen Etmenler: Çankaya Belediyesinden Hizmet Alan Aileler Üzerin Bir Değerlendirme**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2012, s.5

²⁵ Yasemin Öztürk, **Engelli Çocuğa Sahip Ailelerin Gereksinimlerinin ve Aile Yükünün Belirlenmesi** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.8

ve engelliliğin sosyal kurgusunda çevresel faktörlerin önemi vurgulanmıştır.²⁶ Sosyal modele göre *engellilik*, engeli olmayan insanların ayrımcı ve etiketleyici görüşleriyle ortaya çıkan, sınırlayıcı yasalar, politikalar ve kurumsallaşmış alışkanlıkların sonucu olarak toplumun yarattığı bir durumdur.²⁷ Sosyal model engellilerin önündeki engellerin ortadan kaldırılarak topluma tam katılımlarının sağlanması gerektiğine inanmaktadır.²⁸ Sosyal modele göre engelli bireyler mümkün olduğunca kendi hayatlarını kontrol edebilmeli, sebepsiz kısıtlamalardan bağımsız olabilmeli, kendi tercihlerini yapabilmelerine ve bunları gerçekleştirebilmelerine saygı duyulmalıdır.²⁹ Bu yaklaşımın ve ortaya çıkan gelişmelerin etkisiyle de dünyada bir “engelli hakları” bilincinin ve farkındalığının oluşmaya başladığı görülmektedir. Engelli bireylerle ilgili doğrudan ve temel gelişmeler ise ancak 1970’lerde gerçekleşmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde uzun mücadeleler neticesinde, 1975 yılında çıkarılan PL-94-142 sayılı *Tüm Engelli Çocuklar İçin Eğitim Yasası* isimli düzenleme ile engelli çocukların eğitimi konusunda başta kaynaştırma olmak üzere önemli gelişmeler ortaya çıkmıştır.³⁰ 1980’lerden itibaren ise özellikle ABD’de engellilik konusunda istihdam kaynaklarının gelişmesi konusunda çabaların arttığı, 1990’lardan itibaren de yine ABD’de engelli olma ile gurur duyma ve farklılıklarla barışık olmaya dayalı yaklaşımın ön plana çıktığı söylenebilir.³¹

Türkiye’de engelliler konusunda yapılan ilk ve en kapsamlı istatistiksel çalışma 2002 yılında Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve Türkiye İstatistik Kurumunca yapılan Türkiye Özürlüler Araştırması’dır. Bu araştırmaya göre Türkiye nüfusunun % 12,5’i engellilerden oluşmaktadır.³² Buna göre Türkiye’de engelli nüfusu 8,5 milyon civarındadır. Bu kapsamda yetersizlik gruplarına göre bakıldığında % 1,25’i ortopedik engelli, % 0,48’i zihinsel engelli, % 0,60’ı görme engelli, % 0,37’si işitme engelli, % 0,38’i dil ve konuşma bozukluğu ve % 9,7’si süregelen hastalığı olanlardan oluşmaktadır. Günümüzde ise engelli haritası ile ilgili resmi veriler “Ulusal Engelliler Veri Tabanı”na tutulmaktadır. Ulusal Engelliler Veritabanı’nda kayıtlı, adresi, engel grubu ve engelli sağlık kurulu rapor bilgileri bilinen, yaşayan toplam 1.869.521 engelli birey bulunmaktadır. Engelli bireylerden erkek olanlar 1.075.271 kişi, kadın

²⁶ Burcu, Esra; *Türkiye’de Özürlü Birey Olma, Temel Sosyolojik Özellikleri ve Sorunları Üzerine Bir Araştırma*, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 2007, s.7

²⁷ Özgöbek, a.g.t, 2007, s.11.

²⁸ Giddens, Anthony; *Sosyoloji*, C. Güzel (Yayıma Hazırlayan). Kırmızı Yay. İstanbul 2012, s.327.

²⁹ Özgöbek, a.g.t, s.11

³⁰ Batu ve Uysal, a.g.m, 2010, s.114

³¹ Burcu, a.g.e, 2007, s. 9

³² Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, Ankara; www.tuik.gov.tr/IcerikGetir.do?istab_id=14 sayfasından erişilmiştir (Erişim Tarihi: 25.04.2018)

olanlar ise 794.250 kişiden oluşmaktadır.³³ Engellilerle ilgili toplumsal şart ve düzenlemelerin çok yakın bir tarihten itibaren geçerli olması engellilerle ilgili toplumsal ve kuramsal tartışmaların neden bu kadar yeni olduğunu açıklamaktadır. Son yüzyılda ise engellilerle ilgili farkındalığın artması ve bazı ekonomik, sosyal imkânların sağlanması ciddi yasal düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur. Bu yasal düzenlemeler ise engelli bireylerin toplumda görünürlüklerini arttırmıştır. Bu görünürlüğün artması, engelliler için olumlu gibi izlenim oluştursa da bu sefer de toplumsal yaşamda engelli bir birey olmanın türlü sıkıntıları ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu durum da yine engelliler için yeni düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiştir. Böylece “Engelliler Hukuku” gibi bir ihtiyacın ortaya çıktığı söylenebilir. Engellilik konusu uzunca bir süre sosyal psikolojinin, kamusal sağlığın ya da klinik bilimlerin çalışma alanı olarak görülmüştür. Oysa engellilerin en büyük sorunu toplumda kendilerine gereken önemin verilmemesi, toplumda eşit ve saygın bir konum elde etmede yaşadıkları güçlüklerin üstesinden gelememeleridir. Bu açıdan bakıldığında engellik konusunda hukukçulara da önemli roller düşmektedir.

II. ENGELLİLER HUKUKU VE BÖYLE BİR ALANA DUYULAN İHTİYACIN GEREKÇELERİ

İnsanoğlu sosyal bir varlıktır ve yetersizliklerinin türü ve derecesi ne olursa olsun engelliler de hür ve eşit insanlar olarak, sosyal yaşamın dışında düşünülemezler. Buna rağmen engelliler toplumun dezavantajlı bir kesimini oluştururlar. Toplum içinde yaşamak için insanların belli davranışları yerine getirmeleri, belli kurallara uymaları gerekmektedir.³⁴ Hukuk, toplumun genel yararını ve ortak iyiliğini sağlamak amacıyla, insanların birbirleriyle, içinde yaşadıkları toplumla ve toplulukların birbiriyle olan ilişkilerini düzenleyen, yetkili makamlarca konulmuş ve devletin zorlayıcı yaptırımını ile desteklenmiş sosyal düzen kurallarıdır.³⁵ Oysa toplumun genel yararını ve ortak iyiliğini sağlamak için oluşturulan bazı kurallar engelli bireyler için yetersiz ya da işlevsiz olabilir.

Hukuk kuralları, toplumda barışı, güvenliği, eşitliği, özgürlüğü ve adaleti sağlar. Günümüzdeki tüm olumlu gelişmelere karşın engelli bireylerin toplumda eşit ve özgür bireyler olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir.

³³ Engelli Bireylere İlişkin İstatistik Bilgiler, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Araştırma ve Geliştirme ve Proje Dairesi Başkanlığı Ekim, 2014 raporu, eyh.aile.gov.tr/data/545886b5369dc3281c69af4f/istatistik_ekim_2014.pdf sayfasından erişilmiştir (Erişim Tarihi: 24.04.2018)

³⁴ Dönmezer, Sulhi. **Toplumbilim**. (Yenilenmiş 11. Baskı). Beta Yayınları, İstanbul 1994, s. 252; Andaç, Faruk; **Hukukun Temel Kavramları**. Detay Yayıncılık, Ankara: 2008, s.129;

³⁵ Andaç, a.g.e. 2008, s.1-2; Anayurt, Ömer; **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**. (Güncellenmiş 9. Basım). Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.30; Dönmezer, a.g.e., 1994, s. 252

Ulaşım, iletişim, eğitim, istihdam gibi birçok konuda engellileri geri plana iten bir toplum yapısında engelli bireylerin eşit ve bağımsız fertler olabilmeleri kolay değildir. Bunu sağlamak için engellileri dikkate alan bazı düzenlemeler gerekmektedir. Bu düzenlemeler yapılırken de pozitif ayrımcılık ve sosyal adalet kavramlarına riayet edilmesinde fayda bulunmaktadır. Sosyal adalet toplumsal yaşama katkı yapma imkânı sınırlı olan zayıf durumdaki kişilerin, sosyal refahın paylaşılmasında gözetilmelerini gerektirmektedir. Bu kapsamda engellilere yönelik hizmet ve yardımlar sosyal adaletin gereğidir.

Engelliler hakkındaki yasal düzenlemeleri **Engelliler Hukuku** adı ile kavramlaştırmak oldukça iddialı bir girişim olacaktır. Dünyada ve Türkiye’de yeni gelişen birçok hukuk dalı bulunmaktadır. Bunlardan bazıları doğrudan alana özgü yasal düzenlemelere yani özel kanunlara sahip olup, bu temel üzerinden gelişmekle birlikte; bazı hukuk dalları ise doğrudan alana özgü bir yasal düzenleme olmaksızın genel kanunlarda yer alan hükümler ve uluslararası metinler çerçevesinde oluşmuştur. Bu hususta, toplumun özel ilgi gerektiren bir diğer kesimi olan çocuklarla ilgili örnek verilebilir. Zira “Çocuk Hukuku” kamu hukuku alanında Ceza Kanunu, özel hukuk alanında da Medeni Kanunun çocuklarla ilgili kurallarıyla oluşturulmuştur. Bu anlamda Çocuk Hukuku değişik hukuk dallarının arasında ya da içinde yer alan (interdisipliner ya da multidisipliner) bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu dal birçok yükseköğretim kurumunda ayrı ve bağımsız bir ders olarak verilmektedir. Çocuk hukukunun temeli 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine dayandırılmaktadır. Bazı hukukçulara göre bu gelişmenin TBMM’ce onaylanması ve Bakanlar Kurulunca yürürlüğe sokularak iç hukuka aktarılması ise artık çocuk hukukunun özel bir külliyyatı olduğu şeklinde kabul edilmektedir.

Çocuk hukuku, bu gelişmelerden doğmuş bir hukuk dalı olarak kabul edilmesine rağmen Engelliler hukukunun böyle bir kabule henüz ulaşamadığı görülmektedir. Oysa yeni gelişmiş hukuk dallarının varlığı için ortaya atılan tüm nedenler, özellikler ve hatta daha fazlası “Engelliler Hukuku” için de ortaya atılabilir. Öyle ki Türkiye’de Engelliler ile ilgili olarak 5378 sayılı Engelliler Kanunu doğrudan bir yasal düzenlemedir. Bu düzenleme birçok farklı kanuna da değişiklik getirmiştir. Ayrıca 573 Sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname gibi engellileri doğrudan ilgilendiren birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Yine bununla beraber birçok farklı yasada engellileri doğrudan ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Hem kamu hukuku alanında hem de özel hukuk alanında birçok düzenlemede doğrudan olduğu gibi dolaylı yönden de engelli bireyleri ilgilendiren kurallar olduğu görülmektedir. Bu kapsamda çocuk hukukunun interdisipliner ya da multidisipliner özelliği, engelliler hukuku için de kesin bir şekilde geçerlidir. Engelliler ile ilgili uluslararası sözleşmeler de çok ciddi ve geniş bir külliyyat oluşturmaktadır. Bu kapsamda söylenebilir

ki; eğer çocuk hukukunun varlığını kabul etmek için yukarıdaki gerekçeler hukukçular tarafından yeterli kabul ediliyor ise, “Engelliler Hukuku” gibi bir alanın da varlığının tartışılması gerekmektedir. Bu tartışmalara ışık tutmak maksadıyla aşağıda engelliler hukukuna temel oluşturan bazı uluslararası ve ulusal düzenlemeler kısaca ele alınmıştır.

III. ULUSLARASI DÜZENLEMELERDE ENGELLİLERLE İLGİLİ BELGELER VE GELİŞMELER

Türkiye, dünya barışının korunması konusundaki gayretleri ile 18 Temmuz 1932’de Milletler Cemiyeti’ne üye olmuştur. Bu cemiyet fazla bir varlık gösterememiş ve II. Dünya Savaşı’nın ardından dağılmıştır. Yine bu dönemde İkinci Dünya Savaşı’ndan galip çıkan büyük devletlerin (ABD, Sovyetler Birliği, İngiltere, Fransa ve Çin Halk Cumhuriyeti) liderliğinde oluşturulan bir dünya örgütü olan Birleşmiş Milletler (BM) kurulmuştur. 20. yüzyılın ilk yarısında yaşanan savaşların ve barışa yönelik tehditlerin tekrarını önlemek ve uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla kurulan bu örgüte Türkiye, 24 Ekim 1945 tarihinde kurucu üye olarak katılmıştır. Böylece Türkiye, Birleşmiş Milletlerin engelli bireyler ile ilgili oluşturduğu sözleşmelerde etkin bir taraf olmuştur. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Sisteminde engelliler ile ilgili gelişmeler Türkiye’yi doğrudan etkilemiştir.

A. Birleşmiş Milletler Sisteminde Engelli Haklarıyla İlgili Belgeler ve Etkinlikler

Engelli bireyler yaşadıkları toplum içerisinde çeşitli sosyal, kültürel, ekonomik, fiziksel ve yasal engellerden dolayı güçlüklerle karşılaşmaktadır. Yirminci yüzyılla birlikte engellilerin, temel insan haklarının korunduğu ve sosyal yaşama tam katılımlarının sağlandığı bir toplumun temelleri, hem uluslararası hem de ulusal yapıda oluşmaya başlamıştır. Birleşmiş Milletler örgütü kurulduğu andan itibaren engellilerle ilgili yoğun ve önemli çalışmalar başlatmıştır.

İnsan haklarına saygı, tüm insanların eşitliği ve temel özgürlüklerin korunması ilkeleri ile kurulan BM, engelli bireyler için de bu ilkelerin geçerliliğini sağlama konusunda çaba göstermiştir. Bu kapsamda BM’ye bağlı birçok organda engelli bireyler için çalışmalar yürütülmektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Organizasyonu (UNESCO) özel eğitimle ilgili olarak yapılan ya da yapılacak faaliyetleri yürütmekle, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) sağlık ve engelliliğin önlenmesi konusu ile ilgili olarak teknik desteği vermekle, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu (UNICEF) çocuklara yönelik hazırlanan programlara destek sağlamakla sorumludur. Ayrıca, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) iş piyasasına engellilerin erişimini, uluslararası çalışma

standartları aracılığıyla ekonomik bütünleşmenin sağlanması ve teknik işbirliği sağlamaktadır. Birleşmiş Milletler Engelliler Programı, BM sistemi içerisinde engellilere yönelik hazırlanan temel programdır ve bu program BM Genel Sekreterliği Ekonomik ve Sosyal İşler Bölümünün, Sosyal Politika ve Kalkınma Birimi tarafından yürütülmektedir. Aşağıda sunulan tablo 1’de BM’nin engelliler konusunda gerçekleştirdiği bazı etkinlikler ve kabul ettiği belgeler yer almaktadır.

Tablo-1

BM tarafından Gerçekleştirilen Bazı Etkinlikler ve Belgeler

Yasal Düzenleme	Tarih	Konu
Cenova Konferansı	1950	Engellilerin sosyal rehabilitasyonu
Birleşmiş Milletler UNDP, ILO, WHO, UNESCO, UNICEF Toplantısı	1952	Yeni bir bakış açısıyla eğitim ve rehabilitasyon programlarının geliştirilmesi, engellilerle ilgili konuların da bu kuruluşların programlarına dahil edilmesi
Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu Hakkında 99 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Tavsiye Kararı	1955	Engellilerin mesleki rehabilitasyonu
Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme UNESCO Genel Konferansı	1960	Engellilere yönelik ayrımcılığın önlenmesi
Çocuk Hakları Bildirisi	1959	Engelli çocukların durumlarının gereğine uygun özel muamele yapılması, özel eğitim ve bakım sağlanması kararı
Zihinsel Engelli Bireylerin Hakları Hakkında Bildirge	1971	Zihinsel yetersizliğe sahip bireylerin temel hakları
Birleşmiş Milletler (Sakat) Engelli Hakları Bildirisi	1975	13 maddeden oluşan bildiride, Sakatlığın tanımı yapılmış, sakat kişilere hiçbir ayrıcalık gözetilmeden bildiride geçen hakların tanınması gerektiği, saygı ve düzgün yaşam koşullarına, medeni, ekonomik, sosyal ve siyasi haklara, tedavi hakkına sahip olmaları, kendi kendilerine yeterli olmalarını sağlayan önlemler alınması, istihdamlarının sağlanması, ulaşım imkânlarının geliştirilmesi ve bildirideki yazılı hakların mümkün olan her türlü vasıta ile sakat kişilere ve ailelerine tam olarak duyurulması gerektiği gibi konulara değinilmiştir.

Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi	1983	Engellilerin mesleki rehabilitasyonu
Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 168 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Tavsiye Kararı	1988	Engellilerin istihdamı ve mesleki eğitimleri
Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	1989	1959 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesindeki önceki hükümler korunmuştur.
Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirgesi UNESCO	1990	Engellilerin eğitim hakkı
Engelliler Alanında İnsan Kaynakları Geliştirme Eylem Planı için Tallinn Çerçevesi	1990	İstihdam
Engelliler (Sakatlar) İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar	1993	Bu kurallar eşit katılım için ön koşullar, hedef alanlar ve yürütme önlemlerini içermekte ayrıca rehabilitasyon hizmetlerine değinmektedir.
Salamanca Bildirisi	1994	Özel eğitim
Kopenhag Sosyal Kalkınma Bildirgesi ve Sosyal Kalkınma Eylem Planı BM Sosyal Kalkınma Dünya Konferansı Raporu	1995	Engelli bireylerin kendi kendilerine yetebilmeleri için gerekli olan eğitim ve rehabilitasyon
Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi	2006	Engelli bireylerle ilgili en kapsamlı ve temel uluslararası düzenleme

Görüldüğü üzere uluslararası alanda da birçok düzenleme gerçekleştirilmiştir. Bu düzenlemelerden bazılarında değinmekte fayda bulunmaktadır. Uluslararası düzenleme denilince ilk akla gelen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Bu bildirme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 10 Aralık 1948’de kabul edilmiştir. Bildirme, Birleşmiş Milletlerin engelli bireyler ile ilgili önemli düzenlemelerinden ilki olarak kabul edilebilir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 2, 3, 16, 22, özellikle 25 ve 26. maddeleri engelli bireyler konusunda taraf devletlere sorumluluklar getirmiştir.³⁶

³⁶ Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı - ÖZİ, *Birinci Özürlüler Şurası*. Çağdaş Toplum,

Engellilerle ilgili ilk doğrudan uluslararası düzenlemelerin ise 1970’li yıllardan itibaren yapıldığı görülmektedir. Örneğin 9 Aralık 1975’te BM Genel Kurulunun 3447 sayılı ilke kararı ile Birleşmiş Milletler Sakat Hakları Bildirisi kabul edilmiştir. Toplamda 13 maddeden oluşan bildiriye, sakatlığın tanımı yapılmış, sakat kişilere hiçbir ayrıcalık gözetilmeden bildiriye geçen hakların tanınması gerektiği, saygı ve düzgün yaşam koşullarına, medeni, ekonomik, sosyal ve siyasi haklara, tedavi hakkına sahip olmaları, kendi kendilerine yeterli olmalarını sağlayan önlemler alınması, istihdamlarının sağlanması, ulaşım imkânlarının geliştirilmesi gereği belirtilmiştir. Ayrıca bildiriye yazılı hakların mümkün olan her türlü vasıta ile sakat kişilere ve ailelerine tam olarak duyurulması gerektiği gibi konulara değinilmiştir. Sakat Hakları Bildirisi, sakat kişilerin topluma üretken bireyler olarak katılmaları konusunda olduğu kadar, toplumun sakatlara karşı yükümlülüklerini de içermektedir. Bu gelişmeler dünyada da özel gereksinimli bireylerin haklarında iyileştirme çalışmalarının arttığını göstermektedir.

Yukarıda da görüldüğü üzere BM yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren engellilerle ilgili birçok önemli düzenleme yapmıştır. 1980’li yıllarda özel gereksinimli bireylerle ilgili uluslararası gelişmeler ise artarak devam etmiştir. BM Genel Kurulu, 3 Aralık 1981 tarihinde 1982 yılını “Engelliler Yılı” olarak ilan etmiş ve “Engelli Kişilerle İlgili Dünya Eylem Programı”nı yürürlüğe koymuştur. Bu dönemden itibaren 10–16 Mayıs tarihleri “Engelliler Haftası” olarak ilan edilmiş ve 1983 yılında başlayan “Engelliler On Yılı Programı”nın sona ermesiyle 3 Aralık tarihi “Dünya Engelliler Günü” olarak hatırlanmaya başlanmıştır.

1990’lı yıllarda da birçok uluslararası gelişme olmuştur. Bunlardan *Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirgesi* UNESCO tarafından, Herkes İçin Eğitim Dünya Konferansı’nda 9 Mart 1990’da, *Özürlüler Alanında İnsan Kaynakları Geliştirme Eylem Planı* için Tallinn Çerçevesi ise BM Genel Kurul 44/70 ilke kararı ile 15 Mart 1990’da kabul edilmiştir. Daha sonra *Engelliler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar* BM Genel Kurulu’nun 20.10.1993 tarihinde yapılan toplantısında 48/96 sayılı kararla kabul edilmiştir. Bu kurallar eşit katılım için ön koşulları, hedef alanlarını ve yürütme önlemlerini içermekte ayrıca rehabilitasyon hizmetlerine değinmektedir. Eşit katılım için ön koşullar; bilinçlendirme, tıbbi bakım, rehabilitasyon ve yardım servisleri alt başlıklarından oluşmaktadır. Burada devletlerin engellilerle ilgili mevcut programları ve hizmetleri hakkındaki bilgilerin herkesçe elde edilebilir olmasına ve devletlerin engellileri, ailelerini ve toplumu bilinçlendirmesine, engelliliğin önlenmesi ve engellilerin tıbbi bakımlarının sağlanmasına, devletlerin engellilerin kendi

kendilerine yeterli bir seviye çıkmaları için rehabilitasyon hizmetleri ve yardım servisleri sunmalarına ilişkin kurallar belirlenmiştir. Eşit katılım için hedef alanlar kısmında ise; ulaşılabilme, eğitim, istihdam, gelirin korunması ve sosyal güvenlik, aile hayatı ve kişisel bütünlük, kültür, eğlence ve spor, din alanlarında sahip olmaları gereken haklarla ilişkin kurallar belirtilmiştir. Yürütme önlemleri kısmında ise; bilgi ve araştırma, politikaların (hareket tarzlarının) belirlenmesi ve planlanması, yasama, ekonomik politikalar, iş koordinasyonu, engellilerin örgütlenmesi, personel eğitimi, standart kararların yürütülmesinde sakatlarla ilgili programların değerlendirilmesi ve izlenmesi, teknik ve ekonomik işbirliği, uluslararası işbirliği başlıkları altında kurallar belirlenmiştir. Ayrıca standart kararların etkin bir şekilde yürütülmesi için bir izleme mekanizması kurulması ve çalışmasına ilişkin kurallar belirlenmiştir. Engelliler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar ile birlikte engelli bireyler için rehabilitasyon hizmetleri uluslararası bir güvenceye kavuşmuştur. Devletlerin engelliler ile ilgili hizmet ve düzenlemeleri tam katılım ve eşitlik prensibi çerçevesinde yapması gerektiği ifade edilmiştir.

BM tarafından gerçekleştirilen en önemli düzenlemelerden biri de Salamanca Bildirisi’dir. Salamanca Bildirisi, çocuğu merkeze alan ve herkes için eğitim düsturuna sahip bir anlayışla oluşturulmuş, özel eğitim alanına katkısı olan önemli bir düzenlemedir. UNESCO, Özel Eğitim Dünya Konferansında ele alınan bildiri 7–10 Haziran 1994’te kabul edilmiştir. Salamanca Bildirisinde özel eğitim prensipleri, politikaları, uygulamalar ve faaliyet çerçevesi hakkında kararlar alınmıştır. Salamanca Bildirisi ile hem hükümetlere hem de uluslararası organizasyonlara özel eğitim ile ilgili birçok görev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Bildiride, kaynaştırma eğitimine ağırlıklı bir vurgu yapılmış, bunun yanı sıra da öğretmen yetiştirme, akademik araştırma ve bilgi ağını güçlendirme, işbirliği, koordinasyon ve planlama konularında da taraf ülkelere tavsiyeler sunulmuştur. Salamanca bildirisi başta Avrupa olmak üzere dünyayı önemli ölçüde etkilemiştir. Türkiye’de ise bu bildirden üç yıl sonra (573 Sayılı KHK) özel eğitim yasası değişmiş ve bu bildirideki temel ilkeler yeni düzenlemeye yansıtılmıştır.

Birleşmiş Milletler yaklaşık yarım asır boyunca engellilerin toplumsal konumlarını ve haklarını iyileştirmek için başta 1975’teki Sakat Hakları Bildirisi olmak üzere önemli düzenlemeler gerçekleştirmiştir. Ancak 21. yüzyıla gelinmesine rağmen engelli bireylerin temel hak ve özgürlüklerden yeterince yararlanmadığı gerçeği maalesef değişmemiştir. Bu sebeple BM konuyu tekrar ele alma gereği hissetmiş ve yeni bir sözleşme hazırlamıştır. Bunun ardından *Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi* 13 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletlerce kabul edilmiş ve 30 Mart 2007 tarihinde üye devletlere imzaya açılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti anılan sözleşmeyi 27 Mayıs 2009

tarihinde kabul etmiştir.³⁷ **Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi**, 28 Ekim 2009 tarihinden itibaren de Türkiye 'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde *“Bu sözleşmenin amacı, engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik etmek, korumak, sağlamak ve varlıklarına ilişkin onura saygıyı güçlendirmektir”* denilmiştir. Sözleşmede engelli bireylerle alakalı olarak;

- ❖ Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması ve Eşitlik,
- ❖ Engelli Kadınlar, Engelli Çocuklar,
- ❖ Farkındalığın Artırılması,
- ❖ Erişebilirlik/Ulaşılabilirlik,
- ❖ Yaşam Hakkı,
- ❖ Risk Durumları ve İnsani Bakımdan Acil Durumlar,
- ❖ Yasalar Önünde Eşit Tanınma,
- ❖ Adalete Erişim,
- ❖ Kişisel Özgürlük ve Güvenlik,
- ❖ İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmama,
- ❖ Sömürü, Şiddet veya İstismara Maruz Kalmama,
- ❖ Kişisel Bütünlüğün Korunması, Seyahat Özgürlüğü ve Tabiiyet,
- ❖ Bağımsız Yaşayabilme ve Topluma Dâhil Olma,
- ❖ Kişisel Hareketlilik, Düşünce ve İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim,
- ❖ Özel Yaşama Saygı, Konut ve Aile Dokunulmazlığı,
- ❖ Eğitim, Sağlık, Rehabilitasyon ve Rehabilitasyon,
- ❖ Çalışma ve İstihdam,
- ❖ Uygun Yaşam Standardı ve Sosyal Korunma,
- ❖ Siyasal ve Toplumsal Yaşama Katılım,
- ❖ Kültürel Yaşama, Dinlenme, Boş Zaman Aktiviteleri ve Spor Faaliyetlerine Katılım,
- ❖ İstatistikler ve Veri Toplama, Uluslararası İşbirliği, Ulusal Uygulama ve Denetim”

³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 5825 kanun numaralı “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ve Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”yi 3/12/2008 tarihinde kabul etmiş ve 18/12/2008 tarih ve 27084 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararı ise 2009/15137 karar sayısı ve 27/5/2009 karar tarihi ile 14/07/2009 tarih ve 27288 sayılı resmi gazetede yayımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen ve başkaca başlıklarla çok kapsamlı bir şekilde haklara ve taraf devletlerin yükümlülüklerine değinilmiştir. Sözleşmenin 34. maddesinde ise sözleşmede verilen görevleri yerine getirmek üzere bir engelli hakları komitesi kurulacağı belirtilmiştir. Bu başlıklar hem sözleşmenin içeriğini ortaya koymakta hem de dünyaya engellilerin hangi alanlarda sorun yaşadığını bildirmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere 21. yüzyıla gelinmesine rağmen engelli bireylerin birçok sorunu bulunmaktadır. Engelli hakları komitesi çalışmalarını sürdürürken, sözleşmeye taraf olan ülkeler kendi içinde alt kurullar oluşturmuşlardır. Türkiye’de de Engelli Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu ilk kez 2013 yılında oluşturulmuştur. Kurul ilk toplantısını 13 Mayıs 2014 tarihinde gerçekleştirmiştir.³⁸ Bu kurul; engelli haklarının korunması, kullanılması ve geliştirilmesine ilişkin konularda idari ve yasal düzenlemelere ilişkin çalışmalar yapmak, önerilerde bulunmak, kaydedilen gelişmeler hakkında kamuoyunun aydınlatılması amacıyla yapılacak çalışmaları değerlendirmek, engelli hakları konusunda alınabilecek önlemlere ilişkin tavsiyelerde bulunmak, bu konuya ilişkin strateji belgesi ve eylem planları hazırlamak ve onaylamak, engelli hakları konusunda kurumlar arası işbirliği ve koordinasyonu sağlamak amacıyla oluşturulmuştur.

B. Avrupa Birliği Sisteminde Engelli Haklarıyla İlgili Düzenlemeler ve Belgeler

Avrupa Birliğine (AB) üye olan devletlerin tamamına yakını Birleşmiş Milletlerin de üyesidir. Bu kapsamda BM’nin engellilerle ilgili oluşturduğu birçok düzenleme Avrupa Birliği ülkelerince de benimsenmiştir. AB, engellileri pasif ve yardıma muhtaç bireyler olarak görmenin aksine toplumun diğer bireyleri ile eşit bireyler olarak kabul etmektedir.³⁹ Bu kapsamda toplumsal ve ekonomik süreçlerin tamamını engelli bireyleri de içine alacak şekilde planlamaktadır. Aşağıda bulunan tablo 2’de AB’nin engelliler ile ilgili gerçekleştirdiği bazı yasal düzenlemeler sunulmuştur.

³⁸ Engelli Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu’nun bu ilk toplantısının ardından bir daha toplanıp toplanmadığı tüm araştırmalara rağmen belirlenememiştir. Buradan anlaşılacağı üzere kurul etkin bir şekilde çalışmamaktadır.

³⁹ Avrupa Birliği ve Engellilik, <http://eyh.aile.gov.tr/mevzuat/uluslararası-mevzuat/14-avrupa-birliği-ve-engellilik-sayfasından> erişilmiştir (Erişim tarihi: 14.12. 2017).

Tablo-2

Engelli Hakları ile İlgili Bazı AB Belgeleri

Yasal Düzenleme	Tarih	Konu
Zihinsel Hastalıkları Olan Bireylerin Durumları Konusunda Avrupa Konseyi 818 numaralı Tavsiye Kararı	1977	Engelli bireylerin haklarını iyileştirme
Avrupa Topluluğu Düzeyinde Engellilerin İstihdamına İlişkin Konsey Tavsiye Kararı	1986	Engellilere mesleki rehabilitasyon ve istihdam alanlarında fırsat eşitliği sağlamak için gerekli tüm önlemleri almak ve engelli çalışanların karşılaştıkları engellerin ortadan kaldırılmasına yönelik oluşturulan politikalar
Avrupa Sosyal Şartı	1989	Özel gereksinimli bireylerin rehabilitasyon ve mesleki eğitimlerine ilişkin düzenlemeler
Engelli Çocuk ve Gençlerin Genel Öğretim Sistemine Katılımı Kararı - Avrupa Konseyi ve Eğitim Bakanları Toplantısı	1990	Engelli çocuk ve gençlerin genel öğretim sistemi içinde kaynaştırılmalarına karar verilmiştir.
Engellilere yönelik bütüncül bir politika konusunda Konsey Tavsiye Kararı	1992	Engelliliğin ortadan kaldırılması, önlenmesi ve sonuçlarının hafifletilmesi, engellilerin toplumsal yaşama tam ve aktif katılımlarının sağlanması, engellilerin kendi istekleri ile bağımsız bir hayat kurmalarının desteklenmesi için fırsat eşitliği sağlanmasına ve alınacak önlemlere dair kararlar.
Engellilere Yönelik Rehabilitasyon Politikaları Konusunda Konsey Tavsiye Kararı	1992	Engelli insanların dışlanmadığı bir Avrupa sosyal alanı yaratmak için, insanların hareketlerinin düzenlenmesi, engellilerin pasif ve yardıma muhtaç bireyler olarak görmenin aksine toplumun diğer bireyleri ile eşit bireyler olarak kabul edilmesine dair politikalar.

Engelliler İçin Fırsat Eşitliği- Topluluğun Yeni Engellilik Stratejisi Tebliğ	1996	Bu strateji, engellilerin toplumsal yaşamın tüm alanlarında karşılaştıkları engellerin tanımlanması gerekliliğini ve engellilerin fırsat eşitliğinden yararlanması önündeki engellerin ortadan kaldırılmasını vurgulamaktadır.
Avrupa Topluluğu Amsterdam Antlaşması - İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Direktifi	1999 - 2000	Engellilerin haklarını kullanırken karşı karşıya kaldıkları engellerin ortadan kaldırılması
Engelliler İçin Engelsiz Avrupa Tebliği	2000	Bu tebliğ ile, engelli bireyler için engelsiz Avrupa yaratmaya odaklanmış ayrıca meslek edinme, eğitim, mesleki eğitim, ulaşım, iç piyasa, bilgi toplumu ve yeni teknolojilerle ilgili olarak Avrupa düzeyinde bir sinerji yaratılmaya çalışılmıştır.
İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Direktifi	2000	Engellilere yönelik özel düzenlemeler yapılması yerine engellilerin haklarını kullanırken karşı karşıya kaldıkları engellerin ortadan kaldırılmasını böylece engellilerin topluma tam katılımlarının sağlanması ile ilgili düzenlemeler
Engelli Bireyler İçin Engelsiz bir Avrupa’ya Doğru – Avrupa Komisyonu Tebliğ	2000	Tebliğde engelli kişilerin sosyal ve ekonomik olanaklara ulaşmalarını kısıtlayan sosyal, mimari ve tasarım engellerinin ortadan kaldırılmasına yönelik kapsamlı ve bütüncül bir stratejiye vurgu yapılmaktadır.
Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	2000	Bu belge ayrımcılıkla ilgili AB’ye yönelik düzenlemeleri içermekle beraber 26. maddede; “Avrupa Birliği, engelli kişilerin bağımsızlıklarını, sosyal ve mesleki açıdan içinde yaşadıkları topluma katılıp katkıda bulunmalarını sağlayacak önlemlerden yararlanma haklarını tanıy ve bu haklara saygı duyar” hükmü yer almaktadır.

Avrupa Konseyi 2003 Yılı'nın Avrupa Engelliler Yılı Olarak Saptanması konusunda	2001	Avrupa Engelliler Yılı sürecinde bilinç düzeyinin güçlendirilmesinin esas olarak üye ülkeler düzeyinde gerçekleştirilecek etkin faaliyetlere bağlı olduğu ve bu faaliyetlerin de Topluluk düzeyindeki ortak çabalar ile desteklenmesi gerektiği
Engellilerin Toplumla tam bütünleşmelerine yönelik Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı	2003	AB'nin önceki kararlarına uyulmasına dair yeniden çağrı yapması ve engellilerin toplumla tam entegrasyonu ve katılımını teşvik eden kararlar.
Engellilere Yönelik Fırsat Eşitliği: Avrupa Eylem Planı	2003	AB politikalarında engellilik boyutunun eklenmesi, istihdamda eşit muamele ve ulaşılabilirliğin iyileştirilmesi

Görüldüğü üzere AB'de de engelli bireyler ile ilgili birçok çalışma gerçekleştirilmiştir. Bu düzenlemelerden bazıları aşağıda kısaca ele alınmıştır.

3 Aralık 2001 tarihinde, Avrupa Konseyi 2003 yılını *Avrupa Engelliler Yılı* olarak ilan etmiştir. Avrupa Engelliler Yılı'nın engelliler ile ilgili bilinç düzeyini yükseltmede ve bu faaliyetlere hız kazandırmada itici güç olabileceği düşünülmüştür. Avrupa Engelliler Yılı'nın hedef ve amaçları aşağıdaki gibi saptanmıştır:

- Engellilerin hakları ile ilgili bilinç düzeyini arttırmak, bunların ayrımcılığa karşı korunmalarını ve engelli haklarını tam ve eşit şartlarda kullanmalarını sağlamak;
- Avrupa'da yaşayan engellilere fırsat eşitliği sağlamak için gerekli önlemlerin ele alınıp tartışılmalarını teşvik etmek;
- Yerel, ulusal ve Avrupa ölçeğinde gerçekleştirilmiş olumlu uygulamaların, etkin stratejilerin ve edinilmiş deneyimlerin paylaşılmasını teşvik etmek;
- İlgili tüm taraflar arasında, yani hükümetler, sosyal taraflar, sivil toplum örgütleri, sosyal hizmet kuruluşları, özel sektör, engelliler ve bunların aileleri arasında işbirliğini güçlendirmek;
- Engellilik ile ilgili iletişimi geliştirmek ve engelli kişiler hakkında olumlu bir imaj oluşturulmasını teşvik;
- Engellilerin farklı özellikleri ile değişik tipteki yetersizlikler hakkındaki bilinç düzeyini yükseltmek;

- g) Engellilerin karşı karşıya kaldıkları çok yönlü ayrımcılık hakkında bilinçlendirmeyi sağlamak;
- h) Engelli çocuk ve gençlerin eşit öğrenim haklarının benimsenmesine özel önem vermek, böylece bunların tam katılmalarını teşvik etmek ve desteklemek; özel gereksinimleri olan öğrencilerin genel veya özel kurumlara ve Avrupa değişim programlarına katılmalarını geliştirmek üzere çocuk ve gençlerin eğitimi ile ilgilenen meslek kişi ve grupları arasında Avrupa çapında işbirliğini oluşturmaktır.

2003 yılında AB’de birçok etkinlik gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle Avrupa Engelliler Yılı’nın başarıları ve “İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Direktifi”nin üye ülkeler tarafından etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmek üzere “Avrupa Engellilik Eylem Planı” 2010 yılına kadar olan dönemi kapsayacak şekilde oluşturulmuştur. Bu plan ile AB politikalarında engellilik boyutunun eklenmesi, istihdamda eşit muamele ve ulaşılabilirliğin iyileştirilmesi hedeflenmiştir. Tüm bu gelişmelerin ışığında Avrupa Konseyi içerisinde engellilerle ilgili çalışmaları sürdürmek üzere **Üye Ülke Temsilcilerinden Oluşan Üst Düzey Grup, Hizmetlerarası Engellilik Grubu** ve sivil toplum kuruluşlarından oluşan *Avrupa Engelliler Forumu* gibi etkin gruplar da oluşturulmuştur. Türkiye’nin AB’ye üyelik sürecinde yukarıdaki gelişmelere paralel düzenlemeler yapması gerekmiş ve bu konuda birçok düzenleme de gerçekleştirilmiştir. Son *AB Müktesebatına Uyum Programlarında* sosyal Politika ve İstihdam başlığı altında korumalı işyerleri ile ilgili yapılacak kanuni düzenlemelere değinildiği görülmektedir. Bunun dışında da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı sorumluluğunda olan ve engelli bireyleri ilgilendiren bazı yasalarda düzenlemelere gidileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere uluslararası alanda da birçok düzenleme gerçekleştirilmiştir.⁴⁰ 1980’li yıllardan günümüze kadar Avrupa Konseyi’nin özel gereksinimli bireylerle ilgili birçok kararı bulunmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere Birleşmiş Milletlerin 2006 yılında kabul ettiği Engelli Hakları Sözleşmesini Avrupa ülkelerinin büyük kısmı imzalamış ve ilgili hükümleri

⁴⁰ Yukarıda değinilen uluslararası yasal düzenlemelerin dışında; Cenevre Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Konseyi Sosyal Kalkınma ve Kalkınma Sürecine Dair Bildirgesi, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmesi, AGİT - Moskova İnsani Boyut Toplantısı, İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesinde Mesleki Eğitim ve Yönlendirmenin Yeri Hakkında 142 Sayılı Sözleşme, Sosyal Haklara Erişim Konferansı - Malta Deklarasyonu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi vb. düzenlemeler de olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Naci Münci Çakmak, Türk Kamu Hukuku Açısından Engellilerin Hukuki Statüsü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2006; İdil Işıl Gül, Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

gerçekleştirme yoluna gitmişlerdir. Avrupa Birliği ülkeleri Salamanca Bildirgesini de onaylayarak bu konuda önemli adım atmış ve gerekli eğitim çerçevesini belirlemişlerdir. Hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Birliği düzeyinde alınan karar ve yapılan çalışmaların, dünya genelinde özel gereksinimli bireylerin yaşam ve eğitim imkânlarını olumlu yönde arttırdığı söylenebilir. Bu uluslararası düzenlemelerle Türkiye'deki yasal düzenlemeler de paralellik göstermektedir.

IV. TÜRKİYE'DE ENGELLİLERLE İLGİLİ HUKUKSAL ALANDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Cumhuriyet'in ilanından 1950'li yıllara kadar engellilerle ilgili sınırlı düzeyde bir gelişme olduğu ve devletin engellilerle ilgili bir politikasının olmadığı söylenebilir. Aşağıda bulunan tablo 3'te Türkiye tarafından gerçekleştirilen bazı önemli yasal düzenlemeler sunulmuştur.

Tablo-3

Türkiye Tarafından Gerçekleştirilen Bazı Önemli Yasal Düzenlemeler

Yasal Düzenleme	Tarih	Konu
Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na bağlı olan İzmir'deki Sağır-Dilsiz ve Körler Okulu'nun Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilmesini düzenleyen 5822 sayılı Kanun	1951	Bu Kanun ile özel gereksinimli bireyleri yetiştirme işinin bir sağlık hizmeti olarak algılanmasından vaz geçilmiştir. Ayrıca farklı engel türlerindeki öğrencilerin aynı eğitim kurumunda öğrenim görmeleri uygulamasına son verilmiştir.
Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun	1957	Bu kanunla 1949 yılında çıkarılan 5387 sayılı kanunun aksaklıklarının giderilmesi amaçlanmıştır
222 Numaralı İlköğretim ve Eğitim Kanunu	1961	Kanununun 12. Maddesine göre "mecburi ilköğretim çağında buldukları halde zihnen, bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan özürü olan çocukların özel eğitim ve öğretim görmeleri sağlanır" denilerek Türk Milli Eğitim sistemi içerisinde özel eğitimin resmen devlet tarafından kabul edildiği ve özel eğitim hizmetlerinin devlet tarafından yürütüldüğü vurgulanmıştır.

1961 Anayasası	1961	50. madde “Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları, topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” hükümleri yer almaktadır. Böylece engellilerin eğitimi anayasal güvenceye alınmıştır.
Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Yönetmeliği	1962 1967 1968	Yönetmelikte özel eğitime muhtaç çocukların tanımları, sınıflandırılmaları, engel grupları ve bunların oranları, özel eğitimin amaçları ve özel eğitim kurumları personellerinin görevleri belirtilmiştir.
Gümrük Kanunu	1972	Özel gereksinimli bireyler tarafından kullanılacak makine, teçhizat, teşhis ve tedavide kullanılacak ilaçlardan gümrük vergisi alınmayacağı yasal olarak hükme bağlanmıştır.
1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu	1973	8. maddede “... Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır ” hükmü getirilmiştir.
Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Yönetmeliği	1975	Kapsamı genişletilmiştir.
1982 Anayasası	1982	42. maddede “... Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.... ” denilmiş, bu madde ile özel gereksinimli vatandaşlarımızın eğitimle ilgili hakları 1961 Anayasası’nda olduğu gibi korunmuştur.
2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanunu	1983	Özel eğitimle ilgili doğrudan çıkarılan ilk ve en kapsamlı kanun
3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanunu	1986	Kanun’un 39. maddesi ile “Bakanlık, özel eğitime muhtaç kişilere iş hayatında geçerliliği olan görevlere hazırlayıcı özel meslek kursları düzenler. Kursların düzenlenmesinde ve uygulanmasında bu kişilerin ilgi, ihtiyaç ve yetenekleri dikkate alınır” hükümleri getirilmiştir.
573 sayılı KHK	1997	2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanununun yerine geçmiştir.

Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği	2000 - 2006	573 sayılı KHK'ya göre hazırlanmış kapsamlı yönetmeliktir.
Türk Medenî Kanunu	2001	340. Maddesinde “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özür lü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar” hükmü getirilmiştir.
5378 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	2005	Engelliler ile ilgili birçok düzenlemeyi içeren doğrudan engelliler için çıkarılmış ilk kanundur.

Tablo-3'te görüldüğü üzere özellikle 1950'li yıllardan itibaren Türkiye'de engelli bireylerle ilgili birçok düzenleme yapılmıştır.⁴¹ Genel olarak bakıldığında da Türk hukuk sisteminde engelli hakları ve devletin bu alandaki yükümlülükleri mevzuata dağınık bir biçimde serpiştirilmiştir.⁴² Fakat engellilerle ilgili

⁴¹ Burada ele alınanların dışında tarihsel süreç içerisinde engellilerle ilgili birçok düzenleme yapılmıştır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (BAĞ-KUR) Kanunu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş, Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3797 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu vb. birçok kanunda engelliler ile ilgili hükümler olduğu görülmektedir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Fatih Uşan, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 1997; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (ASPB), Özür lüleri Kanunu ve İlgili Mevzuat –PDF kitap (Erişim tarihi: 14.12. 2017)

⁴² Çağlar, Selda; *Tanım – Sınıflama ve Modellerin Engelli Çocukların Kamusal Hakları Üzerine Etkisi*, Adnan Kulaksızoğlu (Haz.) *Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı* içinde (s.45-

hükümler içeren doğrudan yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Günümüz, Türkiye’inde engellilerle ilgili hizmetlerinin başlıca yasal dayanakları 1982 Anayasası, 1997 yılında yürürlüğe giren 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 Sayılı Engelliler Kanunu’dur. Bu nedenle bu düzenlemelerin ayrıca ele alınmalarında fayda bulunmaktadır.

1982 Anayasasında 50. maddesinde *“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar...”* hükmünde yer alan *“bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar”* ibaresiyle doğrudan doğruya engelli bireylere gönderme yapılmıştır. Ayrıca madde 60’ta *“Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar”* hükmü ile açıkça belirtilmese de engelli bireylerin de sosyal güvenlik hakları güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası’nın üçüncü bölümünde bulunan eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevleri kısmında geçen 42. maddede *“... Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır...”* denilmiş, bu madde ile özel gereksinimli vatandaşlarımızın eğitimle ilgili hakları da, 1961 Anayasası’nda olduğu gibi korunmuştur. 1982 Anayasasının 61. maddesi de önceki Anayasadan farklı olarak *“...Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur”* denilerek, engelli ve korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılmaları için Devletin gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. 1982 Anayasasının bu maddeleri açıkça göstermektedir ki engelli bireyler için Devletin, sosyal, hukuki ve eğitsel tedbirler alması gerekmektedir. Anayasa’nın birçok maddesinde değişiklik yapılmış olmasına rağmen engellilerle ilgili hükümler işlerliğini sürdürmüştür. Ancak 2010 yılındaki referandumun ardından Anayasanın Kanun Önünde Eşitlik ile ilgili 10. maddesine ek bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddede *“çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz”* denilerek engelli bireyler için yapılan pozitif ayrımcılık, anayasal bir temele oturtulmuştur.

30 Mayıs 1997 tarihinde kabul edilen 573 Sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) 06.06.1997 tarih ve 23011 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁴³ Bu KHK, özel gereksinimli

67), Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 48.

⁴³ 573 Sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için TBMM’ye gönderilen (B02.0.KKG/101-1/392/2220 sayılı) resmî yazıda genel gerekçe olarak; *Alınan bütün tedbirlere rağmen, diğer bireyler ile aynı eğitim imkânlarından faydalanılacak özelliklere sahip olmayan bireylerin eğitimi, ayrı düzenlemeler gerektirmektedir. Nüfusun yaklaşık*

bireylere sunulacak eğitim hizmetlerini yasal çerçeve içine almıştır.⁴⁴ 573 Sayılı KHK'nin -Birinci Kısım- genel hükümlerden oluşmaktadır. Buna göre KHK'nin amacı; özel eğitim gerektiren bireylerin, Türk Milli Eğitiminin genel amaçları ve temel ilkeleri doğrultusunda, genel ve mesleki eğitim görme haklarını kullanabilmelerini sağlamaya yönelik esasları düzenlemektir.⁴⁵ Bu KHK, özel eğitim gerektiren bireyler ile onlara doğrudan veya dolaylı olarak sunulacak eğitim hizmetlerini; bu hizmetleri sağlayacak okul, kurum ve programları kapsar.⁴⁶ KHK'nin üçüncü maddesinde "Özel eğitim gerektiren birey", "Özel eğitim", "Kaynaştırma", "Tanılama" ve "Bakanlık" ifadelerinin tanımı yapılmıştır. KHK'nin dördüncü maddesinde ise özel eğitimin temel ilkeleri sıralanmıştır. Bu ilkeler özel eğitim uygulamalarındaki tecrübeler, güncel bilimsel gelişmeler ve çağdaş ülkelerin uygulamaları dikkate alınarak oluşturulmuştur. KHK'nin özellikle ABD'de çıkan PL 94/142 sayılı yasadan etkilenildiği görülmektedir. Ancak bu ilkelerde belirtilen çerçevenin ve beklentilerin Türkiye'deki özel eğitim hizmetlerinde tam anlamıyla karşılandığını söylemek biraz güçtür.

573 Sayılı KHK'nin -İkinci Kısım- iki ayrı bölümden oluşmaktadır. Eğitim Öğretim başlıklı yedi maddeden oluşan (5-11. maddeler) birinci bölümde, tanılama, yerleştirme, erken çocukluk ve okul öncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim, yükseköğretim ve yaygın eğitim konularından oluşmaktadır. Beş

yüzde 10'unu oluşturan özel eğitim gerektiren bireylerin kendi potansiyellerini kullanarak ülke kalkınmasına katkıda bulunabilmeleri ve onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri için özel eğitim hizmetlerinin yaygınlaştırılması gerekmektedir. Özel eğitim gerektiren bireyleri, diğerlerinden ayırıp katabileceğimiz başka insan grubu yoktur. Onlarla birlikte yaşama, aynı mekânları kullanmak ve ülke kalkınmasına hizmet etmek zorundayız. Bu nedenle özel eğitim sadece özel eğitim gerektiren bireylerin değil, tüm bireylerin yaşamını etkileyen bir hizmet alanıdır. Özel eğitim gerektiren bireyler de bütün insanlarla aynı duygu, düşünce ve motivasyona sahiptirler. Bilindiği üzere "Anayasanın 42. Maddesi, 1739 Sayılı Milli Eğitim Kanunu ve 222 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu dikkate alınarak 1983 yılında 2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanunu yürürlüğe konmuştur. Ancak aradan geçen süre içerisinde; eğitim bilimlerinde sağlanan gelişmeler, özel eğitim gerektiren bireylere karşı kamuoyunun duyarlılığının artması, bu hizmetlerin çeşitlenmesi ve hedef kitlesinin genişletilmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. 2916 sayılı Kanunda yapılacak değişikliklerin çokluğu dikkate alınarak söz konusu Kanun yerine ikame edilmek üzere bu Kanun Hükümünde Kararname hazırlanmıştır" ifadelerine yer verilmiştir. Bu genel gerekçeye dayanılarak, 573 Sayılı KHK hazırlanmış ve 1997 yılından bu güne kadar özel eğitim hizmetlerinin temel dayanağı olmuştur."

⁴⁴ Akçamete Gönül ve Kaner ,Sema; **Cumhuriyetin 75 Yılında Çocuğa Yönelik Özel Eğitim Çalışmaları**, 2. Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi: Cumhuriyet ve Çocuk, : Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No: 2, (395–405). Ankara, 1999; Kargın, Tevhide; **Cumhuriyetin 80. Yılında Özel Eğitim**, *Milli Eğitim Dergisi*, Sayı: 160. Güz. 2003, <<http://yayim.meb.gov.tr/dergiler/160/kutlu.htm>> sayfasından erişilmiştir (Erişim tarihi: 12.01. 2007).

⁴⁵ 573 Sayılı KHK, Madde 1.

⁴⁶ 573 Sayılı KHK, Madde 2.

maddeden oluşan Eğitim Ortamları başlıklı (12-16. maddeler) İkinci bölümde ise kaynaştırma, özel eğitim okullarında eğitim, özel eğitim desteği, eğitim programları ve değerlendirme ile ilgili hükümler bulunmaktadır. 573 Sayılı KHK’nin, Kurumlar ve Görevler başlıklı -Üçüncü Kısım- da üç ayrı bölümden oluşmaktadır. Burada Koordinasyon başlıklı birinci bölümde Özel eğitim, rehberlik ve psikolojik danışma hizmetleri ile ilgili bir birimin her ilde kurulması hakkında bir hüküm bulunmaktadır (Madde 17). Üç maddeden oluşan (18-20. maddeler) ikinci bölümde ise özel eğitim okul ve kurumlarının amaçları, açılma şartları ve eğitim basamakları ile ilgili hükümler yer almaktadır. Üçüncü bölümde ise Rehberlik ve Araştırma Merkezleri ve okul Rehberlik ve psikolojik danışma hizmetleri servisinin, özel eğitime destek sağlayan kurumlar olarak görev tanımları yapılmıştır. Dördüncü ve son kısımda ise sekiz maddede (23-30. maddeler) çeşitli hükümler yer almaktadır. Buna göre özel eğitim okul ve kurumlarının Bakanlıkça açılabileceği, gerçek veya tüzel kişilerin ilgili kanunla özel okullar da açabileceği hükme bağlanmıştır (23. madde). Resmi eğitim kurumlarının kendi çevrelerindeki özel eğitim gerektiren bireylere özel eğitim hizmetleri sağlamakla yükümlü oldukları ve gereken tedbirleri almaları gerektiği belirtilmiştir (24. madde). Diğer maddelerde ise özel eğitim kurumlarına ihtiyaç duyulan personelin atanmasında öncelik sağlanacağı (25. madde), özel eğitim kurumlarının teftiş ve denetiminin özel eğitim/ rehberlik ve psikolojik danışma alanlarında yetişmiş müfettişlerle sağlanacağı, ayrıca özel eğitim gerektiren bireylerin resmi okullardaki her türlü araç-gereç ihtiyacının Bakanlıkça karşılanacağına dair ifadeler bulunmaktadır (26. madde). KHK’nin son üç maddesi ise 2916 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırması ve KHK’nin uygulanması ile ilgili hususlar için KHK’nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde yönetmeliklerin Bakanlıkça çıkartılacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. KHK, içerdiği ilkeler ve kapsamı ile özel eğitim hizmetleri için önemli bir dayanak olmuştur. Ancak 30 maddeden oluşan bu kısa KHK’nin uygulanması ile ilgili hususların açıkça yer aldığı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Oysa özel eğitimle ilgili yönetmelik KHK’den üç yıl sonra çıkarılabiliştir.

573 sayılı KHK’nin ardından, 18 Ocak 2000 tarihinde Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmelikte, gönderme öncesi süreçler, tanılama süreçleri, eğitsel tanılama, izleme ve değerlendirme ekibi, yerleştirme ve izleme ile aile katılımı ayrı ayrı tanımlanmış, genel ilkeleri belirlenmiştir. Ayrıca özel gereksinimli bireyler için eğitim düzenlemeleri tanımlanmış, kaynaştırma eğitiminin ilkeleri, ölçütleri, biçimleri ile kaynaştırma eğitiminde görev alacak personelin görev ve sorumlulukları belirlenmiştir. Engelli olarak tanımlanmış öğrenciler için bireyselleştirilmiş eğitim programlarının hazırlanması da aynı yönetmelikte ifade edilmiş bulunmaktadır.⁴⁷ Özel Eğitim

⁴⁷ Akçamete, Gönül; *Türkiye’de Özel Eğitim*, S. Eripek, (Ed.) Özel Eğitim içinde (s. 197–207).

Hizmetleri Yönetmeliği Türkiye'deki özel eğitim hizmetleri ile ilgili en kapsamlı ve geçerli yasal düzenlemedir. 573 sayılı KHK'ya göre ilk kez 2000 yılında yürürlüğe giren yönetmelik birçok kez değişmiş, en köklü değişikliklerden biri de 2006 yılında olmuştur. 2009 ve 2010 yıllarında da ufak değişikliklere uğrayan yönetmelik son şeklini ise 2012 yılında almıştır. 21 Temmuz 2012 tarih ve 28360 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 34 ek veya değiştirme maddesi ile yönetmelikte biçimsel bir yenilenme olmuştur. Yürürlükte olan Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği (ÖEHY) dokuz kısım, 96 madde ve birçok ekten oluşmaktadır.

01.07.2005 tarihli 5378 sayılı *Engelliler⁴⁸ ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* engelli bireyler için oldukça önemlidir. Bu Kanun engelli bireyler ile ilgili birçok düzenlemeyi içeren doğrudan engelliler için çıkarılmış ilk yasadır. Engelliler Kanunun amacı engelliliğin önlenmesi, engellilerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Kanunun birinci kısmında amaç, kapsam, tanımlar ve genel esaslara değinilmiştir. Kanunun ikinci kısmında ise *Sınıflandırma, Bakım, Rehabilitasyon, İstihdam, Eğitim, İş ve Meslek Analizi* konularında engelli bireylerin haklarından bahsedilmiştir. İkinci kısımda iş ve meslek analizi başlığı altındaki 12. maddede “*Engel türlerini dikkate alan iş ve meslek analizleri, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı⁴⁹ koordinatörlüğünde Millî Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılır. Bu analizlerin ışığında, engellilerin durumlarına uygun meslekî rehabilitasyon ve eğitim programları, anılan kurumlarca geliştirilir.*” denilmiştir. 5378 sayılı Kanunun üçüncü kısmında ise bazı kanun ve kanun hükmündeki kararnamelerdeki değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan maddeler bulunmaktadır. Bu değişiklikler, memurluk, vergi, sosyal güvenlik, noter işleri, sağlık gibi hizmetlerde özel gereksinimli bireylerin şartlarını ve haklarını iyileştirmeye yönelik düzenlemelerdir.⁵⁰ Bu Kanunun ardından özel eğitim alanında da ciddi yenilik ve değişimler yaşanmıştır.⁵¹

Tüm bu yasal düzenlemelerin neticesinde Türkiye'de engelli bireylere ve ailelerine yönelik bazı haklar verilmiştir. Aşağıda bu haklardan bazıları özetlenmiştir;

Anadolu Üniversitesi Yayınları. Eskişehir.,1998, s.198.

⁴⁸ Kanun yürürlüğe girdiğinde kısaca Özürlüler Kanunu olarak adlandırılmıştır.

⁴⁹ Kanun ilk çıktığında bu kurumun adı Özürlüler İdaresi Başkanlığı'dır ve Başbakanlığa bağlıdır.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çitil, *a.g.e.*, 2009.

⁵¹ ÖZİ, Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayın no: 43, Ankara, 2006.

- ❖ Resmi özel eğitim okullarına devam eden engelli öğrencilerin okula ulaşımı ücretsizdir.
- ❖ Engelliler için açılmış okullarda ders araç gereçlerinin birçoğu ücretsiz olarak sunulmaktadır. Örneğin özel eğitim mesleki eğitim merkezlerine devam eden zihinsel engelli öğrenciler için ders kitapları devletçe basılmakta ve dağıtılmaktadır.
- ❖ Yükseköğretim sınavlarında ve diğer kademelerdeki sınavlarda isteyen öğrencilere kolaylıklar sağlanmaktadır (uygun ortam ve materyal, refakatçi, okuyucu, ilave süre vb.).
- ❖ Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü’nce engelli öğrencilere, öğrenim kredisi, katkı kredisi, yurt tahsisi sağlanmakta ve kredilerin geri ödemesinde (%40 üzerinde raporlulara)⁵² indirim yapılmaktadır
- ❖ Engelli Sağlık Kurulu Raporu’nda tıbbi oran (özür oranı) % 40 ve üzeri olması durumunda engelli bireyler ve aileleri birçok yasal haktan yararlanılabilmektedir. Bu rapor devlet hastanelerinden alınırken ücret ödenmez.
- ❖ Engelli Sağlık Kurulu Raporu’nda % 40 ve üzerinde engelli kişiler, dış tedavileri için engellilik durumunu belgelemek suretiyle, tüm sağlık kurum ve kuruluşlarına veya serbest dış hekimliklerine doğrudan başvurabilirler. Örneğin bazı şehirlerde engellilere yönelik hizmet götüren dış klinikleri bulunmaktadır.
- ❖ Tıbbi araç, gereç ve cihazlar bağlı bulunulan Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmaktadır. Karşılanamayan kısmı için aileler il ve ilçelerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına (Valilik veya Kaymakamlıklara) başvurabilir. Sosyal güvencesi olmayan engelliler genel sağlık sigortasından yararlandırılmaktadır.
- ❖ Ekonomik yoksunluk içinde bulunan bakıma muhtaç engellilere evlerinde veya kurumda bakım hizmeti verilmektedir. Bu kapsamda %50’nin üzerinde engel derecesi olup, raporunda ağır engelli ibaresi bulunması, her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamı esas alınmak suretiyle, kendilerine ait veya bakmakla yükümlü olduğu birey sayısına göre kendilerine düşen ortalama aylık geliri bir aylık net asgarî ücret tutarının 2/3’ünden daha az ebeveynler evde bakım ücreti alabilmektedirler.

⁵² Bu oranlar yetkili hastanelerce verilen “Engelli Sağlık Kurulu” raporlarında bireyin yetersizlikten etkilenme düzeyi ifade eden tıbbi temelli oranlardır.

- ❖ Yetkili hastaneden alınmış sağlık kurulu raporuna göre “engelli” (engel oranı %40- %69) ve “başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli” (engel oranı %70 ve üzeri) olan ve diğer şartları taşıyan engelliler *engelli aylığı* alabilmektedirler. Ayrıca % 40 ve üzerinde engelli olan ve diğer şartları taşıyan kimselere muhtaç aylığı da ödenmektedir.
- ❖ Engelli kişilerin işçi olarak istihdamları Türkiye İş Kurumu tarafından yapılmakta olup 50 ve daha fazla işçi çalışan kamu sektörü işyerleri %4, özel sektör işyerleri %3 oranında engelli işçi çalıştırmakla yükümlüdür. Engelli bireyler eğitim durumlarına göre kendilerine yapılan özel bir sınavla ya da kura yolu ile (toplam dolu kadro sayısının %3’ü oranında) devlet memuru olabilmektedirler.
- ❖ Engelli çocuğu olan devlet memurları gerekli şartlara sahipse uygun yerlere tayini gerçekleştirilebilmektedir.
- ❖ Engelli işçi ve memurların, ayrıca bakıma muhtaç engelli çocuğu olan kadın işçilerin isteğe bağlı erken emeklilik hakkı bulunmaktadır.
- ❖ Belediyeler “engelli hizmet birimleri” vasıtasıyla engeli bireylere yönelik eğitim, sağlık, spor, kültür gibi hizmetler sunabilmektedir. Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesinin doktor ve hemşireleri tarafından, kayıtlı engellilerin evlerinde genel sağlık kontrolleri yapılmakta, evleri ile ilgili ihtiyaçlarında (temizlik, fatura ödeme vb.) destek olunmaktadır.
- ❖ Bazı belediye meclislerinde alınan kararlar doğrultusunda engelli bireyler için toplu taşıma araçlarında (ücretsiz veya indirimli) ve su faturalarında indirim sağlanabilmektedir. Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesince engel derecesi %40-59 arasında olanlara İndirimli, % 60-100 arasında olanlara *Serbest* toplu taşıma kartı verilmektedir.
- ❖ Türk Hava Yollarında, % 40 ve üzeri oranda engelli olan yolculara, uygulanabilir ücretler üzerinden tüm iç ve dış hatlarda % 25 indirim uygulanabilmektedir.
- ❖ Devlet Demiryolları ana hat yolcu trenleri ile seyahat halinde engelliler % 20 indirimden yararlanabilir.
- ❖ Şehirlerarası otobüslerde seyahat edilmesi halinde bazı firmalar % 30 indirim uygulayabilmektedir.
- ❖ Türkiye Denizcilik İşletmelerine ait kruvaziye seferler ve iç hatlarda indirim uygulanabilmektedir.
- ❖ Bazı GSM operatörleri engelli bireyler için uygun fiyatlı tarifeler sunabilmektedir.

- ❖ Engelliler; milli parklardan, Devlet tiyatrolarından, Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı ören yerleri ve müzelerden ücretsiz yararlandırılmaktadır.
- ❖ Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı tüm tesislerde, spor federasyonlarınca ya da il müdürlüklerince düzenlenen spor faaliyetlerine girişte engellilerden ücret alınmamakta ya da indirimli tarife uygulanmaktadır.
- ❖ Kamu kuruluşları sorumlu oldukları alanları ve ruhsat verdikleri konut amaçlı apartman ve umumi binaların engellilerin kullanımına uygunluğunu gözetmek zorundadır. Engelliler yasası gereği, özel ve kamu kurumlarının yapılarını engellilere uygun hale getirmesi için 2005 yılında yedi yıl süre konmuştur. Ancak gerekli düzenlemeler gerçekleştirilemediğinden maalesef bu süre uzatılmıştır
- ❖ Engelli vatandaşlar belli şartlar altında gelir vergisi indiriminden faydalanabilirler.
- ❖ Engelli bireylerin yurt dışından ithal edecekleri özel tertibatlı olan araçlar gümrük vergisinden muaf tutulmuştur. Katma Değer Vergisi Kanuna göre “engellilerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç ve özel bilgisayar programları” istisnalar arasında sayılmıştır.
- ❖ Emlak Vergisi Kanunu ile engelli bireylerin, Türkiye sınırları içinde brüt 200 m2’yi geçmeyen tek meskeni olması (intifa hakkına sahip olunması hali dâhil) halinde, bu meskene ait vergi oranlarını sıfıra kadar indirilebilmektedir.
- ❖ “H” sınıfı sürücü belgesine sahip olan ve özel tertibatlı araç kullanabileceği sağlık kurulu raporu ile belgelenen engelli bireylerin yurtiçinden alacakları araçlar için ÖTV muafiyeti uygulanmaktadır. Aynı muafiyet özel tertibat şartı olmaksızın %90 ve üzeri engel derecesine sahip olup araç kullanamayacak durumda olan engellilerin yakınları ya da istihdam edilen şoför tarafından kullanılmak üzere alınacak araçlar için de uygulanmaktadır.
- ❖ Engelli bireyler Trafik akışını engellemek koşuluyla park etmeye elverişli alanlara araç park edebilirler.
- ❖ Engelli kişi adına tescil edilen taşıtlar Motorlu Taşıtlar Vergisinden de muaftır.

Görüldüğü üzere hem dünyada hem de Türkiye’de engelli bireylerle ilgili birçok hukuki düzenleme bulunmaktadır. Bu kadar kapsamlı düzenlemelerin olması ve engelli bireylerin her toplumun yaklaşık yüzde 10’unu oluşturması dikkate alınması gereken durumlardır. Oysa yukarıda da değinildiği üzere engelli bireylerin hakları ve ya bir başka deyimle engelliler hukuku konusuna gösterilen ilginin çok sınırlı kaldığı söylenebilir. Bu kapsamda aşağıda Türkiye’de ve dünyada engelliler hukuku çalışmaları kısaca ele alınmıştır.

V. TÜRKİYE'DE ENGELLİLER HUKUKU ÇALIŞMALARI

Türkiye'de engelli hukuku alanında yapılan çalışmaları anlamak için Türkiye'de yapılmış olan lisansüstü çalışmalara bakmakta fayda bulunmaktadır. Yapılan bir araştırmaya göre⁵³ 1984-2013 yılları arasında engelliler ile ilgili tamamlanmış lisansüstü çalışmaların sayısının 859 olduğu saptanmıştır. Bu çalışmaların 689'u yüksek lisans, 130'u doktora, 36'sı tıpta uzmanlık, 4'ü de sanatta yeterlilik tezleridir. Konularına göre dağılımlarına bakıldığında ise sosyal bilimler alanında (eğitim-öğretim hariç) 168 yüksek lisans ve 30 doktora çalışması yapıldığı görülmektedir. Sosyal bilimler alanlarında başta psikoloji (50), ardından Ev Ekonomisi (30) , Sosyoloji (16) ve Sosyal Hizmetler (15) konularında çalışmaların daha çok ele alındığı görülmektedir. Türkiye'de engelliler ve hukuk ilişkisini ele alan yalnızca 9 lisansüstü çalışma gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunların da 5'i yüksek lisans, 4'ü doktora tezi düzeyinde çalışmalardır. Tüm bu bulgular değerlendirildiğinde engelliler hukuku ile ilgili çalışmalar engellileri ele alan tüm araştırmaların yaklaşık % 1'ini, engellileri ele alan sosyal bilimler araştırmalarının ise yalnızca % 4'ünü oluşturmaktadır. Yükseköğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi verilerine göre⁵⁴ hukuk alanında yaklaşık 10 bin lisansüstü çalışma bulunmaktadır. Burada da yukarıdakine benzer şekilde toplamda 12 lisansüstü çalışmanın engelliler ve hukuk alanında yapıldığı anlaşılmaktadır. Fakat bu çalışmalardan 4'ü İslam hukukuna göre engellilerle ilgili konuları araştıran çalışmalardır ve çoğunlukla Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalında yapılmış araştırmalarıdır. Doğrudan Engelliler Hukuku alanında yapılan bazı lisansüstü çalışmalar aşağıda tablo 4'te sunulmuştur.

⁵³ Çitil, Mahmut; **Engelli Gençlerle İlgili Yapılan Lisansüstü Araştırmalar: Türkiye'de Hazırlanmış Lisansüstü Tezler Üzerine Bir İçerik Analizi**, *Gençlik Araştırmaları Çalıştayı - Rapor* Gençlik ve Spor Bakanlığı Ankara, Kızılcahamam, 2013.

⁵⁴ Veri tabanında detaylı arama kısmındaki "konu" alanında "hukuk" kelimesi ile tarama yapılmıştır.

Tablo-4

Türkiye’de Engelliler Hukuku Alanında Yapılan Bazı Lisansüstü Çalışmalar

Yıl	Tezin Adı	Tezin Türü	Yapıldığı Bilim Dalı
1991	Türk Hukukunda sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü	Yüksek Lisans	Kamu Hukuku Anabilim Dalı
1996	Ana babaların zihinsel engelli çocuğu eğitime ve tedip (uslandırma) hakkı (Ankara’da iki okulda bir araştırma)	Yüksek Lisans	Eğitim Bilimleri – Çocuk Hukuku
1997	İş Hukukunda sakat istihdamı	Doktora	Özel Hukuk Anabilim Dalı / İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı
2001	Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda sakatların korunması	Yüksek Lisans	Sosyal Bilimler Enstitüsü
2006	Türk Kamu Hukuku açısından engellilerin hukuki statüsü	Doktora	Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim dalı
2006	Fiziksel engellilerin uluslararası hukukta korunması ve uluslararası standartların iç hukuka uygulanması	Doktora	Hukuk Anabilim Dalı / Kamu Hukuku Bilim Dalı
2008	Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde engelli hakları	Doktora	Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Kamu Hukuku Bilim Dalı
2008	Engellilerin sosyal güvenliği bakımından sosyal yardım ve sosyal hizmetler	Yüksek Lisans	Özel Hukuk Anabilim Dalı
2009	Uluslararası Hukuk ve Türk hukuk sisteminde engellilerin eğitim hakkı ve devlet yükümlülükleri	Doktora	Hukuk Anabilim Dalı / Kamu Hukuku Bilim Dalı
2011	Karşılaştırmalı Hukuk ışığında Sosyal Güvenlik Hukukunda özürölüler ve yeni yaklaşımlar: Türkiye açısından uygulanabilirliği	Yüksek Lisans	Özel Hukuk Anabilim Dalı

2014	Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin gerekliliği meselesi	Yüksek Lisans	Kamu Hukuku Anabilim Dalı
2015	Engellilerin yasa önünde eşit tanınma hakkı çerçevesinde vesayet hükümlerinin değerlendirilmesi	Yüksek Lisans	Özel Hukuk Anabilim Dalı

Görüldüğü üzere çok sınırlı da olsa çalışmalar hem özel hukuk hem de kamu hukukunun çalışma sahasına girmektedir. Ancak engelliler hukuku alanında yapılan lisansüstü çalışmalar hukuk alanında yapılan genel çalışmalara oranla oldukça sınırlı ve yetersizdir. Aynı durum bilimsel makalelerde benzer şekilde görülmektedir. Akademik veri tabanları genel olarak tarandığında bilimsel dergilerde de engelli hukuku alanında yazılmış makalelerin lisansüstü tezlerden fazla olsa da⁵⁵ yine yetersiz sayıda ve sınırlı olduğu görülmektedir.⁵⁶ Türkiye'de engelli hakları ve hukukunu ele alan bilimsel kitap sayısının da oldukça sınırlı olduğu görülmektedir.⁵⁷ Engelliler konusunda yapılan araştırmalar incelendiğinde engelliler hukuku konusunun araştırmacıların ilgisine yeterince mazhar olamadıkları görülmektedir.

Türkiye'de engelli hakları ve hukuku konusunda bilimsel ve yazılı çalışmaların sınırlı olması konunun durumunu da gözler önüne sermektedir.

⁵⁵ Veri tabanlarında ilgili anahtar kelimelerle yapılan tarama sonuçlarında yaklaşık 300 makale olduğu görülmektedir. Ancak bu makalelerin büyük çoğunluğu engelliler hukuku konusunu dolaylı olarak ele almaktadır.

⁵⁶ Örneğin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının yayın organlarından olan Özveri Dergisi'nde engelli hakları ve hukuku konusunda yalnızca sekiz makale yayınlanmıştır. Bunlar; Türkiye ile Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Engellilik Kavramı ve Engelli İstihdamı ile ilgili Düzenlemelerin İncelenmesi (2010 yılı); Türk Mevzuatında Özürlülük Terminolojisi (2010 yılı); Danıştay Kararları Işığında Engelli Bireylere Yönelik Eğitim Hizmetinin Sürekliliğinin Gerekliliği (2009 yılı); Avrupa Birliği Sosyal Politikasında Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Yeni Direktif Taslağı ve Eşitlik Kurumları (2009 yılı); Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (2008 yılı); Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Özürlülere İlişkin Düzenlemeler (2008 yılı); Avrupa Birliği'nde Özürlülere Yönelik Ayrımcılıkla Mücadele (2007 yılı); Kamu ve Özel Sektör Açısından Özürlü İşçi İstihdamı (4857 sayılı İş Kanunu ve Buna Dayalı Düzenlemelerin Getirdiği Hükümlerin Eleştirel Açından Değerlendirilmesi) (2004 yılı) başlıklarda yayınlanmış makalelerdir. Ayrıca bazı bilimsel hukuk dergilerinde de engelli hakları konusunda makaleler yayınlandığı görülmektedir. Örneğin Derya Yayman ve Ali Çımat, **Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Ayrımcılıklar**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 3 s. 297-321

⁵⁷ Bu alanda yayınlanmış kitaplara örnek verilecek olursa; bkz. Çınarlı, Serkan; **Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri** Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2010; ÇOCUK VAKFI, A. Kulaksızoğlu (Haz.) Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı (Anne Baba ve Öğretmenler İçin), Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.

Fakat durumun net olarak anlaşılması için engelliler hukuku konusundaki pratik uygulamaların da ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Türkiye’de engelliler alanındaki kamu hizmetleri diğer bakanlıkları kısmen ilgilendirse de başta Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (ASPB) ve Milli Eğitim Bakanlığının (MEB) sorumluluğunda sürdürülmektedir. ASPB’ye bağlı olarak hizmet veren “Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü” ise engelli hakları konusundaki en yetkin kurumlardan biri olarak ön plana çıkmaktadır. Bu genel müdürlük engelli vatandaşların hakları konusunda bilgilendirme ve bu konuda kamu duyarlılığını geliştirmek için çeşitli faaliyetler gerçekleştirmektedir.⁵⁸ Genel müdürlüğün resmi internet sitesinde engellilerle ilgili yürüttüğü faaliyetlerin yanı sıra engelli vatandaşları ve ailelerini bilgilendirici yayınlar bulunmaktadır. Bu kapsamda bahsi geçen sitede engelli hakları konusunda ulusal ve uluslararası birçok düzenlemenin metinlerine ulaşmak mümkündür. Ancak engelli hakları konusunda hem engellileri hem de toplumu bilinçlendirme konusunda Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün faaliyetlerinin de sınırlı olduğu söylenebilir.

MEB’in de engelli vatandaşların özel eğitimleri ile ilgili doğrudan sorumluluk taşıyan birimlerinin başında Özel Eğitim ve Rehberlik Hizmetleri Genel Müdürlüğü gelmektedir. Yine bu genel müdürlüğün de resmi web sitesinde engelli vatandaşların eğitimi konusunda yayın ve mevzuatlar bulunduğu görülmektedir.⁵⁹ Fakat MEB bünyesinde de engelli çocuğa sahip aileleri ve engelli öğrencileri hakları konusunda bilgilendirici çalışmaların çok sınırlı olduğu söylenebilir.

Adalet Bakanlığı’nın da engelli vatandaşların hakları konusundaki çalışmalarına bakılmasında fayda bulunmaktadır. Bakanlığın teşkilat yapısında da engellilerle ilgili doğrudan bir birim olmadığı görülmektedir. Bakanlığın engellilerle ilgili hizmetleri faklı birimlerde dolaylı olarak sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Mağdur Hakları Dairesi Başkanlığı vb. birimlerin engellilerle ilgili görev ve sorumlulukları olduğu görülmektedir. Adalet Bakanlığının hizmet ve uygulamalarında engelli vatandaşları dikkate alan bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Örneğin Bakanlığın resmi internet sitesinde Mağdur Hakları Daire Başkanlığının “engelli mağdurlara yaklaşım” gibi konularda hizmet taraflarına bilgi veren yazılar bulunmaktadır.⁶⁰ Bunun yanı sıra “engelsiz adliye” projeleri başlattığı ve bazı adliyelerde “engelli danışma” birimleri kurduğu görülmektedir. Bu kapsamda Bakanlığın adalete erişim sağlamak amacıyla yaptığı bazı fiziksel düzenlemeler ve engelli çalışan

⁵⁸ Bkz. <http://eyh.aile.gov.tr/>

⁵⁹ Bkz. <https://orgm.meb.gov.tr/>

⁶⁰ Bkz. <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/engelli-magdurlara-yaklasim.pdf>

istihdam etme gibi bazı önlemler aldığı görülmektedir. Ancak mevcut adliye binalarının adalete erişim konusunda gerekli düzenlemeleri (engelli yolu, kabartma yazı, sesli uyarı sistemi, işaret dili bilen tercüman vb.) tam ve istenen bir şekilde gerçekleştirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir.⁶¹ Adalet Bakanlığı 2015-2019 Stratejik Planı'nda yer alan ikinci stratejik amacın başlığı "Adalete Erişim ile Mağdurlara ve Dezavantajlı Gruplara Yönelik Uygulamaları Geliştirmek" olarak belirlenmiş ve burada: *adliyelerin bir kısmında danışma masaları ve yön levhaları oluşturulmuş, engelliler için gerekli tedbirler alınmıştır* bilgisi paylaşılmıştır.⁶² Aynı amaç içerisinde *adalet sisteminde dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaların etkin hale getirilmesi hayati öneme sahiptir. Bu alanda çocukların korunması, engellilerin gözetilmesi ve kadınlara yönelik uygulamalar öne çıkan konular olmaktadır. Günümüzde birçok ülkede dezavantajlı kesimlere yönelik özel bazı tedbirler alınmaktadır. Bu tedbirler hak arama mekanizmalarının güçlendirilmesi ya da hak arama yolları hakkında belirtilen kesimlerin bilgilerinin artırılması gibi önlemleri içermektedir* denilmektedir.⁶³ Buradan da anlaşılacağı üzere Adalet Bakanlığı engellilere yönelik uygulamaların etkin hale getirilmesine vurgu yapmış ancak bu konuda bir strateji ve hedef belirlememiştir. Adalet Bakanlığının bu konuda duyarlı çalışmaları olduğu görülse de bunların yeterli olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Örneğin Bakanlık Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı çok farklı hukuk konularında önemli yayınlar yapmış olmasına karşın engelli hakları ve hukuku konusunda bir çalışma yapmamıştır.⁶⁴ Kanunlar Genel Müdürlüğü bünyesinde Kadın Hakları ve Çocuk Hukuku Bürosu gibi birimler bulunmasına karşın engelli hakları ile ilgili bir birim bulunmadığı görülmektedir. Genel olarak incelendiğinde Adalet Bakanlığı ve ilgili birimlerinin de engelli hakları ve engelli hukuku gibi konularda yeterli düzeyde bir yapıya ve ilgiye sahip olmadıkları söylenebilir.

Türkiye'de engelli hakları ve engelli hukuku konusunda ele alınması gereken bir diğer önemli alan da yükseköğretimdir. Türkiye'de yükseköğretim kurumlarında engellilerle ilgili doğrudan öğretim yapan birimlerin çoğunlukla eğitim fakültelerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda eğitim fakültelerinde bulunan özel eğitim bölümlerinde engelli bireylerin eğitimde görev yapacak öğretmen adaylarının yetiştirildiği görülmektedir. Özel eğitim öğretmenleri yetiştiren programlarda ise "Yasalar ve Özel Eğitim", "Yasa ve Yönetmeliklerle

⁶¹ K. Levent Ertürk, A. Aslı Şimşek, D. Gülseren Songür ve Gökhan Şenol, **Türkiye'de Engelli Farkındalığı ve Engelli Bireylerin Adalete Web Erişilebilirlikleri Üzerine Bir Değerlendirme**, *Bilgi Dünyası (Hakemli Makale)*, 2014, 15 (2) 375-395

⁶² Adalet Bakanlığı 2015-2019 Stratejik Planı, s. 85. <http://www.adalet.gov.tr/bakanlik/stratejikplan/stratejik-plan-2015-2019.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2017).

⁶³ Aynı Plan, s.86

⁶⁴ Bkz. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/yayinlarimiz.html>

Sorun Çözme” gibi bazı derslerin okutulduğu görülmektedir.⁶⁵ Fakat engelli hakları ya da engelli hukuku denilince bu konunun doğrudan muhatabının hukuk fakülteleri olması gerektiği de söylenebilir. ÖSYM’nin 2017 yılı kitapçığına göre Türkiye’de öğrenci kabul eden hukuk fakültelerinin toplam sayısı 79’dur. Bu fakültelerin 35’i devlet üniversitelerinde, 37’si vakıf üniversitelerinde, 7’si de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ndeki üniversitelerde bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında tüm bu hukuk fakültelerinin ders programları incelenmeye çalışılmıştır. Hukuk fakültelerinin lisans programlarındaki zorunlu ve seçmeli dersler incelendiğinde genel hukuk derslerinin yanısıra çocuk hukuku, spor hukuku, internet hukuku, insan hakları hukuku, özgürlükler hukuku, insancıl hukuka giriş vb. birçok farklı dersin programlarda bulunduğu görülmektedir. Fakat ulaşılan programların hiç birinde engelliler hukuku konusunda doğrudan bir ders bulunmadığı görülmüştür.⁶⁶

Hukuk fakültesi mezunlarının büyük bir kısmı avukatlık mesleğini sürdürmektedirler. Bu kapsamda avukatların üyesi buldukları baroların, özel avukatlık ve hukuk bürolarının da engelli hakları konusundaki çalışmalarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. İnternet ortamındaki arama motorları kullanılarak incelenen avukatlık ve hukuk bürolarında engelli hukuku konusunda engellilere yönelik hizmet verdiğini iddia eden kuruluşlar olduğu görülmektedir. Ancak bunların da sayısının oldukça az ve sınırlı olduğu görülmektedir.⁶⁷ Burada önemle belirtilmesi gereken bir başka nokta da engelli vatandaşlar arasında özellikle görme engelliler arasında avukatlık mesleğini icra edenlerin azımsanmayacak düzeyde olduğudur. Fakat Türkiye’deki engelli avukat sayısı konusunda net istatistiki veriler bulunmamaktadır.⁶⁸ Ancak engelli avukatların internet ortamında birçok farklı forum ve platformda buldukları

⁶⁵ Ayrıca Gazi Üniversitesi Özel Eğitim Bölümü’nde Görme Engelliler Öğretmenliği Programında bir dönem “Engelli ve Çocuk Hukuku” isimli seçmeli bir ders bulunduğu bilinmektedir. Bu ders makalenin birinci yazarı tarafından bir dönem okutulmuş. Daha sonra programın değişmesi ve bazı yasal durumlar nedeniyle ders bir daha açılmamıştır.

⁶⁶ Tüm hukuk fakülteleri arasında yalnızca Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi lisans programında seçmeli “işaret dili” dersi mevcuttur. Bu ders de engelli hukuku ile ilgili değildir. Ancak engelliler hakkında duyarlılık bakımından böyle bir dersin hukuk fakültesi dersleri arasında bulunması oldukça yararlı ve önemli bir durum olarak ele alınabilir.

⁶⁷ Arama motorları sonuçlarına göre Türkiye’de on binlerce hukuk bürosu olduğu anlaşılmaktadır. Tarama engelli ya da özürlü gibi anahtar kavramlarla daraltıldığında bile binlerce sonuç çıkmaktadır. Bu araştırmanın amacı mevcut durumu genel olarak değerlendirmek olduğundan tüm bu hukuk bürolarının içeriği ve hizmetlerinin incelenmesi bu araştırmanın kapsamı dışındadır. Fakat yine de engelliler hukuku konusunda uzmanlaşmış özel hukuk bürosu sayısının oldukça az olduğu görülmektedir.

⁶⁸ *Türkiye’de Engellilik Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu*, (Raporu Hazırlayanlar: Arzu Şenyurt Akdağ, Gizem Tanay, Hakan Özgül, Lutfiye Kelleci Birer, Özlem Kara) İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, Şubat 2011, s.24

ve buralarda engelli hakları konusunda yazılar yayınladıkları görülmektedir.⁶⁹

Türkiye'nin farklı şehirlerinde bulunan Baroların da engelliler ve engelli hakları konusunda bazı faaliyetleri olduğu görülmektedir. Örneğin, Ankara, Bursa, Sakarya, Adana barosu gibi birçok baro yönetim kurullarında “engelli hakları komisyonu” ya da “Engelliler Kurulu” kurulduğu görülmektedir. Bu komisyonların bazılarının ise aktif bir şekilde çalıştığı ve engelli hakları konusunda önemli faaliyetler gerçekleştirdikleri anlaşılmaktadır. Örneğin Ankara Barosu 2009 yılında “Türk Hukukunda Engelliler ve Engelli Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” konulu bir sempozyum gerçekleştirmiştir.⁷⁰ Barolarda engelli komisyonları olsa da birçok baroda engelli vatandaşlar için adli yardım sağlayacak özel birimler bulunmamaktadır. Mevcut komisyonlar ise daha çok “engelli avukatların ihtiyaçlarına çözüm arayan ve onların çabalarıyla ilerleyen engelli avukat merkezlerinden” ibarettir.⁷¹

Engelli hakları ya da engelli hukuku alanındaki çalışmalar konusunda ise gelişmiş batı ülkelerinin çok daha iyi bir düzeyde olduğu söylenebilir. İnternet ortamında arama motorlarında “engelliler hukuku, engelli hakları, engelli yasası” gibi anahtar kelimelerle yapılan taramalarda milyonlarca sonuç çıktığı görülmektedir.⁷² Tüm bu araştırmaları özetlemek bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Fakat özellikle İngilizce yayın yapan bilimsel dergilerde engelliler hukuku alanında yapılan çalışmaların oldukça fazla olduğu görülmektedir. Yine Batılı ülkelerden engelliler hukuku alanında çok fazla lisansüstü tez çalışmasının da olduğu görülmektedir.⁷³ Bunların yanısıra engelliler hukuku alanında bilimsel kitapların da olduğu görülmektedir. Örneğin Cambridge Üniversitesi'nin Engelli Hukuku ve Politikaları isimli bir kitap serisi bulunmaktadır.⁷⁴ Üniversitelerin yanısıra bazı özel platform ve bireysel yazarların da engelliler hukuku alanında çalışmalar yayınladığı görülmektedir. Avrupa Engellilik Uzmanları Akademik Ağı (The Academic Network of European Disability Experts - ANED) Avrupa'da engellilik alanında çalışan uzmanların bilgi ve rapor paylaştıkları uluslararası bir ağ olarak hizmet

⁶⁹ Örneğin bkz. <https://www.engelliler.biz/forum/forum.php>

⁷⁰ Sempozyum kitapçığı için bkz. http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011_sonrasikitap/engelli-haklari-birlesmis-milletler.pdf

⁷¹ Ertürk vd. *agm*, 2014, s.383

⁷² Google Akademik arama sayfasında “disability rights” kelimeleriyle yapılan aramada 2.380.000 sonuç, “disability Law” kelimeleriyle yapılan aramada 1.720.000 sonuç, “disability legislation” denince de 839.000 sonuç çıktığı görülmektedir.

⁷³ <https://search.proquest.com> (Erişim Tarihi: 29.10.2017).

⁷⁴ <https://www.cambridge.org/core/series/cambridge-disability-law-and-policy-series> ; Genetics, Disability and the Law Disability and Community Living Policies, Land Use Law and Disability, Disability and the Good Human Life, People with Disabilities: Sideline or Mainstreamed?, Social Inclusion of People with Disabilities vb. başlıklarda kitaplar yayınlanmıştır

vermektedir. İlgili topluluğa Türkiye’den birkaç araştırmacı üyedir ve Türkiye ile ilgili raporların da burada yayınlandığı görülmektedir.⁷⁵ Burada yayınlanan “Country reports on citizenship and political participation” isimli rapora göre Türkiye’nin ulusal engelli strateji/eylem planı bulunmamaktadır.

Bazı ülkelerde ise hem adliyelerin içinde hem de müstakil yerlerde engelliler ile ilgili hukuk merkezleri olduğu görülmektedir. Örneğin Avusturalya Engelliler Hukuku Merkezi (Australian Centre for Disability Law) engellilerin insan haklarını ve yasal haklarını yasal savunuculuk yoluyla destekleyip korumakta; engelliler için sosyal hizmetler, hukuk eğitimi ve hukuki danışmanlık sunmaktadırlar. Federal Mahkemeye bağlı olarak faaliyet gösteren bu merkez Commonwealth (Milletler topluluğu) Başsavcılığı Bölümü ve NSW Başsavcılığı tarafından finanse edilmektedir.⁷⁶ ABD’de de farklı eyaletlerde benzer kurumlar olduğu bilinmektedir. Örneğin Arizona’da engellilerle ilgili bir “engelliler hukuku merkezi” bulunmaktadır. Kanada, Ontario’da da “Engelliler Hukuk Merkezi - ARCH” isimli benzer bir merkez bulunmaktadır.⁷⁷ Bu merkez; engellilerin onuruyla yaşamaları ve topluma tam katılımını sağlamayı amaçlayan ve bu amaç doğrultusunda engelli kişilerin eşitlik haklarını savunmak ve ilerletmek için çalışan hukuki bir yardım merkezidir.

Bazı ülkelerde ise engelli hakları ve yasalarını koordine eden üst kurullar bulunmaktadır. Örneğin Britanya’da: Galler, İskoçya ve İngiltere gibi ülkelerdeki yasal durumu takip eden Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde bir engelli komitesi bulunmakta ve bu komite İngiltere’yi engelliler konusunda daha adil yapmak için yardımcı olmaktadır.⁷⁸

Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında öğrenci kabul eden programların engelliler hukuku alanında yok denecek kadar az bir içeriğe sahip olduğu görülmüştür. Fakat başta ABD ve İngiltere olmak üzere birçok gelişmiş ülkede yer alan yükseköğretim kurumunda engelliler hukukuna ilişkin dersler okutulmaktadır. Bu derslere bazı örnekler verilmesinde fayda bulunmaktadır. ABD’de yer alan ve uluslararası alanda tanınmış bir kurum olan Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “engelliler hukuku” isimli bir seminer dersi ve iki kredilik seçmeli bir “engelli hakları hukuku” dersi bulunmaktadır.⁷⁹ Harvard Üniversitesi Hukuk Okulunda⁸⁰ okutulan birçok dersin (Diversity and Dispute

⁷⁵ <http://www.disability-europe.net/> (Erişim Tarihi: 23.10.2017).

⁷⁶ <http://disabilitylaw.org.au/> (Erişim Tarihi: 27.10.2017).

⁷⁷ <http://www.archdisabilitylaw.ca/> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

⁷⁸ <https://www.equalityhumanrights.com/en/disability-committee> (Erişim Tarihi: 30.10.2017).

⁷⁹ <http://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/index.html?o=69319> (Erişim Tarihi: 01.10.2017).

⁸⁰ Bilindiği üzere ABD’de birçok eyalette hukuk öğrenimi fakülte seviyesinde olmayıp Law College şeklinde yürütülmektedir. Bu nedenle Law College hukuk okulu olarak çevrilmiştir.

Resolution; Employment Discrimination; Employment Law Clinic; Health Law and Policy Clinic of the Center for Health Law and Policy Innovation; Reproductive Rights and Practices; Veterans Law and Disability Benefits Clinic) içeriğinde de engelli haklarının ele alındığı görülmektedir.⁸¹ Yine ABD’de bulunan saygın kurumlardan biri olan Stanford Üniversitesi Hukuk Okulu’nun programında da “engelli hukuku” dersi bulunmaktadır.⁸² Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde özel bir ders olmasa da engelliler hukuku alanında bir öğrenci topluluğu olduğu görülmektedir. Pitsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 2 kredilik “Engellilik Ayrımcılığının Yasası (THE)” dersi; 4 kredilik “Sosyal Güvenlik Engellilik Uygulaması” isimli uygulamalı bir ders ve 2 kredilik “Özel Eğitim Hukuku” dersi bulunmaktadır.

ABD’deki örnekler genişletilebilir. Fakat ABD’de bir üniversite engelli hukuku alanında fazlasıyla ön plana çıkmaktadır. New York’ta bulunan Syracuse Üniversitesi Hukuk Okulu “Engelliler Hukuku ve Politikaları” isimli ortak bir lisans programına sahiptir.⁸³ Kısa adı DLPP olan program ABD’deki engellilikle ilgili en kapsamlı hukuk fakültesi programıdır. DLPP Müfredat Programını tamamlamak için, öğrencilerin 3 zorunlu ve 2 seçmeli dersi kapsayan 15 kredi saatlik programı başarıyla tamamlamaları gerekmektedir. Engellilik hukuku alanı çok disiplinli bir özellik taşıdığı için çapraz kampüs şartı getirilmiştir. Buna göre programı tamamlamak için öğrencilerin Syracuse Üniversitesi’ndeki başka bir lisansüstü programla sunulan en az bir dersi almaları şartı bulunmaktadır. Bu kapsamda öğrenciler örneğin eğitim fakültesindeki engelli araştırmaları dersine kayıt olabilmektedirler. DLPP öğrencileri Eğitimin Kültürel Temelleri Bilim Master’ı programıyla⁸⁴ ortak dersler de alabilmektedirler. Bu ortak programda öğrenciler engellilik alanına yoğunlaşmış hukuk, eğitim ve kültür derslerini bir arada almakta ve mezun olduklarında “Engellilik Araştırmaları Sertifikası (CAS)” belgesini alabilmektedirler. Bu programa katılan öğrenciler engellilik, eğitim, özel eğitim, çocuk hakları, sivil haklar, emek, istihdam, güven ve mülkiyet alanları ve uluslararası insan hakları hukuku alanlarında dersler görmekte ve mezuniyet sonrası bu alanlarda çalışmaktadırlar. Mezunlar, federal ve eyalet devlet kurumları, özel hukuk firmaları, yerli ve yabancı STK’lar, kamu yararına çalışan hukuk büroları, özel hukuk büroları, il ve ilçedeki okullar, politika organizasyonları, düşünce kuruluşlarında çalışmakta ve bazı

⁸¹ <https://helios.law.harvard.edu/CourseCatalogs/hls-course-catalog-2017-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 17.10.2017).

⁸² <https://law.stanford.edu/courses/disability-law-human-rights-and-justice/> (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

⁸³ <http://law.syr.edu/academics/centers-institutes/disability-law-and-policy-program/> (Erişim Tarihi: 17.10.2017).

⁸⁴ Eğitimin Kültürel Temelleri Master ve doktora programları Türkiye’de de yalnızca Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsünde bulunmaktadır.

öğrenciler lisansüstü eğitime devam etmektedirler. Bu program toplumdaki engelliliğin incelenmesine yasal, sosyal, kültürel, tarihi ve felsefi bakış açılarını içeren disiplinler arası bir özelliğe sahiptir. Bu bağlamda Syracuse Üniversitesi 1996 yılında açtığı bu programla engellilik araştırmaları alanında lisansüstü program sunan ilk ve tek Amerikan üniversitesi olma özelliğini uzunca bir süre sürdürmüştür. ABD’de benzer bir program Pittsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 15 kredilik bir “engelli hukuku çalışmaları sertifika programı” adıyla sürdürülmektedir.⁸⁵ Benzer bir başka programın da Kanada’da bulunduğu görülmektedir. Toronto’da bulunan York Üniversitesi’nde “Kritik Engellilik Çalışmaları” isimli bir yüksek lisans programı bulunmaktadır. İngiltere’de bulunan Leeds Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde de bir “Engellilik Hukuku Merkezi” bulunmaktadır.⁸⁶ Leeds Üniversitesi uzun yıllardır, küresel engelli çalışmalarında öncü rol oynamıştır. Üniversite bünyesindeki Merkez; hukuk fakültesi lisans öğrencileri için engelliler hukuku modülleri sunmaktadır. Ayrıca Uluslararası ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku LLM yüksek lisans programı içinde de engelli hukuku çalışmaları yapılmaktadır. Merkez, hukuk alanında doktora yapan araştırmacılara engelliler hukuku alanında tez yapmak istediklerinde de danışmanlık sunmaktadır.

Görüldüğü üzere gelişmiş ülkelerin bazılarında engelli hukuku konusunda çalışma ve faaliyetler Türkiye’ye nazaran oldukça ileri bir boyuttadır. Ancak bu durum engellilerin hak ve durumlarının istenen düzeyde olduğu anlamını da taşımamaktadır. Oxford Üniversitesinin gerçekleştirdiği Engelliler Hukuku ve Politikaları Projesi’nin raporunda; İngiltere’de her beş kişiden birinde bir yetersizlik olduğu, bununla birlikte engelli bireylerin demografik, akademik, hukuki ve politik kurumlarda çok az temsil edildikleri ifade edilmiştir.⁸⁷ Bu nedenle de Oxford Üniversitesi engelliler hukuku ve politikaları alanında yeni perspektifler getirecek ve engelli vatandaşların taleplerini daha iyi karşılayacak bir politika oluşturmak için böyle bir proje başlatmıştır. Zaten yukarıdaki uluslararası gelişmeler kısmında da değinildiği gibi engelli hakları istenen düzeye bir türlü ulaşamadığı için çok yakın bir tarih olan 2006 yılında BM yeni bir sözleşme yapma gereği duymuştur. Kısaca söylemek gerekirse gelişmiş ülkelerde bahsi geçen tüm bu olumlu gelişmelere rağmen engelli hakları ve engelliler hukuku konusunda yeterli bir görünümünden uzak kalmıştır. Türkiye de yasal olarak bu ülkelere yakın bir konumda olmayı ancak kâğıt üzerinde başarabilmiş görünmektedir. Doğal olarak Türkiye’nin engelli haklarının pratik uygulamaları ve engelli hukuku konusundaki çalışmaları arttırması gerekmektedir.

⁸⁵ <http://law.pitt.edu/academics/non-lawyers/dls> (Erişim Tarihi: 22.10.2017).

⁸⁶ <http://www.law.leeds.ac.uk/research/disability-law-hub> (Erişim Tarihi: 29.10.2017).

⁸⁷ <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/oxford-university-disability-law-and-policy-project> (Erişim Tarihi: 29.10.2017).

SONUÇ

İnsanlık tarihi boyunca ötekileştiren, dışlanan, hor görülen, kullanılan ve hatta öldürülen engelli bireylerin hakları konusu çok yeni bir çalışma alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Engelli bireylerle ilgili olumlu gelişmeler birkaç yüzyıllık bir maziye sahiptir. Engelli bireylerle ilgili olumlu gelişmeler başta bakım, koruma ve eğitim gibi alanlarda ortaya çıkmıştır. Engelli bireylerin hukuki konumlarını güçlendirici yasal düzenlemeler ise 20. yüzyıldan itibaren gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Ekonomik, sosyal, kültürel ve eğitsel alanlarda engellilerin her geçen gün daha fazla hak ve imkâna sahip olmaları sevindirici gelişmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak engelli bireylerin hakları konusunda beklenen düzeyde gelişmelerin dünya genelinde tam anlamıyla gerçekleşmediği de görülmektedir.

Engelliler ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılması kadar bunların uygulanması konusunda da gereken hassasiyetin yeterince gösterilemediği görülmektedir. Ancak doğru yasal düzenlemelerin yapılması uygulamalar için de bir hareket kaynağı olacaktır. Bu kapsamda birçok ülkede engelliler için yürürlüğe koyulan yasalar bulunmaktadır. Engellilik günümüzde dünya toplumlarının bildiği ve çözüm aradığı bir olgu haline gelmiştir. Artık toplumların gelişmişliği ve medeniliğini anlamak için, o toplumların kendi engelli vatandaşları için gerçekleştirdikleri düzenlemeler de bir ölçüt olarak görülmelidir.

Engelliler hukuku alanına zemin oluşturacak ulusal ve uluslararası, doğrudan ve dolaylı birçok yasal düzenleme vardır. Buna rağmen engelli hakları ya da engelliler hukuku konusu Türkiye’de yeterli bir ilgi görmemektedir. Bu konuda bilim insanlarının çok az sayıda araştırma yaptıkları, hukuk fakültelerinde bu konunun çok sınırlı şekilde ele alındığı ve pratik alanlarda çok az hizmet sunulduğu anlaşılmaktadır. Çocuk hukukunun varlığını kabul etmek için yukarıdaki gerekçeler hukuk insanları tarafından yeterli kabul ediliyor ise, Engelliler Hukuku gibi bir alanın da varlığının tartışılması gerekmektedir.

Başta hukukçular olmak üzere engelli hakları alanında toplumsal duyarlılığın artması engellilerin hak ettikleri bir yaşam standardına ulaşmalarında katkı sağlayacaktır. Tam olarak istenen düzeyde olmasa da gelişmiş Batı toplumlarında engelli haklarını savunan ve engellileri destekleyen birçok merkez ve kuruluş bulunmaktadır. Bu merkezlerde çalışacak kişilerin de yetiştirilmesine olanak sağlayacak eğitim kurumları olduğu anlaşılmaktadır. Oysa Türkiye bu konuda hem eğitsel hem de pratik uygulamalar bakımından oldukça sınırlı bir görünüm sunmaktadır.

Engelliler Hukuku’nun hukuk fakültelerinde, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinde ve hatta diğer okullarda ders olarak verilmesi hem Hukuk bilimine katkı sağlayacak hem de toplumsal farkındalığın artırılmasına yol

açacaktır. Çünkü Hukuk Fakültesi mezunları geleceğin avukatları, hâkim ve savcılar, kamu uzmanları olacaklardır. Bu kişilerin lisans öğrenimleri boyunca engellilerle ilgili yeterli farkındalık geliştirmemeleri ve engelli hakları konusunda yeterli bir alt yapıya sahip olmamaları toplumsal bütünleşme açısından risk taşımaktadır. Ayrıca bu kişilerin konuya ilgisiz ya da uzak kalmaları Türkiye’de engelli haklarının gelişimi ve korunmasını da olumsuz yönde etkileyebilecektir. Engellilerle ilgili toplumsal duyarlılığın artırılması için hukuk insanlarının bu konudaki bilgi ve becerilerinin geliştirilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda hizmet öncesinde olduğu kadar hizmet içi süreçlerde eğitimler, sempozyumlar, çeşitli toplumsal sorumluluk projeleri ve paylaşım platformları kurulabilir. Böylece mevcut idareciler, hâkimler, savcılar ve avukatların bu konudaki bilgi ve farkındalıkları artırılabilir. Ayrıca başta Adalet Bakanlığı ve Barolar olmak üzere hem engelli vatandaşlara danışmanlık sunacak hem de engelli hakları konusunda ilgili tarafları bilgilendirecek hizmet birimlerinin kurulması ve yaygınlaştırılmasında fayda bulunacaktır.

Bu çalışma ile engelli hakları konusundaki mevcut durum kısmen de olsa ortaya koyulmuş ve engelli hukuku konusunda taraflar için değerlendirmeler sunulmuştur. Böylece engelli vatandaşların daha ideal bir yaşama kavuşmalarında hukukçulara ve toplumun diğer kesimlerine düşen rol ve görevlere değinilmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak hukuk bilimi normatif bir bilim alanıdır ve toplumu doğrudan etkileyen bir özelliğe sahiptir. Bu kapsamda hukukçular gerçekte ne olduğunun farkında olan ve ne olması gerektiğini belirleyen kişilerdir. Engelliler hukuku alanı güçlendikçe engellilerin de güçleneceği bir toplum yapısı ortaya çıkacaktır.

Kaynakça

AKÇAMETE, Gönül, *Genel Eğitim Okullarında Özel Gereksinimi Olan Öğrenciler ve Özel Eğitim*, (3.Baskı) Kök Yayıncılık, Ankara, 2010.

AKÇAMETE, Gönül, *Türkiye’de Özel Eğitim*. S. Eripek, (Ed.) Özel Eğitim içinde (s. 197–207). Anadolu Üniversitesi Yayınları. Eskişehir, 1998.

AKÇAMETE, Gönül – Kaner, Sema, “Cumhuriyetin 75 Yılında Çocuğa Yönelik Özel Eğitim Çalışmaları”. 2. *Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi: Cumhuriyet ve Çocuk*,: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No: 2, (395–405). Ankara, 1999.

ANAYURT, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. (Güncellenmiş 9. Basım). Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

ANDAÇ, Faruk, *Hukukun Temel Kavramları*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2008.

ARIKAN, Çiğdem, “Sosyal Model Çerçevesinde Özürlülüğe Yaklaşım”, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, 2, 1, 2002, s.11-25.

ATAMAN, Ayşegül, *Özel Gereksinimli Çocuklar ve Özel Eğitime Giriş*. Gündüz Yay.. Ankara, 2003

AYDIN, Nurullah, *Hukuka Giriş: Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

BATU, Sema ve Uysal, Ayten, *Günümüz Sınıflarında Engelli Çocukların Gelişimini Destekleme*. Akçamete, A. G. (Editör) *Genel Eğitim Okullarında Özel Gereksinimi Olan Öğrenciler ve Özel Eğitim* içinde (s.113-141). (3.Baskı) Kök Yayıncılık, Ankara, 2010.

BURCU, Esra; *Türkiye’de Özürlü Birey Olma, Temel Sosyolojik Özellikleri ve Sorunları Üzerine Bir Araştırma*, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2007.

CAVKAYTAR, Atilla, *Özel Eğitime Gereksinim Duyan Çocuklar ve Özel Eğitim*. H.İ. Diken (Ed.), *Özel Eğitime Gereksinimi Olan Öğrenciler ve Özel Eğitim* içinde (s.3-27). PegemA Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÇAĞLAR, Selda, *Tanım – Sınıflama ve Modellerin Engelli Çocukların Kamusal Hakları Üzerine Etkisi*, (Haz. Adnan Kulaksızoğlu) *Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı* içinde (s.45-67), Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011,

ÇAKMAK, Naci Münci, *Türk Kamu Hukuku Açısından Engellilerin Hukuki Statüsü*, (Yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

ÇAKMAK, Naci Münci, *Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Engelli Tanımı Hakkında Bir İnceleme*, *AÜHFD*, 2008, s.54.

ÇİTİL, Mahmut, *Türkiye’de Özel Eğitim: Tarihsel, Politik ve Yasal Gelişmeler*. Vize Yayıncılık, Ankara, 2017a.

ÇİTİL, Mahmut, *Zihinsel Yetersizliği ve OSB’li Olan Çocuklarla İlgili Yasal Yasal Düzenlemeler*, Ü. Şahbaz (Ed.) *Zihin Yetersizliği ve Otizm Spektrum Bozukluğu Olan Çocuklar* kitabı içinde (225-258), Vize Yayıncılık, Ankara, 2017b, s. 226.

ÇİTİL, Mahmut, “Engelli Gençlerle İlgili Yapılan Lisansüstü Araştırmalar: Türkiye’de Hazırlanmış Lisansüstü Tezler Üzerine Bir İçerik Analizi.” *Gençlik Araştırmaları Çalıştayı – Raporu, Gençlik ve Spor Bakanlığı* Ankara, Kızılcahamam (2013)

ÇİTİL, Mahmut, *Yasalar ve Özel Eğitim*, Vize Yayıncılık, Ankara, 2012

ÇİTİL, Mahmut, *Cumhuriyetin İlanından Günümüze Türkiye’de Özel Eğitim*. (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2009.

ÇINARLI, Serkan, *Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2010.

ÇOCUK VAKFI, A. Kulaksızoğlu (Haz.) Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı (Anne Baba ve Öğretmenler İçin), Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011

DOĞAN, İsmail, *Sosyoloji: Kavramlar ve Sorunlar*, (11. Baskı) PegemA Yayıncılık, Ankara, 2012

DOĞAN, İsmail ve ÇİTİL, Mahmut, “Engelli Çocuk ve Ergenlerine Sosyolojik Bir Yaklaşım”, A. Kulaksızoğlu (Haz.) Engelli Çocuk ve Ergenlerin Hakları El Kitabı (Anne-Baba ve Öğretmenler İçin) içinde (s.27-45), Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.

DÖNMEZER, Sulhi. *Toplumbilim*. (Yenilenmiş 11. Baskı). Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

ENÇ, Mitat, *Görme Özürlüler (Gelişim, Uyum ve Eğitimleri)*, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara. 2005.

ERTÜRK, K. Levent - Şimşek, A. Aslı – Songür, D. Gülseren - Şenol, Gökhan, “Türkiye’de Engelli Farkındalığı ve Engelli Bireylerin Adalet Web Erişilebilirlikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bilgi Dünyası (Hakemli Makale)*, 15 (2), 2014, s.375-395.

GIDDENS, Anthony, *Sosyoloji*. (Yayıma Hazırlayan: Cemal Güzel). Kırmızı Yay. İstanbul, 2012.

GÖK, Süleyman, *Dünyada ve Türkiye’de Sağır, Dilsiz, Okulları Tarihi ve Eğitim Sistemi*, Hüsnütabiat Matbaası (Türkiye Sağır, Dilsiz ve Körler Tesanüt Cemiyeti Neşriyatı) İstanbul, 1958.

GÜL, İdil Işıl, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, (Yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006

KARGIN, Tevhide, Cumhuriyetin 80. yılında özel eğitim. Milli Eğitim Dergisi, Sayı: 160. Güz. 2003, Erişim: 29 Kasım 2017, <http://yayim.meb.gov.tr/dergiler/160/kutlu.htmir>.

OĞULTÜRK, Nilay, *Zihinsel Engelli Çocuğa Sahip Ailelerin, Aile İşlevlerini Etkileyen Etmenler: Çankaya Belediyesinden Hizmet Alan Aileler Üzerin Bir Değerlendirme*. (Yayımlanmamış doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

ÖZGÖBEK, Hatice Reyhan, *Türkiye’nin Engelliler Politikası Analizi*. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

ÖZİ, *Birinci Özürlüler Şurası. Çağdaş toplum, Çağdaş Yaşam ve Özürlüler. (Komisyon raporları ve genel kurul görüşmeleri) 29 Kasım – 02 Aralık, (Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı)* Ankara, 1999a,. s.171-172

ÖZİ, *Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayın no: 43, Ankara, 2006.*

ÖZSOY, Yahya – Özyürek, Mehmet - Eripek, Süleyman, Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar (Özel eğitime giriş), (6. Baskı). Karatepe Yayınları, Ankara, 1996.

ÖZTÜRK, Yasemin, *Engelli Çocuğa Sahip Ailelerin Gereksinimlerinin ve Aile Yükünün Belirlenmesi*, (Yüksek lisans tezi), Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Türkiye’de Engellilik Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu, (Raporu Hazırlayanlar: Arzu Şenyurt Akdağ, Gizem Tanay, Hakan Özgül, Lütfiye Kelleci Birer, Özlem Kara) İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, Şubat 2011

Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, Ankara: www.tuik.gov.tr/IcerikGetir.do?is-tab_id=14 sayfasından erişilmiştir.

UŞAN, M. Fatih, *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, (Yayımlanmamış doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Konya, 1997.

YAYMAN, Derya - Çımat, Ali, *Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Ayrıcalıklar*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVI, Y. 2012, Sa. 3 s. 297-321

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı 2015-2019 Stratejik Planı, Erişim: 29 Ekim 2017, <http://www.adalet.gov.tr/bakanlik/stratejikplan/stratejik-plan-2015-2019.pdf>

Avrupa Birliği ve Engellilik, Erişim: 27 Ekim 2017, <http://eyh.aile.gov.tr/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/14-avrupa-birligi-ve-engellilik>

<http://eyh.aile.gov.tr/>

<https://orgm.meb.gov.tr/>

<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/engelli-magdurlara-yaklasim.pdf>

<http://www.yayin.adalet.gov.tr/yayinlarimiz.html>

<https://www.engelliler.biz/forum/forum.php>

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/engelli-haklari-birlesmis-milletler.pdf>

<https://search.proquest.com>

<https://www.cambridge.org/core/series/cambridge-disability-law-and-policy-series>

<http://www.disability-europe.net/>

<http://disabilitylaw.org.au/>

<http://www.archdisabilitylaw.ca/>

<https://www.equalityhumanrights.com/en/disability-committee>

<http://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/index.html?o=69319>

<https://helios.law.harvard.edu/CourseCatalogs/hls-course-catalog-2017-2018.pdf>

<https://law.stanford.edu/courses/disability-law-human-rights-and-justice/>

<http://law.syr.edu/academics/centers-institutes/disability-law-and-policy-program/>

<http://law.pitt.edu/academics/non-lawyers/dls>

<http://www.law.leeds.ac.uk/research/disability-law-hub>

<https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/oxford-university-disability-law-and-policy-project>

AIHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA TERCÜMANDAN YARARLANMA HAKKI

The Right To Use The Interpreter In The Light Of ECHR Decisions

Arş. Gör. Cem Ümit BEYOĞLU¹

Geliş Tarihi: 19.09.2017 Kabul Tarihi:24.05.2018

ÖZET

Türk ceza muhakemesi hukukunda, tercümandan yararlanma hakkı muhakemenin işleyişi ve maddi gerçeğe ulaşma amacı açısından önemli bir konudur. Çünkü sanığın kendini ifade edebilmesi ve savunması açısından, kendisine isnat edilen suçlamaları ve yargılamada yer alan bilgi ve belgeleri yeterince anlayabilmesi ve kavrayabilmesi gerekmektedir. Mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığın ise bu noktada tercüman yardımına ihtiyaç duyduğu şüphesizdir. Bu doğrultuda, mahkemede kullanılan dili anlayamayan sanığın kendini savunabilmesi açısından son derece önemli olan bu hakkın, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ceza muhakemesinin işleyişi açısından büyük bir ihtiyaçtır. Çalışmanın temel amacı tercümandan yararlanma hakkının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ile bu hakkın kullanımı çerçevesinde uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm önerisi sunmaktır. Bu doğrultuda, öncelikle bu hak kapsamındaki temel kavramlar doktrin, mahkeme içtihatları ve ulusal-uluslararası düzenlemeler ışığında ele alınmıştır. Ardından tercümandan yararlanma hakkının adil yargılanma kapsamındaki yeri ve diğer haklar ile olan ilişkisine değinilmiştir. 6411 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Türk hukukuna giren, ancak kamuoyunda "Anadilde Savunma Hakkı" olarak adlandırılan soruna uygulamada ve doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde bir yaklaşımla ışık tutulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın da temel konusu olması hasebiyle hakkın içeriği ve çerçevesi değerlendirme konusu yapılmıştır. Ayrıca, hakkın kullanılmasının karşılıksız olması ele alınmış olup, son olarak bu hakkın sağlanması hususunda devletin yükümlülüklerinin kapsamı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tercümandan Yararlanma Hakkı, Anadilde Savunma, Adil Yargılanma, Savunma Hakkı, Ücretsiz Tercüman Yardımı

ABSTRACT

The right to use the interpreter is an important tool for the functioning of the judge and to discover facts of the case in the Turkish Criminal Procedure. Because, to express and defend himself, defendant must be able to sufficiently understand and comprehend the information and documents involved in the accusations and judgments attributed to him. The accused that cannot understand or speak the language used in court needs assistance of an interpreter at this point. In this respect, it is a great necessity to determine the scope and limits of this right which is very important for the defendant which cannot understand the language used in the court, in terms of the functioning of the criminal proceedings. The main objective of the work is to propose a solution to the problems that may arise in practice and limits of the right to use translator. In this respect, the basic concepts of this right were examined in the light of doctrine, court precedents and national-international regulations. Secondly the position of the right of interpretation within the scope of a fair trial and its relation to other rights were inspected. This work aims to clarify the issue widely known as the "Right to Defense of the Mother Tongue" introduced by Act no.6411 to the Turkish Law by the help of the doctrine and the application of the articles up to this point. Since the article focuses on the right, its scope and subject is also explained. In addition, free of charge use of the right and the obligations of the state has been examined.

Keywords: Right of Interpreter, Defense of the Mother Tongue, Fair Trial, Right of Defense, Free Interpreter Assistance.

¹ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, cemumitbeyoglu@gmail.com

GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan tercümandan yararlanma hakkı, ceza muhakemesinin adalete ulaşma amacına yönelik olarak yürütülmesinde önemli bir yere sahiptir. Zira muhakeme kapsamında çeşitli suç isnatlarına maruz kalan sanığın, bu isnatlara ve iddialara karşı savunmasını yapabilmesi açısından öncelikle bunları anlayabilmesi ve kavraması gerekmektedir. Mahkemede kullanılan dili bilmeyen sanığın, kendini savunması açısından mağdur olmaması adına tercüman yardımıyla yararlanması, zaruri bir ihtiyaçtır. Bu şekilde, sanık tercüman yardımıyla öncelikle muhakeme kapsamındaki iddiaları, isnatları, işlemleri ve belgeleri anlayabilecek, ardından bunlara uygun olarak bir savunma yaparak muhakemenin maddi gerçeğe ulaşmasını sağlayacak ve böylece adaletin sağlanması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, sanığın tercümandan yararlanma hakkının, diğer savunma hakları ve adil yargılanma hakları açısından kilit rolde olduğunu ifade etmek gerekir. Bu önemi hasebiyle, tercümandan yararlanma hakkının içeriğinin, sınırlarının, diğer haklarla olan ilişkisi ile uluslararası hukuktaki ve Türk hukukundaki yerinin, mahkeme içtihatları ve doktrin ışığında ele alınması önemli bir ihtiyaçtır.

Tercümandan yararlanma hakkının belirtilen önem ve hassasiyetinden ötürü uygulamada da çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle Türk hukukunda “Anadilde Savunma Hakkı” sorunu, tercümandan yararlanma hakkının çeşitli özellikleri, hangi yargılama evrelerinde mevcut olduğu ve kapsamı gibi hususlar ayrıca çözüm gerektirmektedir. Zira her hakta olduğu gibi tercümandan yararlanma hakkının da kötüye kullanılması riski, bu hakkın sınırlarının çizilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılmasına karşılık bu hakkın sanıklara kullanılması hususunda yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin yanlış uygulanması riski de önemli bir sorundur. Bu bağlamda, bu yetkinin de hangi kurallar ve ilkeler çerçevesinde kullanılacağına belirlenmesi önemli bir ihtiyaçtır. Bu sorunların çözümüne katkı sağlanması açısından, tercümandan yararlanma hakkının öncelikle kavramsal olarak incelenmesi ve uluslararası düzenlemeler ile ulusal mevzuattaki yerinin ele alınması gerekmektedir.

Tercümandan yararlanma hakkının kapsamının ve sınırlarının anlaşılması açısından öncelikle, “tercüman” kavramını incelemek yararlı olacaktır. Bu kapsamda, “*mütercim, çeviri, tercüme, çevirmen*” sözcüklerinin ele alınması doğrultusunda tercüman kavramının tarif edilmesi gerekmektedir. Doktrinde çeviri kavramının, tercüman ve mütercim faaliyetini kapsayan bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir. Tercüman yardımı, gerçekleştirilen işlemlerin sözlü olarak aktarılması olarak ifade edilmekte iken, mütercim faaliyeti

yazılı metinlerin çevrilmesi olarak tarif edilmektedir.² Tercüme faaliyetini de, tercümanın kendisine söylenenleri kavrama, tercüme faaliyetini gerçekleştirme ve kendisine söylenen şeyleri tercüme edilen dilde tercümenin muhatabına iletilmesi olarak üç evrede tarif etmek mümkündür.³

I. Normatif Olarak Tercümandan Yararlanma Hakkı

Çalışma kapsamında, tercüman ve tercüme kavramlarının kullanılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer düzenlemelerle de uyumlu olacağı için tercih edilecektir. Ancak bu tercih tercüman yardımının hem işlemlerin sözlü tercümesini, hem de yazılı şekilde tercümesini içerdiğinden hareketle yapılmıştır.

Tercümandan yararlanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin⁴ "*Bir suç ile itham edilen*

² Erman, R. Barış, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Çevirmenden Ücretsiz Yararlanma Hakkı ve Anadilde Savunma İmkânı", Feridun Yenisey'e Armağan, I. Cilt, Beta Yayınevi, s. 1229.

³ Kılıç, Ali Şahin, Tercümandan Yararlanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl:2016, s. 2101.

⁴ Sözleşme'nin "Adil Yargılanma" başlıklı 6. maddesinin tam metni:

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak." şeklindedir. 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf , E.T.: 21.4.2017.

herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir...” şeklindeki 3. fıkrasının (e) bendinde: *“...Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak”* şeklinde yer almaktadır.⁵ Sözleşme'nin 6/3-(e) hükmü, ücretsiz bir tercüman yardımı aracılığıyla, davanın tümünü etkileyen belgeler ve açıklamalar kapsamında bütün yargılama sürecinde fiili savunma hakkını açıklamaktadır.⁶ Tercümandan yararlanma hakkı, Türk Hukuku kapsamında ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *“Tercüman Bulundurulacak Haller”* başlıklı 202. maddesinde: *“(1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.*

(2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.

(4) *Ayrıca sanık; a) İddianamenin anlatılması, b) Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi, üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kötüye kullanılamaz.*

(5) *Tercümanlar, il adli yargı adalet komisyonlarınınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler yalnız buldukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”* şeklinde yer almaktadır.⁷ Söz konusu hüküm ile sanık, mağdur ile soruşturma aşamasında şüpheli, mağdur ve

⁵ Doktrinde, 6. madde başlığının, *“dürüst yargılama(fair trial) veya (adil yargılama (proces equitable)”* şeklinde, madde metninde yer alan *“mahkemede kullanılan dil”* yerine *“duruşmada kullanılan dil”* ifadesinin ve *“ücretsiz yararlanma”* ifadesi yerine *“meccanen yararlanma”* şeklinde de kullanıldığı görülmektedir. Tezcan, Durmuş, *“Tercümandan Yararlanma Hakkı”*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:1997, Cilt: 52, Sayı: 1, s. 693; Sözleşme metninin İngilizce ve Fransız metinlerinde yer alan sözcüklerin farklı çevirisinden kaynaklanan bu farklılıklara yeri geldikçe AIHM yaklaşımı çerçevesinde değinilecektir.

⁶ Ambos, Kai, (Çev. Yener Ünver), *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları”* in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), *Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku*, Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 40.

⁷ Söz konusu maddenin 4 ve 5. fıkraları 24 Ocak 2013 tarihli 6411 sayılı Kanunla eklemiş olup, bu değişikliğe ilişkin hususlar, çalışmanın *“Anadilde Savunma Hakkı Sorunu”* başlık altında ele alınacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu R.G. Sayı: 25673, Tarih: 17.12.2004.

tanıkların da bu hak kapsamında olduğu düzenlenmiştir. CMK düzenlemesinin ilk üç fıkrasına bakıldığında, AİHS 6/3-(e) hükmü ile benzer şartlar ve kapsamda olduğu görülebilmektedir.⁸ Nitekim Türk hukukunda uygulama açısından bakıldığında Yargıtay'ın birçok kararında, doğrudan ve yalnızca Sözleşme hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁹ Bu doğrultuda, Yargıtay'ın tercümandan yararlanma hakkına bu ilkeye gereken önemi verdiğini belirtmek gerekmektedir.¹⁰ Ayrıca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1412 sayılı (mülga) CMUK döneminde vermiş olduğu bir kararında, AİHS 6/3(e) hükmünün, genel kuralı düzenleyen CMUK'un yanında istisnai hüküm olduğunu, Sözleşme hükmünün adil yargılamayı gerçekleştirmek ve bu şekilde sanığın mahkemede kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edildiğini ifade etmiştir. Yargıtay, aynı kararında bu hakkın düzenlenmesinde, kutsal bir hak olan savunma hakkını kolaylaştırmak amacı güdüldüğünü, sanığın mahkemede olup biteni anlamasının ve kendini savunmasının sağlandığını, ayrıca sağır-dilsiz gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de, sanığa ücretsiz tercüman sağlanacağını ve kendini savunma imkanının tanınacağını ifade etmiştir.¹¹ Nitekim 1412 sayılı (mülga) CMUK 252. maddesinde düzenlenmiş olan tercümandan yararlanma hakkı ise,¹² Sözleşme düzenlemesine göre daha sınırlı bir kapsama sahip idi.

⁸ Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2006, s. 108.

⁹ Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2010, s. 54; Çolak, Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 93-94; Örneğin: Yargıtay 2. CD, 21 Kasım 2001 tarihli, E: 2001/19816, K: 2001/20672 sayılı kararı; Yargıtay 2. CD, 13 Mayıs 2004 tarihli, E: 2002/25183, K: 2004/10469 sayılı kararı; Yargıtay 3. CD, 24 Şubat 2004 tarihli, E: 2004/72732, K: 2005/1693 sayılı kararı; Yargıtay 3. CD, 10 Haziran 1999 tarihli, E: 1999/5604, K: 1999/7168 sayılı kararı; Yargıtay 6. CD, 28 Ekim 2003 tarihli, E: 2003/18686, K: 2003/7692 sayılı kararı; Yargıtay 6. CD, 20 Kasım 1995 tarihli, E: 1995/11619, K: 1995/12124 sayılı kararı; Yargıtay 7. CD, 24 Haziran 2003 tarihli, E: 2003/2478, K: 2003/5303 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 19 Eylül 1997 tarihli, E: 1997/10699, K: 1997/12012 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 26 Aralık 2002 tarihli, E: 2002/382, K: 2002/12112 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 6 Kasım 2008 tarihli, E: 2008/12511, K: 2008/12646 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 17 Mart 2003 tarihli, E: 2003/607, K: 2003/1808 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 29 Eylül 2003 tarihli, E: 2003/4913, K: 2003/19395 sayılı kararı; Yargıtay 9. CD, 8 Kasım 2001 tarihli, E: 2001/2125, K: 2001/2765 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹⁰ Öztürk, Bahri, (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 154; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 197.

¹¹ Yargıtay CGK, 12 Mart 1996 tarihli, E: 1996/6-2, K: 1996/33 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹² 1412 sayılı (mülga) CMUK'un "Tercüman Bulundurulacak Haller" başlıklı 252. maddesi: "1-)Maznun Türkçe bilmiyorsa bir tercüman vasıtasıyla hiç olmazsa Cumhuriyet Müddeiumumisinin ve müdafinin son iddia ve müdafaalarının neticeleri kendisine anlatılır. 2-) Sağır veya dilsiz olan maznuna bunlar yazı ile bildirilemeyecek olursa 58 inci madde mucibince muamele olunur." şeklindedir.

Zira eski düzenleme zamanında, sanığın Türkçe bilmemesi halinde sadece Cumhuriyet Savcısının “son iddiası” ile sanığın “son sözü” kapsamında tercüman yardımından yararlanabilecekti.¹³

Tercümandan yararlanma hakkı, dil yetersizliği nedeniyle yoksun kaldığı fiili duruma karşı sanığın yargılamaya etkili bir şekilde katılabilmesini, savunmasını hazırlayıp sunabilmesini, adil yargılanma hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak ve mahkemede kullanılan anlayıp konuşabilen sanık ile arasındaki eşitliği sağlama amacını güder.¹⁴

II. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Yeri

Tercümandan yararlanma hakkı, adil yargılanma kapsamındaki diğer haklar ile olan ilişkisinden dolayı, sanık haklarının korunması bağlamında önemli bir haktr.¹⁵ Gerçekten de, mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanık, tercümandan yararlanmaz ise, suçlamaların niteliği ve sebepleri hakkında bilgilendirilme, savunmasını hazırlayıp sunma,¹⁶ kendini bizzat savunma veya avukat yardımından yararlanma, iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme haklarından etkili bir şekilde yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanık açısından, tercümandan yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer hakları açısından anahtar bir role sahiptir.¹⁷ Nitekim tercümandan yararlanma hakkı tam anlamıyla savunmanın icrasına yönelik bir haktr.¹⁸ AİHM, bir kararında, sanığa sorulan sorularda tercüme imkanına sahip olmadığından ve isnat edilen olaylar hakkında gerektiği kadar açık

¹³ Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982; s. 191; Kibar, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 48; ÖZTÜRK, s. 154; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 197; **TURHAN**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 108.

¹⁴ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 343; Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 723; Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 634; **DONAY**, s. 191; Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara 2011, s. 311; **TURHAN**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 107; Öncü, Mehmet, “AİHS’nin 6/3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı”, Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı 2014, s. 4457-4468; Turhan, Oğuz, “Anadilde Savunma” Tartışması Çerçevesinde Tercümandan Yararlanma Hakkı ve Mahkemelerde Kullanılan Dil, TASAV, s. 1.

¹⁵ Gözlügöl, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 213.

¹⁶ **ÇELİK**, s. 172.

¹⁷ Reid, Karen, (Çeviren: Bahar Öcal Düzgören), Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi-Adil Bir Yargılanmanın Güvenceleri, Üçüncü Kitap, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 213; **İNCEOĞLU**, s. 253; **ÖNCÜ**, s. 4460; **KILIÇ**, s. 2109.

¹⁸ **AMBOS**, s. 28.

bir şekilde bilgilendirilmediğinden, sessiz kalma ve avukat yardımından yararlanma hakkından, yani bütün hukuki danışma imkanından feragat etmesi halinde, bu feragatin sonuçlarını tam anlamıyla değerlendirebilecek duruma getirilmediğini belirtmiştir. Mahkeme bundan ötürü, başvuran sanığın tercüman yardımından yoksun şekilde yapmış olduğu tercihlerin, tam olarak izah edilip edilmediği hususunda şüpheli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, bu eksikliğin diğer etkilerinden ayrı olarak adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer haklar üzerinde de etkili olduğunu ve genel olarak adil yargılanmayı tehlikeye attığını vurgulamıştır.¹⁹ Mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanık açısından, suçlamalar ve bunların sebeplerini anlaması ve meramını anlatabilmesi hakları çerçevesinde, tercümandan yararlanması hayati bir öneme sahiptir. Mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanık, tercüman yardımı almamış ise yargılamanın her aşamasında hazır bulunsa dahi, yargılamada hazır bulunmamış ve dolayısıyla kendi yargılamasına katılmamış gibi düşünülmesi, hatta karar verilmiş ise karar sanığın yokluğunda verilmiş gibi kabul edilmelidir.²⁰

Tercüman yardımından yararlanma hakkı, silahların eşitliği ilkesinin gerçek anlamda etkin olması açısından önemli bir yere sahiptir. Zira mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanık, tercüman yardımı almaz ise, dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşamayacak, onları tartışamayacak, delilleri ve karşı iddiaları çürütme imkanı olmayacak, görüşlerini ve savunmasını etkin şekilde sunamayacak, olay ve olgulara ilişkin iddia makamıyla eşit şartlarda kendini ifade edemeyecektir. Bu durumdaki bir sanık açısından, tercümandan yararlanma hakkı ayrıca, yargılamaya etkili ve gerçek anlamda katılmasını, yargılama kapsamındaki iddia ve tartışmaları da anlayabilmesini ve takip edebilmesini sağlamaktadır.²¹

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Benzer Haklar ile İlişkisi

Tercümandan yararlanma hakkının, içeriği itibarıyla AİHS kapsamında özellikle ayrımcılık yasağı²² ile karşılaştırılması gerekmektedir. Zira bazı uyuşmazlıklarda, bu hakkın ihlal edildiği iddiasına ek olarak, ayrımcılık

¹⁹ 14 Ekim 2014 tarihli Baytar-Türkiye Davası, par. 54-55, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["45440/04"\],"itemid":\["001-147468"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 20.4.2017.

²⁰ KILIÇ, s. 2110; ÖNCÜ, s. 4458-4459.

²¹ ÖNCÜ, s. 4461-4462.

²² Sözleşme kapsamında "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. madde "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." şeklindedir. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf . E.T. 20.4.2017.

uygulandığı iddiasının da ileri sürüldüğü görülmektedir. Nitekim AİHM, Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası'nda, tercümandan yararlanma hakkının ihlal edildiği ve ayrıca ayrımcılık yapıldığı şikayeti söz konusu olmuştur. Mahkeme, tercümandan yararlanma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 6/3-(e) hükmü, ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme'nin 14. maddesi genel hükmüne göre özel bir hüküm olup, davada ayrımcılık yasağı kuralının uygulama alanı bulunmadığını ifade etmiştir.²³ Nitekim tercümandan yararlanma hakkı, yargılananlar arasında dil farklılığından dolayı ortaya çıkabilecek eşitsizliği ortadan kaldırma amacından ötürü, ayrımcılık yasağının etkinliğini güçlendirmektedir. Zira kişi suçlu sayılsa dahi, tercüme masraflarından sorumlu olmamasının gerekmesi, yargılamada eşitliği sağlama amacına yöneliktir.²⁴

Tercümandan yararlanma hakkı, Sözleşme'nin 6/3(a) hükmünde "*Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek*" şeklinde yer alan "*anladığı dilde bilgilendirilme*" olarak ifade edilebilecek olan adil yargılanma hakkı ile de ilgilidir.²⁵ Bununla beraber, maddenin (a) bendinde yer alan bilgilendirme sadece suçlama ve nedenlerini içermekte iken, (e) bendinde yer alan bilgilendirme sadece suçlamayı değil, tüm yargılama evrelerinde bilgi sahibi olmasını kapsamaktadır.²⁶ AİHM Brozicek-İtalya Davası'nda ulusal makamların sanığın yargılama dilini bilip bilmediğini doğrulamak için adım atması ve sanığın adli tebligatı veya suçlamanın içeriğini anlamadığını ifade ettiği takdirde onun anlayacağı dilde gerekli işlemleri yapması gerektiğini ifade etmiştir.²⁷ Mahkeme başka bir kararında, Sözleşme'nin 6/3-(a) hükmünün, suçlamayla ilgili bilginin yabancı sanığa yazılı olarak verilmesinin veya yazılı çevirisinin yapılması gerektiğini ifade etmemekle birlikte, sanığa suçlamanın bildirilmesinde özel bir dikkat gösterilmesi gerektiğine işaret ettiğini

²³ 28.11.1978 tarihli Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, par. 53, Kararın orijinal İngilizce metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["luedicke"\],"itemid":\["001-57530"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. Doğru, Osman, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 274, par. 53; 19 Aralık 1989 tarihli Kamasinski-Avusturya Davası, par. 75, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. Doğru, Osman, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 213, par. 75.

²⁴ TEZCAN, s. 694; ÖNCÜ, s. 4464.

²⁵ AMBOS, s. 40; İNCEOĞLU, s. 249; Er, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 128.

²⁶ DONAY, s. 186.

²⁷ 19 Aralık 1989 tarihli Brozicek-İtalya Davası, Türkçe çeviri için bkz. Doğru, Osman, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 185-186, par. 40-41.

vurgulamıştır.²⁸ Sanığın aleyhindeki isnatların maddi ve hukuki temeli ile ilgili olarak bilgilendirmesi işleviyle iddianamenin önemini belirten Mahkeme, iddianamenin sanığın anladığı bir dilde çevirisinin sanığa verilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁹ Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında anladığı dilde bilgi verilmesi, özellikle kendilerini yargılayan Devletin dilini bilmeyen yabancı bireyler için önem taşımaktadır. Yargılandığı mahkemenin dilini bilmeyen bir sanık, kendisine yöneltilen suç hakkında anladığı dilde bilgilendirilmemiş ise dezavantajlı duruma düşebilir.³⁰ Sözleşme'nin 6/3(a) hükmü kapsamındaki bilgilendirme, sanığa suçlamaların niteliği ve nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgiyi içermesi ve esas hakkındaki savunmasını hazırlamak üzere imkan vermesini sağlamaktadır.³¹ Bu doğrultuda, sanığın ifadesinin alınması sırasında, kendisine isnat edilen suçlar hakkında tercüman aracılığıyla yeterli bilgiye sahip olduğu ve duruşmadaki ifadelerinden iddianamenin kapsamı konusunda yeterince bilgi sahibi olduğunun anlaşılması halinde, mahkeme belgeleri ile iddianamenin tercümesi her zaman zorunlu değildir.³² Ancak, Sözleşme'nin 6/3-(a) kapsamındaki tercümandan yararlanma ile 6-3-(e) kapsamındaki tercüman yardımı aynı değildir. Kendisine yöneltilen suçlama ve bunun nedenlerinin kendi dilinden yazılı olarak bildirilmesi veya hakimın sanığın anladığı dilden onu bilgilendirmesi tercüman gerekliliğini ortadan kaldırabilir. Zira burada amaç, sadece suçlama ve nedenlerine yönelik bilgi verilmesidir.³³

Tercümandan yararlanma hakkı, Sözleşme'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.*" şeklindeki düzenleme ile de ilişkilidir.³⁴ Zira yakalanan kişinin işlemin yapıldığı dili anlamaması durumunda, suç isnadının bir tercüman aracılığıyla açıklanması gerekecektir.³⁵ AİHM bu çeviri işlemi, Sözleşme'nin

²⁸ GÖZLÜGÖL, s. 213, dn. 226.

²⁹ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 79, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. DOĞRU (III. Cilt), s. 214, par. 79.

³⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 328; Doğru, Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklaması ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Legal Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 644.

³¹ DONAY, s. 135; TURHAN, "*Ceza Muhakemesi Hukuku*", s. 105; ÇELİK, s. 167; ÖNCÜ, s. 4466.

³² Grabenwarter, Christoph, (Çev. Osman Can), "*Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı*", in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 232; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 300; TURHAN, "*Ceza Muhakemesi Hukuku*", s. 105.

³³ DONAY, s. 135-136; ER, s. 128.

³⁴ AMBOS, s. 40; DONAY, s. 187; TURHAN, "*Ceza Muhakemesi Hukuku*", s. 105; ER, s. 128.

³⁵ 6 Mart 2012 tarihli Marzohl-İsviçre Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["24895/06"\],"itemid":\["001-109797"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 21.4.2017. (Kararın Fransızca

5/2 hükmü kapsamında incelemektedir. Hükümdeki “*anladığı bir dilde*” ifadesi, sadece kullanılan dili değil, aynı zamanda yakalanan kişi tarafından anlaşılabilir şekilde teknik olmayan bir tarz ve üslupla yakalanma nedenlerini ve suçlamanın niteliğinin bildirilmesi içermektedir.³⁶ Mahkeme, yakalama işlemi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinden bağımsız şekilde değerlendirmektedir. Bu doğrultuda, kişinin özgürlüğünü kısıtlayan idari işlemleri Sözleşme’nin 5/2 hükmü kapsamında incelemektedir. Zira bu noktada adil yargılanma hakkı kapsamında bir işlem söz konusu olmayıp, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında, yakalanan kişiye tercüman yardımı sağlanması söz konusudur.³⁷ AİHS, 5/2 hükmü uyarınca; sanığın teşhis, tutuklamanın gözden geçirilmesi yargılaması, iddianame ve duruşma için tercüman yardımından yararlandırılması gerekmektedir.³⁸ AİHM bir kararında, tercümanın yakalanan kişinin aile üyelerine kanun yolları hakkında bilgi verilmemesini Sözleşme’nin 5/2 hükmüne değil de, “*Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*” şeklinde değerlendirme yaparak, Sözleşme’nin 5/4 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹ Bununla birlikte, Sözleşme’nin 5/2 hükmü kapsamındaki hak için gerekli ve yeterli olan tercüme hizmeti ile 6/3(e) kapsamındaki gerekli olan tercüme hizmetinin nitelik ve derecesi her zaman aynı olmayabilir. Zira 6/3(e) için gerekli ve yeterli olan tercüman yardımının, diğer hakkın gerektirdiği yeterli yardımdan daha geniş ve nitelikli olduğunu belirtmek gerekir.⁴⁰

IV. Anadilde Savunma Hakkı Sorunu

Anadilde savunma hakkını, kişinin mahkemede kullanılan dili anlayıp anlamadığına bakılmaksızın, mahkemede kendi anadilini kullanması olarak tarif etmek mümkündür.⁴¹ Tercümandan yararlanma hakkı ile anadilde

metninden aktaran ÖNCÜ, s. 4465.) ; Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 517.

³⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 233; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 236.

³⁷ ERMAN, s. 1239.

³⁸ Ladewig, Hans-Meyer, (Çev. Hakan Hakeri), “Adil Yargılanma Hakkı-II”, in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 98.

³⁹ 5 Şubat 2002 tarihli Conka-Belçika Davası, par. 55, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["51564/99"\],"itemid":\["001-60026"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 21.4.2017.

⁴⁰ ÖNCÜ, s. 4466, dn. 28.

⁴¹ Doktrinde anadilde savunma hakkını, “*anadilde savunma imkanı*” olarak ifade ettiği de görülmektedir. Bu tercihin sebebi ise, anadilde savunma imkanının bir ülkede yerleşik ulusal veya etnik azınlıklara tanınmasına rağmen, bugünkü insan hakları hukukunda azınlıklara yönelik olarak bir anadilde savunma hakkından söz edilmesine olanak bulunmaması olarak açıklanmıştır. Söz konusu “*anadilde savunma imkanı*” şeklinde kullanım için bkz. ERMAN, s. 1230.

savunma hakkı kamuoyunda aynı veya benzer bir hak olarak yorumlansa da, aslında iki kavram birbirinden oldukça farklıdır. Tercümandan yararlanma hakkı tanındığı takdirde, anadilde savunma hakkının öngörülmediği düşünülebilir. Tercümandan yararlanma hakkının varlığı, anadilde savunma hakkının var olmadığını ortaya koymaktadır.⁴² İki kavram arasındaki farklılık, sanığın mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabilmesi hususundadır. Sanık mahkeme dilini yeterince konuşup anlayabilmesine rağmen, anadili olarak beyan ettiği dilde savunma yapmak istemesi anadilde savunma hakkı olarak tarif edilmektedir. AİHM bir kararında, sanığın savunmayı anadilinde yapması konusunda ısrar ederek, mahkemede kullanılan dilde savunma yapmayacağını belirtmesinin, savunma hakkından vazgeçmek olduğu anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. AİHM bu davada, tercümandan yararlanma hakkı konusunda değerlendirmede bulunmayıp, sadece savunma hakkı konusunda karar vermiştir.⁴³ Nitekim Yargıtay bir kararında, AİHM'in bu kararına atıfta bulunarak, sanıkların anadilde savunma yapmak istemeleri sebebiyle, bu imkan tanınmadan savunma hakkından vazgeçtiklerini kabul etmenin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.⁴⁴ AİHM Lagerblom-İsveç Davası'nda, yargılamada kullanılan dili yeterli derecede anlayan bir sanığın, anadilinin yargılamada kullanılan dil olmadığını ileri sürerek, kültürel veya siyasi bir nedenle tercüman yardımından yararlanmak isteyip, Sözleşme'nin 6/3-(e) hükmünün korunmasından yararlanamayacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur.⁴⁵ Nitekim AİHM kararları kapsamında, sanığın mahkemede kullanılan dili yeterince konuşup anlaması halinde, kişinin anadilinin farklı olduğu gerekçesiyle anadilinde savunma yapamayacağı

⁴² **TURHAN**, "Anadilde Savunma ...", s. 8.

⁴³ 25 Kasım 1997 tarihli Zana-Türkiye Davası, Türkçe çeviri için bkz. **DOĞRU** (III. Cilt), s. 784, par. 67; **TURHAN**, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 109; kararın orijinal İngilizce metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["18954/91"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-58115"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 22.4.2017.

⁴⁴ Yargıtay 16. CD, 25 Mart 2016 tarihli, E: 2015/7735, K: 2016/1683 sayılı kararında, "... Sanıklardan bir kısmının kamu görevlisi olup soruşturma aşamasında Türkçe ifade verdikleri ve Türkçe bildikleri de dikkate alındığında; CMK'nın 202/1. maddesiyle AİHM'nin M. Z. - Türkiye davasındaki kararı birlikte değerlendirildiğinde, yargılama aşamasında anadilde savunma yapmakta ısrar etmelerini hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmek mümkün ise de; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-e maddesindeki düzenlemenin ve AİHM kararlarının tercüman vasıtası ile savunma yapma hakkına dair asgari standartlarının da üstünde bir nitelik taşıyan, hükümden sonra 24.1.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6411 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 5271 Sayılı CMK'nın 202. maddesine eklenen dördüncü fıkradaki yasal düzenleme sebebiyle kanun koyucunun bu hakka atfettiği değer gözetilerek..." şeklinde değerlendirme yapmıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017

⁴⁵ 14 Ocak 2003 tarihli Lagerblom-İsveç Davası, par. 61-64, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-60884"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 21.4.2017; **GRABENWARTER**, s. 240; **ÖNCÜ**, s. 4478-4479; **ÇELİK**, s. 168, 171.

görüşü hakimdir.⁴⁶ Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararlarında, AIHM'in Lagerblom-İsveç davasına atıfta bulunarak, mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabilen bir sanığın, başka bir dilde savunma yapabilmek için tercümandan yararlanma talebinde ısrar edemeyeceğini ifade etmiştir.⁴⁷

24 Ocak 2013 tarihli 6411 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁴⁸ ile CMK'nın 202. maddesinde yapılan değişiklikten önce, kişinin Türkçe bilmesine rağmen, anadilde savunma isteği ile karşılaşan mahkemeler, bu talepleri genellikle reddetmekteydiler.⁴⁹ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, soruşturma sırasındaki ifadesinde Türkçe bildiğini belirten ve tercüman talep etmeyen sanığın, duruşma aşamasında tercüman talebinin, yeterince Türkçe bilmesi sebebiyle reddedilmesinin hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir.⁵⁰ Zira mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabilecek kadar bilen kişilerin, tercüman hakkından yararlanması AIHS kapsamında da tanınmamaktadır.⁵¹

6411 sayılı Kanun ile CMK'nın 202. maddesine, mahkemede kullanılan dilden başka dilde savunma imkanı ve tercümanların resmi sicile kaydı sistemini içeren 4 ve 5. fıkralar eklenmiştir. Söz konusu kanun değişikliği öncesinde, sanığın kendini yeteri kadar ifade edemediği bir başka dilde savunma yapmak zorunda bırakıldığı ifade edilmekteydi. Bu görüşe göre, savunma hakkı en doğal ve geniş şekilde anlaşılması gereken bir hak olduğu için kişinin kendini yeteri kadar ifade edemediği bir dilde savunma yapma zorunluluğunda bırakılması, adil yargılanma hakkını doğrudan ihlal etmekteydi.⁵² Ancak söz konusu görüşe

⁴⁶ 7 Aralık 1983 tarihli K-Fransa Davası(Kabul Edilemezlik Kararı), [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-74176"\]} ; 16 Haziran 2015 tarihli Kuzu-Türkiye ve Ayar-Türkiye Davası \(Kabul Edilemezlik Kararı\), par. 36, \[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\\["60244/12"\\],"itemid":\\["001-162682"\\]} E.T.: 22.4.2017; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 311; KALABALIK, s. 522.\]\(http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{)

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 11 Mart 2015 tarihli Cafer Kaçak Başvurusu, par. 31, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fe5c05fa-b6fe-400a-a9a2-18a3df26aac2?wordsOnly=False> ; aynı yönde Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 38, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False>, E.T.: 23.4.2017.

⁴⁸ 24 Ocak 2013 tarihli, 6411 sayılı Kanun Değişikliği, R.G. Tarih: 31.3.2013, Sayı: 28545.

⁴⁹ ERMAN, s. 1269.

⁵⁰ Yargıtay CGK, 11 Ekim 2011 tarihli, E: 2011/10-182, K: 2011/204, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 21.4.2017.

⁵¹ ERMAN, s. 1271.

⁵² Söz konusu görüşe göre, bu durum değişiklik öncesinde var olan bir sorundu. Değişiklik, Türkiye'de özellikle Kürt vatandaşlar tarafından uzun zamandır talep edilen temel bir insan hakkının tanınması açısından önemlidir. Ancak kanun metni değişiklik sonrasında dahi, uygulama bakımından birtakım sorunlar yaratabilecektir. Tercüman masrafının Devlet tarafından karşılanmaması, hakkın sadece kovuşturma aşamasında ve hakkın kötüye kullanılmaması ölçütü ile subjektif değerlendirmelerle hakkın engellenmesi riski gibi

katılmak pek mümkün değildir. Zira sanığın kendini Türkçe dilinde yeterince ifade edememesi durumunda, tercüman yardımı talep etme hakkı zaten CMK 202/1 hükmü kapsamında mevcuttur. Ayrıca, söz konusu değişiklik öncesinde, sanığın kendisini Türkçe olarak yeterince ifade edememesine rağmen, Türkçe savunma yapması zorunluluğu bulunmamaktaydı. Sanığın kendini Türkçe ile ifade edebilecek durumda olmasına rağmen, sanığa başka bir dilde savunma imkanı verilmesinin savunma hakkını genişlettiği şeklinde olumlu yorumlanması pek doğru görünmemektedir. Değişiklik öncesinde, CMK'nın ilk üç fıkrası kapsamındaki Türkçeyi anlayamayan veya konuşamayan sanığa sunulacak ücretsiz tercüman yardımı düzenlemesi, AİHS 6/3(e) hükmü ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin tercüman yardımını düzenleyen 14/3(f) hükmü⁵³ ile tamamen uyumludur. Bu uyuma rağmen, bu imkanın getirilmesinin ceza yargılaması açısından olumlu olduğunu söylemek zordur.

Kanun maddesinde, “*anadil*” ifadesi yer almamakta, “*kendisini daha rahat ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dil*” ifadesi yer almaktadır. Yani kullanılması talep edilen dil sanığın beyanına bağlı olup, başka bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, her ne kadar teorik olsa da, kişi anadili dışında herhangi bir dil ile savunma yapabilecektir.⁵⁴ Nitekim Kanun tasarısının Komisyon görüşmelerinde eleştirilere cevap olarak, tasarımı savunmak adına bu ifadenin anadilde savunma olarak değil, anadilde savunma ifadesinden daha geniş bir anlam ifade ettiği belirtilmiştir.⁵⁵ Kişinin kendisini daha rahat ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dil imkanının hukuk tekniği açısından uygulamanın güç olduğu, Komisyon görüşmelerinde de ileri sürülmüştür.⁵⁶ CMK 202/4 hükmü ile sağlanan imkan, AİHS kapsamındaki tercümandan yararlanma hakkını genişleten ve daha ileri bir düzenleme olarak ifade edilmektedir.⁵⁷

sorunlar mevcuttur. Karakaya, Naim/ Özhabes, Hande, Yargı Paketleri: Hak ve Özgürlükler Açısından Bir Değerlendirme, TESEV Yayınları, İstanbul 2013, s. 26, 30.

⁵³ 16 Aralık 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 14/3-(f) düzenlemesi: “... f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma...” şeklindedir. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf, E.T.: 22.4.2017.

⁵⁴ **ERMAN**, s. 1272.

⁵⁵ 6411 sayılı Kanun İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Görüşmeleri, 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 37, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

⁵⁶ Söz konusu ifadenin Türkçe bilen ve bilmeyen sanık arasında ayrıma sebep olacağı ve yargılama dili konusunda belirsizlik yarattığı eleştirisi de ileri sürülmüştür. 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 36, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

⁵⁷ **KARAKAYA/ÖZHABES**, s. 26.

Komisyon görüşmelerinde bu imkan aleyhindeki görüşler kapsamında, Anayasa'nın 3. maddesinde yer alan devletin resmi dilinin Türkçe olduğuna ilişkin hükme aykırılık, alternatif bir yargılama dili yaratması, toplumsal karmaşa yaratabileceği, mevcut CMK birinci fıkrası hükmünün yeterli olduğu ve yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı, söz konusu imkanın AİHS 6/3(e) hükmüne aykırılık teşkil ettiği, bu imkanın yargılamaların süresini uzatacağı, diğer ülkelerin mevzuatlarında böyle bir imkanın yer almadığı şeklinde eleştiriler yer almaktadır.⁵⁸ Bu eleştirilere karşın, değişiklik hakkında öne sürülen olumlu düşünce ve gerekçeler; değişikliğin AİHS'ten daha ileri bir düzenleme içerdiği, savunma hakkının daha iyi kullanılabilmesi, adil yargılanma hakkının daha etkin kılınması, söz konusu imkanın anadilde savunma hakkı tanıma amacı gütmeyeceği ve savunma hakkını güçlendirme amacı şeklinde özetlenebilir.⁵⁹ Ayrıca, düzenlemenin olumlu ancak eksik olduğu yönündeki eleştiriler ise; sanığa tanınan imkanın sadece kovuşturma evresinin bazı işlemlerine yönelik tanınması, sadece sözlü işlemlerde kullanılabilmesi, tercüman ücretinin Devlet tarafından karşılanmaması, hakkın kötüye kullanılması anlamında hakime takdir yetkisi verilmesinin keyfi uygulamalara yol açacağı, savcının bulunmadığı ceza davalarında bu imkanın olmaması ile tasarının eksik ve yetersiz olması, genel bir düzenleme mahiyetinde olmaması şeklinde sıralanabilir. Bu eleştiriler doğrultusunda, söz konusu imkanın, yargılamanın tüm aşamaları ile sözlü ve yazılı savunmada tanınması gerektiği, tercüman ücretinin Devlet tarafından karşılanması, hakkın kullanılmasında hakime takdir yetkisi verilmeyip kararın sanığa bırakılması şeklinde öneriler sunulmuştur.⁶⁰ Her ne kadar bu şeklen olumlu bir gelişme olarak görülsede, esas itibarıyla yargılamanın düzeni, bütünlüğü ve etkinliği açısından aynı olumlu etkiyi söylemek mümkün değildir.

Düzenlemede, sanıktan söz edilmiş olması bu hakkın sadece kovuşturma aşamasında kullanılabileceğini ifade etmektedir. Zira üçüncü fıkrada yapılan değişiklikle, soruşturma evresinde tercümandan yararlanma hakkının birinci ve ikinci fıkraya özgü olduğu öngörülmüştür. Ayrıca bu hak, kovuşturmanın her aşamasında değil, sadece iddianameden sonraki sanık savunması ile esas

⁵⁸ Hüküm konusu imkan hakkında karşıt görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 79-82, 90-108, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017; Komisyon görüşlerinin de ışığında söz konusu değişikliğin savunma hakkı veya demokrasi ile açıklanamayacağı, hukuken anlamsız ve gereksiz olduğu şeklinde eleştirilmektedir. Bu değişikliğin ancak siyasi gerekçelerle açıklanabileceğini savunan görüş için bkz. **TURHAN**, "Anadilde Savunma ...", s. 9-10

⁵⁹ Hüküm konusu imkan hakkında olumlu görüş ve gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 82-85, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

⁶⁰ Düzenlemenin eksik olduğu yönündeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 109-110, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

hakkında mütalaanın ardından verilecek esas hakkındaki savunmada geçerli olacaktır.⁶¹ Dolayısıyla, mahkemeye verilecek dilekçe ve taleplerin Türkçe düzenlenmesi, tanık ve bilirkişilere sorulacak soruların da Türkçe sorulması gerekecektir. Ayrıca yargılama kapsamında ortaya konan her delilin ardından, sanığın delillere ilişkin sorulara Türkçe cevap vermesi ve hazır bulunan sanığın son sözünü Türkçe bildirmesi gerekmektedir. Yani, şüpheli kendini ifade edebilecek kadar Türkçe bilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı huzurunda verdiği ifadesinde, iddianamenin hazırlanması ve kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilmesi durumunda duruşma hazırlığı işlemlerinde Türkçe iletişim kurup kendini savunacaktır. Türkçe okunacak olan iddianame, sanığın tercih ettiği dile çevrilmeyecek, iddianameye ilişkin savunması sadece tercih ettiği dilde yapılabilecek ve tercüman aracılığıyla mahkemeye iletilecektir. Cumhuriyet Savcısı esas hakkındaki mütalaasını Türkçe verecek ve iddianamede olduğu gibi mütalaa da sanığın tercih ettiği dile çevrilmeyecektir. Görülebileceği üzere, ortaya çıkan bu durumun ceza muhakemesi düzenine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Kanun yolları evresinde bu imkanın mevcut olup olmadığı hususunda bir boşluk söz konusudur. İstinaf yolunu düzenleyen CMK 282/1 hükmünde yer alan *“istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır”* ifadesi doğrultusunda, istinaf evresindeki savunmada da sanığın kendisini daha rahat ifade edebileceğini beyan ettiği dilde savunma yapması mümkündür. Ancak temyiz yolunu düzenleyen CMK 299-300. maddelerinde böyle bir atf hükmü bulunmadığından, bu imkanın temyiz aşamasında kullanılması söz konusu değildir.⁶² Dördüncü fıkranın son cümlesindeki *“hakkın kötüye kullanılmaması”* sınırlaması ise uygulama açısından keyfi uygulamalar ve belirsizlik gibi bazı sorunlar içermektedir.⁶³ Bu noktada doktrinde bir görüşe göre, sanık mahkemeye karşı Türkçe dışında bir dille kendisini daha rahat ifade edebileceğini beyan etmesi halinde, mahkeme öncelikle bunun gerçeğe uygun olup olmadığını tespit etmelidir. Bu tespite yönelik olarak, sanığın istemi gerçeği yansıtmamakta ise bu istem reddedilmeli ve sanık Türkçe konuşmaya davet edilmelidir. Bu davetin sanık tarafından kabulü halinde bir sorun olmayıp, sanık bu karara karşı çıkar ise, sanığın susma hakkını

⁶¹ Tasarının görüşüldüğü, Komisyon toplantısında savunma hakkının kişinin yakalanmasından itibaren başlamasına rağmen, söz konusu imkanın yakalamadan itibaren tanınmayıp, kovuşturmanın sadece iki aşamasında tanınmasının savunma hakkını kısıtlayıcı bir durum yarattığı eleştirisi öne sürülmüştür. Ayrıca, düzenleme kapsamındaki imkanın yazılı savunma için tanınmaması noktası da eleştirilmiştir. 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 36, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

⁶² **ERMAN**, s. 1273-1274.

⁶³ **KILIÇ**, s. 2120; Zira keyfi uygulamalara açık bir ifade olması ve mahkemelerin hükmü farklı yorumlaması eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. **ERMAN**, s. 1274.

kullandığı kabul edilerek yargılamaya devam edilmelidir.⁶⁴ Nitekim Yargıtay bir kararında, sanığın Cumhuriyet Savcısı önünde savunmasını Türkçe olarak yaptıktan sonra mahkeme önünde yasal hakları kendisine hatırlatıldığında, Türkçe bilmesine rağmen başka bir dilde ifade vermek istediğini söylemesi ve kendisine tercüman atanabileceği bildirildiğinde Türkçeyi bildiğini, ama beyan ettiği dil dışında başka bir dilde savunma yapmayacağını söylemesini susma hakkı olarak nitelendirmiştir.⁶⁵ Doktrinde başka bir görüşe göre ise, yargılama sırasında, sanığın mahkemede kullanılan dile hakimiyeti veya yargılamanın gerekleri ile ilgisiz bir şekilde, farklı bir dilde kendini ifade etmek istemesi, bu doğrultuda tercüman talep etmesi ve bu talebinde ısrarcı olması hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülebilir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararlarında, başvuranın ilk derece mahkemesi yargılamasında savunmasını başlangıçta Türkçe yaptığı ve yargılamanın ikinci celsesinde Kürtçe savunma yapma talebinin ilk derece mahkemesince Türkçeyi iyi bildiği gerekçesiyle reddetmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı, savunma hakkını kısıtlamadığı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına ilişkin bir ihlalin olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.⁶⁷ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 2011 yılında verdiği bir kararda aynı yönde değerlendirmede bulunmuştur.⁶⁸ Yargıtay'ın da buna benzer yönde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır.⁶⁹

⁶⁴ YURTCAN, s. 871.

⁶⁵ Yargıtay 15. CD, 28 Mayıs 2014 tarihli, E: 2013/24439, K: 2014/10592 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017

⁶⁶ KILIÇ, s. 2116.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, 11 Mart 2015 tarihli Cafer Kaçak Başvurusu, par. 35, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fe5c05fa-b6fe-400a-a9a2-18a3df26aac2?wordsOnly=False>; aynı yönde Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 42, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False>, E.T.: 23.4.2017.

⁶⁸ Yargıtay, söz konusu kararında soruşturma aşamasında gözaltı raporunun alınması esnasında doktor ile ifadesinin alınması sırasında kolluk ve hakim huzurunda yapılan işlemlerde, savunmasını yapabilecek ölçüde iyi ölçüde Türkçe bildiği anlaşılan sanığa, yargılama aşamasında tercüman görevlendirilmesinin zorunlu olmadığını belirtmiştir. Yargıtay CGK, 11 Ekim 2011 tarihli, E: 2011/10-182, K: 2011/204 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

⁶⁹ Yargıtay 10. CD, 16 Şubat 2016 tarihli, E: 2015/5778, K: 2016/433, sayılı kararında, "... tercüman yardımından yararlanma hakkı, sanıkların meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmediği ya da kendisini daha iyi ifade edebileceği bir dilde savunma yapmak istemesi durumunda geçerlidir. Sanığın, müdafii huzurunda alınan benzer beyanlarına, temyiz dilekçelerine ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre, Türkçe'yi anlamak ve konuşmakta bir engelinin olmadığı ve savunmasını başka bir dilde yapmaya yönelik talebinin bulunmadığı..." şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. <http://www.sinerjias.com.tr/index.php?pg=programlar&p=1>; aynı yönde değerlendirme, Yargıtay 10. CD, 26 Nisan 2016 tarihli, E: 2016/719, K: 2016/1354, sayılı kararı, <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqH-n5HwZgd7pMO1SCDOLe%2BRwsNJGzCYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfbdBk2BerLkegTT>

6411 sayılı Kanun ile CMK'nın 202. maddesine eklenen 4 ve 5. fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi bu itirazı reddetmiştir. İptal talebinin gerekçelerini; öngörülen bu imkanın hukuksal olmayan temel insan hakları dışında bir siyasal adım olarak görülmesi, savunma ve adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığı, Lozan Antlaşması'ndaki "azınlık" konusuna ilişkin hükümlerin etnik veya dil ayrımına yönelik olmadığı, azınlık olarak "gayrimüslimlerin" ele alındığı ve dolayısıyla bu düzenlemenin Lozan Antlaşması hükümlerine de aykırı olduğu,⁷⁰ AİHS kapsamında düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkına, bu düzenlemenin siyasal bir tercihin uygulamaya yansıtılması niteliğinde olduğu, devletin resmi dilinin kullanılmasına istisna yaratılması, tercüman giderleri hususundaki ayrık durum, yargılamanın sürüncemede bırakılması şeklinde kısıtlamanın sorunları giderici nitelikte olmaması, burada bir hak söz konusu ise tercüman listelerinin yönetmelikle düzenleneceğinin ifade edilmesinin hakkın özünü zedelemesi ve yürütmeyi belirleyici kılması yönüyle hukuka aykırı olduğu, toplum huzuru ve milli dayanışmaya aykırı olduğu, etnik imtiyaz tanınması riski, iddia ve hüküm makamları mahkemede kullanılan resmi dili kullanmakta iken, savunmanın resmi dili bilmesini rağmen farklı dil seçeneği yaratılmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 14/3-(f) ile AİHS 6/3-(e) hükümlerine aykırı olduğu şeklinde özetlemek mümkündür. İptal talebi kapsamında, CMK 202/4-5 hükümlerinin Anayasaya aykırılığı hususunda öne sürülen gerekçelerin çoğunun, daha önce değinilen Komisyon görüşmeleri sırasında, değişiklik hakkında öne sürülen olumsuz görüş ve gerekçelerle benzerlik taşıdığı ilgi çekicidir. Söz konusu benzer gerekçeler, söz konusu imkanın, hem yasama hem de yargı organı kapsamında uygulamada huzursuzluk ve tartışmalar yarattığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal talebini reddetme gerekçeleri; hüküm kapsamındaki imkanın savunma hakkını genişlettiği, kanun koyucunun siyasi ve toplumsal koşullar ışığında takdir yetkisine sahip olduğu, itiraz konusu kuralın uluslararası belgelerde kabul edilmiş asgari ilkelere uygun olduğu, imkan kapsamındaki tercüman yardımının zorunlu tercüme niteliği taşımamasından dolayı tercüme giderlerinin Devlet tarafından karşılanmasının beklenemeyeceği ve tercümanlık listelerinin düzenlenmesinin uzmanlık ve idari tecrübeyle ilgili ikincil konuların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının yasamanın devredilmezliği ilkesinin ihlali biçiminde yorumlanamayacağı şeklinde

OnAxkYw4VEesPL9vnkTrursfdTsqMuom7796XSpO6h2S7mbQ6XFpM7IGz3ajcDF41%2B%2B-Vip%2Fgon0m36MA%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI , E.T.: 23.4.2017.

⁷⁰ Lozan Antlaşması'nın 39. Maddesinin birinci fıkrasında, azınlıkların Müslüman olmayan Türk vatandaşları (*gayri müslim akalliyetlere mensup Türk tebaası*) olduğu öngörülmektedir. Dolayısıyla buradaki farklılık, etnik veya dil ayrımından değil, dini açıdan ortaya çıkmaktadır. Lozan Antlaşması metni için bkz. <http://ua.mfa.gov.tr/> , E.T.: 22.4.2017.

özetlemek mümkündür.⁷¹ Mahkeme'nin kararında göze çarpan nokta, itiraz konusu kural olan CMK 202/4,5 hükmünde yer alan imkanın, tercümandan yararlanma hakkının kapsamını genişlettiğine ilişkin tespiti ve farklı bir dilde savunma yapabilme hakkına doğrudan değinmemiş olmasıdır.⁷²

V. Tercümandan Yararlanma Hakkının Kapsamı

Tercümanın atanması, mahkemenin takdirinde olan bir yetkidir. Tercümandan yararlanma talebinde bulunan sanık, bu talebinin gerçekleştirilmemesi durumunda, bu konudaki taleplerini, ancak temyiz aşamasında ileri sürebilecektir.⁷³ Nitekim Yargıtay bir kararında, sanığın tercüman talebinin reddi kararına yönelik itirazın kabul edilmesi kararının isabetsiz olduğunu, söz konusu talebin reddi kararının bir ara karar olarak esasla birlikte temyiz incelemesi konusu olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴ Yargıtay başka bir kararında, tercüman talebinin yasal olmayan gerekçe ile reddedilmesini, savunma hakkının kısıtlanması olarak nitelendirip, bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin bir

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini red kararına katılmayan mahkeme üyelerinin görüşlerinin temelinde genelde, tercüme giderinin Devlet tarafından karşılanmamasının eşitliğe aykırı olduğu ve ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişimi kısıtlayacağı ve bu imkanın yargılamanın her aşamasında tanınmamış olmasının hakkı ölçüsüz olarak sınırladığı gerekçeleri vardır. Anayasa Mahkemesi'nin 29 Ocak 2014 tarihli, E: 2013/30, K: 2014:13 sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e51d5b32-7f70-4ae5-b197-d581d3bd7355?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , E.T.: 22.4.2017.

⁷² KILIÇ, s. 2122.

⁷³ Çelik, Adem, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 168; Kanun gerekçesinde, mağdurun korunması ilkesine yer vererek savunma hakkını pekiştirme amacı ve Türkçe bilen ile bilmeyenler arasında eşitliğin sağlanması amacı güdüldüğü ifade edilmiştir. **ERMAN**, s. 1267-1268.

⁷⁴ Yargıtay 11. CD, 6 Ekim 2011 tarihli, E: 2011/9614, K: 2011/27772 sayılı kararında: "...5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesi gereğince talebin reddine dair aynı Mahkemenin 21.12.2010 tarihli ve 2010/309 esas sayılı ara kararına yönelik itirazın kabulüne, Yüksekova 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21.12.2010 tarihli ve 2010/309 esas sayılı ara kararının kaldırılmasına ilişkin Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.1.2011 tarihli ve 2011/3 değişik iş sayılı kararı ile ilgili olarak 2010/309 esas sayılı ara kararının bir mahkeme kararı niteliğinde olup kanunda açıkça itiraza tâbi olduğunun öngörülmesi durumunda itiraz kanun yoluna tâbi olacağı; oysa mahkemece ret kararının dayanağı olan 5271 Sayılı Kanunun 202. maddesinde herhangi bir kanun yolunun öngörülmediği, bu durumda anılan kararın kesin nitelikte bir karar olduğu, söz konusu ara kararının bu niteliği sebebiyle 5271 Sayılı Kanunun 287. maddesi uyarınca esas kararla birlikte temyiz incelemesinde değerlendirilebileceği; dolayısıyla, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesince işin esasına girilmeden dosyanın iadesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle..." şeklinde değerlendirme yapmıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , E.T.: 23.4.2017.

⁷⁵ Yargıtay 9. CD, 6 Mayıs 2014 tarihli, E: 2014/4077, K: 2014/5641 sayılı kararı, <http://www.sinerjias.com.tr/index.php?pg=programlar&p=1> , E.T.: 23.4.2017.

kararında, CMK'nın 202. maddesi kapsamında Türkçeyi hiç konuşamayan veya anlayamayan kişilerin ana dilleri veya bildikleri başka bir dilde şikayetlerini aktarabilmesi veya savunmalarını yapabilmeleri sağlandığını ifade etmiştir.⁷⁶ Mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığa tercüman yardımı sunulması suretiyle, savunma hakkının kullanılabilmesi ve böylece maddi gerçeği bulma hedefine ulaşılabilmesi amaçlanmaktadır.⁷⁷ Yaygın olmayan bir dilde tercüman bulunmasının mümkün olmaması halinde, şüpheli veya sanığın bildiği başka bir dilde tercüman görevlendirilmesi bu haktan yararlanılması açısından uygun olacaktır.⁷⁸ Bununla beraber doktrinde, tercümandan yararlanma hakkının olumsuz etkilerinin; yargılamayı uzatması, tercüme hatası riski ve mahkemede kullanılan dili bilen sanığın haksız avantaj sağlaması⁷⁹ olduğu belirtilmektedir.⁸⁰

AİHM, tercümandan yararlanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin kararlarında, sanığın dil hakimiyeti sorununun esaslı olduğuna, sanık hakkındaki suçlamaların karmaşıklığı ve hakkın kısıtlanmasına yönelik olarak dava koşulları kapsamında makul gerekçeler sunulup sunulmadığını incelemektedir.⁸¹ AİHM, Öztürk-Almanya Davası'nda, Sözleşme'nin 6/3-(e) hükmünün, cezai fiiller ile ilgili olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸² Nitekim bu davada, başvuran tarafından işlenen kabahatin "*cezai bir fiil*" değil, "*idari bir suç olarak*" görülmesinin, Sözleşme bakımından etkisi incelenmiştir. Mahkeme, üye devletlerin bazı davranış biçimlerine yönelik olarak suç kategorileri arasında ayırım yapmasını karşı olmadığını, ancak bu ayırımların Sözleşme bakımından

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 39, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False>, E.T.: 23.4.2017.

⁷⁷ Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017, s.870; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 211.

⁷⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul 2016, s. 165.

⁷⁹ Sanığın haksız avantaj sağlamasından kasıt, mahkemede kullanılan dili bilen ve buna rağmen başka bir dili bildiği gerekçesiyle bir tercüman talep etmesi durumunda, hakim tarafından kendisine soru sorulduktan sonra, tercüme süresince kısa da olsa fazladan bir süre elde etmektedir. KILIÇ, s. 2108.

⁸⁰ KILIÇ, s. 2105-2108.

⁸¹ 5 Nisan 2011 tarihli Şaman-Türkiye Davası, par. 30, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["35292/05"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-104355"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 20.4.2017.

⁸² İNCEOĞLU, s. 85; ÖNCÜ, s. 4470; Nitekim doktrinde de, medeni yargı ile ceza yargısındaki menfaatler esas alınarak, genelde iki tarafı ilgilendiren özel hukuka ilişkin uyumsuzlukların çözümlendiği medeni yargıda, mahkemenin duruşma dilini anlamayan tarafa tercüman tutma ve özellikle tercüman sağlama zorunluluğu bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Medeni yargıda tercüman sağlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılama", İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1997, Sayı:2, s. 49-51.

belirleyici olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, başvuranın işlediği suçun Alman mevzuatında bir idari suç olarak nitelendirildiğini tespit ettikten sonra, cezai bir suçun idari suçlarla yakın bağlantısının bulunduğu hallerde Alman ceza hukukunun idari suçlar açısından kesin bir çizgi ile ayrıldığını da vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, ceza muhakemesi mevzuatının idari suç muhakemesinin yargısal aşamaya varmış olması halinde kıyasen uygulanan hükümlerine de dikkat çekmiştir. Mahkeme, başvuranın işlemiş olduğu idari suç için öngörülen yaptırımın, hem cezalandırmayı hem de caydırıcılığı amaçladığının ve ilgili Alman mevzuatı hükmünün genel karakterinin, söz konusu idari suçun cezai nitelikte olduğunu göstermek için yeterli olduğunu ifade etmiştir.⁸³ Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında bu haktan yararlanmak için sanığın sadece ceza davasına konu olmasına gerek olmayıp; bu hüküm diğer davalarda cezai konuya yaklaştığı oranda uygulanabilecektir.⁸⁴ Mahkeme, “*cezai alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlama*” kavramını devletlerin ulusal makamlarının bu kavrama yükledikleri anlama bağlı kalmadan yorumlamış ve ulusal hukukta “*idari suç, vergi suç ve cezaları, gümrük hukuku ile rekabet hukuku kapsamında uygulanan cezalar ile disiplin suçu*” olarak nitelendirilen konuları cezai niteliğe yaklaştığı ölçüde kavram kapsamında saymıştır. Mahkeme kavramın kapsamını belirlerken ulusal hukuktaki niteleme, suçlamaların niteliği, cezanın niteliği veya amacı ile cezanın ağırlığı gibi kriterlerden hareket etmektedir.⁸⁵ Yaptırım caydırıcı ve cezalandırıcı bir amaç gütmekte ise kapsam dahilinde iken, bir zararı tazmin etme amacı gütmekte ise kapsam dışında değerlendirilmiştir.⁸⁶ Tercümandan yararlanma hakkı kapsamında yararlanmak için yabancı olmak gibi bir şart olmayıp, yargılamayı yapan mahkemenin dilini konuşamayan veya anlayamayan herkese, tercüme masraflarının daha sonra kendisinden talep edilmeyecek şekilde bir tercüman yardımı söz konusudur.⁸⁷

1-) Tercümanın Hukuki Statüsü

Tercümanı; mahkemede kullanılan dili bilmeyen ya da anlamayan veya sağır ya da dilsiz olması sebebiyle iletişim kuramayan, sanık veya tanık ile mahkeme arasında çeviri yapan, iletişimi kuran kişi olarak tanımlamak

⁸³ Mahkeme, idari suçun küçük bir suç olmasının, bu suçu adil yargılanma hakkı kapsamında çıkarmayacağını ifade etmiştir. Karşılaşılabilecek olan cezanın hafif olmasının, suçun cezai karakterini değiştirmeyeceği de belirtilmiştir. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Mahkeme, işlenen fiilin idari bir suç olduğundan hareketle sanığın tercümandan yararlanma hakkına sahip olmadığı savunmasını reddetmiştir. Dolayısıyla, cezai nitelikli tüm suçlarda bu hakkın bulunduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. 21 Şubat 1984 tarihli Öztürk- Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 670-672, par. 52-54; **İNCEOĞLU**, s. 60.

⁸⁴ **TEZCAN**, s. 696.

⁸⁵ **İNCEOĞLU**, s. 90.

⁸⁶ **ÖNCÜ**, s. 4471-4472, dn.50.

⁸⁷ **DOĞRU/NALBANT**, s. 654.

mümkündür.⁸⁸ Tercüman ceza muhakemesinde zabıt katipleri, kolluk memurları, tanıklar ve mahkemenin tayin ettiği bilirkişilerin de dahil olduğu ikinci derece süjelerdendir.⁸⁹ 1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde, tercümanın tanıklara veya genelde bilirkişiye benzetilerek çözülmesi eleştirilmekteydi.⁹⁰ Nitekim yakın tarihli kararlarda da Yargıtay'ın benzer nitelendirme yaptığı görülmektedir.⁹¹ Ancak tercümanın sadece iletişimi sağlamak gibi bir görevi olmasına karşın, bilirkişinin teknik bilgisiyle yargılamaya katkıda bulunması yönüyle aralarında statü farklılığı bulunmaktadır.⁹² Bununla beraber duruşmalarda tercümanların yemin ettirilmesi uygulaması da önem arz etmektedir. Zira Yargıtay kararlarında, bilirkişiler hakkındaki CMK'nın 62. maddesi⁹³ yollamasıyla 56 ve 57. maddelerinin⁹⁴ uygulanması suretiyle tercümanların duruşmada yemin etmesi gerektiği ifade edilmekte, tercümanların yemin ettirilmemesi, eski yeminin hatırlatılmaması veya yeniden yemin verdirilmemesi bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir.⁹⁵ Doktrinde de, tercümanın bilirkişi niteliğinde olmasından dolayı, tercüme

⁸⁸ KILIÇ, s. 2108.

⁸⁹ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s.

⁹⁰ DONAY, s. 191-192; Gerçekten de 1412 sayılı (mülga) CMUK döneminde; Yargıtay 6. CD E: 1995/11619, K: 1995/12124 sayılı kararında: "...tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi..." şeklinde tercümanı bilirkişi olarak nitelendirmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 21.4.2017.

⁹¹ Yargıtay 1. CD, 17 Eylül 2014 tarihli, E: 2014/2228, K: 2014/3919 sayılı kararında; "...tercüman bilirkişi olarak atanan ...", şeklinde ifade etmiştir; benzer bir nitelendirme Yargıtay 8. CD, 6 Kasım 2008 tarihli, E: 2008/12511, K: 2008/12646 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

⁹² TEZCAN, s. 699.

⁹³ CMK'nın "Bilirkişilere Uygulanacak Hükümler" başlıklı 62. maddesi: "Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır." şeklindedir.

⁹⁴ CMK'nın "Yeminin Yerine Getirilmesi, Sağır veya Dilsizin Yemini" başlıklı 56. maddesi: "(1) Tanık, yüksek sesle tekrar ederek veya okuyarak yemin eder. (2) Okuma ve yazma bilen sağır veya dilsizler yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak yemin ederler. Okuma ve yazma bilmeyen sağır veya dilsizler işaretlerinden anlayan bir tercüman aracılığıyla ve işaretlerle yemin ederler." ile

"Tanığın Tekrar Dinlenmesi" başlıklı 57. maddesi: "Yemin ile dinlenen tanığın aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tekrar dinlenmesi gerektiğinde, yeniden yemin verilmeyip önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir." şeklindedir.

⁹⁵ Yargıtay 1. CD, 17 Eylül 2014 tarihli, E: 2014/2228, K: 2014/3919 sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 28 Kasım 2011 tarihli, E: 2011/2064, K: 2011/7213 sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 24 Ekim 2003 tarihli, E: 2003/441, K: 2003/122 sayılı kararı; Yargıtay 5. CD, 4 Şubat 1981 tarihli, E: 1981/2, K: 1981/190 sayılı kararı; Yargıtay 13. CD, 14 Eylül 2011 tarihli, E: 2011/2140, K: 2011/850 sayılı kararı; Yargıtay 9. CD, 8 Kasım 2001 tarihli, E: 2001/2125, K: 2001/2765 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 1 Temmuz 1999 tarihli, E: 1999/4703, K: 1999/9379 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017

doğru yapacağı yönünde yemin etmesinin gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁶ Nitekim CMK'da tercümanın yemin etmesine yönelik bir hüküm olmamasına rağmen, bu boşluğun tercümanın bilirkişiyeye benzetilerek doldurulduğu belirtilmiştir.⁹⁷

2-) Hakkın İçeriği

Tercümandan yararlanma hakkı, sanığın sadece duruşmaya katılmasını değil, duruşmada konuşulanları anlayabilmesini, tartışmaları etkili bir şekilde takip edebilmesini, olaylara, olgulara ve maddi vakialara ilişkin kendi bakış açısını sunabilmesini, gereken kararları zamanında alabilmesini ve etkili olarak savunmasını hazırlayıp sunabilmesini kapsamaktadır.⁹⁸ Tercümandan yararlanma hakkı kapsamında, AIHM Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası'nda, sanığın kendisine karşı açılan davada adil yargılanma hakkından yararlanması için gerekli her türlü belge ve beyanın çevrilmesi için bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, iddianamenin çevrilmesi ve duruşmalardaki çeviri de bu hakkın kapsamına girmektedir.⁹⁹ Bununla beraber, Mahkeme iddianamenin çevrilmemiş olmasına rağmen, sanığın kendisine yönelik suç isnadının niteliği ve nedenleri hususunda yeterli ölçüde bilgilendirilmiş olması halinde, hakkın ihlali olmayacağına karar vermiştir.¹⁰⁰ Mahkeme birçok kararında, bu hakkın sadece sözlü ifadeleri değil, aynı zamanda yazılı belgeleri ve hazırlık soruşturmasını da kapsadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme buna ek olarak, sanığa yapılan tercüme yardımının özellikle dava konusu olaylara ilişkin açıklamalarını yapması sırasında, hangi suçlamayla karşı karşıya olduğunu ve nasıl bir savunma yapacağını bilmesi imkanını sağlaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰¹ Mahkeme ayrıca, tercümandan yararlanma hakkını kısıtlamaya yönelik makul gerekçeler sunulmadığı sürece, bu hakkın soruşturmanın ilk aşamasından itibaren sağlanması gerektiğine vurgu yapmıştır.¹⁰² Mahkeme Kamasinski-Avusturya Davası'nda; yargılamadaki

⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, (2016), s. 723; YENİSEY/NUHOĞLU, (2014), s. 634.

⁹⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, (2014), s. 233, 634.

⁹⁸ AMBOS, s. 40; ÖNCÜ, s. 4458.

⁹⁹ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, DOĞRU (I. Cilt), s. 274, par. 48-49; Kamasinski-Avusturya Davası, par. 72, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\], "itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. DOĞRU (III. Cilt), s. 212, par. 72; DONAY, s. 188.

¹⁰⁰ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 81, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\], "itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; DOĞRU (III. Cilt), s. 214, par. 81.

¹⁰¹ Kuzu-Türkiye ve Ayar-Türkiye Davası (Kabul Edilemezlik Kararı), par. 35, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["60244/12"\], "itemid":\["001-162682"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Baytar-Türkiye Davası, par. 49, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["45440/04"\], "itemid":\["001-147468"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 20.4.2017.

¹⁰² Diallo-İsveç Davası, par. 25, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["diallo"\], "respondent":\["SWE"\], "itemid":\["001-96885"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), ; Baytar-Türkiye Davası, par. 50, <http://>

tüm yazılı ve resmi belgelerin bütün ayrıntılarıyla çevirisinin gerekmediğini, tercüman yardımının sözlü çeviri yardımı, sanığın kendisi hakkındaki suçlamaları öğrenmesini, kendini savunmasını ve özellikle mahkeme önündeki olayları kendi açısından algılamasını sağlayacak kadar olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰³ Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararlarında; AİHM'in Kamasinski-Avusturya kararına da atıfta bulunarak tercüme kapsamında sanığın kendisine yöneltilen suçlamaları tümüyle anlayıp yanıt verebilecek düzeyde olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰⁴ Yargıtay bir kararında, esaslı noktaların tercümesi yapılmadan hüküm kurulmasını savunma hakkının kısıtlanması olarak nitelendirmiş ve bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁵ Yargıtay başka bir kararında ise, ilk derece mahkemesi kararının tercümesinde hükmün bazı bölümlerin eksik olmasını eksik incelemeyle hüküm kurulması olarak nitelendirip, bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁶ Suçlamalara ilişkin yapılacak savunma açısından gerekli ve somut olayın koşullarına yeterli uygun bir çevirinin yapılması yeterli olacaktır.¹⁰⁷ AİHM Kamasinski-Avusturya Davası'nda, tercümenin simultane değil de ardışık özetleyici şekilde yapılmasının tek başına hakkın ihlalini oluşturmayacağını, çevirinin kalitesi ve kapsamı gibi diğer faktörlerle beraber ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ulusal mahkeme kararının yazılı çevirisinin yapılmamış olmasının da tek başına hak ihlali oluşturmayacağını ifade eden Mahkeme, sanığın duruşma ile kararı usul yönünden ve cezayı esastan temyiz edecek kadar kararı ve gerekçeleri anlamasının yeterli olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁸ Hakkın bu kapsamı davanın ötesinde, sanığın davayı yeterince

hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["45440/04"],"itemid":["001-147468"]}, E.T.: 20.4.2017.

¹⁰³ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 74, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. **DOĞRU** (III. Cilt), s. 212, par. 74; **GRABENWARTER**, s. 241; **TEZCAN**, s. 697; **DONAY**, s. 187; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 311; **ERMAN**, s. 1245; **ÇELİK**, s. 169; **KILIÇ**, s. 2111.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 11 Mart 2015 tarihli Cafer Kaçak Başvurusu, par. 28, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fe5c05fa-b6fe-400a-a9a2-18a3df26aac2?wordsOnly=False> ; aynı yönde Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 35, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁰⁵ Yargıtay 7. CD, 28 Mart 2016 tarihli, E: 2014/26367, K: 2016/4475 sayılı kararı, <http://www.sinerjias.com.tr/index.php?pg=programlar&p=1> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁰⁶ Yargıtay 10. CD, 13 Haziran 2013 tarihli, E: 2013/5522, K: 2013/5767 sayılı kararında "...26 numaralı kararının tercümesinde de getirilen hükmün bazı bölümlerinin eksik olduğunun tercüman tarafından çeviri metninde belirtildiğinin anlaşılması karşısında; ... 26 numaralı kararının tamamı, olay tutanakları, sanık N.B.'ın tüm aşamalarındaki ifadelerini, suç konusu uyuşturucu maddenin analizine dair raporu da içeren evrakının eksiksiz olarak getirilip, tercüme ettirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle hüküm kurulması..." şeklinde karar vermiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁰⁷ **REID**, s. 214; **ÖNCÜ**, s. 4475.

¹⁰⁸ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 83-84, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. **DOĞRU** (III.

anlayabilmesi ve davada etkili bir biçimde hareket edebilmesi için ilgili tüm bilgi ve belgelerin tercüme edilmesini içermektedir.¹⁰⁹ Sanığın avukatla temsil edilmesi ve mahkemede kullanılan dili avukatın anlayıp konuşabilmesi, sanığın bu haktan yoksun kalmasını gerektirmez.¹¹⁰ Zira Sözleşme'nin 6/3-(c) hükmünde yer alan sanığın savunmasını bizzat yapması hakkı da göz önüne alındığında, sanığın tercümandan yararlanma hakkını kullanabileceğini ifade etmek gerekir. Bir yargılamada, olay ve olgulara ilişkin hususlar ile savcılarının ve tanıkların yönelttiği suçlamalara en etkin ve doğru savunmayı sunacak olan, ilgili olayları doğrudan yaşamış olan sanıktır.¹¹¹ Mahkeme, kişinin soruşturma aşamasındaki ifadesinde sorulan soruları anlayıp, bunlara belli bir ölçüde cevap verebilmesine rağmen, polis tarafından el yazısıyla düzenlenen tutanağının tercüme edilmemesini, hakkın ihlali olarak değerlendirmiştir.¹¹² Hak kapsamında, sanığa sağlanan tercüman yardımı sanığın kendisine karşı yürütülen dava hakkında bilgi sahibi olmasını, özellikle mahkemeye olaylara yönelik kendi bakış açısını sunarak, savunma yapabilmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır.¹¹³

3-) Haktan Yararlanabilecek Søjeler

Tercümandan yararlanma hakkından yararlanabilecek søjeler arasında, doğal olarak mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanıkların yer aldığını söylemek doğru olacaktır. Dolayısıyla, mahkemede kullanılan dili anlayan ve konuşan sanıklar, Sözleşme kapsamındaki tercümandan yararlanma hakkı kapsamında olmayacaklardır.¹¹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin bir kararında, tercüman isteyen herkesin değil, adil bir yargılamadan umulan yararın sağlanması amacıyla ve yalnızca mahkemede kullanılan dili bilmeyen, anlamayan veya konuşamayan kişilere tercüman atanmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir.¹¹⁵ Hukuki

Cilt), s. 215, par. 83-84.

¹⁰⁹ **KALABALIK**, s. 522.

¹¹⁰ **CENTEL/ZAFER**, s. 165.

¹¹¹ **ÖNCÜ**, s. 4480; Doktrinde bu soruna yönelik olarak, her iki dili de anlayıp konuşabilen bir avukatın tayini bu gereğin yerine getirilmesinde yeterli kabul edilebileceği öne sürülmüştür. **DOĞRU/NALBANT**, s. 654; Bununla beraber, sanık avukatının duruşmada konuşulan dili bilmesinin, tercümandan yararlanma hakkından yararlanmayı engellemeyeceğini ifade ettiği de öne sürülmüştür. **TEZCAN**, s. 696.

¹¹² **ERMAN**, s. 1245; **KILIÇ**, s. 2112.

¹¹³ 24 Şubat 2005 tarihli Husain-İtalya Davası (Kabul Edilemezlik Kararı), [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["18913/03"\],"documentcollectionid2":\["ADMISSIBILITY"\],"itemid":\["001-71267"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{) , E.T.: 21.4.2017.

¹¹⁴ **ÖNCÜ**, s. 4477.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 36, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False> , E.T.: 23.4.2017.

bilgi eksikliğinden dolayı mahkemede kullanılan dilin veya soruşturma evresindeki işlemlerin sanık/şüpheli tarafından anlaşılabilmesi halinde, tercümandan yararlanma hakkı değil, müdafii yardımından yararlanma hakkı söz konusu olacaktır.¹¹⁶ Bununla beraber CMK 202/2 hükmü gereğince, olağan olarak iletişim kuramayan, dilsiz veya ancak işaret dili ile iletişim kurabilen sağır kişiler de bu haktan yararlanabileceklerdir.¹¹⁷ Nitekim, sağır veya dilsizlik gibi engellilik hallerinin, yargılama dilini anlamama veya konuşamama kavramına dahil olduğu açıktır. Dolayısıyla bir suçlama ile karşılaştıklarında, mahkemede kullanılan dili anlayamayan engelli sanıklara, anladıkları işaret diliyle tercüman yardımı sunulması gerekmektedir.¹¹⁸ Ulusal mahkemede dinlenen tanıkların da, mahkemede kullanılan dili bilmemeleri veya anlamamaları durumunda tercümandan yararlanma hakkına sahip olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira tanık beyanlarının bir delil olabilmesi için anlaşılabilir olması gerekmektedir.¹¹⁹ Tanıkların dinlenilmesi için görevlendirilen tercüman giderinin, mahkumiyet halinde dahi sanığa yükletilmemesi gerektiğini ifade etmek AİHM'in konuya yaklaşımına uygun olacaktır.¹²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, AİHS 6/3-(e) ve CMK 202 hükmü kapsamında ücretsiz tercüman görevlendirilmesi için, kişinin yargılamanın yapıldığı ülkenin vatandaşı veya yabancı olması ölçütünü değil, mahkemede kullanılan dili anlayamaması veya konuşamamasını ölçüt olarak ele aldığını ifade etmiştir. Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmasına rağmen kendi ifade edebilecek kadar Türkçe bilmeyen şüpheli veya sanıklara ücretsiz tercüman yardımı sağlanması zorunlu iken, Türk vatandaşı olmasa dahi savunmasını yapabilecek kadar Türkçe bilen şüpheli veya sanığa tercüman yardımı sağlanması zorunluğunun bulunmadığını belirtmiştir.¹²¹ Yabancıların yakalanması halinde, haklarının da tercüman vasıtası ile kendilerine anlatılması ve yabancıların konsolosluklarına bildirilmesi gerekmektedir.¹²²

4-) Yargılama Evreleri

Sözleşme metninde, tercümandan yararlanma hakkının sadece duruşmada yararlanılacak veya kovuşturma aşamasına ilişkin işlemlerin tamamını ve soruşturma aşamasını da kapsayan bir hak olup olmadığına ilişkin bir

¹¹⁶ CENTEL/ZAFER, s. 165.

¹¹⁷ Evik, Vesile Sonay, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılama Hakkı", in: İçel, Kayhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 307; YENİSEY/NUHOĞLU, (2016), s. 723; DOĞRU/NALBANT, s. 654.

¹¹⁸ DONAY, s. 188; ÖNCÜ, s. 4479.

¹¹⁹ KILIÇ, s. 2112.

¹²⁰ TEZCAN, s. 698.

¹²¹ Yargıtay CGK, 11 Ekim 2011 tarihli, E: 2011/10-182, K: 2011/204 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹²² YENİSEY/NUHOĞLU, (2016), s. 723.

bilgi bulunmamaktadır.¹²³ AIHM, sanığın önce ilk derece mahkemesinde, sonrasında ise temyiz mahkemesinde yargılanması sırasında tercümandan yararlanmış olmasına karşın, gözaltında iken tercümandan yararlanmamış olmasının, savunma haklarını telafi edilemez biçimde etkilediğine ve bundan ötürü tercümandan yararlanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴ Nitekim Mahkeme başka bir kararında, tercüman yardımı olmadan gözaltında alınan sanık ifadelerinin mahkumiyet kararına esas alınmasının yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu ve tercümandan yararlanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.¹²⁵ AIHM nazarında, tercümandan yararlanma hakkı sadece duruşma için öngörülmemiş olup, duruşma dışında da sanığa ilişkin olarak yakalama, gözaltına alma ve suç isnadı gibi durumlarda da mevcuttur.¹²⁶

Mahkeme'ye göre, Sözleşme kapsamındaki adil yargılanma hakkı, sadece kovuşturmayı değil, soruşturmanın başlangıcından kesin hükme kadar tüm ceza muhakemesi evrelerini kapsamaktadır.¹²⁷ Mahkeme, hükümde yer alan “mahkemede kullanılan dil” ile “duruşmada kullanılan dil” anlam farklılığının İngilizce ile Fransızca metinler arasındaki farklı çeviriden kaynaklandığını belirterek, İngilizce metinde yer alan “mahkemede kullanılan dil” şeklindeki geniş kavramın esas alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁸ Mahkeme, Sözleşme metninin lafzi yorumunu, tercümandan yararlanma hakkı lehine genişleterek, madde metninde açıkça yer almasa da, şüphelinin mahkeme dilini bilmemesi veya anlamaması halinde soruşturma aşamasında polisteki ifadesinde dahi tercümandan yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁹

¹²³ ÖNCÜ, s. 4473.

¹²⁴ 18 Ekim 2006 tarihli Hermit-İtalya Davası, par 69, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"full-text":\["\"18114/02\""\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-77543"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 5 Nisan 2011 tarihli Şaman-Türkiye Davası, par. 36, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["35292/05"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-104355"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.: 20.4.2017.

¹²⁵ Baytar-Türkiye Davası, par. 58-69, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["45440/04"\],"itemid":\["001-147468"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Mahkeme'nin benzer bir değerlendirmesi 13 Kasım 2009 tarihli Amer-Türkiye Davası, par.77, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25720/02"\],"itemid":\["001-90588"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 21.4.2017.

¹²⁶ TEZCAN, s. 696.

¹²⁷ KALABALIK, s. 522; TURHAN, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 107; ÇELİK, s. 168; KILIÇ, s. 2111.

¹²⁸ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, DOĞRU (I. Cilt), s. 273, par. 48; Bununla beraber doktrinde, Sözleşme'nin 6/3(e) hükmünde yer alan tercümandan yararlanma hakkı konusunda, sadece duruşma ile ilgili tercümandan söz edildiği şeklinde bir görüş de mevcut olup, bu hakkın sadece duruşma ile sınırlandırılmasının yersiz olduğu hususunda eleştirilmiş ve bu hakkın kovuşturmanın tüm aşamalarını kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak söz konusu kararda görüldüğü üzere, AIHM, madde metnindeki ifadeyi geniş anlamda ele alarak zaten yargılamanın tüm aşamalarını kapsayacak şekilde uygulamaktadır. Söz konusu eleştiri hakkında bkz. ER, s. 128.

¹²⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 311.

Ayrıca, şüpheli mahkemede kullanılan dili konuşup anlayabilmesine rağmen, yazılı belgeleri okuyamamakta ise tercümandan yararlanma hakkına sahip olacaktır.¹³⁰ Mahkeme, sanığın yazılı beyanları okuyamaması halinde de tercüman hakkından yararlandırılması gerektiği yorumu ile klasik tercüman faaliyetinin de ötesine geçilmiştir.¹³¹ Sanık, tercümandan yararlanma hakkına yargılamanın tüm evreleri boyunca adil yargılanmasını sağlayacak tüm işlemler kapsamında sahiptir.¹³² Tercümandan yararlanma hakkının, kanun yolları aşamasında da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. İlk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi ve üst mahkeme şeklindeki üç dereceli yargı sistemine sahip olan Bulgaristan'daki bir yargılamada, her üç aşamada da sunulan tercüman yardımının bedelinin sanıktan alınması, AİHM tarafından hakkın ihlali olarak nitelendirilmiştir.¹³³ Dolayısıyla tercüman yardımının kanun yolları aşamasında da ücretsiz olarak sunulması gerektiği belirtilmelidir. Yargıtay kararlarında, tercüman aracılığıyla savunma yapan sanıkların mütalaaya karşı beyanları ile son savunmaları ve son sözlerinin tespiti sırasında tercümanın hazır bulundurulmaması CMK 202'ye aykırı bulunarak bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir.¹³⁴

5-) Tercümanın Yükümlülükleri

AİHM, tercümanın tarafsız veya bağımsız olması hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunmamış, tercümandan yararlanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurularda salt bu nedenle bir hak ihlali kararı vermemiştir. Mahkeme, sadece sağlanan tercüman yardımının, başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirmiş, tercümanın tarafılığı hususuna değinmemiştir.¹³⁵ Tercümanın Sözleşme kapsamındaki adil yargılanma hakkı

¹³⁰ 24 Aralık 2002 tarihli Cuscani-Birleşik Krallık Davası, par. 38, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["32771/96"\],"itemid":\["001-60643"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) ; bu davaya atf yapan Amer-Türkiye Davası, par.83, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25720/02"\],"itemid":\["001-90588"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) , E.T.: 21.4.2017.

¹³¹ **ERMAN**, s. 1243.

¹³² **EVİK**, s. 307.

¹³³ 21 Aralık 2010 tarihli Hovanesian-Bulgaristan Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-102391"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) , E.T.: 21.4.2017, (Kararın Fransızca metninden aktaran **ÖNCÜ**, s. 4474); **ÇELİK**, s. 168.

¹³⁴ Yargıtay 1. CD, 25 Ekim 2011 tarihli, E: 2011/4751, K: 2011/6252 sayılı kararı; benzer yönde Yargıtay 1. CD, 17 Eylül 2014 tarihli, E: 2014/2228, K: 2014/3919 sayılı kararında ilk celsede bulunan tercümanın bir sonraki celsede bulundurulmaması bozma nedeni olarak değerlendirilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> ; Yargıtay 7. CD, 28 Mart 2016 tarihli, E: 2014/26367, K: 2016/4475 sayılı kararı, <http://www.sinerjias.com.tr/index.php?pg=programlar&p=1> ; Yargıtay 8. CD, 6 Kasım 2008 tarihli, E: 2008/12511, K: 2008/12646 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 19 Kasım 1991 tarihli, E: 1991/10426, K: 1991/11285 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , E.T.: 23.4.2017.

¹³⁵ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 74, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

açısından, mahkemenin üyesi veya görevlisi olmadığı için resmen bağımsız veya tarafsız olmak zorunda olmadığı ileri sürülmüştür. Tercüman açısından temel gereklilik, sanığın savunmasını etkili bir şekilde yapmasına imkan verecek şekilde etkili bir tercüme yardımı sunması ve tavır veya hareketlerinin adil yargılanmayı olumsuz etkileyecek nitelikte olmamasıdır.¹³⁶ Ayrıca sanığın, mahkeme içeriğinden eş zamanlı olarak ve objektif bir tercüman aracılığıyla bilgilendirilmesi gerekmektedir.¹³⁷

1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde, tercümanın çağırılması, yemin ettirilmesi ve görevden çekilmesi halleri Kanun'da düzenlenmemiş olması sebebiyle oluşan boşluğun, tercümanın tanıklara veya genelde bilirkişiye benzetilerek çözülmesi eleştirilmekteydi.¹³⁸ 5271 sayılı CMK kapsamında bu boşluklar olabildiğince giderilmeye çalışılmış ve ayrıca 5 Mart 2013 tarihli "*Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik*" çıkartılmıştır.¹³⁹ CMK'nın 202/5 hükmü uyarınca ceza muhakemesinde tercüman olarak görevlendirilecek olan kişilerin, bir sicil sistemine kayıt olması zorunluluğu vardır. Listelerde tercüman olarak görevlendirilmenin koşulları Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴⁰ Bu koşullar arasında, başvuru yapacak kişinin

["9783/82"],"itemid":["001-57614"]} E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. DOĞRU (III. Cilt), s. 212-213, par. 74; ERMAN, s. 1252.

¹³⁶ ÖNCÜ, s. 4476.

¹³⁷ DONAY, s. 189.

¹³⁸ Gerçekten de 1412 sayılı (mülga) CMUK döneminde; Yargıtay 6. CD E: 1995/11619, K: 1995/12124 sayılı kararında: "...tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi..." şeklinde tercümanı bilirkişi olarak nitelemiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 21.4.2017.

¹³⁹ 5 Mart 2013 tarihli, 17174 sayılı "*Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik*", R.G. Tarih: 5.3.2015, Sayı: 28578.

¹⁴⁰ "*Listeye Kabul Şartları*" başlıklı madde: "1) Listeye kayıt olabilmek için tercümanın;

a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması,

b) Başvuru tarihinde fiil ehliyetine sahip olması,

c) En az ilkokul mezunu olması,

ç) Başvuru tarihinde onsekiz yaşını tamamlamış olması,

d) Affa uğramış ya da ertelenmiş olsalar bile Devlete ve adliyeye karşı işlenen suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs veya kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından hükümlü olmaması veya hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemiş olması,

e) Disiplin yönünden meslekten ya da memuriyetten çıkarılmamış veya sanat icrasından yasaklanmamış olması,

f) Komisyonun bağlı bulunduğu il çevresinde oturması veya bir meslekî faaliyeti icra etmesi,

g) Başka bir komisyonun listesinde kayıtlı olmaması, gerekir." şeklindedir.

tercüme yapacağı dili ve Türkçeyi bilme koşulunun bulunmaması ilgi çekicidir. Başvuran kişinin tercümanlık faaliyetini yerine getirecek ölçüde dil bildiğini yazılı olarak beyan etmesi yeterli sayılmıştır. Buna karşılık, Komisyon'un başvuranın dil yeterliliğini ve bilgisini denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Bazı dilleri bilen tercümanların bulunması noktasında, tercümanın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartının öngörülmüş olması da zorluk yaratacaktır. Yönetmeliğin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre tercümanlar, bağımsızlık, tarafsızlık, dürüst davranma ve doğruyu söyleme, görevini bizzat yerine getirme, sır saklama¹⁴¹ ve temel yargılama ilkelerine uygun davranma şeklindeki etik ilkelere uygun şekilde davranmak zorundadırlar. Bu etik ilkelere aykırı davranılması, Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre listeden çıkarılma sebebi olarak düzenlenmiştir. Tercümanların tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususunu açıkça düzenleyen bu hüküm, AİHM içtihatlarının ötesinde bir güvence sağlaması yönüyle olumludur. Ancak bu etik ilkelere yönelik somut düzenlemeler yapılmamış olması da belirsizlik yaratabilecektir. Listedenden çıkarılma nedenlerini içeren Yönetmeliğin 14. maddesinde, tercümanın beyan ettiği dili yeterince bilmemesi hali sayılmaması da ayrı bir sorun olmaktadır.¹⁴² Nitekim Yargıtay bir kararında sanık vekilinin tercümanın ehil olmamasının savunma hakkına yönelik kısıtlama olduğunu ifade etmiştir.¹⁴³ Tercümanın doğru tercüme yapması gerekmekte olup, doktrinde CMK 311/1-(b) hükmünün¹⁴⁴ kıyasen tercümanlara da uygulanarak tercüman aralığıyla hükümlü aleyhine gerçeğe aykırı bir durumun ortaya çıkmasının yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁵

Tercümanın yükümlülüğü hususunda, TCK'nın 276. maddesinde düzenlenmiş olan "*Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik veya Tercümanlık*" suçunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan madde: "*(1) Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek*

¹⁴¹ Sır saklama yükümü açısından, TCK 279. maddede düzenlenmiş olan Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni sayılması veya CMK 46. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme sebebi olması amaçlanmış ise, bunun kanun ile düzenlenmesi gerektiği açıktır. Aksi halde bu düzenleme bir temenniden ibaret kalacaktır. **ERMAN**, s. 1278.

¹⁴² **ERMAN**, s. 1277.

¹⁴³ Yargıtay 11. CD, 7 Şubat 2005 tarihli, E: 2005/734, K: 2005/408 sayılı kararında: "*Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma neticelerine uygun şekilde oluşan inanç ve taktirine incelenen dosya içeriğine göre sanık vekilinin tercümanın ehil olmaması nedeniyle sanığın savunma hakkının kısıtlandığına...*" şeklinde değerlendirme yapmıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , E.T.: 23.4.2017

¹⁴⁴ CMK'nın "*Hükümlü Lehine Yargılanmanın Yenilenmesi Nedenleri*" başlıklı 311/1-(b) hükmü: "*... b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasit veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa...*" şeklindedir.

¹⁴⁵ **YENİSEY/NUHOĞLU**, (2014), s. 634.

yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Birinci fıkrada belirtilen kişi veya kurullar tarafından görevlendirilen tercümanın ifade veya belgeleri gerçeğe aykırı olarak tercüme etmesi halinde, birinci fıkra hükmü uygulanır.” şeklindedir. Bu bağlamda, tercümanın gerçeğe aykırı olarak tercüme yapması halinde cezai sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Yargıtay bir kararında, gerçeğe aykırı tercümanlık suçu hakkında: *“Suçun sübutu bakımından hükme esas alınan ve sanığın yabancı uyruklu mağdurların beyanının alınmasında gerçeğe aykırı tercümanlık yaptığı iddia olunan 2008/1651 sayılı soruşturma dosyasının akıbetinin araştırılmasından ve kamu davası açılmış ise dava dosyasının ilgili evraklarının, özellikle de sanığın tercümanlık yaptığı iddia edilen ifade tutanaklarının aslı ya da onaylı örneklerinin getirilip incelenerek, Yargıtay denetimine olanak vermesi açısından dosyaya konulup sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,...”* şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.¹⁴⁶

VI. Tercümandan Yararlanma Hakkının Karşılıksız Olması

Hakkın kullanılması sonrasında, tercüman ücretinden hangi tarafın sorumlu olacağı hususu en çok uyuşmazlık konusu olan sorunlardan biridir. Zira sanığın davada mahkum olması durumunda, yargılama giderleri kapsamında tercüman ücretinden de sorumluluğu konusunda sorun çıkmaktadır.¹⁴⁷ Nitekim bir hukuk devletinde, mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan her sanığın tercüman yardımından ücretsiz (meccanen) faydalanma hakkına sahip olduğunu belirtmek gerekir.¹⁴⁸ Tercümandan yararlanma hakkının ücretsiz olması, sadece kişinin mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı durumlarda söz konusu olup, kişinin ödeme yapabilecek durumda olup olmamasıyla ilgisi bulunmamaktadır.¹⁴⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararlarında, Sözleşme'nin 6/3-(e) hükmü kapsamındaki haktan faydalanılabilmesi hususunda sanığın

¹⁴⁶ Yargıtay 9. CD, 3 Mart 2014 tarihli, E: 2013/8875, K: 2014/2485 sayılı kararı, <http://em-sal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQ-p1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdK-B2erFd2m9%2F1Gk6rSNvC76ncdZMF3PEJMjzXKhkbXi8IDrS%2BWQp5QyVoDabeil1yqw-CuRjGgaUC2neB8Tbk58JH3aA%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁴⁷ DONAY, s. 189.

¹⁴⁸ ÖZTÜRK, s. 154; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 197.

¹⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 343; DOĞRU/NALBANT, s. 654; ÖNCÜ, s. 4481; KİBAR, s. 48.49.

ödeme gücünün olup olmamasının bir önemi bulunmadığını belirtmiştir.¹⁵⁰ Mahkumiyet sonrasında, tercüme masraflarının dahil edildiği yargılama giderlerinin, sigorta şirketi tarafından ödenmesi halinde dahi, tercümandan ücretsiz yararlanma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.¹⁵¹ Tercümandan yararlanma hakkının düzenlenmiş olduğu, AİHS'nin 6/3-(e) hükmünde yer alan "ücretsiz" ifadesi AİHM tarafından, Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası'nda yorumlanmıştır. Mahkeme, bu yorumu yaparken 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Antlaşmaların yorumuna ilişkin "Genel Yorum Kuralı" başlıklı 31 ve "İki veya Daha Fazla Dilde Tevsik Edilmiş Olan Antlaşmaların Yorumu" başlıklı 33. maddelerinden de yararlanmıştı.¹⁵² Söz konusu kararda, "Mahkeme, (e) bendinin anlamını tespit etmek için 'kendi bağlamı içinde ve konusu ile amacı ışığında terimin olağan anlamını' araştırır. Mahkeme söz

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 11 Mart 2015 tarihli Cafer Kaçak Başvurusu, par. 27, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fe5c05fa-b6fe-400a-a9a2-18a3df26aac2?wordsOnly=False> ; aynı yönde Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 34, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁵¹ 5 Temmuz 1988 tarihli Akdoğan-Almanya Komisyon Raporu, par. 35, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["11394/85"\],"itemid":\["001-45422"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 21.4.2017; REID, s. 214; ÖNCÜ, s. 4481; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 311; ÇELİK, s. 171.

¹⁵² 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31. maddesi "1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. 2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge. 3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: a- Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma, b- Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması. c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı. 4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir." ve 33. maddesi: "1. Bir andlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, herbir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir. 2. Metnin tevsik edildiği dillerden gayri bir dildeki bir andlaşma sureti, ancak andlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabul etmesi halinde geçerli bir metin telakki edilir. 3. Andlaşma hükümlerinin herbir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir. 4. Birinci paragrafta göre, belirli bir metnin üstün tutulduğu durumlar saklı kalmak üzere, geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir mana farkı ortaya koyarsa, andlaşmanın konu ve amacı gözönünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir." şeklindedir. Antlaşmanın orijinal İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> ; Antlaşmanın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf , E.T. 20.4.2017.

konusu hükümdeki ‘ücretsiz’ teriminin açık ve kesin bir anlama sahip olduğunu tespit etmektedir. Ücretsiz (gratuitement- free) terimi Fransızca’da olduğu gibi ‘ücret ödemedi, karşılıksız, hiçbir bedel veya masraf olmadan, bedel veya masraf alınmadan’ anlamına gelir. Sonuç olarak, ‘ücretsiz’ terimine, hiçbir niteleme yapmadan Fransızca ve İngilizce’deki olağan anlamlarını verir. Bu terim şartlı bir feragat, geçici bir muafiyet, askıya alma anlamına gelmemekte, fakat tek ve tam bir muafiyet veya beraat anlamına gelmektedir.” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.¹⁵³ Mahkeme aynı kararında, Sözleşme hükmünün sanığa adil yargılanma hakkı bağlamında asgari hakları saydığını ifade ederek, sanığın mahkum olması halinde çeviri masraflarını ödeyeceği sonucunun çıkartılmayacağını belirtmiştir. Mahkeme Golder-Birleşik Krallık kararına da atıf yaparak,¹⁵⁴ hükmün, sanığın mahkum edilmesi halinde çeviri masraflarını ödemesine yol açacak şekilde yorumlanmasının, etkisiz olmasına, zaman bakımından sınırlandırılmasına ve mahkum olan sanığı kapsamamasına sebep olacağını ifade etmiştir. Mahkeme hükmü, bu şekilde dar yorumlamanın “ücretsiz” kavramının olağan anlamına, amacına ve işlevine aykırı olacağını belirtmiştir.¹⁵⁵ Nitekim Mahkeme başka bir kararında, bıçak sırtı (borderline) davalarda, davanın mali sonuçları bakımından sanığın duyduğu tereddüt, tercüman atanmasına karşı tutumunu etkileyebilir.¹⁵⁶ Mahkeme ayrıca, haktan ücretsiz yararlanmanın, mahkemenin dilini konuşamayan veya anlayamayan herkesin, yapılan masrafın daha sonra kendisinden istenmeyeceği şekilde olmasını kapsadığı değerlendirmesini yapmıştır.¹⁵⁷ Ücretsiz tercüman yardımı sağlanması kesin ve mutlak bir güvence olup, Sözleşme metninde hakla ilgili hiçbir açık niteleme veya ima yapılmamıştır. Bu hak aynı zamanda iddia ve savunma taraflarının eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.¹⁵⁸ Mahkemeye göre sanık çevirmenin ücretsiz yardımından yararlanma hakkından; “*duruşmada*” değil, “*mahkemede*” kullanılan dili anlayamıyor veya konuşamıyor ise yararlanacaktır. Sözleşmenin İngilizce metninde geçen “*mahkemede kullanılan*” ifadesi, Fransızca metindeki “*duruşmada kullanılan*” ifadesinden daha geniş bir anlama sahip olduğunu ifade eden Mahkeme, hakkın da “*mahkemede kullanılan*” ifadesi ile yorumlanması gerektiğine

¹⁵³ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 272, par. 39-40; **DONAY**, s. 189; **ERMAN**, s. 1244; **ÇELİK**, s. 170.

¹⁵⁴ 21 Şubat 1974 tarihli Golder-Birleşik Krallık Davası, par. 36, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["4451/70"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57496"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), E.T.:20.4.2017.

¹⁵⁵ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 272, par. 42; **ER**, s. 128.

¹⁵⁶ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 86, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. Doğru, Osman, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 216, par. 86.

¹⁵⁷ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 273, par. 46.

¹⁵⁸ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 343; **ÇELİK**, s. 171.

karar vermiştir.¹⁵⁹ Nitekim AİHM, Öztürk-Almanya Davası'nda, Almanya'nın Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya kararından sonra, ceza muhakemesi bakımından, Mahkeme Masrafları Kanunu'nda ceza davasında sağır ve dilsiz veya Almanca'ya hakim olmayan sanıkların savunma yapmak için anlamaları gereken beyan veya belgelerin çevrilmesi için ödenen ücretin sanıklara yükletilmeyeceği şeklinde bir değişiklik yaptığını değinmiştir.¹⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1996 yılında vermiş olduğu bir kararında, sanığa sadece son soruşturmada değil, yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan tercüman için ödenecek ücretin, mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.¹⁶¹ Yargıtay Dairelerinin birçok kararında da, mahkemede görevlendirilen tercüman giderinin Devlet Hazinesi'nden karşılanması yerine, sanıktan tahsiline karar verilmesinin CMK 324/5 hükmüne aykırı olduğu ifade edilerek, bozma sebebi sayılmıştır.¹⁶² Yargıtay bir kararında, tercüman giderinin yargılama gideri olarak sanığa yükletilmesini Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12 Mart 1996 tarihli kararına aykırı bularak, bozma sebebi saymıştır.¹⁶³ Yargıtay'ın doğrudan AİHS 6/3-(e) hükmü uyarınca, tercüman ücretinin sanığa yüklenmesini bozma sebebi olarak nitelendirdiği kararlar da mevcuttur.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 273, par. 48.

¹⁶⁰ Öztürk- Almanya Davası, **DOĞRU** (I. Cilt), s. 667, par. 35; **ÇELİK**, s. 171.

¹⁶¹ Yargıtay CGK, 12 Mart 1996 tarihli, E: 1996/6-2, K: 1996/33 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹⁶² Yargıtay 1. CD, 28 Kasım 2011 tarihli, E: 2011/2064, K: 2011/7213 sayılı kararı; Yargıtay 2. CD, 14 Nisan 2010 tarihli, E: 2009/10956, K: 2010/12004 sayılı kararı; Yargıtay 2. CD, 29 Mayıs 2008 tarihli, E: 2008/3320, K: 2008/9774 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 17 Aralık 2009 tarihli, E: 2009/11909, K: 2009/19481 sayılı kararı; Yargıtay 13. CD, 19 Kasım 2012, E: 2011/23218, K: 2012/24460 sayılı kararı; Yargıtay 16. CD, 14 Aralık 2015 tarihli, E: 2015/5513, K: 2015/5021 sayılı kararı; Yargıtay 13. CD, 14 Eylül 2011 tarihli, E: 2011/2140, K: 2011/850 sayılı kararı; 3. CD, 15 Aralık 2016 tarihli, E: 2016/1383, K: 2016/20718 sayılı kararında sağır ve dilsiz suça sürüklenen çocuk için görevlendirilen tercüman giderlerinin yargılama giderlerinden sayılarak suça sürüklenen çocuktan tahsiline hükmedilmesinin, CMK 324/5 hükmüne aykırı olduğu şeklinde karar vermiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹⁶³ Yargıtay 8. CD, 31 Ocak 2005 tarihli, E: 2003/10240, K: 2005/329 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

¹⁶⁴ Yargıtay 2. CD, 21 Kasım 2001 tarihli, E: 2001/19816, K: 2001/20672 sayılı kararı; Yargıtay 2. CD, 13 Mayıs 2004 tarihli, E: 2002/25183, K: 2004/10469 sayılı kararı; Yargıtay 3. CD, 24 Şubat 2004 tarihli, E: 2004/72732, K: 2005/1693 sayılı kararı; Yargıtay 3. CD, 10 Haziran 1999 tarihli, E: 1999/5604, K: 1999/7168 sayılı kararı; Yargıtay 6. CD, 28 Ekim 2003 tarihli, E: 2003/18686, K: 2003/7692 sayılı kararı; Yargıtay 6. CD, 20 Kasım 1995 tarihli, E: 1995/11619, K: 1995/12124 sayılı kararı; Yargıtay 7. CD, 24 Haziran 2003 tarihli, E: 2003/2478, K: 2003/5303 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 19 Eylül 1997 tarihli, E: 1997/10699, K: 1997/12012 sayılı kararı; Yargıtay 8. CD, 26 Aralık 2002 tarihli, E: 2002/382, K: 2002/12112 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 17 Mart 2003 tarihli, E: 2003/607, K: 2003/1808 sayılı kararı; Yargıtay 10.

CMK'nın 202/4 fıkrasının “*Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz.*” hükmü uyarınca, Türkçe bildiği halde başka dilde savunma imkanını kullanan kişiler bakımından, tercüman giderleri Devlet tarafından değil, sanık tarafından ödenecektir. Bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, tercüman giderinin sanık tarafından karşılanmasının öngörülmesi, “*devletin bir eliyle verdiği diğer eliyle alması*” şeklinde tarif edilmiştir. Zira tercüman imkanını öngörmek, sonra sanıktan tercüman giderini peşinen ödemesini öngörmek, bu haktan mahrum kalınması sonucunu doğurabilir. Ceza yargılaması özgürlüklerle ilgilenen bir alan olması yönüyle, parayı özgürlüğün önüne geçirerek bir hakkın kullanılamaz hale getirilmesine sebebiyet verilmemesi gerekmektedir.¹⁶⁵ Nitekim söz konusu düzenlemenin Komisyon görüşmelerinde, bu durumun ayrımcılığa ve savunma hakkının kısıtlanmasına sebep olduğu eleştirisi öne sürülmüştür.¹⁶⁶ Tercüman giderinin ödenmesi, yargılamanın etkili bir biçimde yapılmasından sorumlu olan Devlete düşen bir yükümlülüktür. CMK 202. maddesinde yapılan değişiklik, gerçekten savunma hakkının kullanım alanını genişleten nitelikte olsaydı, tercüman giderinin Devlet tarafından karşılanması gerekirdi.¹⁶⁷ Bu ayrık durumun, AİHS'ye aykırılığı söz konusu değildir. Zira mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabilen kişiler, Sözleşme kapsamındaki tercümandan ücretsiz yararlanma hakkı kapsamında değillerdir.¹⁶⁸

VII. AİHS Kapsamında Devletin Yükümlülükleri

AİHM, bir kararında, hakimin başvuranın aile fertlerinden birisi olan tercümanın yeterliliğini araştırma girişiminde bulunmadığını ifade ederek, hakimlerin görevlendirecekleri tercümanın yeterliliğini araştırması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁹ Nitekim AİHM başka bir kararında ise, yetkili makamların bu hak kapsamındaki yükümlülüğünün bir tercüman görevlendirmekle sınırlı olmayıp, sunulan tercüman yardımının yeterliliğinin belli ölçüde denetimini de içerek

CD, 29 Eylül 2003 tarihli, E: 2003/4913, K: 2003/19395 sayılı kararı; Yargıtay 9. CD, 8 Kasım 2001 tarihli, E: 2001/2125, K: 2001/2765 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017

¹⁶⁵ Söz konusu görüş için bkz. **YURTCAN**, s. 872; Benzer yönde **KARAKAYA/ÖZHABEŞ**, s. 26.

¹⁶⁶ 365 sırasayılı Komisyon Raporu, s. 36, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf>, E.T.: 22.4.2017.

¹⁶⁷ **KILIÇ**, s. 2120.

¹⁶⁸ Avrupa Konseyi Bölge Azınlık Dilleri Şartı ve Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme kapsamında, anadilde savunma hakkından yararlanan azınlıkların tercüme masraflarının devlet tarafından karşılanacağı düzenlenmiş iken, Türkiye bu iki sözleşmeye taraf olmadığı için ve buna yönelik bir uluslararası örf-adet kuralı da bulunmadığından CMK düzenlemesi uluslararası veya iç hukuka aykırı değildir. **ERMAN**, s. 1275-1276.

¹⁶⁹ Baytar-Türkiye Davası, par.57, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno": \["45440/04"\], "itemid": \["001-147468"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 20.4.2017; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 344.

şekilde genişleyebileceğini ifade etmiştir.¹⁷⁰ Denetim konusunda, tercüme hizmetinin yetenekli ve profesyonel kişiler tarafından verilmesi sağlanmalı, yeterli ve gerekli ölçüde tercüme hizmeti sunamayan tercümanın, yetenekli bir tercüman ile değiştirilmesi gerekmektedir.¹⁷¹ Mahkeme, duruşma hakiminin adil yargılamanın nihai koruyucusu olduğunu ve sanığın çıkarlarını titiz bir özenle koruması gerektiğini ifade etmiştir. Duruşma hakiminin bu bağlamda, hak kapsamında sanığa yardımcı olan tercümanın yeterliliğini denemeye tabi tutması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷² Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya ilişkin kararlarında, AİHM'in Cuscani-Birleşik Krallık kararına atıfta bulunarak, hakimin görevinin sanığın tercümana ihtiyacının olup olmadığını belirlemek ve tercüman bulunmaması halinde sanığın zarar görmeyeceğinden emin olması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷³ Ulusal mahkeme hakiminin yargılama sırasında, sanığın mahkemede kullanılan dili anlama veya konuşma hususundaki yeterliliğini denetim aşamasında dar ve keyfi olmayan bir takdir yetkisine sahip olduğunu söylemelidir.¹⁷⁴ Ulusal mahkeme hakiminin, sanığın yargılama dilini bilip bilmediğini değerlendirmesi de gerekmektedir. Sanığın, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı açıkça anlaşılmasına rağmen, sanığa tercüman hakkının tanınmamış olması hakkın ihlali niteliğinde olacaktır.¹⁷⁵ Mahkeme, şüphelinin polise ifade vermesi sırasında da, tercüman ihtiyacının olup olmadığının re'sen araştırılması gerektiğini, aksi halde Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3-(e) hükümlerinin ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir.¹⁷⁶ Ayrıca, ulusal yargılama sırasında, tercümandan yararlanma hakkının talep edilmesi durumunda reddedilmesi kararının gerekçesi noktasında, ulusal makamların şüpheli veya sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği ölçüde mahkeme dilini anlayabildiğini ve konuşabildiğini ispatlaması gerekmektedir. Haktan yararlandırmamanın gerekçesinin açıklanmaması

¹⁷⁰ Kamasinski-Avusturya Davası, par. 74 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno": \["9783/82"\],"itemid":\["001-57614"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) E.T.: 20.4.2017; Türkçe çeviri için bkz. Doğru, Osman, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 212-213, par. 74.

¹⁷¹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 344; **KILIÇ**, s. 2113; **ÖNCÜ**, s. 4484.

¹⁷² Cuscani-Birleşik Krallık Davası, par. 38, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno": \["32771/96"\],"itemid":\["001-60643"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 21.4.2017.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, 11 Mart 2015 tarihli Cafer Kaçak Başvurusu, par. 30, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fe5c05fa-b6fe-400a-a9a2-18a3df26aac2?wordsOnly=False> ; aynı yönde Anayasa Mahkemesi 7 Mayıs 2015 tarihli Baran Karadağ Başvurusu, par. 37, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/72b0c404-7b7e-4b28-bf52-edbab7533601?wordsOnly=False> , E.T.: 23.4.2017.

¹⁷⁴ **EVİK**, s. 306; **KILIÇ**, s. 2113; **ÖNCÜ**, s. 4484.

¹⁷⁵ Örneğin; Belçika hukukunda tercüman görevlendirmesi ulusal mahkeme hakiminin re'sen görevlendirme yükümlülüğü dahilindedir. **TEZCAN**, s. 696.

¹⁷⁶ Amer-Türkiye Davası, par. 83-84, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno": \["25720/02"\],"itemid":\["001-90588"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), E.T.: 21.4.2017.

ve ispatlanmaması halinde, hakkın ihlali söz konusu olacaktır.¹⁷⁷ Yargıtay bir kararında, Türkçe bilmedikleri için kendilerine tayin edilen sanıklara haklarının tercüman aracılığıyla hatırlatılmadan sorgulamalarının yapılmasını savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir.¹⁷⁸

SONUÇ

Ceza muhakemesi kapsamında, tercümandan yararlanma hakkı sanığın kendini savunabilmesi açısından gerekliliği hasebiyle, maddi gerçeğe ulaşma amacına yönelik olarak önemli bir husustur. Çalışma kapsamında da belirtildiği üzere, tercümandan yararlanma hakkı diğer savunma haklarının kullanılması açısından gerekli bir hak olması dolayısıyla oldukça önemlidir. Sanığın, mahkemede kullanılan dili anlayamadığı veya konuşamadığı durumlarda, tercüman yardımı bu sorunu telafi edebilecektir. Zira sanığın mahkemede kullanılan dili bilmemesi halinde, savunma ile iddia makamları arasında bir eşitsizlik doğacaktır. Bu eşitsizliğin giderilmesi de, doğal olarak tercüman yardımı ile mümkündür. Tercüman yardımı sayesinde, mahkemede kullanılan dili bilmeyen sanık, yargılama kapsamındaki iddia, bilgi ve belgeleri anlayabilecek, bunlara yönelik savunmasını yapabilecektir. Sanığın, adil yargılanma hakkına uygun şekilde yaptığı bu savunma, yargılamanın maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama amacı açısından gerekli ve önemli bir husustur. Çalışmanın temel amacı da, bu hakkın içeriği ve sınırları ile bu hakkın kullanılması çerçevesinde ortaya çıkan çeşitli sorunlara açıklık getirmek ve olabildiğince çözüm sunmak olmuştur. Tercümandan yararlanma hakkının, başta adil yargılanma hakkı içerisindeki yeri olmak üzere diğer haklar ile olan ilişkisi ele alınmıştır. Bu bağlamda, savunma haklarının sanık tarafından kullanılması açısından, mahkemede kullanılan dili bilmeyen sanığın iddia ve isnatları anlayarak bunlara cevap vermesini, kendini ifade etmesini ve savunmasını sağlaması yönüyle tercüman yardımı kilit bir role sahiptir. Zira mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığa, diğer tüm savunma hakları sınırsız şekilde tanınmış olsa dahi, tercüman yardımının sağlanmamış olması halinde, sanık ne kendisine isnat edilen suçlamaları anlayabilecek ne de bunlara karşı kendini ifade edip savunabilecektir.

Anadilde savunma hakkı sorunu bağlamında, başta AIHS olmak üzere uluslararası düzenlemeler, tercüman hakkının mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığa ait olduğunu öngörmüştür. Bu bağlamda, 5271 sayılı CMK'nın mevcut düzenlemesi doğrultusunda kendini başka bir dille daha iyi ifade eden sanığa tercüman yardımı sunulması,

¹⁷⁷ ERMAN, s. 1247.

¹⁷⁸ Yargıtay 1. CD, 12 Temmuz 2004 tarihli, E: 2004/1532, K: 2004/2781 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T.: 23.4.2017.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerde yer almayan bir imkandır. Her ne kadar, bu imkanın Türk hukukunda yer alması ilk bakışta hak ve özgürlükler lehine ileri bir adım gibi görünse de, bu imkanın ideolojik amaçlarla kullanılması veya suiistimal edilmesi gibi riskler açısından yerinde değildir. Bu imkan uygulamada kötüye kullanılarak, yargılamanın uzaması veya sürüncemede bırakılması gibi riskleri de beraberinde getirmektedir. Halihazırda mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabilen sanığın, herhangi somut ve makul bir gerekçe sunmadan, sadece kendini "daha iyi ifade edebilmesi" şeklindeki bir gerekçeyle tercüman yardımı talep etmesi, yargılamanın aksaması riskini beraberinde getirmektedir. Savunma hakkı kapsamında, sanığın mahkemedeki iddiaları ve işlemleri anlaması ile kendini ifade edip savunması asıl amaç iken, "kendini daha iyi ifade edeceği bir dilde" tercüman yardımının sağlanması imkanı, ucu açık ve belirsiz gerekçelerle kötüye kullanıma açık bir sorun yaratacaktır. Dolayısıyla, söz konusu imkanı getiren kanun değişikliği ile getirilen bu düzenlemenin kaldırılarak, eski düzenlemenin yürürlükte kalmaya devam etmesi daha uygun olacaktır. Zira eski düzenleme uluslararası düzenlemeler ile de uyumlu olup, söz konusu imkanın barındırdığı sorunları ve riskleri ortadan kaldıracaktır.

Tercümanın hukuki statüsünün doğru anlaşılacak bilirkişiden ayırt edilmesi ve ayrıca bazı yükümlülüklerinin olduğu da vurgulanmalıdır. Bu doğrultuda tercüman, sanığın yargılama kapsamındaki iddiaları, bilgi ve belgeleri yeterince doğru şekilde anlamasını ve kendini uygun şekilde savunmasını sağlamaya yönelik olarak yeterince dil bilgisine, anlama ve ifade etme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan sanığa, yargılama kapsamında kendisine yöneltilen tüm iddiaları, isnatları ve suçlamaları, kendisini savunması için gerekli tüm bilgi ve belgeleri yazılı veya sözlü şekilde anlamasını sağlayacak derecede tercüman yardımının sunulması gerekmektedir. Bu tercüman yardımı, daha önce belirtildiği gibi maddi gerçeğe ulaşılması ve adaletin sağlanması açısından gereklidir. Ayrıca bu tercüman yardımının, çalışma kapsamında değinilen AİHM içtihatlarında da görüldüğü üzere yargılamanın tüm evrelerinde sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, tercüman yardımının sanığa yakalamadan başlayarak kanun yolları da dahil olmak üzere tüm yargılama evrelerinde sunulması lazımdır. Tercüman yardımından yararlanma hakkının kullanılması noktasında, hakkın kötüye kullanılması yoluyla yargılamanın sürüncemede bırakılması veya aksatılmasının engellenmesi amacı ile maddi gerçeğe ulaşma açısından sanığın başta savunma hakkı olmak üzere adil yargılanmasının sağlanması amacıyla tercüman yardımı sunulması arasında makul ve adil bir denge sağlanmalıdır. Özellikle AİHM içtihatları da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalı ve adil yargılanma hakkına uygun şekilde maddi gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda adaletin sağlanmasına gayret edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai, (Çev. Yener Ünver), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları” in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 15-64.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul 2016.
- Çelik, Adem, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Çolaker, Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt: III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Doğru, Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklaması ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Legal Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Er, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- Erman, R. Barış, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Çevirmenden Ücretsiz Yararlanma Hakkı ve Anadilde Savunma İmkani”, Feridun Yenisey’e Armağan, I. Cilt, Beta Yayınevi, s. 1227-1279.
- Evik, Vesile Sonay, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 283-308.
- Grabenwarter, Christoph, (Çev. Osman Can), “Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı”, in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 181-244.
- Gözlügöl, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara 2011.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.

Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013.

Karakaya, Naim/ Özhabeş, Hande, Yargı Paketleri: Hak ve Özgürlükler Açısından Bir Değerlendirme, TESEV Yayınları, İstanbul 2013.

Kılıç, Ali Şahin, Tercümandan Yararlanma Hakkı Çerçevesinde Saniğin Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl:2016, s. 2101-2131.

Kibar, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Ladewig, Hans-Meyer, (Çev. Hakan Hakeri), “Adil Yargılanma Hakkı-II”, in: İçel, Kayıhan, (Proje Yöneticisi), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 87-98.

Öncü, Mehmet, “AİHS’nin 6/3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı”, Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı 2014, s. 4457-4495.

Öztürk, Bahri, (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2016.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2007.

Pekcanitez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1997, Sayı:2, s. 35-55.

Reid, Karen, (Çeviren: Bahar Öcal Düzgören), Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi-Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Üçüncü Kitap, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000.

Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

Tezcan, Durmuş, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:1997, Cilt: 52, Sayı: 1, s.693-700.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2006.

Turhan, Oğuz, “Anadilde Savunma” Tartışması Çerçevesinde Tercümandan Yararlanma Hakkı ve Mahkemelerde Kullanılan Dil, TASAV.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017.

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=113445 ,

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> ,

<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> ,

<http://ua.mfa.gov.tr/> ,

[http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{) ,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> ,

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/> ,

<http://www.sinerjias.com.tr/index.php?pg=programlar&p=1>

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI HAKKI BAĞLAMINDA RIZA OLMAKSIZIN YAPILAN TIBBİ MÜDAHALELER

Medical Intervention without Consent in the context of the Right to Integrity of the Person

Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU¹

Geliş Tarihi: 23.03.2018

Kabul Tarihi: 08.05.2018

ÖZET

Kişi dokunulmazlığı hakkı bireyin sahip olduğu en temel haklardan biridir. Kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası durumu ise yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Bazı durumlarda ise rıza olmaksızın kişinin zorla tıbbi müdahaleye tabi tutulduğu ya da rızasının varsayıldığı kabul edilmektedir. Çalışmamız kapsamında Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına konu olan zorla yapılan tıbbi müdahaleler incelenecektir. Özellikle zorunlu aşı uygulamaları, açlık grevi ve ölüm oruçlarına yapılan müdahaleler, sünnet, zorla yapılan jinekolojik muayene, vücuttan örnek alma işlemleri ve tıbbi zorunluluk halleri ile ilgili kararlar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişi dokunulmazlığı Hakkı, Rıza kavramı, Tıbbi Müdahale, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

The right to integrity of the person is the most fundamental rights that an individual has. The physical integrity can not be touched without the consciousness of the person. The consent of the person's condition will make the intervention in accordance with law. In some cases, it is accepted that the person has been subject to forced medical intervention without consent or the presume of the consent. In our work, we will be examined the Constitutional Court and the European Court of Human Rights's decisions that are subject to forced medical interventions. In particular, the compulsory vaccination practices, the interventions to hunger strike and death fasts, the circumcision, the forced gynecological examination, the body sampling procedures and the decisions regarding medical necessity cases will be discussed.

Keywords: The Right to Integrity of the Person, The Concept of Consent, Medical Intervention, the Constitutional Court, the European Court of Human Rights.

I. GİRİŞ

Kişi dokunulmazlığı hakkı birçok ulusal ve uluslararası belge ile koruma altına alınmıştır. Anayasamızın 17. maddesine göre: *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz”*. Madde gerekçesine göre ise : *“...Bu madde ile yaşama, maddî ve manevî varlığının bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı,*

¹ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, edemirsoy@erciyes.edu.tr.

*vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir...*². Madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Ayrıca Medeni Kanun 23. ve 24. maddelerde, Borçlar Kanunu 54, 55 ve 56. maddelerde, Türk Ceza Kanunu 86 ve devamı maddelerinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde vücut bütünlüğünü koruyan hükümler yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi de konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir.

II. TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN RIZA KAVRAMI

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyet, kısaca yetkili kişinin tedavi amacına yönelik her türlü faaliyetidir³. Her tıbbi müdahale hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem şeklinde olmaktadır⁴. Bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, teşhis amacı, hastalığı hafifletme veya acıyı dindirme amacı, hastalıktan koruma amacı ya da nüfus planlaması amacı gibi kanunda öngörülen amaçlara yönelik olması gerekmektedir⁵. Tıbbi müdahalenin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye hekim genellikle yetkili olmakla birlikte tek yetkili hekim değildir. Günlük hayatta ve acil durumlarda doktor hastaya müdahale edinceye kadar geçen zaman içerisinde ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşire gibi yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan müdahaleler de tıbbi müdahaledir⁶.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın buna rıza göstermesi gerekmektedir. Hastanın rızasının olmaması tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmasına sebep olacaktır. TCK m. 26'ya göre: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”*. Rızanın alınmaması kişiye değer verilmemesi olup, böylelikle kişilik hakları ve insan onuruna aykırı bir durum oluşturacaktır⁷. 01/08/1988 tarihinde Resmi

² https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (e. t. 17/05/2016).

³ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara, 1991, s. 5.

⁴ ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007, s. 6.

⁵ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s. 4.

⁶ BİRTEK, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktik Ayırımı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, İstanbul, 2007, s. 1998.

⁷ SOYASLAN, Doğan, “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku

Gazetede yayınlanan 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinde 08/05/2014 tarihinde yapılan değişiklik sonucu hastanın rızasının alınması bir zorunluluktur. Rızanın hukuki açıdan değer taşıyabilmesi için kişinin uygulanacak teşhis ve tedavi yönteminin içeriği, etkileri ve sonuçları açısından yeterince bilgilendirilmiş olması gerekmektedir⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesinde 08/05/2014 tarihinde yapılan değişiklik ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünün içeriği açıkça belirtilmiştir. Bunlar: “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”, hususlarıdır. Hastanın yeterince aydınlatılması gerekli olup, aydınlatma sonrasında hasta tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması açısından serbestçe, durumun gerektirdiği ölçüde karar verebilecek duruma gelmelidir⁹. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde yer verilmiştir: “Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)”. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin ikinci fıkrasında da hekimin aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir: “Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur”. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 5. maddesine göre de: “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir”. Aydınlatma, hastanın kendisine uygulanacak

Digestasi, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 120.

⁸ ÖZGENÇ, İzzet, “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu: Hukuka Uygunluğa İlişkin Kriterler”, <http://www.sdplatform.com/Dergi/469/Tibb-mudahale-dolayisiyla-ceza-sorumlulugu-Hukuka-uygunluga-iliskin-kriterler.aspx> (e. t. 18/05/2016).

⁹ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 60.

tedaviyi değerlendirmesi ve düşünmesi için aydınlatmayla rıza arasında zaman kalacak şekilde, her halde, tıbbi müdahaleden önce, acil durumlarda ise ivedilikle yapılmalı ve aydınlatma zamanı somut olaya göre belirlenmelidir¹⁰. Aydınlatma yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabilir ancak yazılı şekilde yapılan aydınlatma sonraki zaman için sorumluluktan kurtulmayı ve ispatta kolaylığı sağlar¹¹.

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı haller de mevcuttur. Kendisine uygulanması düşünülen tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olan hasta aydınlatma hakkından vazgeçiyor ise bunu açıkça yapmalı ve bu durum hekim tarafından açıkça anlaşılmalıdır¹². Aydınlatma hasta üzerinde olumsuz etki yaratacaksa da aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmalıdır¹³. Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesine göre: *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir”*. Hekim somut olayın şartlarını değerlendirmeli ve hastanın otonomi hakkını yani kendi geleceğini belirleme hakkını da ihlal etmemelidir¹⁴. Hastaya tıbbi müdahalede bulunulmadığı zaman çok daha ağır sonuçlarla karşılaşılması söz konusu olacaksa yani ortada bir zorunluluk durumu varsa aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilecektir¹⁵. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 8. maddesine göre: *“acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir”*. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği 24/7’de de açıkça belirtilmiştir: *“Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur”*.

¹⁰ ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/2, s. 194.

¹¹ YENERER ÇAKMUT, s. 21.

¹² YENERER ÇAKMUT, s. 16.

¹³ IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBBD, Y. 24, S. 98, Ankara, 2012, s. 400.

¹⁴ HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, YÜHFY No:16, İstanbul, 2008, s. 28-29.

¹⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 16.

Aydınlatması gereken kişi bizzat hastanın kendisidir çünkü hukuka uygunluk sebebi olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır¹⁶. Hastanın planlanan teşhis ve tedavi hakkında yeterince aydınlatılmamış ve buna bağlı olarak müdahale için rızasının hukuka uygun alınmamış olması tıbbi hata olup, örnek verecek olursak; hamile kadının, bu durumunun dikkate alınmadan bazı müdahalelere tabi tutulması ya da ilaçlar yazılmasıdır¹⁷. Kişinin yapılacak olan müdahaleyi kavraması, anlaması ve bu konuda sağlıklı bir karar verebilmesi için rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir¹⁸. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler esas itibarıyla her türlü tıbbi müdahaleye tek başlarına muvafakat verebilirler¹⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesine göre: *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir”*. Yönetmeliğe göre rızası alınacak kişi hastanın bizzat kendisi olup, hastanın küçük veya hacir olması durumunda velisinin veya vasisinin izni alınacaktır. Veli veya vasisinin izin vermediği durumlarda ise mahkeme kararı gereklidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm 7. maddesi de muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunmasını düzenlemiştir. Bu durumda bir müdahale sadece o kişinin yararı için yapılabilecektir. 7. madde de akıl hastalığı olan kişilerin korunması düzenlenmiştir. Maddeye göre, ciddî nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddî bir zarar gelmesinin

¹⁶ HAKERİ, s. 30.

¹⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetleri Sunumunda İdarenin Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, İÜHHY No: 2, Malatya, 2014, s. 250.

¹⁸ KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB, Y. 24, S. 100, Ankara, 2012, s. 54.

¹⁹ AYAN, s. 11.

muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilecektir. Ayrıca yönetmelik 26. maddede mevzuatın öngördüğü durumlarda, aydınlatılmış olan hastaya rıza formu imzalatılacağı düzenlenmiştir. Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında ise rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir. Rızanın aranmayacağı haller ise Yönetmelik 31. madde uyarınca, hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halidir.

Tıbbi müdahaleler açısından önemli bir konu da varsayılan rızadır. Varsayılan rızada fail, başka birine ait bir konuya izinsiz bir şekilde müdahale ederek kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili gerçekleştirmektedir; ancak bu müdahale bakımından ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılarak fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir²⁰. Özellikle rıza beyanında bulunacak kişinin bilincini yitirmiş ve hayatının devamı açısından acil müdahalede bulunulması gereken bir durum karşısında, izin verilen risk öğretisi esasları çerçevesinde, hekim hastasının yararına hareket ederek, mesleğinin gerektirdiği tedbirleri alarak müdahalede bulunabilecektir²¹. Burada, ölçü, rızanın açıklanmasını beklemek üzere müdahalenin geciktirilmesi ya da kesilmesi durumunda, hastanın ölmesi veya buna benzer ağır sonuçların ortaya çıkması durumuyla karşılaşılacak olmasıdır²². Örnek verecek olursak, böbrek taşının alınması için hekime başvuran bir hastanın ameliyatı sırasında böbreğin iltihaplanmış olması sebebiyle alınmasının gerekmesi durumunda, ameliyata son vererek yaranın kapatılması ve daha sonra hastadan rıza alınmasını beklemek, kişiye yarardan çok zarar vereceğinden tıbbi zorunluluk gerekçesiyle ameliyat genişletilebilmektedir²³.

III. RIZA OLMAKSIZIN YAPILAN TIBBİ MÜDAHALELER

Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulmayacaktır. Böyle durumlarda ise kişinin rızası aranmayabilecektir. Medeni Kanun'un 24. maddesinin 2. fıkrasına göre de daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişinin rızası dışında müdahale yapılması hukuka aykırı değildir. Rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi tedavilerin, ne kadar

²⁰ KANGAL, Zeynep T., "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", GÜHFD, C. 15, S. 4, Ankara, 2011, s. 224.

²¹ YENERER ÇAKMUT, s. 32.

²² YILMAZ, Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 175.

²³ YILMAZ, s. 174.

önemsiz olursa olsun, AİHS 8. Madde kapsamındaki özel hayatın koruma alanına gireceği açıktır²⁴. Rızanın aranmadığı durumlar çok istisnai olup, kamu sağlığının korunması ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahaleler durumunda hekim, hastasının rızası olmadan müdahalede bulunabilecektir²⁵. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru sonucu verdiği yeni tarihli kararında rızanın ve hastanın aydınlatılmasının önemine değinmiştir. Karara konu olan olaya göre²⁶ başvuran, tüp bebek tedavisi için kendisinden sperm alındığını, operasyon sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklarının oluştuğunu ve bahsedilen rahatsızlıkların, ameliyatı yapan doktorun hatalı operasyonu nedeniyle meydana geldiğini belirtmiştir. Ameliyat öncesi mikro TESE konusunda yeterince aydınlatılmadığını, bilgilendirilmesi hâlinde tüp bebek uygulamasından vazgeçebileceğini, vücut bütünlüğünün müdahale sonrası bozulduğunu, sağlıklı yaşama hakkının ortadan kaldırıldığını ifade ederek Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme AİHM'nin kararlarına atıf yaparak; tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmamasının kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale oluşturacağını, istisnai hâller dışında tıbbi müdahalenin ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabileceğini, hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmaları gerektiğini, bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılması gerektiğini belirtmiştir. (*Trocellier/Fransa; Şerif Gecekuşu/Türkiye*, B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Besen/Türkiye*, B. No: 48915/09, 19/6/2012, §§ 43, 44; *V.C./Slovakya*, B. No: 18968/07, 8/11/2011, §§ 105, 112). Mahkeme, geçirdiği Mikro TESE ameliyatının tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmeyen başvuranın Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararlarına konu olan rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahale örneklerini inceleyecek olursak;

²⁴ ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 24.

²⁵ ORAL, s. 204.

²⁶ AYM, Ahmet ACARTÜRK, 15/10/2015, R. G. 18/12/2015, S. 29566.

A. Zorunlu Aşı Uygulaması

Mevzuatımızda aşı ile ilgili genel düzenlemeler 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 57. maddesine göre: “*Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”.*

Kanunun 72. maddesi de böyle durumlarda alınacak önlemleri sıralamıştır. 72. maddeye göre: “*57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi”.* Bu maddeye göre 57. maddede sayılan hastalıkların ortaya çıkması veya çıkacağından şüphe edilmesi durumunda hastalar, hasta olduğundan şüphe edilenler öncelikle tecrit edilip müşahede altına alınacak ve sonra hastalara veya hastalığa maruz kalanlara serum ve aşı uygulanacaktır.

Zorunlu aşı uygulamaları açısından tartışılması gereken husus, küçüğe velisinin rızası olmaksızın zorla aşı yapılıp yapılamayacağıdır. Bu konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kararı²⁷ bulunmaktadır. Karara konu olan olayda, başvuru çocuğun bebeklik dönemi aşıları anne ve babası tarafından

²⁷ AYM, Halime Sare AYSA, 2013/1789, 11/11/2015, R. G. 24/11/2015, S. 29572.

yaptırılmamıştır. Bunun üzerine Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü, Mahkemeden 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 1 numaralı fıkrasının d bendi uyarınca çocuğun korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme de sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Aile tedbir kararına itiraz etmiş, itirazın reddi sonucu bireysel başvuru yoluna başvurmuştur. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" kenar başlıklı 6. maddesinde küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde açıkça velinin izni aranmaktadır. 1593 sayılı Kanun'un 57., 72., 88-94. maddeleri ve Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi aşı ile ilgili hükümler içermektedir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunmasının zaruri olduğu vurgulamıştır. Mahkemeye göre: "... Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır...". Mahkeme belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Çocuk Hakları Evrensel Bildirgesinin 2. ilkesine göre: "Çocuklar özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür ve onurunun zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir.". Anayasa Mahkemesi ise aşı kararında bu bildiriye hiç değinmemiştir. Aşı yapılmaması ile çocuğun üstün yararına aykırı bir durum oluşup oluşmayacağı tartışmalı bir konudur.

Tıp dünyası da aşı konusunda ikiye ayrılmış durumdadır. Türkiye Tabipleri Birliği 14/01/2016 tarihinde yaptığı açıklama ile çocuğun üstün yararının korunması gerekliliğinin altını çizmektedir. Ayrıca, çocukluk dönemi aşlarının yapılmasının, yalnızca çocuklarımızın tek tek üstün yararının korunması için değil, bütün çocukların ve giderek toplumun sağlığının korunması için zorunlu bir uygulama olduğunu vurgulamaktadır.

B. Açlık Grevleri ve Ölüm Oruçları

Açlık grevi, belli bir olayın, tutumun, davranışın protesto edilmesi, çeşitli isteklerin kabul ettirilmesi ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla, çoğunlukla da siyasi amaçlarla yapılan, bireylerin yemek yemeyerek kendini aç bırakmalarına dayanan bir eylem biçimidir²⁸. Açlık grevi ve ölüm orucu farklı kavramlardır. Açlık grevinde grev, genellikle dönüşümlü ve belli vitaminlerle, çeşitli sıvılar alarak sürdürülürken, ölüm orucunda birey beslenmeyi reddetmekte ve ölüm orucu bırakılmadığı takdirde sonuç ölüm olmaktadır²⁹. Açlık grevinin mantığı, kamuoyunda bir etkinin yaratılması ve bu etki sayesinde talep edilen konuya ilişkin karar verme yetkisi sahibi kişilerin baskı altına alınmasını sağlamaktır³⁰. Buradaki önemli husus, açlık grevi ya da ölüm orucunda olan kişiye rızası olmaksızın yani zorla tıbbi müdahale yapılıp yapılmayacağıdır. Bu müdahale de zorla besleme şeklinde karşımıza çıkmaktadır³¹. Anayasanın 17/1. maddesinde yaşama hakkıyla birlikte düzenlenen devredilmez ve vazgeçilmez bir diğer hak da kişinin maddî varlığını koruma ve geliştirme hakkıdır. Kişinin kendisine kalıcı zararlar vererek maddî varlığını zedelemesi, onu tehlikeye sokması durumunun Anayasanın 17. maddesine aykırı olacağı açık olup, açlık grevinin ölüm sonucunu doğurmadan önce kişiye kalıcı bir takım zararlar verme tehlikesi varsa, eylem artık bu andan itibaren meşruiyetini kaybedecek ve müdahale kaçınılmaz olacaktır³². TCK Kanunu ve İnfaz Kanunu'ndaki zorla beslenme ve tedaviye ilişkin düzenlemelerde grev yapan kişinin rızası vurgulanmamakla beraber, hekimler meslek kuralları gereği hastanın rızasına ihtiyaç duymaktadırlar; çünkü rızanın varlığı ve yokluğu durumu hukuki ve cezai sorumluluk açısından önemlidir³³. İnfaz Kanunu'nda bu konu ile ilgili açık bir hüküm bulunmaktadır. Hükümlünün

²⁸ SEVİNÇ, Murat, Anayasa Yazıları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 110.

²⁹ SEVİNÇ, s. 111.

³⁰ ÖNOK, Rifat Murat, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005, s. 141.

³¹ ÖNOK, s. 143.

³² FEYZİOĞLU, Metin, "Açlık Grevi", AÜHFD, C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, s. 163.

³³ BORAN, Bedia, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, Ankara, 2007, s. 98.

kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi başlıklı 82. maddeye göre: “(1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. (2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. (3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır. (4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur. (5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır”.

Açlık grevi yapan mahkûmların zorla beslenmesi ile ilgili AİHM'nin önemli kararları bulunmaktadır. Nevmerzhitsky/Ukrayna kararı³⁴ bunlardan birisidir. Karara konu olan olayda başvuran tutukluluğu süresince açlık grevinde olmasının neticesinde birçok kez zorla beslenmeye maruz kalmıştır. Başvuran özellikle kendisine zorla beslenme uygulanırken çoğu zaman bir sandalyeye ya da ısıtma tesisine kelepçelenmiş olması ve özel besinsel bir karışım bulunan kovaya bağlı lastik bir boruyla yutmaya zorlanmasının, azımsanmayacak kadar çok zihinsel ve fiziksel acı çekmesine sebep olduğunu iddia etmiştir. Başvuran, ayrıca gözaltında tutulurken geçirdiği farklı hastalıklarına dair yeterli tıbbi tedaviden mahrum edildiğini ve tutulma koşullarının (özellikle, açlık grevi süresince 10 günlüğüne kendisinin tecrit edilen bir hücreye yerleştirilmesi) Sözleşme'nin 3. maddesine (işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele) aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ilk olarak “tıbbin belli ilkeleri bakımından tedavisel gerekliliği olan” bir önlem alınmasının prensip

³⁴ Nevmerzhitsky/Ukrayna,54825/00,05/04/2005,http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_TUR.pdf, (e.t. 24/05/2016).

olarak insanlık dışı ve onur kırıcı olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. Aynısı, bilinçli olarak yemeyi reddeden bir tutuklunun hayatını kurtarma amacı doğrultusunda gerçekleştirilen zorla besleme için de söylenebilir. Ayrıca, açlık grevi süresince başvuranın zorla beslemeye yönelik maruz kaldığı tutum, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarınca öngörülen asgari bir ağırlık düzeyi eşiğini aşmamış [işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan İnsan Hakları]. ..." (kararın §§ 94-95) olduğunu gözlemlemiştir. Somut davada, Mahkeme başvuranın zorla beslenmesine ilişkin olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin (işkence yasağı) ihlal edildiği kararını vermiştir. Ukrayna Hükümeti, başvuranın zorla beslenmesini tıbbi bir gereklilik olarak göstermemiştir. Bu yüzden zorla beslemenin yalnızca keyfi olduğu düşünülebilir. Başvuranın bilinçli olarak yemek yemeyi reddetmesi karşısında usuli güvenceler itibar görmemiştir. Ayrıca, yetkililer başvuruları zorla beslemeye maruz bıraktıklarında, başvuranın yüksek yararı dâhilinde hareket etmemişlerdir. Yetkililer ilgili kararlar belirtilen zorla beslemenin tutumuyla uyum sağlarken- uygulanan sınırlamalar -kelepçeler, ağız genişletici, yemek borusuna yerleştirmek için özel bir boru- kuvvet kullanılarak ve başvuranların direnmesine rağmen yetki verilen bu tür ciddi bir durumla oluşan muamele işkence teşkil etmiştir. Mahkeme, ayrıca Sözleşme'nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağı) başvuranın tutukluluk koşulları ve yeterli tıbbi korunma olmaması hususlarıyla ilgili olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre bir mahkûmun zorla beslemeye tabi tutulabilmesi için; a. Tıbbi bir zaruret olmalı ve bu durum ikna edici ve kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde tıbbi raporlar ile açıkça ortaya konulmalıdır. b. Zorla besleme kararı yasal makamların denetimine tabi tutulmalıdır. c. Kararın alınması sırasında usulü garantilere (itiraz ve sair) uygun davranılmalıdır. d. Zorla besleme kararının uygulanma şekli (gerek kullanılan araçlar gerekse de uygulama yöntemi) insan onuruna, vakarına aykırı olmamalıdır³⁵.

Hekimin, açlık grevi yapan bir mahkûmun gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve geliştirebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda tam ve etraflıca bilgilendirmesi gerekmekte olup, mahkûmun bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde açıklaması durumunda, etik ilkeler hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğinin altını çizmektedir³⁶. Bu etik ilkeler ise şunlardır: "Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar

³⁵ CENGİZ, Serkan, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", TBBB, S. 88, Ankara, 2010, s. 427-428.

³⁶ CENGİZ, s. 431.

Sözleşmesi madde 10/1, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Madde 6, Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri Raporu (1993) madde 45-46-47, Dünya Hekimler Birliği Tokyo Bildirgesi madde 4-5 Dünya Hekimler Birliği Malta Bildirgesi (1991) madde 3-4, Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1987), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 21-26-36, Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği madde 22-25, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 5-9". Burada özellikle Tokyo ve Malta Bildirgelerine değinmek gereklidir. Tokyo Bildirgesi 5. maddeye göre: *"Bir mahpus beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir"*³⁷. Malta Bildirgesi 3. ve 4. maddeye göre: *"3-Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir. Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dâhil olmak üzere geçerlidir. 4-Müdahale etmek ya da etmemek konusunda ki son karar -temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan- üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın hekimine bırakılmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (hastanın) tedaviyi reddetme, koma durumunda, yapay beslenme ve ölüm riski gibi kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır"*³⁸. Türk Tabipleri Birliğine göre de: *"...kararlarını verebilecek zihinsel yeterliği olan, özgür iradesiyle hareket eden kişiye, istemi dışında zorla besleme veya tıbbi girişimde bulunulamayacağı tartışılmaz açıktır. Aksine bir tutum...tıbbi ve hukuki düzenlemeleri ihlal edecektir... Hayati tehlikeye giren ve bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler açısından İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 'Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan kişinin, önceden açıklamış olduğu isteklerin göz önüne alınacağı' yönündeki düzenlemesinin öncelikli yerine getirilmesi gerekir..."*³⁹.

³⁷ http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/tokyo_bildirge.html (e.t. 24/05/2016).

³⁸ http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/malta_bildirge.html (e.t. 24/05/2016).

³⁹ Türk Tabipleri Birliği, "Açlık Grevleri ve Hekimler – Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut" Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 26.

C. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma İşlemleri

Suç işlediğinden şüpheli edilen kişi hakkında, kişilik değerlerine özellikle de vücut bütünlüğü değerine doğrudan etki eden birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir⁴⁰. Bu önlemler Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan kaynaklanan kişiler üzerinde beden muayenesi yapılması ve vücutundan örnek alınması işlemleridir. CMK m. 75'te şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması, m. 76'da da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması hükme bağlanmıştır⁴¹. 82. madde çerçevesinde çıkartılan

⁴⁰ ÖZBİLEN, Arif Barış, " Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD, Y. 12, S. 24, İstanbul, 2013, s. 115.

⁴¹ Madde 75 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. (6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Madde 76 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan

01/06/2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”te de ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğundan, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir dengenin, bir oranın bulunması gerekli olup, 75. maddede üst sınırı iki yıldan az hapis cezası öngörülen suçlarda, şüpheli veya sanığın vücudundan kan, saç, tırnak, tükürük ve benzeri biyolojik örnekler alınamayacağı düzenlenmiştir⁴². AİHM bu konudaki önemli kararlarından biri Y. F./ Türkiye kararıdır⁴³. Karara konu olan olaya göre, Başvuran 1951 doğumlu olup Bingöl’de yaşamaktadır. 15 Ekim 1993 tarihinde başvuran ve iki gün sonra da eşi N.F. Bingöl’de yasadışı terör örgütü PKK’ya yardım ve yataklık ettikleri gerekçesiyle gözaltına alınmışlardır. Başvuran, eşinin rızası alınmadan jinekolojik muayene yapıldığını ve bunun Sözleşmenin 8. maddesinin anlamı dâhilinde özel hayatın korunması hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Hükümet, jinekolojik muayenenin başvuran ve eşinin rızası alındıktan sonra yapıldığını iddia etmiştir. Başvuranın eşine muayeneden önce gerekli bilginin verildiğini ve muayeneyi reddetme özgürlüğünün olduğunu savunmuştur. Hükümete göre, başvuranın eşi muayeneyi reddetmediği için ve onayı alınmadan muayene yapılamayacağı düşünüldüğünde, söz konusu onayın alındığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme, 8. maddenin söz konusu şikâyetlerle ilgili olduğunu ve bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunu da kapsayan “özel hayat” kavramını içerdiğini gözlemlemiştir. Mahkemeye göre bir kimsenin vücudu özel hayatın en önemli unsurudur. Bu nedenle zorunlu bir tıbbi muayene bu hakka yapılan bir müdahaledir. Başvuran, Türk kanunlarının gözaltına alınan bayanların jinekolojik muayeneye tabi tutulmasını öngörmediğini, söz konusu muamelenin güvenlik güçleri tarafından başlatılan bir uygulama olduğunu ifade etmiştir. Başvurana göre bu tür muayenelerin amacı - polis memurlarının cinsel istismarı iddialarını engellemek- böyle bir muameleyi haklı göstermez. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, Hükümetin tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen hallerin mevcudiyetini ispatlayamadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, savcı tarafından da böyle bir talimat verilmemiştir. Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmektedir; ancak, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin

kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

⁴² AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, Pof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1160-1161.

⁴³ Y. F. /Türkiye, 24209/94,22/07/2003, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61247> (e.t. 25/05/2016).

onayının gerektirdiğini düşünmektedir. Aksi halde, gözaltındaki bir kimse, keyfi fiillere karşı yasal garantilerden mahrum kalacaktır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunda öngörülmediğini tespit etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Y. F./Türkiye kararının benzeri Juhnke/Türkiye kararıdır⁴⁴. Karara konu olan olayda, Başvuran 1965 doğumludur ve Almanya’da ikamet etmektedir. Başvuran, 5 veya 6 Ekim 1997 tarihinde, Kuzey Irak’taki Avaşin Nehri yakınlarında Türk Ordusu tarafından gerçekleşen sınır ötesi operasyon sırasında Türk askerleri tarafından yakalandığını iddia etmektedir. Yakalama tutanağına göre, başvuran, 15 Ekim 1997 tarihinde Hakkari-Şemdinli’nin Ayrılan ve Meşelik bölgeleri arasındaki bir mağarada yakalanmıştır. Başvuran, aynı gün, A.Y. adlı kadın doğum uzmanı tarafından muayene edilmiş ve vücudunda hiçbir kötü muamele izine rastlanmamıştır. Bu doktor, aynı zamanda jinekolojik muayene yapmıştır. Başvuran rızası olmadan jinekolojik muayeneye maruz kaldığını iddia etmektedir. AİHM, Y.F./Türkiye davasında olduğu gibi, bu şikayetin, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında ve kişinin arzusu dışında veyahut kişinin özgür, bilgilendirilmiş konumda ve açık müsaadesi olmadan yapılan her türlü tıbbi müdahalenin o kişinin özel hayatına müdahale teşkil ettiği yönündeki AİHM’nin yerleşik içtihadı ışığında incelenmesinin daha yerinde olacağı kanısındadır (örneğin bkz. Glass). Mahkemeye göre, böyle bir müdahalenin, 8. maddenin 2. paragrafında sayılan meşru amaçlardan biri ya da daha fazlası için “yasalara uygun” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun doğrulanamadığı durumlarda, 8. madde ihlal edilmiş olacaktır (bkz. Wainwright). Başvuran Dr A.Y. tarafından ikna edilene kadar muayene olmayı reddetmiştir. AİHM, başvuranın muayenenin zorunlu olduğuna inandırılarak yanlış yönlendirilmiş olabileceği kanısındadır. Mahkemeye göre başvuranın rızasının özgür iradesiyle ve bilgilendirilmiş halde verilmiş olduğu sonucuna kesin biçimde varılamaz. Hükümet, söz konusu müdahalenin herhangi yasal veya hukuki bir kurala uygun veya bunlara dayanarak yapıldığına ilişkin bir argüman sunmamıştır. Mahkemeye göre, bu uygulamanın yetkili makamların başvuranı yakalayıp tutuklayan güvenlik güçlerini, başvuranın yapması muhtemel asılsız cinsel saldırı suçlamalarından korumak için almış olduğu -herhangi usuli bir koşula tabi olmayan- ayrımcı bir karar olduğu anlaşılmaktadır. AİHM, başvurana özgür ve bilgilendirilmiş rızası olmadan yapılan jinekolojik muayenenin “kanuna uygun” veya “demokratik toplumda zorunlu” olduğunun kanıtlanmış olmadığını tespit etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Her iki karar açısından da Türkiye aleyhine karar verilmesinin sebebi yasallık ilkesinin ihlal edilmesidir. 2005 tarihli TCK ile

⁴⁴ Juhnke/Türkiye, 52515/99, 13/05/2008, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-86255> (e.t. 25/05/2016).

genital muayene 287. maddede açıkça düzenlenmiştir. 287. maddeye göre: *“Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz”*. Türk Ceza Kanunu’nda ilk kez yerini bulan bu düzenlemenin temelinde ne yazık ki açık ya da gizli olarak toplumumuzda yaygın biçimde uygulanan ve özellikle kadınlar bakımından insan onurunun ayaklar altına alınmasına sebep olan bekaret kontrolü uygulamasına son verilmesi düşüncesi yatmaktadır⁴⁵.

Vücuttan örnek alınması işlemi, ceza muhakemesinde sıkça başvurulmuş delil değerlendirme araçlarından birisidir⁴⁶. AİHM, Tirado Ortiz ve Lozano Martin/İspanya kararına⁴⁷ konu olan olaya göre, başvuranlar, alkol testi yaptırmayı kabul etmemeleri nedeniyle kurallara uymama ağır suçundan mahkûm edilmelerinin, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her kişinin kendini suçlayan ifadeler vermeme hakkına sahip olduğu ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Mahkemeye göre, sürücülerin zorla alkol veya kan testine tabi tutulmaları masumiyet karanesi ilkesine aykırı değildir. AİHM, polis memurlarının, başvuranların suç işlediklerinden şüphelendikleri için alkol testi talep ettiklerini gözlemlemiştir. Alkol düzeyine ilişkin testler, trafik mevzuatı ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerde genel olarak kullanılmaktadır. Yukarıda belirtilen hususları dikkate alan AİHM, söz konusu yasal hükmün, başvuranların davasında uygulandığı şekliyle, AİHS’nin 6. maddesinin ihlâlini oluşturmadığına karar vermiştir⁴⁸. Jalloh/Almanya kararına⁴⁹ konu olayda ise, uyuşturucu içeren plastik bir torbayı yutan uyuşturucu kaçakçısına torbayı elde etmek için zorla kusturucu ilaç verilmiştir. Uyuşturucular daha sonra ceza yargılamalarında başvuran aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. Başvuran özellikle söz konusu kusturucu ilaçların kendisine zorla verilmesi neticesinde insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşme’nin, ilke olarak, bir suçun araştırılmasına yardımcı olacak şekilde, zor kullanılarak yapılan tıbbi bir müdahaleyi yasaklamamış olduğunu vurgulamıştır. Ancak, delil elde etme amacıyla kişinin fiziksel bütünlüğüne

⁴⁵ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi-Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 49.

⁴⁶ AKSOY İPEKÇİOĞLU, 1173.

⁴⁷ Tirado Ortiz ve Lozano Martin / İspanya, 43486/98, 22/06/1999.

⁴⁸ CENGİZ, Serkan/DEMİRİAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi-TBB, Ankara, 2008, s. 136.

⁴⁹ Jalloh/Almanya, 54810/00, 11/07/2006, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20\(SA%C4%9ELIK\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20(SA%C4%9ELIK).pdf) (e.t. 26/05/2016).

gerçekleştirilen her türlü müdahale kesin olarak inceleme konusu olmalıdır. Somut davada, Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesine (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı) aykırı şekilde başvuranın insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldığına karar vermiştir. Mahkeme bir başka kararında ise 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bogumil/Portekiz kararına⁵⁰ göre başvuran Lizbon Havalimanına vardığında gümrük görevlileri tarafından üzeri aranmış ve ayakkabılarına saklanmış bir takım kokain paketleri tespit edilmiştir. Başvuran bir diğer paketi yuttuğuna dair görevlileri bilgilendirmiştir. Başvuran hastaneye götürülmüştür ve paketin çıkarılması amacıyla ameliyata alınmıştır. Başvuran özellikle olduğu ameliyat nedeniyle ağır şekilde fiziksel baskıya maruz kalmasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bu tür bir operasyonun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluşturmadığını değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Özellikle başvuranın rızasıyla bu ameliyatı kabul edip etmediğine ya da reddettiğine ve ameliyat olmaya zorlandığına dair deliller yetersizdir. Başvuran zehirlenme nedeniyle ölme riski taşıdığından, ameliyat tıbbi olarak gerekli görülmüştür ve delil toplama amacıyla yapılmamıştır.

D. Sünnet

Sünnet, erkek çocukta, erkeklik organının ucundaki derinin çepeçevre kesilmesidir⁵¹. Müslüman ve Yahudi toplumlarında erkek çocuklar ailelerinin izni ile sünnet edilmektedirler. Bazı toplumlarda kız çocuklarının da sünnet edildiklerine rastlanmaktadır. Bazı durumlarda tıbbi zorunluluklar erkek çocukları açısından sünneti gerektirmekte olup, zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetlerinin hukuka uygun olduğu tartışmasızdır; ancak tıbbi zorunluluğun olmadığı durumlarda, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle Avrupa ülkelerinde tartışma konusudur⁵². Almanya Köln Eyalet Mahkemesi 07.05.2012 tarih (151 Ns 169/11) dosya sayılı Kararı ile bu konuya değinmiş ve ailenin rızası ile 4 yaşındaki bir çocuğun tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde sünnet edilmesinin Alman Ceza Kanunu'nun 223/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacağını kabul etmiştir⁵³. Mahkeme sünneti gerçekleştiren hekim ve sünnete rıza gösteren ailenin cezalandırılmayacağını kabul etmişse de, eylemin suç

⁵⁰ Bogumil/Portekiz,35228/03,07/10/2008,[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20\(SA%C4%9ELIK\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Health%20(SA%C4%9ELIK).pdf) (e.t. 26/05/2016).

⁵¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5746f6fa6c5b67.83941173 (e.t. 26/05/2016).

⁵² NUHOĞLU, Ayşe, "Sünnet ve Ceza Hukuku", Pof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 212.

⁵³ NUHOĞLU, s. 212.

olduğu sonucuna varmış ve kararında sünnet eylemini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunmadığı tespit etmiştir⁵⁴. Köln Eyalet Mahkemesi'nin sünneti yaralama suçu görmesiyle başlayan tartışmalara son noktayı Federal Parlamento (Bundestag) koymuştur. Sünnete yasal çerçeve getirecek olan kanuna 434 milletvekili olumlu oy verirken, 100 milletvekili olumsuz yönde, 46 milletvekili de çekimser yönde oy kullanmıştır. Kanuna göre sünnet tıbbi şartlar altında acı vermeden yapılacaktır. Aileler sünnetin riskleri konusunda aydınlatılacaktır. Çocuğun iradesi dikkate alınacaktır. Karar verme iradesi ortaya koyan çocukları ailelerinin ikna etmesi gerekecektir. Çocuğun sağlığı riske girerse, sünnete izin verilmeyecektir. Kanun ile özellikle Yahudi çocukların sünnetini yapan konunun uzmanı din görevlilerinin altı aydan küçük çocukları sünnet etmelerine de izin verilmektedir (Musevilikte çocuk doğduktan sekiz gün sonra sünnet edilmesi gerekmektedir)⁵⁵.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 1 Ekim 2013 tarihinde, sünnetin fiziksel bütünlüğün ihlali olduğu ve çocukların kararlara katılımının sağlanması için 14 yaşına kadar beklenmesi gerektiği tavsiye kararını almış olup, kararın tavsiye niteliğinde olmasına karşın konu ile ilgili somut belge olması önemini artırmaktadır⁵⁶. Konseyin karar organı olan Bakanlar Komitesi ise, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin erkek sünnetinin sorgulanmasını isteyen kararına verdiği yanıtta, erkek sünneti ile kadın sünnetinin bir tutulamayacağı ve bu konuda ek hukuksal önlemler almaya gerek olmadığını bildirmiştir. Bakanlar Komitesi, "genital sakatlama" olarak da anılan kadın sünnetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence ve insanlık dışı muameleyle ilgili 3'üncü maddesine ve Avrupa Konseyi Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddetle Mücadele Sözleşmesi'ne aykırı olduğunu belirterek, dini nedenlerden ötürü erkek çocukların sünnet edilmesiyle aynı planda değerlendirilemeyeceğini kaydetmiştir. Bakanlar Komitesi'nin yanıtında, çocukların tıbbi zorunluluk olmaksızın ameliyat edilme riskine karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kurumlar tarafından hazırlanmış bağlayıcı hukuksal belgelerle korunduklarını, bu nedenle erkek çocuk sünneti konusunda yeni bir sözleşme veya hukuksal belgeye ihtiyaç olmadığı da not edilmiştir. Bakanlar Komitesi'nin bu yanıtıyla birlikte Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1 Ekim 2013 tarihinde Strasbourg'daki genel kurul toplantılarında oy çoğunluğuyla kabul ettiği sünnet kararı da büyük ölçüde rafa kaldırılmıştır⁵⁷.

⁵⁴ NUHOĞLU, s. 217.

⁵⁵ <http://www.almanyabulteni.de/haberler/sunnet-artik-yasal-oldu> (e.t. 26/05/2016).

⁵⁶ İZGİ, M. Cumhuriyet, "Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirilmesi", Türk Psikiyatri Dergisi, C. 26, S. 3, 2015, s. 209.

⁵⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/avrupa-da-sunnet-tartismasina-son-nokta-26104720> (e.t. 26/05/2016).

Türk hukukunda ailenin rızası ile tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir düzenlemeye gerek olmadığı kabul edilmelidir; çünkü erkek çocukların sünnet ettirilmesi toplumu rahatsız etmeyen, sosyal yaşama uygun bir davranış olup, aksi durum, çocuğun arkadaşları arasında dışlanmasına, bu suretle çocuğun zarar görmesine neden olabilecektir⁵⁸.

E. Tıbbi Zorunluluk

Hasta Hakları Yönetmeliği 12. maddeye göre: *“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”*. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13 maddesinin 3. fıkrasına göre de: *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz”*. Madde hükümlerine göre, belirli bir teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için hekimin bu önlemini haklı kılan bir neden olmalıdır⁵⁹. Mahkeme kararlarına konu olan olaylarda, hekimin kendince haklı gördüğü fakat hasta tarafından istenmeyen ve hayatının devamı açısından sorunlara sebep olan müdahalelerin yapıldığı görünmektedir. Bu konuda özellikle kısırlaştırma ameliyatları başı çekmektedir. AİHM kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Csoma/Romanya kararına⁶⁰ konu olan olaya göre, başvuran, ciddi tıbbi hatalar neticesinde artık çocuk sahibi olamayacağını belirterek şikâyetinde bulunmuştur. Başvuran hamileliğinin on altıncı haftasında, fetüse hidrosefali teşhisi konulmuş ve gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmiştir. Doktoru başvuranın düşük yapması amacıyla gördüğü tedavilerin ardından ortaya çıkan komplikasyonlardan sonra, hayatını kurtarmak için rahmini ve yumurtalıklarını almıştır. Başvuran, tedavisindeki hataların hayatını tehlikeye soktuğunu ve bu hatalar nedeniyle bir daha hamile kalamayacağını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca soruşturmadaki eksikliklerden dolayı, doktorun mesuliyetinin saptanamadığını belirterek şikâyetinde bulunmuştur. Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın tedavi seçimine dâhil edilmemesi ve tıbbi işlemin içerdiği risklere ilişkin yeterli düzeyde bilgilendirilmemesi nedeniyle, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁵⁸ NUHOĞLU, s. 219.

⁵⁹ HAKERİ, s. 34.

⁶⁰ Csoma/Romanya,8759/05,15/01/2013,http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1).pdf (e.t. 27/05/2016).

AİHM, V.C./Slovakya kararına⁶¹ göre, Roman kökenli başvuran, ikinci çocuğunun doğumunun ardından, tam olarak bilgilendirilmeden ve rızası alınmadan bir kamu hastanesinde kısırlaştırılmıştır. Başvuran doğum süreci devam ederken kendisine üçüncü çocuğunu doğurduğu takdirde kendisinin ya da yeni doğan bebeğin öleceğinin söylenmesi üzerine, ne söylendiğini anlamadan ve bu işlemin geri alınıp alınamayacağına ilişkin herhangi bir bilgi sahibi olmadan onay formunu imzalamıştır. Başvuran, söz konusu olayın ardından Roman toplumu tarafından dışlanmış ve daha sonra eşinden boşanmıştır. Başvuran, eşiyile ayrılımlarının gerekçelerinden biri olarak kısır olmasını göstermektedir. Mahkeme, başvuranın kısırlaştırılması sonucunda ve söz konusu işlemi kabul etmesi için kendisine yapılan talebin yöntemi sebebiyle, başvuranın büyük ihtimalle korku, acı ve aşağılık duygusu hissetmiş olduğunu belirtmiştir. Başvuran, uzun süre fiziksel ve psikolojik açıdan zorluk çekmiş ve söz konusu dönemde eşi olan kişiyle ve Roman toplumuyla ilişkileri bakımından sıkıntılar yaşamıştır. Mahkemeye göre, sağlık personelleri başvuranın bir hasta olarak özerklik ve seçme hakkını tamamen önemsemeyen bir tavırla hareket etmişlerdir. Bu nedenle, başvuranın kısırlaştırılması Sözleşme'nin 3. maddesini (insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı) ihlal etmiştir. Mahkeme ayrıca söz konusu dönemde bir Roman kökenli olarak başvuranın üreme sağlığına hususi olarak önem verilmesine yönelik yasal güvencelerin sağlanmamasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tıbbi bir zorunluluk halinde, inanışları gereği kan naklini reddeden yehova şahitlerine nasıl bir müdahale yapılması gerektiği tartışılması gereken bir konudur. Yehova şahitlerinin en önemli özelliği kan alıp vermeyi günah saymaları olup, yehova, kanın kutsal olduğunu, herhangi bir şekilde dışarıdan gelen kanın insan bedenine girmemesi gerektiğini, akan kanın da sadece toprağa akıtılabileceğini belirtmekte, bu nedenle hiçbir şekilde kan vermekte ya da sağlık nedeniyle de olsa kan almamakta ve büyük bir bölümü yanında kendileri ve şahitler tarafından imzalanmış ve üzerinde "*hiçbir durumda bana kan verilmesini istemiyorum*" yazan kartlar taşımaktadırlar⁶². Hastaneye bilincini kaybetmiş bir şekilde getirilen ve üzerinde yehova şahidi olduğunu gösteren bir kart veya dinî simge bulunan kişiye yapılacak müdahalede, bu kişinin bilinci yerinde olsaydı, kendisine kan naklinde bulunulmasını istemeyeceğinden hekim düşünmeli ve yapacağı müdahalede

⁶¹ V.C./Slovakya,18968/07,08/11/2011,[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20\(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/Reproductive%20rights%20(%C3%BCreme%20haklar%C4%B1).pdf) (e.t. 27/05/2016).

⁶² İnanç Farklılıklarının Sağlık Bakımına Etkisine Bir Örnek: Yehova Şahitleri, <http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/60/docs/makale-1-60.pdf> (e.t. 27/05/2016).

belirli sınırlar içinde dikkatli davranmalıdır⁶³. Böyle bir durumda, hekimin müdahale etmemesi çok daha ağır sonuçlara yol açabileceği, hastanın hayatını kaybedebileceği düşünüldüğünde, müdahalenin varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴. İngiltere’de yaşanan bir olayda Emma Gough, doğumunun hemen ardından kan kaybetmeye başlamıştır. Kanamayı durdurmaya çalışan doktorlar, kadına acil olarak kan nakli yapılmasına karar vermişlerdir. İnancı nedeniyle doktorların kan nakli yapılması önerisini geri çeviren kadın, kan nakli için gerekli olan bilgi formunda yer alan “*Kan verilmesini istemiyorum*” bölümünü işaretlemiş ve hayatını kaybetmiştir⁶⁵. Türkiye’de yaşanan bir olayda da yehova şahitlerinden Feride Kocataş aynı inançtan olan 22 yıllık eşine “*Acil bile olsa kan verilmeyecek*” yazılı belgeyi imzalayıp böbreğini bağışlamıştır⁶⁶. Görüldüğü bu kişiler inançları gereği yaşam hakkından açıkça vazgeçmektedirler.

IV. SONUÇ

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı anayasal bir kuraldır. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hastanın rızası gereklidir. Rıza kavramı, birçok ulusal ve uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği ve İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi bu konudaki esas metinlerdir. Kişinin rızası dışında bir tıbbi müdahaleye maruz kalması AİHS 8. maddesinin özel hayata saygı hakkı kapsamında vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Rızası alınacak kişi bizzat hastanın kendisi olup, hastanın küçük ya da hacir olması durumunda velisinin veya mahkemenin kararı gereklidir. Daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişinin rızası dışında müdahale yapılması hukuka aykırı değildir. Ancak bunun da belli sınırları olup aksi durumda AİHM’nin ihlal kararları verdiği görülmektedir. İncelemiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi’nin aşı kararına göre, çocuğun üstün yararının göz önüne alınmayıp sadece yasallık ilkesinden dolayı mahkemenin ihlal kararı verdiği görülmektedir. Açlık grevi yapan mahkûmlarla ilgili AİHM’nin vermiş olduğu kararlarına göre, bilinci yerinde kişinin zorla beslenmesi açıkça AİHS’nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muameledir. Bilinci kapalı olan kişiye bir tıbbi müdahale yapılması gerektiğinde de daha önce açıklamış olduğu görüşleri dikkate alınmalıdır. Ceza Muhakemesi kapsamında delil elde etmek

⁶³ KANGAL, s. 238.

⁶⁴ KANGAL, s. 238.

⁶⁵ [http://www.hurriyet.com.tr/yehova-sahidi-anne-kan-kaybindan-dogumda-odu7630570\(e.t.27/05/2016\).](http://www.hurriyet.com.tr/yehova-sahidi-anne-kan-kaybindan-dogumda-odu7630570(e.t.27/05/2016).)

⁶⁶ [http://www.sabah.com.tr/yasam/2012/04/16/yehova-sahitlerine-turkiyede-ilk-nakil\(e.t.27/05/2016\).](http://www.sabah.com.tr/yasam/2012/04/16/yehova-sahitlerine-turkiyede-ilk-nakil(e.t.27/05/2016).)

amacıyla şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin beden muayenesi yapılmakta ya da vücudundan örnek alınmaktadır. Bu işlemlerin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılması durumunda hiçbir sorun yoktur. Ancak AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen jinekolojik muayene kararlarında, kanuni bir dayanak olmaksızın bu muayenenin yapıldığı görülmektedir. Nitekim ihlal kararları üzerine bu husus TCK 287. maddede düzenlenmiştir. Kanuna dayanarak delil elde etme yöntemine başvurulabilecektir ancak bunun da sınırları vardır. AİHM kararına konu olan kişinin yutmuş olduğu uyuşturucu hapları alabilmek için zorla kusturucu ilaç verilmesi gibi. AİHM bu durumu insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Sünnet de çocuğun rızası dışında yapılan bir müdahale olup ailenin rızası ile gerçekleşmektedir. Sünnette hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmayıp dini gerekçeler ile yapılmaktadır. Almanya Köln Eyalet Mahkemesi'nin sünneti kasten yaralama suçu olarak gören kararı ilginçtir. Zaten bu karar neticesinde sünnetin yasal bir zemine kavuşturulması gerekliliği doğmuş ve çıkartılan kanunla bu sorun çözülmüştür. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin çocuğun kendi hakkında karar vermesi için 14 yaşını beklemesi tavsiye kararı da oldukça ilginç olup, nihayetinde Bakanlar Komitesi sünnetin dini sebeplerden dolayı yapılmasından sorgulanmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Tıbbi zorunluluk hallerinde bir yehova şahidinde kan nakli yapılması da tartışılması gereken bir konudur. Kişi inancı gereği yaşamını tehlikeye atmakta ve bazen sonuç ölüm olmaktadır. Bu kişiler açıkça kan nakli istemediklerine dair evrakları imzalamakta ve hekimin hastanın iradesine uygun davranması gerekliliği doğmaktadır. Hekimlerin ameliyat sırasında karşılaştıkları özel durumlar sonucu hastaların iradelerine aykırı hareket ettikleri de görülmektedir. Hastanın hayati tehlikesi sonucu rahminin alınması ya da kısırlaştırılması sonucu AİHM'nin 8. maddenin ihlali kararı verdiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, Pof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1160-1161.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara, 1991.

BİRTEK, Fatih, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, İstanbul, 2007, s. 1997-2006.

BORAN, Bedia, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, Ankara, 2007, s. 96-104.

CENGİZ, Serkan/DEMİRRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi-TBB, Ankara, 2008.

CENGİZ, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB, S. 88, Ankara, 2010, s. 421-438.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetleri Sunumunda İdarenin Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, İÜHHY No:2, Malatya, 2014, s. 219-258.

FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi”, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, s. 157-168.

HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, YÜHFY No:16, İstanbul, 2008, s. 13-52.

IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB, Y. 24, S. 98, Ankara, 2012, s. 389-410.

İnanç Farklılıklarının Sağlık Bakımına Etkisine Bir Örnek: Yehova Şahitleri, <http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/60/docs/makale-1-60.pdf>(e.t. 27/05/2016).

İZGİ, M. Cumhur, “Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirilmesi”, Türk Psikiyatri Dergisi, C. 26, S. 3, 2015, s. 204-212.

KANGAL, Zeynep T., “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, GÜHFD, C. 15, S. 4, Ankara, 2011, s. 223-251.

KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB, Y. 24, S. 100, Ankara, 2012, s. 45-82.

NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Pof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 211-219

ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/2, s. 184-209.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 55-77.

ÖNOK, Rifat Murat, “İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005, s. 135-191.

ÖZBİLEN, Arif Barış, “ Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD, Y. 12, S. 24, İstanbul, 2013, s. 99-124.

ÖZGENÇ, İzzet, “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu: Hukuka Uygunluğa İlişkin Kriterler”, <http://www.sdplatform.com/Dergi/469/Tibb-mudahale-dolayisiyla-ceza-sorumlulugu-Hukuka-uygunluga-iliskin-kriterler.aspx> (e. t. 18/05/2016).

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007.

ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012.

SEVİNÇ, Murat, Anayasa Yazıları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

SOYASLAN, Doğan, “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 119-137.

Türk Tabipleri Birliği, “Açlık Grevleri ve Hekimler – Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut” Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi-Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 49-63.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Şen Matbaa, Ankara, 2009, s. 1-40.

YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1. S. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 167-180.

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI KOLAYLAŞTIRMA VE ÖZENDİRME SUÇLARI (TCK M.190)

The Crimes of Facilitating and Encouragement the Use of Narcotics or Psychotropic Substances (TCC Art.190)

Arş. Gör. Enes YILMAZ¹

Geliş Tarihi: 19.02.2018

Kabul Tarihi: 21.05.2018

ÖZET

Uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin gerek uygulamada gerekse öğretilerde daha çok uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu (TCK m.188) ile uyuşturucu madde kullanma suçlarının (TCK m.191) inceleme konusu yapıldığı söylenebilir.

Kanun koyucunun, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile kullanma suçlarının yanı sıra, bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarını da bir o kadar tehlikeli görmesi dolayısıyla gerek 765 gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cezalandırma yoluna gittiği ifade edilebilir. Buna karşın, öğretilerde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarına yönelik makale formatında müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Ve bu sebeple elinizdeki çalışmanın bu alandaki bir boşluğu dolduracağı ümidinde olduğumu belirtmek isterim.

İşte bu makale, inceleme konusu suç tiplerinin hangi koşullarda karşımıza çıktığı, öğretilerdeki farklı bakış açılarının bu hususta neler söylediği ve bunların içtihatlarla nasıl yansıtıldığı sorularına cevap aramaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, özel yer, donanım veya malzeme sağlama, alenen özendirme, yayın yapma.

ABSTRACT

Regarding the offences of narcotics or psychotropic substances either in practice or in teachings mostly it can be said that the issue of investigating crimes of production and trade of narcotics or psychotropic substances (TCC Art.188) and use of narcotics or psychotropic substances (TCC Art.191).

It can be said that the lawmaker went to the punishment in the Turkish Criminal Code no. 765 and 5237 in order to facilitate and encourage the use of these substances in addition to the crimes of production and trade of narcotics or psychotropic substances. However, there is no independent work in the form of an article on the crime of facilitating and encouraging the use of narcotics or psychotropic substances in the teachings. And for this reason, I would like to state that I hope this work will fill a void in this area.

This article is seeking answers to the question of which conditions of the crime types of investigation are confronted, what different perspective in teachings said about this issue and how they reflect on case law.

Keywords: Facilitating the use of narcotics or psychotropic substances, providing a particular environment, equipment or material, publicly encourages, through broadcast media.

¹ Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, yilmazenes45@hotmail.com

GİRİŞ

765 sayılı TCK m.404'te uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına yardım suçu düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da ise bu suçun kapsamı biraz daha belirgin hale getirilerek m.190/1'de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu ihdas edilmiştir.

5237 sayılı Kanun m.190/2'de, madde gerekçesinin açıkça belirttiği şekilde ayrı bir suç tipi olarak tanzim olunan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu ise, mülga Kanun'da bir karşılığa sahip değildir. Bu suç tipi, ülkemizin de taraf olduğu 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin getirdiği, sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuklarında TCK m.190/2 benzeri düzenlemelere gidilmesi yükümlülüğünün bir yansımasıdır.

5237 sayılı TCK m.190'nın son fıkrasında ise, belirli meslek gruplarına sahip kişilerin ilk iki fıkrada belirlenen suç tiplerini işlemesi durumunda cezalarının artırılarak tatbik olunacağı hükme bağlanmıştır.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarının Kanunumuzdaki sistematik yeri, unsurları, tipiklik ya da içtima ilişkileri bakımından bazı tartışmalı noktaları, çeşitli yargı kararlarından da örneklerle izaha çalışılacaktır.

A. 765 ile 5237 Sayılı Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler

1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme

1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 403 ve 404. maddelerinde *uyuşturucu madde ticareti ile uyuşturucu madde kullanma; kullanılmasını kolaylaştırma* suçları düzenlenmişti. Özellikle 765 sayılı TCK'nın 404/1 hükmünün 5237 sayılı TCK m.190'a *kısmen* karşılık geldiği kabul edilmektedir².

Bu çalışmanın konusuyla benzeşen nitelikteki ifadelere 765 sayılı Kanun m.404/1'de şu şekilde yer verilmiştir³:

Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştıranlar ile bu maddeleri onsekiz yaşını bitirmeyen

² ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2015, s.770; PARLAR, Ali / DEMİREL, Güleç, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s.387; YENİDÜNYA, A. Caner, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)*, Ed.: BALCI, Murat, **Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (9 Mayıs 2011)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.106.

³ İÇEL, Kayıhan / YENİSEY, Feridun, **Ceza Kanunları**, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 1997, s.260.

küçüklere veya aklen malüllere veya müptela olan kişilere verenler hakkında 403'üncü maddenin 5 ve 6 numaralı fıkralarında yazılı cezalar altıdabir oranında artırılarak hükmolunur.

Zikrolunan fıkrada atıf yapılan 403'üncü maddenin 5 ve 6 numaralı fıkraları ise şöyledir⁴:

*Uyuşturucu maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak satanlara veya satışa arz edenlere veya satın alanlara veya yanında yahut başka bir yerde bulunduranlara veya bu maddeleri parasız devredenlere yahut bu suretle devralanlara veya sevk veya nakledenlere veya bunların alınıp satılmasına veya devrine veya ne suretle olursa olsun tedarik edilmesine aracı olanlara **dört yıldan on yıla kadar ağır hapis ve uyuşturucu maddenin her gram ve kusuru için ellibin lira ağır para cezası** verilir.*

*Yukarıdaki fıkralarda gösterilen uyuşturucu madde eroin, kokain, baz morfin, morfin ise, fail hakkında verilecek **ceza bir katı oranında artırılır.***

Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştırmak şeklinde beyan edilen ifadelerin belirsizliği, anlamının ucu açıklığı dolayısıyla öğretilde TCK m.190'nın mülga Kanun'daki ilgili maddelerle benzeşmediği de dile getirilmiştir⁵. Genel olarak belirtmek gerekirse, "**başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştırmak**" ibaresinden hareketle 765 sayılı TCK'da serbest hareketli bir suç öngörülmüştü⁶. Buna karşın 5237 sayılı TCK bakımından ise özel yer sağlamanın yanında belirlenen diğer seçimlik hareketlerle suç somut olarak sınırlanarak bağlı hareketli bir suç tesis edilmiştir⁷.

Aşağıda ele alınacak olan TCK m.190'nın birinci fıkrasının mülga Kanundaki düzenlemeye kısmen benzediği aşikardır. Ancak ikinci fıkradaki uyuşturucu maddelerin kullanılmasının özendirilmesi suçu, bütünüyle eski kanundan

⁴ İÇEL/YENİSEY, s.258-259.

⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2016, s.106.

⁶ ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.305; YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.239.

⁷ MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Değişiklikler ve İçtihatlarla)**, 3. Cilt, Madde 150-241, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2013, s.3112; PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.660; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, 2017, s.853; YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s.5850.

bağımsız ve yeni bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır⁸. Ayrıca gerek mülga gerekse mer’i Kanunlardaki düzenlemeler bakımından suçun, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu olarak isimlendirilmesinin yanı sıra *uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya yardım suçu* olarak isimlendirilebileceği üzerinde de durmak gerekir⁹. Ancak kanaatimizce, kanun koyucunun bu yöndeki tercihi, maddenin kenar başlığında kendini gösterdiği biçimde açık olmakla birlikte, özellikle kullanımı özendirme suçu bakımından eksiktir.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme

5237 sayılı TCK’nın 190. maddesinde ise, *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma”* kenar başlığı altında üç fıkralık bir düzenlemeye gidilmiştir:

- (1) *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;*
a) *Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,*
b) *Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,*
c) *Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,*
Kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Bu maddede tanımlanan suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

Görüldüğü üzere, kanun koyucu m.190’nın ilk fıkrasında uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin kullanılmasını, ikinci fıkrasında bu maddelerin kullanılmasını özendirmeyi suç saymak suretiyle iki ayrı suç ihdas etmiştir¹⁰. Üçüncü fıkarda

⁸ PARLAR/DEMİREL, s.387; PARLAR, Ali /HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Madde 146-222**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.2859; YENİDÜNYA, s.106; **buna karşın**, ikinci fıkradaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme suçunu, bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma suçunun bir nitelikli hali olarak gören, ancak bu hususta herhangi somut bir gerekçe sunmayan görüş için bkz. KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.258 ve 261.

⁹ ÖZDABAKOĞLU, Erdinç Hakan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.159.

¹⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.770; Suçun ne zaman nitelikli hal ne zaman ayrı bir suç olduğuna ilişkin tartışmaları öğretilerdeki görüşleri de dikkate alan bir inceleme için bkz. ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.637-640.

ise, sayılan meslek grupları ile uğraşan kimseler tarafından maddede belirtilen suçların işlenmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştır¹¹.

Biz de konuyu maddede tercih edilen bu ayrıma göre ele alacağız. Ancak suç tipleri bakımından benzeşen birçok nokta bulunmasından dolayı tekrara düşmemek amacıyla suç tipi incelemesini aynı başlıklar altında yürüteceğiz. Ayrıca nitelikli hal düzenlemesine de tabii olarak *suçun maddi unsurları* başlığı altında değineceğiz.

B. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190/1 ve 2)

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu için, maddenin gerekçesinde ifade edildiği şekilde *maddede, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırıcı hareketler, suç olarak tanımlanmıştır*¹².

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun ise, esas olarak ülkemizin taraf olduğu Uluslararası Sözleşmelerin bir gereği olarak düzenlendiğini ifade etmek mecburiyetindeyiz¹³. Olaya bütünsel açıdan bakıldığında, bu maddelerin kullanımının kolaylaştırılması madde kullanımını yaygınlaştırırken, kullanımı ise bu maddelerin imal ve ticaretini yaygınlaştırmaktadır. Birbirinden ayrı düşünemeyeceğimiz bu olgular dolayısıyla, örnek olarak 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesinin 3/1-c maddesi¹⁴, sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuklarında TCK m.190/2 benzeri düzenlemelere gidilmesi yükümlülüğünü getirmiştir¹⁵.

¹¹ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2016, s.482-483.

¹² ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2016, s.230.

¹³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.770-771; YENİDÜNYA, s.106.

¹⁴ **1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.3/1-c: “Her bir taraf, aşağıda sayılan fiilleri, kasti olarak işlendiği zaman kendi hukukunda suç olarak ihdas etmek için gerekli önlemleri alacaktır:** Anayasa ilkeleri ve hukuk sisteminin temel kavramları saklı kalarak: ... (ii) Uyuşturucu veya psikotrop maddelerin kaçak olarak yetiştirilmesi, üretimi veya imalatında kullanıldığını veya kullanılacağını bilerek gerekli teçhizata veya malzemeye veya I ve II numaralı tablolarda kayıtlı maddelere sahip olunması; (iii) **Bir başkasının, bu maddede yer alan suçlardan birini ne şekilde olursa olsun işlemeye veya uyuşturucu veya psikotrop maddeleri kaçak olarak kullanmaya açıkça yönlendirilmesi veya teşvik edilmesi;** (iv) Bu maddede yer alan suçlardan herhangi birine katılınması, bu amaçla örgütlenilmesi veya işbirliği yapılması, teşebbüste bulunulması ve suçun işlenmesine yardımcı olunması, kolaylık sağlanması ve yol gösterilmesi.” www.uhdigm.adalet.gov.tr (19.02.2018).

¹⁵ KURT, Şahin / KURT, Ela, **Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.201; ÖNER, Mehmet Zühtü, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011,

Madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, *ikinci fıkrada, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayın yapılması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır*¹⁶. Ancak bununla birlikte, maddenin kenar başlığında sadece kullanımın kolaylaştırılmasına yer verilmiştir. Bilindiği üzere özendirme, madde özelinde söylemek gerekirse uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını teşviki, fiilin övülmesini, bu hususta bir propaganda yapmayı karşılar¹⁷. Dolayısıyla bir şeyin kullanımını kolaylaştırmakla bunun propagandasını yapmak farklı şeylerdir. Bu minvalde, hükmün kenar başlığının madde içeriğini tam olarak yansıtmadığı ifade edilmelidir¹⁸.

1. Korunan Hukuki Değer

Bu noktada öncelikle, söz konusu suçla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırıcı davranışlarla mücadele etmek suretiyle uyuşturucu salgınına karşı halkı korumanın amaçlandığı söylenebilir¹⁹. Diğer bir ifadeyle ise, nesillerin ruh ve beden sağlığının korunması amaçlanmaktadır²⁰. Ayrıca yasa koyucu nasıl uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticaretini ve kullanılmasını yasaklamasında sağlığın korunması ödevini gerçekleştirmeyi düşünmüşse, bu madde ile de söz konusu maddelerin kullanılmasının kolaylaştırılması ve özendirilmesini yasaklamak suretiyle kişilerin daha sağlıklı bir şekilde yaşayabileceklerini düşünmüştür²¹. Bu maddeleri kullanan kişilerin yaşadığı ve çevrelerinde yaşattıkları ruhsal çöküntü veya zikredilen maddelere ulaşabilmek için işleyecekleri suçlar, küçük bir ihtimal olarak bile göz önüne alındığı takdirde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmanın ya da özendirilmenin ne denli tehlike arz ettiği kendisini göstermektedir²².

Öte yandan, sistematik olarak Kanunun Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının, *Topluma Karşı Suçlar* başlıklı üçüncü kısmının, *Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* başlıklı üçüncü bölümü altında yer alan m.190'da düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer *kamu sağlığı* veya *genel sağlık* olduğu ifade edilmelidir²³.

s.235; YOKUŞ SEVÜK, s.238.

¹⁶ ARTUK/GÖKCEN, s.231.

¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.108.

¹⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.105.

¹⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.106.

²⁰ YENİDÜNYA, s.107.

²¹ AKKAYA, Çetin, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s.310.

²² PARLAR/DEMİREL, s.388.

²³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.771; YOKUŞ SEVÜK, s.241.

2. Suçun Maddi Unsurları

a. Fiil

i. TCK m.190/1 Bakımından

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu meydana getiren kolaylaştırıcı hareketler, birinci fıkrada “özel yer, donanım veya malzeme sağlamak” veya “kullanıcıların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler almak” veya “kullanıcı yöntemleri konusunda başkalarına bilgi vermek” biçiminde üç bent halinde sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Zikrolunan hareketlerden anlaşılacağı üzere, bu suç icrai hareketlerle işlenebilen seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur²⁴.

Bu noktada suçun kural olarak icrai olarak işlenebileceği kabul edilmekle birlikte ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği irdelenmelidir. Örnek olarak, şehrin ya da köyün dışında bir bahçesi olan kişi, burasının çevredeki gençler tarafından zaman zaman zaman eğlenmek ve “kafayı çekmek” için kullanıldığını biliyor ve bu duruma müdahale etmiyor veya ses çıkarmıyorsa yer sağlamak suretiyle kolaylaştırma suçunun oluştuğu söylenebilecek midir?

Gelinen aşamada, aşağıda ele alınacağı üzere suçun unsurlarının bilinip istenmesinin yani kastın büyük önem arz edeceği aşikardır. Bu açıdan failin söz konusu suç bağlamında değerlendirilecek kastı, ihmali hareketi de kapsıyorsa suçun oluştuğu söylenebilecektir. Fakat açıkça ifade etmek gerekirse, bu durumu ispat oldukça zor görünmektedir.

Burada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, bu madde ile uyuşturucu madde kullanılmasının değil, kullanımın kolaylaştırılmasının suç olarak düzenlendiğidir. Nitekim hüküm gerekçesi de burada kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde verilmesi durumunda m.188/3'te öngörülen suçun söz konusu olacağını ifade etmiştir²⁵. TCK m.190/1 kapsamında fail, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmayı kolaylaştırmaktadır. Bunun dışında, gerçekleştirileceği bu maddelerin imali, satımı, bulundurulması, sevki, ithal veya ihracı gibi hareketlerin kolaylaştırılması durumunda, sorumluluk TCK m.188'den olacaktır²⁶.

Burada suçun oluşması için, kendisine kolaylık sağlanan kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması gerekmemekte, bu kişiye bahsolunan kolaylaştırıcı davranışlarda bulunulması yeterli görülmektedir²⁷. Yani kullanımı kolaylaştırma suçu, niteliği itibarıyla ani bir suçtur. Buradan hareketle hareketin

²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.853; YOKUŞ SEVÜK, s.241; YENİDÜNYA, s.107.

²⁵ ARTUK/GÖKCEN, s.230-231.

²⁶ AKKAYA, s.313; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5852.

²⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.773 ve 775.

bizatihi kendisi toplumsal olarak tehlikeli görüldüğü için, suçun bir zarar suçu olmayıp, salt tehlike suçu olduğu da söylenmelidir²⁸. Bir başka şekilde bu suç, sırf hareket suçu olarak da ifade edilebilir²⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki söz konusu maddelerin kullanılmasının kolaylaştırılması sağlanan kişilerin kullanmak üzere bu maddelere sahip olup olmaması da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu bakımından failin sorumluluğuna etki etmez. Zira failin kullanımı kolaylaştırmak için kişiye bir enjektör verdiği ve kişinin o esnada eroin sahibi olmaması veya sahip olmakla birlikte maddeyi başka bir yöntemle kullanmış olması ya da hiç kullanmaması, incelediğimiz suç bakımından önem arz etmemektedir. Çünkü burada failin sorumluluğu, maddede sayılan hareketleri yapmak suretiyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırarak toplum sağlığı bakımından meydana çıkardığı tehlikeden kaynaklanmaktadır³⁰.

1. Özel Yer, Donanım veya Malzeme Sağlamak

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için fıkrada kredilen ilk seçimlik hareket, özel yer, *donanım veya malzeme sağlamaktır*.

Burada özel yerden maksat, geçici veya daimî surette uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı için bir mekân tahsisidir. Bu noktada mekânın konut veya işyeri ya da bir karavan, otomobil veya şehir dışındaki bir bahçe olması mühim değildir. Mühim olan, tahsis edilen yerin kişinin kendisini rahat ve güvende hissedeceği “özel” bir yer olmasıdır³¹. Buna örnek olarak söz konusu amaç doğrultusunda bir evde esrar partisi düzenlenmesi verilebilir. Ayrıca bu noktada, mekânı tahsis edenin kim olduğu da önem arz etmez. Mekânın sahibi olabileceği gibi, kiracısı, hatta orada çalışan veya herhangi bir şekilde durumdan istifade eden bir kişi de olabilir³². Eylemin sübutu bakımından kullanım sırasında, failin orda bulunup bulunmaması önem taşıyabilir. Bir Yargıtay kararına da yansıdığı biçimde “*Yapılan ihbarın ve 28.06.2007 tarihli tutanağın içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre; olay sırasında işlettiği kahvehanede bulunmayan sanığın, uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırmak için yer temin ettiğine ilişkin savunmasının aksine her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyet kararı verilmesi*” kanuna aykırı görülecektir³³.

²⁸ AKKAYA, s.313; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.107; PARLAR/HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s.663; PARLAR/HATİPOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.2859-2860; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5852-5853.

²⁹ YENİDÜNYA, s.109.

³⁰ YOKUŞ SEVÜK, s.242.

³¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.773; YENİDÜNYA, s.108.

³² ÖZDABAKOĞLU, s.162; YENİDÜNYA, s.108; YOKUŞ SEVÜK, s.242-243.

³³ **Y10.CD, T.08.12.2009, E.2009/6161, K.2009/18916**, AKKAYA, s.314-315, dn.293; benzer

Donanım veya malzeme sağlamak ifadelerinden ise, madde kullanımı esnasında kullanılan araç gereçlerin tedariki anlaşılmaktadır. Örnek olarak, eroini damara enjekte etmek için kullanılan şırınga, damar yolunu açmak için kullanılan serum lastiği ya da esrarın hazırlanacağı ısıtılmış özel platin tabaka birer malzeme olarak kabul edilebilir³⁴. Ancak şişe ve borularla oluşturulan bir nargile düzeneği gibi daha komplike bir araç gereç kullanımı söz konusuysa artık bir donanımdan bahsedilir. Zikredilen iki kavramın arasındaki nüans bu şekilde ortaya konabilir³⁵.

Tam da gelinen noktada donanım veya malzemelere ilişkin dikkat edilmesi gereken bir husus, söz konusu donanım ya da malzemenin esas itibarıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının kolaylaştırılmasına yönelik kullanılmasıdır. Aksi takdirde, bu malzemeler kullanımın kolaylaştırılmasından ziyade uyuşturucu veya uyarıcı madde imaline yönelik kullanılırsa, TCK m.190'dan değil, m.188 hükmünden sorumluluk söz konusu olacaktır³⁶. Öte yandan, örnek olarak uyuşturucu maddenin kullanılmasına yönelik gereken malzemelerin eczaneden teminini sağlayan doktor, TCK m.190'dan sorumlu olacaktır³⁷. Ancak bu örnek özelinde doktorun, kullanıcının eczaneden ilgili maddeyi kullanmak için *satın almasını kolaylaştırması* ihtimalinde sorumluluk, TCK m.191'deki uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için satın almak suçuna yardım etmekten dolayı iştirak hükümleri çerçevesinde belirlenecektir³⁸.

şekilde bkz. **Y10.CD, T.14.03.2011, E.2010/38355, K.2011/2837**, PARLAR/DEMİREL, s.392.

³⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.854.

³⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.773.

³⁶ AKKAYA, s.315; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.774.

³⁷ "765 sayılı TCK'nın uygulamasında ise uyuşturucu maddenin eczaneden alınmasını sağlayan hekimin hareketi, uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırmak olarak kabul edilmekteydi" YOKUŞ SEVÜK, s.244, dn.553; Bu husus, bir Yargıtay kararına şu şekilde yansımıştır: "TCK. nun 403. maddesinin 5. bendinde (iki veya daha ziyade kimselerin bu cürümleri işlemek için anlaşmaları teşekkül sayılır) denmesine ve böylece uyuşturucu maddeyi birlikte nakil, satışını yapmak temin etmek hususlarında iki veya daha ziyade kişilerin önceden anlaşarak hareket etmiş olmaları halinde maddede tanımlanan "teşekkül" unsurunun gerçekleşmiş olacağına göre ve mahkemece, sanık H. ile sanık doktor O. ve A.'nın hayali adresler yazmak suretiyle ve sanık H. aracılığıyla başka şahıslara morfin tedarik için aralarında anlaşmışları ve bu anlaşmaya sanık eczacı Ü.'yü dahil ettikleri ve ilaçların (morfinlerin) hayali şahıslar adına düzenlenen reçetelerle eczaneden alınıp gerçek şahıslara verildiği hüküm yerinde oluşa uygun surette kabul edilmesine rağmen, reçeteler karşılığı elde edilen morfinlerin başka başka şahıslara verildiği veya satıldığı tespit edilmemesinden bahisle ve yasal olmayan bu şekilde gerekçe ile TCK.nun 403. maddesinin 5. bendi yerine 6. bendi ile uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiştir." **Y5.CD, T.06.07.1979, E.1979/1771, K.1979/2144**, ERMAN/ÖZEK, s.305, dn.59.

³⁸ YOKUŞ SEVÜK, s.244.

2. Kullanıcıların Yakalanmalarını Zorlaştıracak Önlemler Almak

İkinci seçimlik hareket, *kullanıcıların yakalanmasını zorlaştıracak önlemler almaktır*. Bu fiille, kullanıcıların dar anlamda kolluk gibi resmi makamlarca yakalanmasının önüne geçmenin yanı sıra, geniş anlamda kişinin durumunun başkalarının öğrenilmesinin de önüne geçmek amaçlanmaktadır. Bu açıdan, sürekli olarak enjektörle uyuşturucu alan bir kişiye, enjeksiyonun yapıldığı bölgeye iğne izini gizleyecek şekilde koyu renkte bir dövme yapmak örnek verilebilir³⁹. Ayrıca bu seçimlik harekete, kullanılan maddenin kanda izini kaybettirecek ya da azaltacak nitelikteki maddelerin temini veya kullanılan enjektörlerin yok edilmesi de örnek gösterilebilir⁴⁰.

TCK m.190/1-b'deki kullanıcıların yakalanmasını zorlaştıracak önlemler alma hareketi, TCK m.281'de ele alınan suç delillerinin yok edilmesi, gizlenmesi ve değiştirilmesi suçu ile m.283'teki suçluyu kayırma suçunun bir adım öncesidir. Bu açıdan söz konusu bent gerek kullanıcı kişinin vücudunda gerekse dışarıda bulunan bazı delillerin ortaya çıkmasını önlemek için tedbir almayı karşılar⁴¹. Örneğin eroini damara verme işlevini gören enjektörün tamamen yok edilmesi ya da değiştirilmesi, bu seçimlik hareket bakımından zorunlu değildir. Sadece kullanıcının yakalanmasının güçleştirilmesi, delilin ele geçirilmesinin zorlaştırılması yeterlidir⁴². Fakat burada delili ortadan kaldırma gerçekleşse dahi daha özel düzenleme niteliğinde olduğu için TCK m.190'nın uygulanması yoluna gidilmelidir⁴³.

3. Kullanma Yöntemleri Konusunda Başkalarına Bilgi Vermek

Üçüncü seçimlik hareket ise, *kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi vermektir*. Uyuşturucu maddenin nasıl yapılacağı, nereden veya kimden temin edilebileceği konularında verilecek bir bilgi bu hareket bakımından değil, 188. madde bakımından değerlendirilir⁴⁴. Bu bent kapsamında, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin özellikle nasıl kullanılacağı, dozajının nasıl ayarlanacağı ya da maddenin tesirini artırmak için hangi yollara başvurulacağı gibi hususlarda bilgi vermek kolaylaştırıcı nitelik arz etmektedir⁴⁵. Bu kapsamda, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin alkol ile alınması halinde etki düzeyinin artacağına ilişkin bilgi vermek örnek olarak gösterilebilir⁴⁶.

³⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.774.

⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.854; YOKUŞ SEVÜK, s.244.

⁴¹ GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II**, Ankara, 2011, s.2078.

⁴² AKKAYA, s.316.

⁴³ MALKOÇ, s.3113; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5854-5855.

⁴⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5856; YENİDÜNYA, s.109.

⁴⁵ AKKAYA, s.317; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.774; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.854.

⁴⁶ YOKUŞ SEVÜK, s.245.

ii. TCK m.190/2 Bakımından

Kanun koyucu, TCK m.190/2'de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını *alenen özendirmek* veya *bu nitelikte yayın yapmak* fiillerini cezalandırmak amacıyla seçimlik hareketli bir suç ihdas etmiştir. Ancak hüküm gerekçesinde seçimlik hareketlerin izahına katkı yapacak bir açıklamaya yer verilmediğini ifade etmek gerekmektedir⁴⁷. Bu nedenle öncelikle, özendirmek veya yayın yapmak seçimlik hareketlerinin bu suçu oluşturması için *alenen* işlenmesi gerektiğine dikkat çekilmelidir. Bu bakımdan aleniyet, suçun temel şekline ilişkin bir unsur niteliğini haizdir. Dolayısıyla özendirmede ya da yapılacak yayında aleniyetin olmaması ihtimalinde suç oluşmayacaktır⁴⁸. Bilindiği üzere, aleniyet, bir fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından bilenebilir, algılanabilir olmasını ifade eder⁴⁹.

1. Alenen Özendirmek

Yukarıda da kısmen ifade edildiği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya *alenen özendirme* fiilinde, esas olarak bir kişinin bu maddeleri kullanmaya heveslendirilmesi ya da teşviki söz konusudur. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, kişide söz konusu maddeleri kullanma isteğinin uyarılmasını sağlamak, bu yönde bir isteğin ortaya çıkmasına yardımcı olmak esastır⁵⁰.

Yine belirtecek olursak, burada özendirme fiilinin neticesinde kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmış olup olmadığı bir önem taşımamaktadır. Suçun oluşması için özendirme niteliği taşıyan aleni davranışın gerçekleştirilmesi kafidir⁵¹. Buna örnek olarak, bir işyerine, misalen bir kahvehaneye, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici bildiri, resim ya da afişlerin asılması gösterilebilir⁵². Kullanımın kolaylaştırılması suçunda olduğu gibi bu suç da sırf hareket suçu kategorisindedir.

2. Alenen Özendirici Nitelikte Yayın Yapmak

Fıkradaki ikinci seçimlik hareket, *alenen özendirici nitelikte yayın yapmaktır*. Bilindiği üzere, TCK m.6 (g) bendinde "*Ceza kanunlarının uygulanmasında; basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik*

⁴⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.108.

⁴⁸ ÖNER, s.240; YOKUŞ SEVÜK, s.250.

⁴⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.776; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.855.

⁵⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.776-777; YENİDÜNYA, s.111; YOKUŞ SEVÜK, s.250.

⁵¹ KURT/KURT, s.205; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.777; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.855.

⁵² AKKAYA, s.318; MALKOÇ, s.3114; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5856.

kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar, anlaşılır.” denilerek yayın yapmak fiilinden ne anlaşılması gerektiğine kısmen değinilmiştir⁵³.

Açıkkası, bu durumun ayrıca belirtilmiş olması anlaşılammaktadır. Zira belirsiz sayıda kişiye karşı yapılacak olan bir yayın zaten alenen özendirmeyi karşılayacaktır⁵⁴. Başka bir şekilde, bu nitelikteki bir yayın, aleniyetin özel bir görünüş biçimi olarak da ifade edilebilir⁵⁵. Bu açıdan kanaatimizce, teknolojik imkanları da dikkate alarak yapılacak bir yayının çok daha geniş kitlelere ulaşabileceği ihtimaline binaen bu seçimlik hareket, söz konusu suç bakımından ağırlatıcı bir sebep olarak düşünülebilir.

Gerçekten de pek çok sosyal medya aracının, günümüzde ellerimizdeki telefonlar aracılığıyla kolayca binlerce hatta milyonlarca kişiyle canlı yayın kurabildiğini hesaba katarsak, yayın yapma seçimlik hareketinin alenen özendirme seçimlik hareketinin çok ötesinde bir yer tuttuğu tartışmasızdır. Bu nedenle kullanımı özendirme suçunun yayın yapmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezası daha ağır bir nitelikli hal olarak kabul edilmelidir.

Madde kullanımının kolaylaştırılması suçunda olduğu gibi, bu maddelerin kullanılmasını özendirme suçunda da bizatihi hareketler, toplumsal olarak tehlikeli sayılmaktadır. Bu sebeple özendirme suçu, zarar ya da zarar tehlikesi değil, salt tehlike suçudur⁵⁶.

Ayrıca uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesine TCK m.189’da yer verilmişken, bu maddelerin kullanımının kolaylaştırılmasının ya da özendirilmesinin veya bu nitelikte yayın yapılmasının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ihtimaline kanunun sistematiğinde yer verilmemiştir. Kanaatimizce bunun bir eksiklik olarak değerlendirilmesi mümkündür.

b. Fail

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırıcı veya özendirici nitelikteki seçimlik hareketleri yerine getiren kişi, bu suçların faili olacaktır. Fail açısından özellik arz eden durum üçüncü fıkradaki nitelikli hal düzenlemesinde karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında bu suçların faili herkes olabilir.

Kolaylaştırma suç tipinde failin belirli özellikleri taşıması aranmadığı için, fail bakımından özgü suçlardan olmadığı söylenebilir⁵⁷. Ancak bu

⁵³ YENİDÜNYA, s.110.

⁵⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.777.

⁵⁵ MALKOÇ, s.3114; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.855; YOKUŞ SEVÜK, s.251.

⁵⁶ AKKAYA, s.313; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.108; KURT/KURT, s.205; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.855; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5853; YOKUŞ SEVÜK, s.250.

⁵⁷ AKKAYA, s.311; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5850.

noktada dikkat edilmesi gereken husus, failin bir başkasına yönelik kullanımı kolaylaştırması gerektiğidir. Kişinin kendisinin kullanımını kolaylaştırmaya yönelik özel bir yer sağlaması ya da yakalanmasını zorlaştıracak önlemler alması bu suç kapsamında yaptırımla karşılanmamıştır. Dolayısıyla kullanımı kolaylaştırma suçunda fail, maddede açıkça ifade edilmemişse de doktrinin ve içtihatların altını çizdiği şekilde **başkalarının uyuşturucu madde kullanma fiillerini kolaylaştıran kişidir**⁵⁸.

Ancak yayın yoluyla bu suçun işlenmesi ihtimalinde fail, yazılı yayınlarda yazının ya da haberin yazarı, tercümanı veya resim ya da karikatürün çizeri, görsel ve işitsel yayınlarda beyanda bulunan, haberi sunan kişi olarak karşımıza çıkacaktır. Bu hususta 5187 sayılı Basın Kanunu m.11⁵⁹ failin ve ceza sorumluluğunun tespiti bakımından oldukça büyük öneme sahiptir⁶⁰. Zira Basın

⁵⁸ GERÇEKER, s.2079; ÖNER, s.237; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.857; YENİDÜNYA, s.106; YOKUŞ SEVÜK, s.240; “12.04.2005 tarihli yakalama ve zaptetme tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre; ailesinden ayrı olarak bir ev tuttuğu ve burada kişisel ihtiyacı için uyuşturucu madde bulundurduğu ileri sürülen sanığın, bu evi; **başkalarına uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak** için tuttuğuna ve kullandığına ilişkin delillerin neler olduğu açıklanıp gösterilmeden hakkındaki hüküm temyiz edilmeyen sanık A'nın hazırlıktaki anlatımı esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması,” **Y10.CD, T.22.11.2006, E.2006/3635, K.2006/13013**, YALVAÇ, Gürsel, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.1187; “Özel bir yer sağlayarak bir kimsenin uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırma suçunun oluşabilmesi için, sanığın, uyuşturucu maddeyi kolaylıkla kullanmaya elverişli herhangi bir yerden, **başkasının yararlanmasını sağlayarak**, o kişinin uyuşturucu madde kullanmak fiilini kolaylaştırması ve mülkiyet ya da zilyetliğinde bulunan bu yerin, **bir başkasının uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştıracağı**ni bilerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmesi, yani genel kastının bulunması gerekmektedir.” **Y10.CD, T.25.02.2003, E.2002/30290, K.2003/846**, KURT/KURT, s.208; YALVAÇ, s.1187.

⁵⁹ **5187 sayılı Basın Kanunu m.11**: “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. / Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. / Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. / Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur. / Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.” www.tbmm.gov.tr (19.02.2018).

⁶⁰ AKKAYA, s.319-320; KURT/KURT, s.205-206; ÖNER, s.240; PARLAR/HATİPOĞLU, **Asliye Ceza Davaları**, s.661; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5857.

Kanunu'ndaki bahsi geçen düzenleme gerek eser sahibi gerekse sorumlu müdür ya da yetkili kişi bağlamında oldukça ayrıntılı ele alınmıştır.

c. Mağdur

Mağdur açısından ise, suçların topluma karşı işlenen suçlar arasında olmasına dikkat çekmek elzemdir. Buradan hareketle her iki suçun mağdurunun *kamu/toplum* olduğunu söylemek gerekir⁶¹. Özellikle özendirmenin *alenen* olacağına madde metninde zikredilmesi, suçun mağdurunun toplum olduğu görüşünü destekler niteliktedir. Ayrıca nesillerin ruh ve beden sağlığının korunmaya çalışıldığı düşünüldüğünde, burada somut bir mağdurdan ziyade bir bütün olarak toplumu meydana getiren bireylerin ve hatta bundan dolayı devletin mağdur olduğu kabul edilebilir⁶².

d. Konu

Bilindiği üzere, suçun konusu, suçun üzerinde gerçekleştiği kişi veya şeydir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarında, suçun maddi konusunu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler oluşturur. Ancak belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı madde kavramı, TCK'da ya da başka bir kanunda tanımlanmamıştır. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının sebebi, TCK m.188'in gerekçesine şu şekilde yansımıştır⁶³:

Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret olduğu tanımlanmadığı gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psikotrop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere gerekçede ifade edildiği biçimde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kavramına ilişkin efradını cami, ağyarını mâni bir tanım bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki nelerin uyuşturucu madde sayılacağına ilişkin gerek ülkemizin de taraf olduğu uluslararası belgelerde gerekse ulusal mevzuat içerisinde bazı düzenlemeler mevcuttur⁶⁴. Fakat bu

⁶¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.772; YOKUŞ SEVÜK, s.241.

⁶² GERÇEKER, s.2077; PARLAR/HATİPOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.2860; YENİDÜNYA, s.107.

⁶³ ARTUK/GÖKCEN, s.228.

⁶⁴ Türkiye'nin 1995 yılında onayladığı 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi m.1/n'de "1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinin ve 1961 Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1972

düzenlemelerin, hangi maddelerin uyuşturucu sayılacağı konusunda sınırlayıcı olmadığını altı çizilmelidir. Çünkü her geçen gün, sayı ve çeşitlilik bakımından sürekli bir artış seyirindeki bu maddeleri sınırları çizilmiş bir tanım içine sıkıştırmak pek mümkün değildir⁶⁵. Buradan hareketle uyuşturucu veya uyarıcı etki doğuran ve kişilerde bağımlılık meydana getiren doğal ya da sentetik bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilebilir⁶⁶.

Ayrıca belirtmek gerekirse, Yargıtay, söz konusu maddelerin bahsi geçen niteliklere sahip olup olmadığı hususunda tespitini, bilirkişi raporlarına dayandırılması gerektiğini pek çok kararında ifade etmiştir⁶⁷. Buna göre, *bu konuda Adli Tıp Kurumu Kimyasal Tahliller İhtisas Dairesinden suç konusu maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığı konusunda rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir*.

Öte yandan, kullanılması kolaylaştırılan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin sahip olduğu nitelik, 765 sayılı Kanun uygulamasından farklı olarak bu suç bakımından cezayı artırıcı ya da azaltıcı bir önem arz etmemektedir⁶⁸.

Protokolü ile Değiştirilmiş 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Sözleşmesinin I ve II numaralı Cetvellerinde yer alan doğal veya yapay her türlü madde"nin uyuşturucu madde sayılacağı ifade olunmaktadır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.832; öte yandan, "**2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun m.1:** Tıbbi afyon ile müstahzaratının ve morfin ve bütün milhlerinin ve morfinin uzvi hamızlarla veya küül cezriyle birleşmesinden mütehasıl bütün eterlerinin ve bunların milhlerinin ve koka yaprağı, ham kokain ve kokain ekgonin ve tropokokain ile bütün milhlerinin ve yüzde 0,20 gramdan fazla morfin ve milhlerini ve yüzde 0,10 gramdan fazla kokain ve milhlerini muhtevi bütün müstahzarların ve ökodal (Eugodal), dikodit (Dicodide) ve Dilodit (Diloudide), Asedikon (Acedicone) ve bunların terkibi kimyevisinde bulunan maddelerde bütün müstahzarlarının ithal, ihraç ve memleket içersindeki satışı Sihat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin murakabesine tabidir. **3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun m.1:** Çizilmiş veya çizilmemiş haşhaş kapsülleri ile, ham afyon, tıbbi afyon ve morfin evsafını haiz afyon alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri; koka yaprağı ve bunun alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tayin olunacak diğer uyuşturucu maddelerin alımı, satımı, imali, ithali ve ihracı ile ilgili hususlar Bakanlar Kurulunun tespiti edeceği esaslara göre yürütülür." ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.751, dn.6.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KURT/KURT, s.9-41; ÖNER, s.80-101; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.752-753; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.832-833; YOKUŞ SEVÜK, s.21-50.

⁶⁶ KURT/KURT, s.201.

⁶⁷ **Y10.CD, T.06.12.2006, E.2006/11099, K.2006/13819**, www.kazanci.com (19.02.2018), ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.753-754, dn.21.

⁶⁸ AKKAYA, s.312, dn.287; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5851; "Bu ağırлатıcı sebebin bulunması halinde, kullanımı kolaylaştırılan uyuşturucu maddenin niteliğine bakılmak gerekir: bu madde eroin, kokain, morfin veya baz morfinin dışında kalmakta ise 403/5. maddede; bunlardan biri ise 403/6. maddede yer alan cezalar altıda bir oranında artırılır. Uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırıcı hareketlerde bulunmak, fiili bir ağırlatıcı sebep olduğundan, bu ağırlatıcı sebep TCK 67. madde uyarınca şeriklere sirayet eder." ERMAN/ÖZEK, s.305.

e. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçlarının Nitelikli Hali (TCK m.190/3)

TCK m.190/3'te, önceki iki fıkrada ihdas edilen suçlar için ortak bir nitelikli hal öngörülmüştür. Buna göre, *bu maddede tanımlanan suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.*

Görüldüğü üzere, uğraştıkları meslek dolayısıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddeler hakkında daha ayrıntılı bilgiye sahip olan faile yönelik bir ağırlatıcı neden düzenlenmiştir. Bu sebeple burada failin *mesleğinden* ya da *sıfatından* kaynaklanan bir nitelikli hal söz konusudur⁶⁹. Bu sebeple temel düzenlemeler özgü suç niteliğinde olmasa da nitelikli hal bakımından bir özgülleme mevcuttur.

Öte yandan, buradaki ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için bahsi geçen meslek ya da sıfatın mevzuata uygun şekilde kazanılmış ve suç tarihi itibarıyla da kaybedilmemiş olması gerekmektedir⁷⁰. Bu bakımdan, emekli olduktan sonra bir doktorun kolaylaştırma ya da özendirme niteliğindeki hareketleri gerçekleştirmesi halinde, nitelikli halden değil, basit halden sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷¹. Yine buna örnek olarak, doktor sıfatına sahip fakat mesleğini icra etmeyen bir kişi, eczacılık yapmayan bir eczacı ya da kimyagerlik yapmayan bir kimyager inceleme konusu yaptığımız suçu işlediği takdirde ağırlatıcı sebepten sorumlu olmayacaktır⁷².

Maddede sayılan meslekler, sınırlı sayıdadırlar ve düzenleme sadece zikrolunanları kapsar. Bu sebeple hastanedeki hademe, eczanedeki kalfa, odacı, bekçi veya şoförün söz konusu suçu işlemesi durumunda ağırlatıcı sebepten sorumlu olmayacağını belirtmek gerekmektedir⁷³. Sadece zikredilen meslek grubu sahiplerine yönelik böyle bir düzenlemeden maksadın, uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ulaşmalarında sahip oldukları kolaylıktan ileri geldiği söylenebilir. Ayrıca sağlığı korumakla görevli olan bu meslek mensuplarının görevlerinin aksine bir iş yapmalarındaki ahlaki kötülüğün de bu hususta önemli bir neden olduğu ifade edilmelidir⁷⁴.

⁶⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.777; ÖZDABAKOĞLU, s.164; PARLAR/HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s.662; YOKUŞ SEVÜK, s.254.

⁷⁰ KURT/KURT, s.206; MALKOÇ, s.3114; YOKUŞ SEVÜK, s.255.

⁷¹ AKKAYA, s.322.

⁷² ERMAN/ÖZEK, s.304.

⁷³ GERÇEKER, s.2079; PARLAR/HATİPOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.2862.

⁷⁴ ERMAN/ÖZEK, s.303; ÖZDABAKOĞLU, s.165; PARLAR/HATİPOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.2862; YOKUŞ SEVÜK, s.255.

Uyuşturucu madde suçlarına ilişkin TCK m.192'de *Etkin Pişmanlık* kenar başlığı altında cezayı kaldıran veya hafifleten bazı şartlara yer verilmiştir. Ancak elinizdeki çalışmanın konusunu teşkil eden TCK m.190'daki suçlar, bu düzenlemenin kapsamı dışındadır⁷⁵. Dolayısıyla 190. maddeye yönelik cezayı ağırlatıcı bir nitelikli hal mevcutken, bu suçtan verilecek cezayı hafifletici ya da ortadan kaldırıcı bir nitelikli hal düzenlemesi bulunmamaktadır.

3. Manevi Unsur

a. TCK m.190/1 Bakımından

Suç, kasten işlenebilir. Suçun taksirli düzenlemesi bulunmamaktadır. Burada aranacak olan kast, failin suçun kanuni tanımındaki seçimlik hareketleri, yani uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırdığını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Nitekim Yargıtay da bu noktada, *“sanığın, bir başkasının uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştıracağını bilerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmesi, yani genel kastının bulunması gerektiğini”* ifade etmiştir⁷⁶.

Buna karşın, doktrindeki bir görüşe göre⁷⁷, madde metnindeki *“uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için”* ibaresi, bu suç bakımından açıkça özel kastın varlığına işaret etmektedir. Çünkü kanun koyucunun söz konusu ibare ile hususen belirtmek istediği, uyuşturucu madde kullanımı bir yana bunun kolaylaştırılmasını dahi yasaklamayı amaçladığıdır. Dolayısıyla bu bakış açısı altında kullanımın kolaylaştırılması suçunun olası kastla işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

Kanaatimizce, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlarının zaten bilinmesi gerektiğinden bahisle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunda kastın, Yargıtay'ın da benimsediği şekilde genel kast olarak kabulü gerekir.

b. TCK m.190/2 Bakımından

Aleniyet, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun bir unsuru olduğundan; fail, hareketinin alenen olduğunu bilip istemelidir⁷⁸. Aksi

⁷⁵ ÖZDABAKOĞLU, s.165; PARLAR/HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s.663.

⁷⁶ **Y10.CD, T.25.02.2003, E.2002/30290, K.2003/846**, AKKAYA, s.320-321; KURT/KURT, s.208; YALVAÇ, s.1187; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5858.

⁷⁷ ÖNER, s.239; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.772; YOKUŞ SEVÜK, s.245-246; **aksi yönde**, “yazarlar bize atfen “özel kast”ı aradığımızı belirtmiş olsalar da, kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesini gerektirdiğinden, failin uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırdığını bilmesi de “genel kast” ifade etmektedir.” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.856, dn.126.

⁷⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5857.

takdirde, bir kişiye uyuşturucu madde kullanımına dair tecrübesini anlatırken, kendisinin haberi ve bilgisi olmadan söyledikleri kayda alınıp yayınlanan kişi açısından suçun unsurları gerçekleşmiş olmayacaktır. Diğer bir deyişle, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz (TCK m.30/1)⁷⁹.

Örnek kabilinden, bir köşe yazarının uyuşturucu madde kullanmak suretiyle acılarının hafiflediğini, psikolojisinin düzeldiğini, bu durumun kendi üzerinde olumlu etkiler doğurduğunu ve uyuşturucu kullanmanın kişiler için bir çare olabileceğini yazması, kastın varlığına işaret edecektir. Fakat belirtmek gerekir ki köşe yazarı yazısında, hatta bir şarkıcı şarkısında sadece uyuşturucu kullandığını söylemiş veya bu sebeple çok eğlendiğini ifade etmişse, bu tek başına özendirme suçunu oluşturmayacaktır⁸⁰.

Tam da bu noktada, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu bakımından olası kastın mümkün olduğunu kabul eden görüşe göre⁸¹, verilen köşe yazısı ve şarkı örneklerinde suçun meydana gelebileceği ifade edilmelidir.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Normal şartlar altında, kural olarak hiçbir neden, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmayı ya da özendirmeyi meşru kılmaz⁸². Ancak bu durum özellikle doktorlar açısından daha dikkatli değerlendirilmelidir. Örneğin uyuşturucu bağımlılarının tedavileri gibi bazı durumlarda hekimlik mesleğinin icrası bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkacaktır. Aksi takdirde, doktorun tedavi sürecindeki kişiye, malzeme niteliğindeki enjektörü sağlaması ya da bağımlının alması gereken uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğini haiz ilacı, nasıl ve ne ölçüde alması gerektiği noktasındaki bilgilendirmesi, burada inceleme konusu yaptığımız suça vücut verecektir⁸³.

Yine benzer şekilde, örneğin hastasının uyuşturucu bağımlısı olduğunu bildiği ancak hastasını bundan bir türlü vazgeçiremeyen doktorun, faili en azından düşük dozlar almasını teşviki, bu yönde sergileyeceği özendirici nitelikteki davranışları mesleğin icrası hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilecektir⁸⁴.

⁷⁹ YOKUŞ SEVÜK, s.252.

⁸⁰ AKKAYA, s.321; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.856, dn.127; YOKUŞ SEVÜK, s.252.

⁸¹ YENİDÜNYA, s.111.

⁸² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.107.

⁸³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.778; YOKUŞ SEVÜK, s.246.

⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.856.

Ayrıca, kitle iletişim araçlarıyla bağlantılı olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni burada tartışılabilir. Haber verme hakkı kapsamında, kamuyu bilgilendirme görevi yerine getirilirken, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması haber konusunu teşkil edebilir. Bu hususta, haberin sunulmasının kullanmayı özendirici nitelikte olup olmaması, haber verme hakkının sınırını oluşturacaktır⁸⁵. Bu bağlamda, haber, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmayı özendirecek nitelikte sunuluyorsa bir hukuka uygunluktan bahsedilemez.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Bilindiği üzere, sırf hareket suçları veya soyut tehlike suçları kural olarak teşebbüse uygun değildir. Zira uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları gibi bu tarz suçlarda hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır. Ancak tabii ki hareket, niteliği itibarıyla parçalara ayrılabilirse suçta teşebbüs söz konusu olabilir⁸⁶.

Özellikle kullananların yakalanmalarını zorlaştırıcı önlemler almak bakımından yukarıda verdiğimiz dövme örneği üzerinde düşünülecek olursa, her ne kadar pratikte gerçekleşmesi biraz zor görünse de bu alt unsur için teşebbüs ihtimal dahilindedir⁸⁷. Bu duruma, bir kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme niteliğindeki bir yazısının ilgili web-sitenin yöneticileri tarafından yayınlanmaması örnek gösterilebilir⁸⁸. Yine bu nitelikteki bir yayının henüz halka ulaşma olanağına kavuşmadan (örneğin matbaada baskıya girmeden) ihbar üzerine yakalanması ihtimalinde teşebbüs sorumluluğu doğabilir⁸⁹.

Diğer taraftan, doktrinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu teşebbüse elverişli kabul eden bir görüş de mevcuttur⁹⁰. Buna göre, kişinin uyuşturucu maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak için özel yer sağlama hareketinde, özel yerin anahtarını verirken yakalanması halinde ya da kişi, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak için maddenin nasıl kullanılacağına ilişkin bilgi vermek üzere ya da yine bu minvalde özendirmek için konuşmasına henüz başlamışken konuşmayı elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde suçta teşebbüsten bahsedilebilir.

⁸⁵ YOKUŞ SEVÜK, s.252.

⁸⁶ PARLAR/DEMİREL, s.391; PARLAR/HATİPOĞLU, **Asliye Ceza Davaları**, s.663; PARLAR/HATİPOĞLU, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2863.

⁸⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.856.

⁸⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.778.

⁸⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.857.

⁹⁰ AKKAYA, s.323; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5860; YOKUŞ SEVÜK, s.246.

b. Gönüllü Vazgeçme

Teşebbüsün imkân dahilinde olduğu durumlarda, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleyen kişi bakımından, gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan arkadaşlarına evinin anahtarlarını veren failin daha sonra bundan vazgeçerek evinin anahtarlarını değiştirmesi gönüllü vazgeçmeye örnek teşkil edebilir⁹¹. Ya da özendirme suçu bakımından kullanımı özendirme niteliğindeki yayını basacakken baskıya sokmaktan vazgeçen matbaacı, gönüllü vazgeçmeye örnek teşkil edebilir.

c. İştirak

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunda iştirakin her çeşidi mümkündür. Örnek olarak bir kimse, uyuşturucu maddeler hususunda bilgi sahibi olan birisini kullanma konusunda bilgi vermesi bakımından azmettirebilir. Maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak için, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiye malzemeyi bir akıl hastası veya küçük bir çocuk aracılığıyla ulaştıran kişi, dolaylı fail olarak bu suçtan sorumlu olacaktır⁹². Diğer yandan, aklında bu maddelerin kullanılmasını özendirici nitelikte konuşma yapmak düşüncesine sahip birini teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, çeşitli şekillerde suçun icrasını kolaylaştıran kişi de yardım eden olarak karşımıza çıkabilir⁹³.

d. İçtima

Öncelikle kullanımı kolaylaştırma suçu kapsamında yer alan seçimlik hareketlerin ya da kullanımı özendirme suçu bakımından alenen özendirme veya bu nitelikte yayın yapma seçimlik hareketlerinin birden fazlasının söz konusu suçlar altında birlikte işlenmesi durumunda tek suç oluşacağını belirtmek gerekir. Fakat böyle bir durumda, ceza belirlenirken, cezayı alt sınırdan uzaklaşarak tayin etmek isabetli olacaktır⁹⁴.

Diğer taraftan gerekçede de ifade edildiği biçimde ikinci fıkradaki özendirme suçu, ayrı bir suç olarak kabul edildiğinden bu iki fıkra bakımından söz konusu iki suç arasında içtima hükümlerine gidilebilecektir⁹⁵. Buna örnek vermek gerekirse, alenen özendirme veya bu nitelikte yayın yapma biçiminde gerçekleştirilen harekette aynı zamanda kullanma yöntemleri konusunda bilgi de verilmiş olabilir. Bu takdirde doğal olarak fikri içtima ilişkisi gündeme

⁹¹ YOKUŞ SEVÜK, s.249.

⁹² YOKUŞ SEVÜK, s.248.

⁹³ YOKUŞ SEVÜK, s.253.

⁹⁴ MALKOÇ, s.3116.

⁹⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.778.

gelecektir. Ancak iki suç tipi için de öngörülen ceza miktarı aynı olduğundan, bu durumun pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır⁹⁶.

Bununla birlikte, örnek vermek gerekirse, bir kişi uyuşturucu maddenin zevkine ancak *altın vuruş* ile varılabileceğine ilişkin telkinler içeren bir yayın yapıyorsa hem TCK m.84'teki intihara yönlendirme⁹⁷ hem de TCK m.190/2'deki özendirme suçunu işlemiş olur. Bu takdirde ise, fikri içtima söz konusu olup en ağır cezayı gerektiren suçtan yani TCK m.190/2'den sorumluluk belirlenecektir⁹⁸.

Failin bir yandan madde kullanılmasını kolaylaştırmak için özel yer tahsis etmesi, diğer yandan madde kullanımını *alenen özendirmesi* ihtimalinde, TCK m.190'nun birinci ve ikinci fıkralarında iki ayrı suçun ihdası söz konusu olduğundan, fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁹⁹. Ayrıca fail, uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırmanın ya da özendirmenin yanında bir de kişiye bu maddenin teminini sağlamışsa, hem m.190'nun hem de m.188'in ihlal edilmesinden ötürü ayrı ayrı sorumlu olacaktır¹⁰⁰. Bu noktada, her iki eylemin haksızlık içeriğini kapsayacak şekilde tüketen norm olarak m.188'den sorumluluk tesis edileceği görüşü de not edilmelidir¹⁰¹. Ancak belirtilmelidir ki, bu görüş sahibi yazarların örnek olarak zikrettikleri Yargıtay kararına mevzu olayda, m.190'nun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle m.188'den hüküm kurulması gerektiğinin altı çizilmektedir¹⁰².

Tam bu noktada şu ayrıma dikkat edilmelidir. Kişi, bir yandan kendi kullanımı için madde bulundurmuş, öbür yandan başkalarına da kullanmaları için evini tahsis etmişse, burada iki ayrı hareket ve dolayısıyla biri TCK m.191'deki

⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.857; YOKUŞ SEVÜK, s.247.

⁹⁷ **TCK m.84/1**: “Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁹⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.779.

⁹⁹ YOKUŞ SEVÜK, s.253.

¹⁰⁰ GERÇEKER, s.2079; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5852 ve 5861; YOKUŞ SEVÜK, s.253.

¹⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.857.

¹⁰² “Olay günü evine gelen ve haklarında “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçundan tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişilere uyuşturucu madde vermek ve onların aldıkları uyuşturucu maddeleri evinde kullanmalarına rıza göstermekten ibaret eyleminin sadece TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında yer alan suç oluşturduğu, **aynı Kanun'un 190. maddesinde belirtilen “özel yer, donanım ve malzeme sağlama” niteliğinde olmadığı**, dolayısıyla sözü edilen maddede tanımlanan “uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma” suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanık hakkında beraat yerine mahkumiyet hükmü kurulması, kanuna aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu sebeple yerinde olduğundan, hükmün BOZULMASINA, 28.02.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”, **Y10.CD, T.28.02.2014, E.2013/13007, K.2014/1359**, www.kazanci.com (19.02.2018).

kullanmak için madde bulundurma suçu diğeri TCK m.190'daki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu olmak üzere iki ayrı suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁰³. Ancak Yargıtay benzer bir örnekte, oldukça yakın tarihli bir kararına da yansıdığı biçimde farklı düşünmektedir¹⁰⁴:

Olay tarihinde ihbar üzerine polis memurlarının sanığın temyiz dışı sanıkla birlikte ikamet ettiği eve gittikleri, evin kapısı açıldığında içeride uyuşturucu madde kullanıldığı izlenimi edinmeleri üzerine usulünce alınan arama kararı doğrultusunda yapılan aramada evde 2,6 gr; sanığın üzerinde de 0,8 gr hint keneviri ele geçirildiği, sanığın ve tanıkların birlikte uyuşturucu madde kullandıklarını beyan ettikleri anlaşılmalı; sanığın kendi evinde birlikte uyuşturucu madde kullanmaktan ibaret eyleminin özel yer ve donanım veya malzeme sağlama olarak değerlendirilemeyeceği, atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, ... kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan hükmün BOZULMASINA, 13/06/2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu açısından zincirleme suç hükümleri de söz konusu olabilir. Bu hususta özel yer sağlama ya da kullanma yöntemleri konusunda bilgi verme gibi hareketlerle aynı suç işleme kararı altında aynı suçun farklı zamanlarda birden çok kez işlenmesine örnek verilebilir. Dahası yine bu hareketlerin aynı anda birden çok kişiye karşı icra edilmesi durumunda TCK m.43/2 uygulama alanı bulabilir¹⁰⁵.

Buna karşın, TCK m.190/2'de tanzim edilen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun alenen olması gerekmektedir ve suç, alenen özendirme eyleminin yapılmasıyla tamamlanmaktadır. Aleniyet bizatihi birden fazla kişiye ulaşmayı bünyesinde barındırdığı için, somut olayda özendirilen kimselerin birden fazla olması durumunda, TCK m.43/2 bağlamında zincirleme suç hükümleri bu suça uygulanamaz. Ancak m.43/1 kapsamında aynı suç işleme kararı altında farklı zamanlarda birden fazla özendirme hareketinin ya da bu nitelikteki yayının yapılması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁶.

Bu başlık altında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma hareketleri neticesinde, söz konusu maddeleri kullanan kişilerin yaralanması ya da ölmesi gibi sonuçlarla karşılaşılması durumunda kullanımı kolaylaştıran failin bu neticelerden dolayı bir sorumluluğu olup olmayacağı

¹⁰³ YOKUŞ SEVÜK, s.247.

¹⁰⁴ **Y20.CD, T.13.06.2017, E.2015/11598, K.2017/3794**, emsal.yargitay.gov.tr (19.02.2018).

¹⁰⁵ MALKOÇ, s.3116; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.778-779; YOKUŞ SEVÜK, s.247.

¹⁰⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5861.

tartışılabilir. Bu bağlamda, eğer uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının kolaylaştırılması suçunun yanı sıra maddeleri kullanan kişinin yaralanması ya da öldürülmesine yönelik failin kastı tespit edilebiliyorsa hem TCK m.190/1'den hem de somut olaya göre yaralama yahut öldürme suçundan sorumluluk tesisi yoluna gidilecektir.

Takdir edersiniz ki bu noktada kastın ve nedensellik bağının tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak 765 sayılı TCK m.407'de faile verilecek cezayı artıracak biçimde bir düzenlemeye gidilmişti¹⁰⁷. Buradan hareketle öğreti ve Yargıtay, failin eylemi ile yaralama veya ölüm neticesi arasında **uygun, yakın, doğrudan ve etkin bir nedensellik** aramaktaydı¹⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK, bu hususta bir düzenleme öngörmemiştir. Bu bağlamda, failin, kişiye sadece uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak için enjektör verdiği, fakat kişinin bu enjektörü kullanmak suretiyle aşırı dozda eroin alarak ölmesi ihtimalinde, enjektörü veren failin gerçekleşen neticeden sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁰⁹.

6. Yaptırım, Zamanaşımı, Soruşturma ve Kovuşturma

TCK m.190'ın gerek birinci gerekse ikinci fıkralarındaki suçlar için öngörülen yaptırım aynıdır. Düzenlemenin ilk halinde *iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası* öngörülmüşken, bu ceza, 18 Haziran 2016 tarihli 6545 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikle *beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına* artırılmıştır. Üçüncü fıkrada belirtilen kişiler tarafından ilk iki fıkradaki suçların işlenmesi durumunda, verilecek ceza yarı oranında artırılarak tatbik olunur. Bu da *yedi buçuk yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına* tekabül etmektedir.

Ayrıca üçüncü fıkranın uygulandığı hallerde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ya da özendirme suçlarının bazı mesleklerin kötüye kullanılarak işlenmesi dolayısıyla TCK m.53/5'teki yasaklamalara da hükmolunması gerekecektir¹¹⁰.

¹⁰⁷ **765 sayılı TCK m.407:** “(1) Geçen maddelerde yazılı fiillerden dolayı şahısların hastalanması veyahut yara ve berelenmesi gibi sıhhatçe bir arıza vuku bulduğu takdirde ölüm ve müebbeden ağır hapsi müstelzim ahvalin gayrısında ceza üçte birden yarısına kadar çoğaltılır. Eğer fiil birkaç kişinin hastalığına sebep olmuş ise birinci fıkrada beyan olunan ceza bir mislinden aşağı olamaz. (2) Eğer fiil bir kimsenin ölümüne sebep olmuş ise faile müebbet ağır hapis cezası verilir.” İÇEL/YENİSEY, s.261.

¹⁰⁸ **Y10.CD, T.10.12.1998, E.1995/12221, K.1998/10133, YOKUŞ SEVÜK**, s.248, dn.565.

¹⁰⁹ YOKUŞ SEVÜK, s.248; bu hususun doktrinel bakımından daha ayrıntılı bir incelemesi için bkz. HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2007, s.133.

¹¹⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5862.

Öte yandan belirtmek gerekirse, 15 Ağustos 2017 tarihli 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 132 ila 134. maddeleri ile uyuşturucu madde suçlarında mevcut olan cezalara adli para cezaları da eklenerek artırımı gidilmiştir¹¹¹. Belirtmek gerekir ki, 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile söz konusu değişiklik yasalarmış ve TCK m.190/1 ve 2'deki cezalar, *beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası* şeklindeki son halini almıştır¹¹².

¹¹¹ Bkz. 25.08.2017 tarihli 30165 sayılı RG; buraya bir şerh düşmek gerekirse, hem Anayasa m.38/3 "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." hükmü hem de TCK m.2/2 "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz." hükmü kanunilik ilkesinin birer yansıması olarak meri mevzuatta halen varlıklarını korurken, açıkça bu ilkenin hilafına böyle bir değişikliğin niçin olağanüstü hâl khk'sıyla yapıldığı merak konusudur. Bununla birlikte, Anayasa m.121/3 "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarılabileceğini" ifade etmektedir.

Öte yandan burada, 11.02.2017 tarihli 29976 sayılı RG'de yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecek olan değişikliklerden inceleme konumuzla ilişkili olan m.104/17 ile m.119/6'yı ifade etmekte fayda vardır. Bu bağlamda, olağanüstü hâl yönetimini düzenleyen m.119'un 6. fıkrasında "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanını, **olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararname Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.**" hükmüne yer verilmiştir.

Burada işaret edilen 104. madde ise, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Anayasa m.104/17'ye göre, "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. **Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.** Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir." www.resmigazete.gov.tr (19.02.2018).

¹¹² www.mevzuat.gov.tr (19.02.2018); Yine de altını çizmek gerekirse elimizdeki kaynaklardan da kolayca anlaşılacağı üzere kanaatimizce gerek mevcut düzenlemeler gerekse birlikte yapılacak ilk milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanı'nın göreve başlamasıyla yürürlüğe girecek düzenlemeler, esas itibarıyla doğrudan kanun ile yapılması gereken bu tarz değişikliklerin kanun hükmünde kararname aracılığıyla yapılmasına cevaz vermemektedir. Bu nedenle benzer nitelikteki söz konusu değişiklikler, 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun örneğinde olduğu gibi ez azından yasalarmışa değin, uygulayıcıların bu durumu göz önünde bulundurmaları adaletin doğru şekilde tecellisi bakımından yerinde olacaktır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10 ila 14. maddeleri mucibince görevli mahkeme, *asliye ceza mahkemesidir*. Ancak bu hususta somut olay bağlamında TCK m.188'in kapsamına giren bir suç söz konusu olursa, bu suçlara karşı öngörülen ceza miktarı dikkate alındığı takdirde görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesi olacaktır. Nitekim doğru biçimde Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararlar örnek olarak gösterilebilir¹¹³.

Diğer taraftan bilindiği üzere yetkili mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu m.12 ila 15'e göre belirlenir. Buna göre ilk etapta kural olarak yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçun işlendiği yer belli değilse, sanığın yakalandığı yer; yakalanmamışsa, yerleşim yeri mahkemesi; sanığın Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyorsa, Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi, bu da belli değilse, hakkında ilk muhakeme işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 13/1-e maddesine göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarının vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunları uygulanacaktır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu suçtan dolayı yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, tüm insanlığı ilgilendiren bir suç olarak uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştırma ve özendirme suçu, evrensel yargı yetkisinin düzenlendiği TCK m.13 kapsamında kendisine yer bulmuştur.

Ayrıca TCK m.190'da yer alan bu suçlar, takibi şikâyete bağlı suçlardan olmadıkları için soruşturması ve kovuşturması genel hükümler kapsamında re'sen yürütülecektir¹¹⁴.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları bakımından dava zamanaşımı, TCK m.66/1-d doğrultusunda onbeş yıldır. Bu süre, 66. maddenin 2. fıkrası uyarınca 12 yaşını doldurup 15

¹¹³ "Sanık ...'nin evinde çocuklara para karşılığında uyuşturucu hap sattığı ve evde bol miktarda uyuşturucu hap bulundurduğuna dair yapılan ihbar üzerine, alınan arama kararına istinaden sanık ...'nin evinde yapılan aramada ekspertiz raporuna göre; MDMA etken maddesini içeren 190 adet uyarıcı özelliğe sahip tablet ile net olarak 3,15 gr esrar ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, **sanık ...'nin eyleminin bir bütün halinde ticari amaçla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri takdir ve değerlendirme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu**, sanık ... hakkında ticari amaçla uyuşturucu madde bulundurma ve uyuşturucu madde kullanma, sanık ... hakkında ise uyuşturucu madde kullanma suçlarından görevsizlik kararı verilmesi yerine sanık ...'nin eylemi bakımından suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde "uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma" suçlarından hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş, ..." **Y20. CD, T.01.06.2017, E.2015/11832, K.2017/3579**, emsal.yargitay.gov.tr (19.02.2018).

¹¹⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, **Asliye Ceza Davaları**, s.663.

yaşını doldurmayan failler için yedibuçuk yıl; 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış olan failer içinse on yıldır.

Dava zamanaşımını düzenleyen TCK m.66'nın üçüncü fıkrası, bu sürenin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de göz önünde bulundurulacağını hükme bağlamıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları bakımından TCK m.190/3 verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını söylemektedir. Nitelikli hale ilişkin bu durum, 6545 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikten önce dava zamanaşımını değiştirirken, mevcut cezalar bakımından yine bir önceki paragrafta gösterildiği şekilde kalacaktır.

TCK m.191/8 uyarınca¹¹⁵ üzerinde durulması gereken bir husus da bu düzenleme ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kurumunu¹¹⁶ düzenleyen CMK m.231'e bir istisna hüküm getirildiğidir. Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki TCK m.190 kapsamında bir suçtan dolayı yürütülen kovuşturmada, suçun TCK m.191'deki uyuşturucu madde kullanma suçu olduğu anlaşıldığında sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecektir. TCK m.191/1'de uyuşturucu madde kullanma suçuna ilişkin öngörülen cezanın 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olduğu dikkate alınacak olursa bahsi geçen hükmün CMK m.231'e nasıl bir istisna teşkil ettiği kolayca anlaşılacaktır¹¹⁷.

¹¹⁵ **TCK m.191/8:** "Bu Kanunun; a) 188'inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, b) 190'inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir."

¹¹⁶ **CMK m.231/5:** "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, **iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası** ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir."

¹¹⁷ SOYASLAN, s.482-483; burada örnek olarak Yargıtay'ın şu içtihadı gösterilebilir: "Sanık hakkında uyuşturucu madde kullanmak için yer temini suçundan kurulan hükmün incelenmesinde: (...) 2-Hükümden sonra CMK'nın 231. maddesinde 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile sözü edilen maddenin 6. fıkrasına 25.07.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen cümle de dikkate alınarak, **sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin tartışılıp değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması**, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüşü olduğundan, hükmün BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi." **Y10.CD, T.04.07.2012, E.2012/7575, K.2012/12979**, PARLAR/DEMİREL, s.391.

SONUÇ

5237 sayılı TCK m.190, 765 sayılı Kanun'daki 404. maddeyi kısmen karşılar. TCK m.190'da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına ilişkin biri kullanımı kolaylaştırma diğeri kullanımı özendirme olmak üzere iki suç tipi öngörülmüştür. Mülga Kanundaki düzenlemeyi karşılayan hüküm kullanımı kolaylaştırma suçudur. Fakat o da kapsamı itibarıyla eski düzenlemeden ayrılır.

TCK m.190/2'deki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, madde gerekçesinin de açıkça belirttiği üzere, ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki kullanımı kolaylaştırma suçundan ya da mülga Kanundaki düzenlemeden tamamen bağımsız ve ayrı bir suç olarak öngörülmesine rağmen, TCK m.190'nın sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu olarak isimlendirilmesi anlaşılammaktadır. Bu açıdan söz konusu kenar başlığının özendirme suçunu da karşılayacak surette değiştirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Gerek kullanımın kolaylaştırılması gerekse özendirilmesi suçlarının kanunun sistematığı içerisinde sahip oldukları yer itibarıyla bir bütün olarak kanunun/toplumun sağlığını korumayı amaçladığı ifade edilmelidir.

Her iki suç tipi de belirli seçimlik ve bağlı hareketlerle işlenebilir. Kullanımı kolaylaştırma suçu bakımından özel yer, malzeme veya donanım sağlama, kullanıcıların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alma veya kullanma yöntemleri hususunda başkalarına bilgi verme; kullanımı özendirme suçu açısından ise alenen özendirme ya da bu nitelikte yayın yapma seçimlik hareketlerinin işlenmesiyle, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun yahut bu maddeleri kullanma suçunun değil TCK m.190 kapsamında belirlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirilmenin yasaklandığına dikkat etmek gerekir.

İkinci fıkrada düzenlenen söz konusu maddelerin kullanılmasını özendirme suçu bakımından, öngörülen alenen özendirme veya bu nitelikte yayın yapma seçimlik hareketlerine dikkat çekmek yerinde olacaktır. Zira belirsiz sayıda kişiye karşı yapılacak olan bir yayın, zaten niteliği itibarıyla alenen özendirmeyi karşılayacaktır. Bu nedenle alenen özendirici nitelikte yayın yapma seçimlik hareketine niçin ayrıca yer verilmiş olduğu anlaşılammaktadır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurarak kolaylıkla çok geniş kitlelere ulaşma ihtimali kapsamında, bu nitelikte yayın yapma hareketinin cezayı ağırlatan bir nitelikli hal olarak düzenlenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Söz konusu suç tiplerinin keskin çizgilerle ayrılamadığı bilinmektedir. Bu açıdan, Yargıtay kararlarına da yansdığı biçimde eylemin sübut bulması gerekmektedir. Eylemin sübut bulması için ise, delillerin her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı nitelik taşıması gerekir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarında fail, seçimlik hareketleri icra eden herkes olabilir. Dolayısıyla bu suçlar, özgü suç niteliği taşımamaktadır. Bu hususta üçüncü fıkrada belirlenen meslek grubu sahipleri söz konusu nitelikli hal uyarınca daha ağır cezalandırılacaktır. Buradan hareketle temel düzenlemeler özgü suç niteliğini haiz olmasa da nitelikli hal düzenlemesi özgü suçtur. Fakat bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde bu suçların işlenebileceği ihtimali kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiştir. Kanaatimizce, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunu düzenleyen TCK m.189 benzeri bir düzenlemeye uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları bakımından da ihtiyaç bulunmaktadır.

Özellikle kullanımı kolaylaştırma suçunun, madde metninde (yani kanuni tanımında) tercih edilen ifade tarzı dolayısıyla özel kastla işlenebileceği şeklinde bir görüş mevcuttur. Ancak belirtmek gerekir ki kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsmalıdır. Kanaatimizce, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunda kast, Yargıtay'ın da benimsediği biçimde, *“saniğin, ..., bir başkasının uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştıracadığını bilerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmesi, yani genel kastının bulunması”* olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından, her iki suç tipi için de normal şartlar altında hiçbir nedenin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ya da özendirmeyi meşru kılmayacağığını söylemek gerekmektedir. Ancak hekimlik mesleği ya da haber verme hakkı gibi bazı özellikli durumlarda bir mesleğin icrası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerini somut olay adaletini sağlayabilmek adına kabul etmek gerekir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları, sırf hareket ya da başka bir ifade ile soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Kural olarak, bu suçların teşebbüse uygun olmadığı ifade edilse de metinde verilen örneklerde olduğu gibi, şartları oluştuğu takdirde teşebbüs sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Diğer taraftan, suçun özel görünüş biçimlerinden iştirak müessesesinin her türü bu suç tiplerinde kendini gösterebilir. İçtima noktasında da genel hükümler uygulama alanına sahiptir.

Sonuç olarak, bu çalışmamızda TCK m.190'da yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçlarını, ana hatlarıyla Kanunumuzdaki sistematik yerini, unsurlarını ve tipiklik ya da içtima ilişkileri bakımından bazı tartışmalı noktalarını, çeşitli yargı kararlarından da örneklerle izaha çalıştık.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Çetin, **Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2016.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II**, Ankara, 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- İÇEL, Kayıhan / YENİSEY, Feridun, **Ceza Kanunları**, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 1997.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KURT, Şahin / KURT, Ela, **Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Değişiklikler ve İçtihatlarla), 3. Cilt, Madde 150-241**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- ÖNER, Mehmet Zühtü, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2015.
- ÖZDABAKOĞLU, Erdiñç Hakan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- PARLAR, Ali / DEMİREL, Güleç, **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Madde 146-222**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2016.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, 2017.

YALVAÇ, Gürsel, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

YENİDÜNYA, A. Caner, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)*, Ed.: BALCI, Murat, **Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi (9 Mayıs 2011)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Liability of the Debtor Due to the Actions of the Third Party

Arş. Gör. Fatih GÜLTEKİN¹

Geliş Tarihi: 06.02.2018 Kabul Tarihi: 10.05.2018

ÖZET

Borçlunun tek başına yükümlülüklerini yerine getirmesi her zaman mümkün değildir. Bu durum borçluyu yardımcı kişi kullanmaya zorlamaktadır. Fakat borç ilişkisinde yardımcı kişi kullanımı bazı sınırlamalara tabidir. Yardımcı kişinin fiillerinden dolayı borçlunun sorumluluğu, sözleşmeden doğan bir kusursuz sorumluluktur. Borçlunun sorumluluktan kurtulmasına olanak verebilmek için farazi kusur görüşü ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre; zarar verici davranış yardımcı kişi yerine borçlu tarafından gerçekleştirilseydi, bu davranış borçlu için kusurlu sayılırsa farazi kusur gerçekleşmiş sayılır. Borç ilişkisinin tarafları yardımcı kişi kullanımından dolayı sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran sorumsuzluk anlaşması düzenleyebilir. Sorumsuzluk anlaşması yardımcı kişinin borca aykırı her türlü kusurlu davranışına ilişkin olabilir. Ancak sorumsuzluk anlaşması kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izne dayalı bir iş ile ilgili ise geçersizdir. Alacaklının uğramış olduğu zararlardan dolayı borçlu sorumludur. Bu zarar maddi veya manevi olabilir. Mümkünse alacaklıya tazminat ödeyen borçlu, yardımcı kişiye rücu edebilir.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı Kişi, Kusursuz Sorumluluk, Farazi Kusur

ABSTRACT

It is not always possible for the debtor to fulfill their obligations by themselves. Such circumstances leave the debtor no choice but apply for help from a third party (an auxiliary person). However, the third party use in debts relations is subject to certain constraints. Liability of the debtor due to the actions of the third party is a strict liability, which arises from contractual relationships. Therefore, in order to allow the debtor to be freed from responsibility, the doctrine of imputed negligence has emerged. According to this doctrine, the imputed negligence is deemed to have occurred if the wrongful act was performed by the debtor instead of the third party and if this action was deemed faulty for the debtor. Parties in the debtor-creditor relationship may issue a release of liability arrangement, which removes or limits liability for the use of the third party. The release of liability agreement may apply to any kind of faulty action of the third party against the debt, except for the ones pertaining to work related to law or work which is subject to qualified authorities' permission. The debtor is responsible for the damage that the creditor has suffered. The damage could be both material and nonmaterial. The debtor who pays compensation to the creditor may seek recourse from the third party.

Keywords: Auxiliary Person, Strict Liability, Imputed Negligence, Third Party.

¹ İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, fatihgultekin59@gmail.com

GİRİŞ

Borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkilerinde çok eskilerden günümüze yardımcı kişiler kullanılmaktadır. Teknoloji ve çalışma yaşamındaki ilerlemeler her geçen gün yardımcı kişilerden yararlanmayı zorunlu kılmaktadır. Borçlunun borcunu yerine getirirken yardımcı kişilerden yararlanması, borçluya birtakım sorumluluklar da yüklemektedir. Çalışmamızın konusu TBK m.116 kapsamında düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktur.

Çalışmamız dört ana başlık altında incelenmeye çalışılmıştır. İlk başlıkta genel olarak yardımcı kişi kullanımından bahsedilmiştir. İkinci başlıkta borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğunun şartları açıklanmıştır. Borçlunun borcunu bizzat ifa etmesi kural olmasa da yardımcı kişilerden yararlanmasının bazı şartları vardır ve bu şartların bir arada bulunması gereklidir. Üçüncü başlıkta yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun kaldırılmasına değinilmiştir. Borçlunun menfaatine yönelik bu düzenlemede sorumluluğun kaldırılması açısından sınırlamalar bulunmaktadır. TBK m.115 ve 116 kapsamında bu sınırlamalara yer verilmiştir. Son başlıkta da yardımcı kişilerden doğan sorumluluğun sonuçları bakımından borçlunun yardımcı kişiden rücu alacağı, aralarındaki ilişkinin sözleşmeye dayanıp dayanmamasına göre ele alınmış, alacaklının yardımcı kişiye ne zaman başvurabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmada doktrindeki farklı görüşler ele alınarak, Yargıtay kararlarından da faydalanılmıştır.

1. Genel Olarak

Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı gibi (TBK m.83), alacaklı da borç ilişkisinden doğan haklarını bizzat kullanmak zorunda değildir². Günümüzde gelişen iş ve ticaret ilişkilerinin karmaşık bir yapıya bürünmesi borçluyu, borç ilişkisinden kaynaklı borçların ifasında, alacaklıyı da hakların kullanılmasında yardımcı kişilerden yararlanmaya zorlamaktadır. Aksi takdirde tüm borç ilişkilerinde borçludan ifa konusu edimi yerine getirmesini, alacaklıdan da hakkını kullanmasını kişisel olarak beklemek toplum hayatını felce uğrattır³.

Kanun koyucu borçlunun sorumluluğunu TBK m.116'da "Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlığı altında düzenlemiştir.

² **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.1097.

³ **Eren**, s.1097; **Kenan Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, Mentesh Kitabevi, İstanbul, 1961, s.496; **Feyzi Necmeddin Fezyioğlu**, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969, s.161; **Ali Erten**, Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s.215-216; **Rona Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, 6. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.22.

TBK m.116/1 hükmüne göre; “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*” Borçlu ifayı yardımcı kişiye bırakarak sorumluluktan kurtulamaz. Borç ilişkisinden kaynaklanan tüm sorumlulukları taşımaya devam eder⁴. Bu durumda borçlu, yardımcı kişiyi seçerken gereken bütün dikkat ve özeni gösterme, gözetme ve talimat verme, sözleşmeyi borca uygun olarak yerine getirebilmesi için yardımcı kişiyi gerekli her türlü vasıtayı sağlama mecburiyetindedir⁵.

TBK m.116’da kusurdan hiç söz edilmemiş olsa da madde hükmü özel kusursuz sorumluluk kuralı temeline dayanır. Borçlu yardımcısının zarar veridi fiilinden sanki kendi fiiliymiş gibi sorumlu tutulur. Bu düşüncenin altındaki gerekçelere değinilirse; borçlu borcunu yerine getirme sürecinde kendisi dışında bir kişiyi yardımcı olarak kullanmakla alacaklının zarara uğrama riskini arttırmış olur. Alacaklı borçlunun yardımcısına karşı hiç ya da yeterince etkili bir biçimde harekete geçemez. İşbölümü arttıkça karmaşık bir ifa sürecinde gerçek faili bulmak da güçlük arz eder. Yardımcı kişilerin tüm fiilleri doğrudan doğruya borçlunun egemenlik alanında gerçekleşir. Alacaklının bu alana girmesi oldukça güçtür. Ayrıca yardımcı kişinin kullanılması alacaklının çıkarını sarsarken, borçlunun çıkarını pekiştirir⁶.

2. Borçlunun Yardımcı Kişilerden Dolayı Sorumluluğunun Şartları

TBK m.116 kapsamında borçlunun, borcun ifasına yönelik yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir;

2.1 Borçlu ile Zarar Gören Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı Gereklidir

TBK m.116/1’e göre borçlunun sorumluluğu açısından, yardımcı kişiyi kullanan borçlu ile mağdur alacaklı arasında bir borç ilişkisinin varlığı gereklidir. Taraflar arasındaki borç ilişkisi kapsamında alacaklının borçluyu tanıması da gerekli değildir. Bazen yardımcı kişi sözleşmenin başından beri alacaklının tek muhatabıdır. Örneğin, bir restorana giden müşteri montunu girişteki görevliye bırakmış olduğunda, görevli de bu montu yanlışlıkla bir başka kişiye verdiğinde

⁴ **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.666.

⁵ **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C.II, 2. b., Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s.590.

⁶ **Haluk Tandoğan**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s.11; **Serozan**, s.285; **H. Tamer İnal**, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, 6. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.597.

müşteri TBK m.116'ya dayanarak restoran sahibine başvuruda bulunabilir⁷. Borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin kaynağı önemli değildir. İlişki bir sözleşmeden doğabileceği gibi kanundan, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir⁸. Nişanlılığın bozulmasında hediyelerin geri verilmesi kanundan doğan borç ilişkisine örnek gösterilebilir. TMK m.122/1'e göre; nişanlılık sona erdiğinde taraflar birbirlerine vermiş oldukları hediyeleri geri isterlerse, hediyeleri geri vermekle yükümlü olan taraf bir yardımcı kişi kullanarak bu borcunu yerine getirebilir⁹. Ev sahibi evini boyaması için bir boya ustasıyla anlaşmıştı aralarında eser sözleşmesi kurulmuş olur. Boya ustası boyama işini yardımcısına bırakır ve yardımcısı boya yaparken fırça ile camı kırarsa TBK m.116 uygulanır.

Taraflar sözleşme kurulmadan önce görüşmelere başladığında aralarında sözleşmeye benzer bir bağlılık ve TMK m.2 kapsamında güven ilişkisi doğar. Bu bağlılık ve güven ilişkisi ile taraflar arasında bilgi verme, aydınlatmada bulunma gibi birtakım özen ve koruma yükümlülüklerini içeren özel bir hukuki ilişki kurulur. Bu bağlılık ve güvene aykırı hareket edildiğinde bir sözleşmenin görüşülmesi sırasında işlenmiş kusur sorumluluğu (culpa in contrahendo)¹⁰ meydana gelir¹¹. Taraflar arasında sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişinin kullanılabilmesi mümkündür¹². Bunun için sözleşme kurma amacı taşıyan

⁷ **Tunçomağ**, s.497; **Selahattin Sulhi Tekinay-Sermet Akman-Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.893.

⁸ **Eren**, s.1098-1099, **Feyzioğlu** s.162; **Tunçomağ**, s.497; **Haluk Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961, s.435; **Ferit H. Saymen-Halit K. Elbir**, Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, C.II, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul, 1958, s.721; **Aydın Zevkçiler-Şeref Ertaş-Ayşe Havutcu-Murat Aydoğdu-Emre Cumalıoğlu**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Barış Yayınları, İzmir, 2013, s.319; **Nafiz Erdem**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C.I, Aslımlar Ofset Tipo Matbaacılık, Ankara, 1987, s.711; **Ali Naim İnan-Özge Yücel**, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.615.

⁹ **Eren**, s.1099.

¹⁰ Culpa in contrahendo Ulusan tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "... gereğinde genel ve objektif, gereğinde özel ve sübjektif bir biçimde beliren ve taraflar arasında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kuralında bulan genel özen yükümlünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlali..."; bkz. İhsan Ulusan, "Culpa In Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C.I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.287.

¹¹ **Zarife Şenocak**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995, s.275; **Hüseyin Hatemi-Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.276; **Feyzioğlu**, s.162; **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.436; **O. Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, 1. b, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.311; **Tunçomağ**, s.499; İnan-Yücel, s.615.

¹² Örneğin, X kişisi bir mağazadan kumaş almaya gidiyor. Kumaşları incelerken mağaza sahibi Z'nin kendisine kumaşlar hakkında bilgi verdiği esnada, üst raflardan bir top kumaş

kişi, yardımcı kişiye kendi nam ve hesabına görüşmelerde bulunması için başvurmalıdır. Yardımcı kişinin hukuki bir işlem ehliyetine sahip olması gerekli değildir. Görüşme yapma yetkisine sahip olması ve neticesinde karşı tarafın menfaatini zedelemesi (sözleşme konusu ile ilgili yanlış bilgilendirme yapması gibi) TBK m.116'nın uygulama alanı bulması için yeterlidir¹³.

2.2 Borçlu Borç İlişkisinden Borcun İfası ya da Bir Hakkın Kullanılması Amacıyla Yardımcı Kişi Kullanılmalıdır

2.2.1 Yardımcı Kişinin Tanımı

Yardımcı kişi, borçlunun bilgisi ve iradesi kapsamında borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifa faaliyetlerine katılan üçüncü kişidir¹⁴. TBK m.116/l'de "birlikte yaşadığı kişiler", "yanında çalışanlar" ve "gibi" kavramlarıyla yardımcı kişilerin örneklendiği görülmektedir. Bu şekilde borçlunun kendisinden sorumlu olduğu kişi çevresi genişletilmiştir. Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkinin türü önem taşımaz. İlişki akdi veya fiili, sürekli veya geçici, akrabalık veya aile birliğine de dayanabilir¹⁵.

almak isteyen tezgahkar Y, kumaş topunu X'in üstüne düşürüp hafif yaralanmasına sebep oluyor. Burada taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı halde X, mağaza sahibi Z'den TBK m.116'ya dayanarak, yardımcı kişinin fiilinden dolayı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilir. **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I, 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.10.

¹³ Şenocak, s.280-281.

¹⁴ **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.436; Şenocak, s.104.

¹⁵ Doktrinde TBK m.116'da sadece borçlu ile beraber yaşayan ve borçlunun maiyetindekilerden bahsedilmiş olması, yardımcı kişi kapsamına sadece bu kişilerin girmediği, İsviçre Borçlar Kanunu m.101'de bu kişiler ifade edildikten sonra "gibi" denilerek bahsedilen kişilerin sınırlı olmadığı açıklandığından, bizim sistemimizde de TBK m.116'nın İsviçre Borçlar Kanunu m.101 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Şenocak, s.113; **Feyzioğlu**, s.162,164; **M. Kemal Oğuzman-M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 15. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.417; **Tuhr**, s.591; **Kılıçoğlu**, s.667; İnan-Yücel, s.615; **Antalya**, s.307-308; **Mustafa Reşit Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.1195,1197; **Mustafa Reşit Karahasan**, Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. b. Beta Yayınları, Kırklareli, 2003, s.545,549; **Mehmet Ayan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. b., Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s.349; **Burak Adıgüzel**, "Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, Kayseri, 2008, s.292; Yargıtay vermiş olduğu kararda da yardımcı kişi kavramının yeterince açık olmadığını şu şekilde ifade etmiştir "Borçlar Kanunu 100. maddesi 1.fıkrası hatalı yoruma yol açar niteliktedir. Anılan hükümde yer alan "... kendisi ile birlikte yaşayan veya yanında çalışan kimseler" yolundaki yazılış biçimi, yardımcı kişi örnekleri olarak anılmalarına karşın, yardımcı kavramına yalnız bu kişiler giriyormuş gibi yanlış bir kanı oluşmasına neden olmaktadır." Yarg.11.HD. E.1274, K.1845, T.22.4.1982, bkz. Çelik Ahmet Çelik, "Yardımcı Kişilerden Sorumluluk", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, www.kazanci.com, e.t.18.10.2017.

Görülen işin türüne göre, koruma yardımcısı ve kullanma yardımcısı da yardımcı kişi kavramına dahildir¹⁶. Koruma yardımcısı, borçluya ait koruma yükümlülüklerinin tamamını ya da bir kısmını yerine getiren kişidir¹⁷. Örneğin, depo sahibi bir kişi, getirilen malları koruma görevini yanında çalıştırdığı güvenlik personeline bıraktığında güvenlik personeli koruma yardımcısıdır. Mallarda herhangi bir zarar meydana geldiğinde malları korumakla yükümlü depo sahibi sorumlu olacaktır. Kullanma yardımcısı ise, alacaklının veya borçlunun bir borç ilişkisinden doğan hakkını iradesiyle kullanmaya izin verdiği üçüncü kişidir. Hak sahibinin onayı olmadan hakkı kullanan kişiler yardımcı kişi sayılmazlar. Örneğin, bir kişi kiraladığı arabayı kullanması için şoförüne bırakmışsa, şoför de arabayı kullanırken bir zarar meydana gelmişse, kiralayan kişi araba sahibine karşı sorumludur. Kullanma yardımcılara örnek olarak, aile üyeleri ile yanında çalışan kişiler, alt kiracı, kiralanan eve davet edilen misafirler, evi tamir için içeri alınan, eve girip çıkmasına izin verilen tamirciler sayılabilir¹⁸.

2.2.2 Yardımcı Kişi Kullanılabilmesinin Sınırı ve Tartışmalı Durumlar

Yardımcı kişinin tanımından anlaşılacağı üzere, üçüncü bir kişinin yardımcı kişi olabilmesi için iki şart gereklidir. Bunlar; borçlunun borcu yerine getirebilmesi için kendisine izin vermiş olması ve bu kişinin ifaya fiilen katılmasıdır.

Yardımcı kişi sıfatı taşınabilmesinin ilk şartı, borçlu tarafından borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine izin verilmiş olmalıdır. Bu izin açık veya örtülü bir biçimde olup herhangi bir şekle tabi değildir. Borçlunun yardımcı kişinin yardımına göz yumması örtülü bir izindir¹⁹. Yardımcı kişi sıfatının alınması, borcun yerine getirilmesinin borçlu tarafından bir kimseye talimat verildiği takdirde de mümkün olabilir. Bu durum yaygın olarak hizmet sözleşmelerinde görülür. Fakat borçlu ile hizmet sözleşmesi ilişkisi içinde olan çalışan, işyerinde çalışan diğerlerine verilen bir işe, işverenin talimatı olmadan karışmış ve borcun ifasını önlemişse bu kişi yardımcı kişi sayılmayacağından,

¹⁶ Eren, s.1100; Şenocak, s.104; Serozan, s.288.

¹⁷ Eren, s.1104; Şenocak, s.105.

¹⁸ Tuhr, s.595; Eren, s.1105; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.440; Pierre Tercier-Pascal Pichonnaz-H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.390; Adıgüzel, s.294.

¹⁹ Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s.79; Şenocak, s.157; Feyzioğlu, s.164,166; Zevkliler-Ertaş-Havutçu vd., s.320; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.892; Antalya, s.312; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1197; Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.3222; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.362.

işveren hakkında TBK m.116 hükümleri uygulanmaz²⁰. Belirtmek gerekir ki, borçlunun onayı olmadan üçüncü bir kişi ifaya karışır ve alacaklıyı zarara uğrattırsa, bu zarar sebebiyle borçlu üçüncü kişinin davranışını sonradan onaylasa bile TBK m.116 hükmü uygulanamaz. Onay en geç zararın meydana gelmesinden önce verilmiş olmalıdır²¹.

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Fakat tüzel kişilerin organlarının sorumluluğu kendi fiillerinden dolayı sorumluluktur. Tüzel kişi organlardan meydana gelir ve iradesini organları vasıtasıyla açıklar (TMK m.50). Dolayısıyla organın davranışı tüzel kişinin davranışı olarak kabul edildiğinden, tüzel kişi borcunu organlarıyla yerine getirdiğinde tüzel kişinin organları yardımcı kişi sayılmaz. Alacaklının zararı da TBK m.112 hükmüne göre giderilir²². Fakat tüzel kişiler de borcunu yerine getirirken yardımcı kişi kullanabilirler. Organları dışında çalıştırdığı personeli, ifası kendilerine bırakılan borçlar ve kullanılmasına katıldıkları haklar yönünden yardımcı kişi sayılırlar. Ayrıca tüzel kişi ile herhangi bir ilişkisi bulunan başka bir tüzel kişi (havale ilişkisindeki muhabir banka) veya gerçek kişi de tüzel kişinin yardımcı kişisi sayılır²³.

²⁰ **Feyzioğlu**, 164; **Tunçomağ**, s.502; **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.436; **Erten**, s.217; **Erdem**, s.712.

²¹ **Oğuzman-Öz**, s.419; Temsilci sözleşme müzakerelerine temsil olunan tarafından görevlendirilmemiş ve bu kişi temsil olunana haber vermeden kendi kendine temsilci sıfatı ile ortaya çıkmışsa bu kişiyi yardımcı kişi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Fakat temsil olunan tarafından sözleşme yapmak üzere yetkilendirilmiş bir temsilci, bu yetkisini aşarak yetkili olmadığı konulara ilişkin bir sözleşme yapmışsa ya da sadece müzakere yetkisine sahip bir yardımcı sözleşme kurma yetkisine sahip olmadığı halde temsil olunan adına bir sözleşmeyi imzalamışsa, icazet verilmemesi yüzünden kesin hükümsüz olan bu sözleşme dolayısıyla yetkisiz temsilci yanında, temsil olunanın da sosyal temas ile gerçekleşen güven ilişkisi dolayısıyla TBK m.116 kapsamında sorumlu tutulması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s.747-751.

²² **Tandoğan**, (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s.14; **Eren**, s.1101; **Feyzioğlu**, s.165; Şenocak, s.130 vd.; **Kılıçoğlu**, s.668; **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1200; **Oğuzman-Öz**, s.418; **Reisoğlu**, s.362; **Bilge Öztan**, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s.24-126; **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.237; "...özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu tüzel kişileri, üçüncü kişilere karşı bir özel hukuk tüzel kişisi gibi, organ (uzuv) durumunda olan ajanlarının haksız eylemlerinden dolayı Medeni Yasanın 47, 48 ve Borçlar Kanununun 41. maddeleri uyarınca ve yardımcı kişi niteliğindeki görevlilerin eylemlerinden ötürü de Borçlar Kanununun 55 ve 100. maddesi hükümlerince zarardan sorumlu tutulmaları gerektiğinden, ...", Yarg. 4 HD., E.1973/11399, K.1975/903, T.22.1.1975, www.kazancı.com, e.t.17.10.2017.

²³ **Oğuzman-Öz**, s.420-421; **Antalya**, s.308; **Tercier-Pichonnaz-Develioğlu**, s.390; **Çelik Ahmet Çelik**, "Tüzel Kişilerin Sorumluluğu", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, www.kazancı.com, e.t.18.10.2017; "...bir tüzel kişi olan bankanın borcun ifasında yardımcı kişi olarak kullandığı şahısların borca aykırı davranışlarından sorumlu olacağı, dava dışı ifa yardımcısının usulsüz işlemler yapmak suretiyle davacıyı zarara uğrattığı ayrıca, dava dışı banka çalışanı tarafından

Kanuni temsilcinin yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağına ilişkin TBK m.116'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m.116'nın kanuni temsilciler hakkında uygulanması yerinde olacaktır. Borç veli, vasi gibi kanuni temsilciler tarafından yerine getirilirken alacaklının bir zarara uğraması durumunda alacaklıya uğradığı zararın tazmini hakkının tanınması gereklidir²⁴. Fakat doktrinde borçlunun borcunu ifa eden veya bir hakkının kullanılmasına katılan kanuni temsilcinin, ehliyetli bir kişi olan borçlunun onayı olmadan hareket ettiğinden dolayı yardımcı kişi sayılmayacağı, aksi halde adaletsiz sonuçların meydana geleceği de ileri sürülmüştür²⁵.

Vekilin işin gördürülmesi için kendisinden başka bir üçüncü kişiyi kullanması durumunda ne zaman TBK m.116'nın, ne zaman TBK m.507'nin uygulanacağını tespit etmek uygulama ve doktrin açısından güçlük oluşturmaktadır²⁶. Bu konuda alınacak temel ölçüt vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaati için mi yoksa müvekkilinin menfaati için mi görevlendirdiğidir.²⁷ Vekil işletme organizasyonu yararına, sürüm menfaatine veya faaliyet sahasının genişletilmesine hizmet edildiği durumda yardımcı kişiyi kendi hesabına kullanmaktadır ve hakkında TBK m.116 hükmü uygulanmalıdır. Fakat vekil vekâletin gereği gibi ifa edilmesi için yardımcı kişiye örneğin uzmana başvurur ve bu konuda bu kişiye vekâlet verirse üçüncü kişinin kullanılması müvekkilin menfaatine olur. Bu durumda hakkında TBK m.507 hükmü uygulanır²⁸.

Yardımcı kişi sıfatı taşınabilmesinin diğer şartı ise, yardımcı kişinin borcun ifasına fiilen katılmasıdır. Borcun ifasında amaçlanan borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. Yardımcı kişi fiilen katıldığı ifa faaliyetinde borcun tamamını ya da bir kısmını yerine getirebilir²⁹.

düzenlenip, imzalanan ve davacıya verilen hesap cüzdanlarının bankanın matbu antetli gerçek cüzdanlarıyla aynı olduğu, bu sebeple bankayı bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğinden davalının T.B.K.nın 116 m. (818 Sayılı B.K.nın 100) uyarınca sorumlu olduğu, ibranamedeki imzanın atk'dan alınan raporla doğrulanmasına rağmen, ibranamenin alınış şeklinin bankacılığın genel kabul görmüş ilkeleriyle bağdaşmadığı, uygulamanın bankalara duyulan güven unsuruyla yazılı ve yazılı olmayan kurallara aykırı bulunduğu, banka görevlisinin yapmış olduğu usulsüz işlemler de dikkate alındığında, davalının yardımcı şahsın sorumluluğuna istinaden sorumlu olduğu, banka çalışanın ceza dosyasına konu olan eylemleri de değerlendirildiğinde ibranamenin geçerli olmadığı, davacının bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne..." , Yarg. 11 HD., E.2014/18230, K.2015/2559, T.25.2.2015, www.kazancı.com, e.t.17.10.2017.

²⁴ Tuhr, s.595; Eren, s.1103; Tunçomağ, s.502.

²⁵ Oğuzman-Öz, s.421.

²⁶ Şenocak, s.141.

²⁷ Şenocak, s.145; Antalya, s.308-309.

²⁸ Akman, s.75; Şenocak, s.146; Antalya, s.309.

²⁹ Eren, s.1101; Fezyioğlu, 167; Şenocak, s.104.

TBK m.66'da geçen yardımcı kişi (çalışan) kavramı ile TBK m.116'da geçen yardımcı kişi kavramları çoğunlukla birbirine karıştırılmaktadır. Fakat her iki kavram birbirinden farklıdır. TBK m.66 sözleşme dışı kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunu düzenlerken, TBK m.116 sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenler³⁰. Zarara uğrayan alacaklı, zarar verenin işvereni ile bir sözleşme ilişkisi içinde bulunuyor, işveren yanında çalışanını alacaklı karşısında sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirme veya haklarından faydalanma amacıyla kullanıyorsa TBK m.116 uygulama alanı bulur. Örneğin, bir kişi bozuk olan kalorifer kazanının tamiri için tamirci ile anlaşmış, tamirci de kazanın onarılması işini yardımcısına bırakmış, tamir sırasında kazan patlayarak tahrip olmuş ve o sırada yoldan geçen birisi de patlama sonucu yaralanmışsa, tamirci yaralanan kişiye karşı TBK m.66'ya, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu kazan sahibine karşı ise TBK m.116'ya göre sorumludur³¹. TBK m.116'da düzenlenen yardımcı kişi TBK m.66'ya göre daha geniş kapsamlıdır. TBK m.66'ye göre yardımcı kişi kendisini çalıştıran kişinin otoritesi altında, bu kişiyle hizmet ilişkisi içerisinde bulunurken, TBK m.116'da yardımcı kişinin borçlunun izni ile ifaya katılması yeterlidir. Aralarında herhangi bir hizmet ilişkisi veya sözleşme bulunması şart değildir. Tamamen rastlantı sonucu yardımda bulunan bir kimse bile yardımcı kişi sayılabilir³². Örneğin, kamyonetine yükleme işini yapan taşıyıcı, yoldan geçen bir kişiden yardım istemesi durumunda bu kişi taşıyıcının yardımcı kişisi sayılır. Adam çalıştıranın sorumluluğu objektif özen yükümlülüğüne dayanan olağan sebep sorumluluğudur. Dolayısıyla kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir. Adam çalıştıran çalışanın seçiminde, denetiminde ve çalışana talimat vermede gerekli objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Fakat yardımcı kişinin vermiş olduğu zarardan borçlunun sorumluluğunda aranan kusur şartı, "borçlu yardımcı kişinin davranış tarzında bulunmuş olsaydı, bu hareket tarzı onun için geçerli bir objektif özen ölçüsüne göre kusur teşkil edecekti" faraziyesine dayandığından, borçlunun gerçek kusurunu ifade etmemektedir. Borçlu ancak borcunu bizzat yerine getirseydi kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir³³.

³⁰ **Seda Kara Kılıçarslan**, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.25; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; **Tandoğan**, (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s.79; **Antalya**, s.310; **Reisoğlu**, s.365.

³¹ **Tunçomağ**, s.503; **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; **Kılıçoğlu**, s.670; **Reisoğlu**, s.365.

³² **Eren**, s.1102; **Feyzioğlu**, s.163; **Oğuzman-Öz**, s.417; **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; **Tandoğan**, (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s.79-80; **Reisoğlu**, s.366; **Antalya**, s.310; **Tercier-Pichonnaz-Develioğlu**, s.390-391; **Henri Deschenaux -Pierre Tercier**, Sorumluluk Hukuku, çev. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s.224.

³³ **Kara Kılıçarslan**, s.25; **Şenocak**, s.138-139; YHGK bile vermiş olduğu bir kararında TBK m.66 ile TBK m.116 hükümlerini birbirine karıştırmıştır. Kararda Bankanın TBK m.116 kapsamında sorumluluğu söz konusuysen, TBK m.66 uyarınca gerekli özenin gösterilmesi koşuluyla sorumluluktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır. "Birer güven kurumu olan

TBK m.66'da açık olarak zararı tazmin eden adam çalıştırmanın çalışanına rücu hakkı öngörülmüşken, TBK m.116'da rücu hakkından söz edilmemiştir. Fakat borçlu genel hükümlere dayanarak yardımcı kişiden alacağını tahsil edebilir. Zamanaşımı süresi açısından da her iki madde arasında farklılık vardır. TBK m.66'ya göre adam çalıştırmanın sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olduğundan zamanaşımı süresi zarar gören zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl, her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıldır (TBK m.72). TBK m.116'ya göre yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk sözleşmeye aykırı sorumluluk olduğundan borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu 10 yıldır (TBK m.146)³⁴. TBK m.116 önceden mevcut bir sözleşme ilişkisini gerektirdiğinden yardımcı kişiyi kullanan, sözleşmeyi yaparken yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması düzenleyebilir. TBK m.66 kapsamında ise zarar gören ile adam çalıştırın arasında önceden mevcut bir ilişkinin ihlali söz konusu olmadığından, çalıştırılan kişinin fiilleri için sorumsuzluk anlaşması düzenlenmesi mümkün olmaz³⁵.

Bir işverenin işçilerinden birini başka bir işverene geçici hizmet amacıyla vermesi halinde ise ilk işveren, çalışanın ikinci işverenin işyerinde sebep verdiği zararlardan sorumlu tutulmaz. Bu durumda işçi ilk işverenin değil, ikinci işverenin yardımcı kişisi olmuştur³⁶.

Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki iç ilişkinin geçerli veya geçersiz olması alacaklıya karşı yardımcılık ilişkisinin varlığını ve niteliğini etkilemez. Çünkü borçlunun yardımcı kişi kullanıp kullanmadığından alacaklının haberi bile

bankalar, aldıkları mevduatları sahtecilere karşı özenle korumak zorundadır. Objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlardan dahi sorumludurlar. Davalı banka, adam çalıştırın sıfatı ile de sorumludur. Adam çalıştırın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa; adam çalıştırına genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Adam çalıştırın sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Adam çalıştırın, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Davalı bankanın, adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini kanıtlaması gerekir. O halde BK nun 100. (TBK m.116) maddesi doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı getirememiştir." YHGK E.1994/11-178, K.1994/398, T.15.6.1994, www.kazancı.com, e.t.18.10.2017.

³⁴ **Tandoğan**, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; **Nomer**, s.237; **Kılıçoğlu**, s.671; **Reisoğlu**, s.366; **Antalya**, s.310; **Deschenaux-Henri**, s.224; Yardımcı kişiler sözleşme kurulmadan önce karşı tarafa bir zarar verdiğinde zarar gören TBK m.116 hükümlerine başvurabilecektir. Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da sözleşmeye aykırı sorumluluk hükümleri uygulanacağından zamanaşımı süresi 10 yıl olacaktır. **Kocayusufpaşaoğlu**, s.738; **Serozan**, s.261.

³⁵ **Tandoğan**, (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s.81.

³⁶ **Tunçomağ**, s.500.

olmamış olabilir³⁷. Yardımcı kişinin borçluya ücretli veya ücretsiz bir yardımda bulunmasının alacaklı açısından bir önemi yoktur³⁸. Borçlunun onayı ile rastlantı sonucu bir borcun ifasına yardım eden kişi de yardımcı kişi sayılır. Hatta bu kişi alacaklının emrinde çalışan bir kişi olabilir. Örneğin, alacaklının yerine götürülecek mal teslimi borcunda, alacaklı çalışanı ile borçluya haber gönderir, borçlu da alacaklının çalışanına malın teslimi için ricada bulunursa, alacaklının çalışanı yardımcı kişi durumundadır. Fakat yardımcı kişi alacaklı tarafından seçilir ve borçluya empoze edilirse bu durumda, yardımcı kişinin fiillerine ilişkin TBK m.116 uygulama alanı bulmamalıdır³⁹.

Yardımcı kişinin üstlendiği edimin ifası için bir yardımcı kişi kullanması durumunda da TBK m.116 hükümleri uygulanacaktır. Çünkü yardımcı kişi borçlunun izin ve bilgisi dışında bir yardımcı kişi belirlemiş olsa bile, ikinci yardımcı kişinin vermiş olduğu zarar ilk yardımcı kişinin tayininin sonucudur. Borçlu hukuken yardımcısı sayılan kimseyi görmemiş ve tanımamış olsa bile, alacaklının mağduriyetinin önüne geçilmesi için borçlunun sorumluluğu yoluna gidilir⁴⁰.

Alacaklıya götürülmesi gereken borçlar bakımından borçlu malı taşıyıcıya teslim etmekle değil, mal alacaklıya ulaşınca borcundan kurtulur. Ancak doktrinde bir borcun ifasının tekel niteliğindeki kurumlar vasıtasıyla (demir yolları işletmesi, bazı hatlar bakımından deniz ve hava yolları işletmesi) gönderme suretiyle yerine getirilmesi halinde gönderilen şeyde meydana gelen zarar ve gecikmeden dolayı alacaklının zarara uğradığı hallerde gönderen hakkında TBK m.116'nın uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş; bu kurumlardan başka gönderme hizmeti veren yardımcı kişi seçme imkânının olmamasından dolayı gönderen borçlunun sorumlu tutulduğu durumlar hariç, TBK m.116'nın uygulanmaması gerektiği savunulurken;⁴¹ bizim de katıldığımız bir başka görüş ise götürme suretiyle borçta bu kuruluşların işlemlerinden kaynaklanan aksamanın rizikosunu alacaklının değil borçlunun taşıması

³⁷ Eren, s.1103.

³⁸ Ali Bozer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2002, s.183; Eren, s.1103; Tunçomağ, s.500; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.437; Erten, s.217; Feyzioğlu, s.164; Çelik, "Yardımcı Kişilerden Sorumluluk", s.y.

³⁹ Tuhr, s.591; Oğuzman-Öz, s.419; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.439; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1197.

⁴⁰ Oğuzman-Öz, s.418; Tunçomağ, s.500; Serozan, s.289.

⁴¹ Tuhr, s.594; Oğuzman-Öz, s.418; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.439; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1198; Serozan'a göre; yollanacak borçta hasar alacaklı alıcıya ancak satıcının kendisinden büsbütün bağımsız bir taşıyıcıya (kargoya, postaya, deniz, hava veya demiryollarına) verdiği anda geçebilir. Fakat borç konusunun kendisine bağımlı bir taşıyıcıya verilmesiyle hasar alacaklıya geçmez. Dolayısıyla bağımsız bir taşıyıcı vasıtasıyla yapılan taşıma işinde TBK m.116 hükümleri uygulanamayacaktır. Serozan, s.48, 83, 291.

gerektiğini savunmuştur⁴². Belirtmek gerekir ki artık taşıma işleri genel olarak bir kurumun tekelinden çıkmıştır. Eski dönemlerde konuyla ilgili PTT örneği verilmekteydi. Günümüzde PTT ile birlikte farklı kargo şirketleri de taşıma işleri yapmaktadır. Dolayısıyla gönderen kişinin aracı firmayı seçme imkânı artmıştır. Belli merkezlere sadece tek havayolu işletmesinin uçtuğu, ülkemizde demiryolu taşımacılığında sadece TCDD'nin hizmet verdiği durumlarda da riski alıcı üstlenmemelidir.

Otomatik veya elektronik aletleri kullananların (bankaların, otomatik benzin ve araba bakım istasyonlarının, yasal kumarhanelerin vs.), borçların ifası sırasında bu makinelerin vermiş oldukları zararlardan yardımcı kişi gibi sorumlu tutulmaları gerektiği ileri sürülmesine karşın⁴³; makine gibi cansız maddelerin fiil ehliyetine sahip olmamasından dolayı yardımcı kişi olamayacağı görüşü de mevcuttur⁴⁴. Teknolojinin gelişmesiyle hukuk alanındaki düzenlemelerin de teknolojiye uyarlanmasını gerektirmektedir. İlerleyen dönemlerde özellikle hizmet sözleşmelerinde insan gücüne duyulan ihtiyaçta azalma sonucu sorumluluğa ilişkin hukuki düzenlemelerde revizyona ihtiyaç duyulacaktır. İçinde bulunduğumuz yüzyılda teknoloji inanılmaz bir biçimde gelişme göstermektedir. Bu gelişmenin sonucu kişiler günlük işlerini robotlar vasıtasıyla gördürmektedir ve her geçen gün yapay zeka ile çalışan bu mekanizmaların kullanımı hızlanarak artacaktır. İçinde bulunulan bu gerçek karşısında makinanın verdiği zarardan dolayı yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı ileri sürülebilir. Makinalar cansız varlık olup algılama yetileri yoktur. Borçlunun izninden ziyade, vereceği komutla ifa faaliyetine fiilen katılırlar. Borçlunun verdiği komut da aslında bir izin olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla meydana gelecek zararın rizikosunu da borçlunun üstlenmesi ve TBK m.116'nın kıyasen uygulanması daha makuldür. Çünkü borçluyu kusur esasına göre sorumlu tutmak sorumluluktan kurtulmasını kolaylaştırır. Hanson Robotics isimli firma tarafından üretilen robot Sophia insana en çok benzeyen robot olma özelliğine sahiptir. Hatta bu robot Suudi Arabistan'dan vatandaşlık almış ve tarihe nüfus cüzdanına sahip ilk robot olarak geçmiştir. Bu robot geçmişi hatırlayabilmekte, insanlarla konuşabilmektedir. Hatta bir röportajında insanlığın sonunu getireceğini ifade etmiştir⁴⁵. Kendi zekasını geliştirebilme özelliğine sahip olan bu robotun vermiş olduğu zararlardan dolayı üreticisinin sorumluluğunun nasıl belirleneceği de

⁴² Şenocak, s.115-116.

⁴³ Detaylı gerekçe için bkz. Şenocak, s.106 vd.

⁴⁴ Antalya, s.306.

⁴⁵ <https://www.haberpop.com/insanligi-yok-edecek-akilli-robot-sophia-uretildi/e.t.23.04.2018;>
<http://www.webtekno.com/insansi-robot-sophia-turkiye-ye-geliyor-h43491.html>
e.t. 23.04.2018.

ayrı bir tartışma konusudur. Belirttiğimiz üzere makinaların verdiği zararlardan TBK m.116 kıyasen uygulama alanı bulmalıdır. Fakat ancak bilimkurgu filmlerinde rastladığımız ve yakın bir geçmişte gerçek haline tanık olduğumuz insansı olan ve zekasını geliştirerek üreticisinin meydana getirdiği ilk halden bambaşka bir hale dönüşecek olan insansı bu tür varlıkların fiil ehliyetleri olacak mıdır? Bu durumda sorumluluk nasıl belirlenecektir? Bu soruların cevabı için çok erken olsa da bundan elli yıl kadar sonra sanırım hukuk dünyası bu konularla çok meşgul olacaktır.

Borçlu üstlendiği işi yerine getirirken kendisine ait olmayan bir malzemenin kullanılmasını gerektiren bir işe mecbur ise, bu malzemenin üretiminden kendisini sorumlu tutmamak gerekir. Söz konusu duruma özellikle inşaat sektöründe sıklıkla karşılaşılr. Borçlu konumunda olan müteahhit inşaat için gerekli malzemeleri imal etmek zorunda olmayıp, bunları iyi bir şekilde tedarik etmekle yükümlüdür. Eseri teslim borcu malzemenin üretimini de içine almaz. Dolayısıyla borcun yerine getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçlerin satın alındığı tüccar, inşaata koyulacak makinaların, kullanılan araç ve gereçlerin satın alındığı fabrika borçlunun ifa yardımcısı sayılmamalıdır. Müteahhit ancak seçtiği malzemenin iyi cinsten olmaması dolayısıyla bir zarar meydana gelirse, malzeme seçiminde kendisine bir kusur yüklenirse sorumlu olacaktır⁴⁶.

2.3 Borcun İfası veya Bir Hakkın Kullanılmasında Yardımcı Kişiyi Başvuru Borca Aykırı Olmamalıdır

Borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılması borca uygun olmalıdır. Yardımcı kişi kullanımı borca aykırılık oluşturursa diğer bir deyişle borçlunun yardımcı kişi kullanmaya izni bulunmaması veya izni bulunmakla birlikte borçlu yardımcı kişi kullanmada gerekli özeni göstermemiş ise meydana gelen zararda yardımcı kişinin bir kusuru bulunmasa (örneğin mücbir sebep) bile borçlu TBK m.116 hükmünden değil, TBK m.112 hükmünden sorumlu olur⁴⁷.

Borç konusu edimin yerine getirilmesi borçlunun şahsına bağlı ise borcun ifası yardımcı kişiye bırakılamaz. Hatta yardımcı kişi borca uygun olarak ifade bulunmuş olsa bile alacaklı, borcu bizzat ifa etmeyen borçluyu sorumlu tutabilir. Örneğin, borçlunun kişisel niteliklerinin göz önüne alındığı bir eser sözleşmesinde borç konusu alacaklının portresinin yapılmasıya veya bir ses sanatçısının konser vermek için bir eğlence merkeziyle anlaşması halinde

⁴⁶ Tuhr, s.593-594; Feyzioğlu, s.165; Tunçomağ, s.501; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.438; Şenocak, s.122-123

⁴⁷ Tuhr, s.590; Eren, s.1106; Oğuzman-Öz, s.422; Tunçomağ, s.503; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1201; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s. 892; Reisoğlu, s.362; Terrier-Pichonnaz-Develioğlu, s.389.

yardımcı kişinin kullanılması söz konusu olamaz. Çünkü borç konusu şahsa bağlı bir edimdir. Borçlunun sorumluluğu yardımcı kişinin fiilinden ayrı olarak sözleşmeyi bizzat kendisi ihlal ettiği için doğar. Bu konuda belirleyici olan, iş çevresindeki hakim görüş ve telakkiler kapsamında, somut olaydaki borç ilişkisinin borçlunun kişisel özelliklerinin önem kazanıp kazanmadığıdır⁴⁸. Fakat borç konusu şahsa bağlı olsa da borçlunun kişisel nitelikleri ile ilgili olmayan ikincil derecedeki fiillerin yerine getirilmesinde yardımcı kişi kullanılabilir. Örneğin, cerrahın gözetim ve denetimi altında olması şartıyla ameliyat sırasında hemşire ve asistanlarının hizmetinden faydalanması⁴⁹.

2.4 Yardımcı Kişi Borçlunun Borcuna Aykırı Davranışta Bulunarak Alacaklıya Zarar Vermelidir

Alacaklı ile borçlu arasındaki borcun edim yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerinin ifası veya hakkın kullanılması sonucu meydana gelen zarar arasında bir bağ bulunması gerekir⁵⁰. Yardımcı kişinin davranışı borca aykırı olmalı, davranışı sebebiyle ya borç konusu edim imkânsız hale gelmeli ya gecikmiş ya da kötü ifa söz konusu olmalıdır⁵¹.

Doktrinde borçlu ve yardımcı kişinin eyleminden sorumluluğun sadece borcun ifası ile ilgili borcun ihlalini taşıyan fiillerle verilen zararlarda söz konusu olabileceği, zarar borcun ifası ile ilgili olmayıp, ifa vesilesiyle doğmuş ise sorumluluğun söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür⁵². Fakat borç ilişkilerinde borçlu ile yardımcı kişinin yerine getirmekle yükümlü oldukları edim yükümlülükleri dışında yan yükümlülükleri (özellikle koruma yükümlülüğü) de sorumlulukları kapsamında olmalıdır. Koruma yükümlülüğü, borcun ifası ile bağlantılı olan alacaklının mal ve şahıs varlıklarına zarar vermekten kaçınma yükümlülüğüdür⁵³. Bu kapsamda alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinin korunması amaçlanır. Dolayısıyla ifa yardımcısı edimini yerine getirirken, alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı değerleri ile kişilik değerlerini de korumalıdır⁵⁴. Koruma yükümlülüğü dürüstlük kuralları ve güven ilişkisi içinde doğar. Alacaklı ile

⁴⁸ Eren, s.1106; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.441; Şenocak, s.109-110; Erten, s.218; Erdem, s.713; Kılıçoğlu, s.667; Feyzioğlu, s.166; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.391; Serozan, s.23; İnan-Yücel, s.616.

⁴⁹ Eren, s.1106; Şenocak, s.110-111; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.441.

⁵⁰ Eren, s.1106; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.390.

⁵¹ Eren, s.1106; Şenocak, s.195; Antalya, s.313; Reisoğlu, s.363.

⁵² Oğuzman-Öz, s.423; Feyzioğlu, s.168; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.442; Kılıçoğlu, s.668; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.897; Reisoğlu, s.363; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.391; Serozan, s.291; İnal, s.598; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1202.

⁵³ Eren, s.1107; Erdem, s.713.

⁵⁴ Eren, s.1107.

borçluyu birbirine yakınlaştırarak aralarında güven ortamı yaratır. Bu güven ortamında alacaklı borçluya ve yardımcı kişiye ev ve işyerinin kapısını açarak bu mekânlara girmesini sağlar. Bu güven ortamı içinde alacaklıya ait bir alanda ifa fiilini gerçekleştiren borçlu ve yardımcı kişiler alacaklının diğer menfaatlerini dikkat ve özen çerçevesinde korumalıdır. Örneğin, eve tamir için gelen ifa yardımcısının tamir sırasında evdeki buzdolabına zarar vermesi borca aykırılık oluşturur ve zararın tazmini gerekir. Aynı şekilde bir eve boya yapmak için giren yardımcı kişinin evden bir eşya çalması durumunda da borçlunun sorumlu tutulması gerekir⁵⁵. Çünkü yardımcı kişinin ihmali sebebiyle verdiği zararlar da, bu kişinin dikkatsiz ve özensiz davranışta bulunma riskini borçlu taşıdığı gibi, bu kişinin dürüst olmamasının, başkalarının haklarına uymayan biri olmasının riskini de borçlu taşımaktadır⁵⁶.

2.5 Borçlu Bizzat Borcu İfa Etse ve Zarar Verici Davranışta Bulunsaydı, Doğacak Zarardan Sorumlu Tutulabilmelidir

Borçlunun, yardımcı kişi tarafından alacaklıya zarar verdiği durumda sorumluluğu için kendisi veya yardımcısının kusurlu olup olmamasına ilişkin üç görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre; yardımcı kişi tarafından bir zarar meydana geldiğinde, borçlunun sorumlu olması için yardımcı kişinin kusurlu olması gerekir. Nasıl ki borçlu borcu kendisi ifa ettiğinde meydana gelen zarardan kusuru oranında sorumlu ise, yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin zarara kusuruyla sebep olması gerekir. Yardımcı kişinin kusuru yoksa borçlunun da sorumluluğu olmayacaktır. Borçlu yardımcısının kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Borçlunun kendi fiilleri gibi yardımcı şahısların fiillerinden de sorumlu olması hakkaniyete uygun olsa da, borçlu tarafından işlendiği takdirde zararın meydana gelmeyeceği bir fiilin yardımcı kişi tarafından kusuru olmadan işlenmesi halinde borçluyu sorumlu tutmanın iş bölümünü güçleştireceği ileri sürülmektedir.⁵⁷

İkinci görüşe göre; ne borçlunun ne de yardımcı kişinin kusurunun TBK m.116'nın uygulanması için gerekli olduğu yönündedir⁵⁸. Diğer bir deyişle alacaklının uğramış olduğu zarardan dolayı borçlu kendi ve yardımcı kişinin kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. TBK m.116'da kusurdan bahsedilmediğinden, TBK m.116 ile TBK m.66 birbiriyle paralellik göstermektedir. Bu görüş, TBK m.66 adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu düzenlediğinden, TBK m.116'da da borçlunun yardımcı kişinin vermiş olduğu

⁵⁵ Eren, s.1107; Şenocak, s.199-202; Zevkliler-Ertaş-Havutçu vd., s.322.

⁵⁶ Şenocak, s.202.

⁵⁷ Tuhr, s.597-598.

⁵⁸ Saymen-Elbir, s.722-723; Erdem, s.714-715; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.444; Tunçomağ, s.505.

zarardan kusursuz sorumlu sayılması gerektiğini savunur⁵⁹. Borçlu borcunu yardımcıları vasıtasıyla yerine getirdiğinde önemli edimlerin ifası kolaylaşır. Ayrıca borçlu kendi başına ifa edemeyeceği vaatler altına girebilir. Bundan dolayı, borçlunun borcunu bizzat ifa ettiğinden daha ağır bir biçimde sorumlu tutulması normal karşılanmalıdır⁶⁰.

Son görüş ise doktrin ve uygulamada hakim olan görüştür. Bu görüşe göre; borçlunun sorumlu olması için borçlunun ve yardımcı kişinin gerçek kusuru aranmaz⁶¹. Fakat borçlu yardımcı kişiyi seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetlemede gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da yardımcı kişinin borcunu ifa ederken kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Yardımcı kişinin davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu özen derecesine ulaşmıyorsa sorumluluk borçludur. TBK m.116'nın amacı borçlunun bir yardımcıya başvurmasından dolayı, alacaklının zarar görmesine sebep olmamaktır⁶².

Borçlunun doğan zarar sebebiyle sorumluluktan kurtulmasına olanak verebilmek için farazi kusur görüşü ortaya çıkmıştır. Yardımcı kişinin zarar verici davranışı borçlu tarafından yerine getirilseydi bu davranış borçlu için kusurlu sayılabilir nitelikte ise farazi kusur şartı gerçekleşmiş sayılır. Borçlu, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olsaydı, borca aykırılıktan kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶³. Diğer bir deyişle, borçlu zarar verici eylemi kendisi gerçekleştirseydi, kendisi hakkında uygulanacak olan kusur ölçütlerine göre kusurlu ve sorumlu sayılacak olursa, aynı fiili yardımcının gerçekleştirmiş olması borçluyu sorumluluktan kurtarmaz⁶⁴. Örneğin, mal sahibinin eşyalarını taşıma borcu atındaki kamyon sahibi, taşıma borcunu şoförü vasıtasıyla yerine getirmiş ve şoför taşıma sırasında bir otomobile çarpışmış, kamyondaki mallar zarar görmüşse ve kaza sonucunda kusur tamamen karşıdan gelen otomobile ait ise kamyonu bizzat kamyon sahibi idare etmiş olsaydı bile kusurlu sayılması söz konusu olamayacağından, kamyonu şoförün kullanmasından kamyon sahibinin sorumlu tutulması farazi

⁵⁹ Saymen-Elbir, s.723; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.444; Tunçomağ, s.505.

⁶⁰ Saymen-Elbir, s.723; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.444.

⁶¹ Kılıçoğlu, s.669; Oğuzman-Öz, s.425; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.898; Şenocak, s.210; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.392; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1207.

⁶² Kılıçoğlu, s.669; Oğuzman-Öz, s.425; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.898; Şenocak, s.211; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.392; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1207.

⁶³ Eren, s.1108; Feyzioğlu, s.172-173; Oğuzman-Öz, s.425; Şenocak, s.210-211; İnan-Yücel, s.616; Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s.391; İnal, s.597; Çelik, "Yardımcı Kişilerden Sorumluluk", s.y.; Yarg. 3 HD., E.2014/18538, K.2015/950, T.19.1.2015, www.kazanci.com, e.t.19.10.2017.

⁶⁴ Serozan, s.286.

kusura aykırılık oluşturur⁶⁵. Yardımcı kişinin kusuru bulunmaması dışsal ve objektif sebeplerden kaynaklıysa, borçlu sorumlu olmayacaktır. Fakat borca aykırı davranışta yardımcının kusurunun bulunmaması onun şahsından kaynaklanıyorsa borçlu sorumlu olur⁶⁶. Farazi kusurda yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının da herhangi bir önemi yoktur. Borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu borca aykırılıktan sorumlu tutulmalıdır. Yardımcı kişinin ayırt etme gücü yerinde olmaması durumunda, zaten borçlunun, borcun yerine getirilmesi için böyle bir kişiye başvurduğundan dolayı TBK m.112'ye göre sorumluluğu meydana gelecektir. Fakat borçluya bir kusur isnat edilmemesi durumunda da yardımcı kişinin şahsına bağlı rizikolar alacaklıya değil, borçluya ait olmalıdır⁶⁷.

Borçlunun yardımcı kişiye göre ifa konusu edim hakkında bilgi ve becerisi daha yüksekse, yardımcı kişi için kusurlu sayılamayacak davranış borçlu için kusurlu sayılabilir⁶⁸. Eğer borçlu borcun ifasının gerektirdiği mesleki bilgi ve kabiliyete sahip olmadığı halde (bir erkek terzisinin kadın elbisesi dikme edimini yüklenmesi gibi) bir borcu taahhüt ederse yine sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda borçlu edimin ifası için mesleki bilgi ve kabiliyeti olan kişilere başvurmak durumundadır. Üstlendiği borcun ifası için gerekli olan özen ve beceriye sahip olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Burada borçlunun kusurlu davranışı kendi gücünü ve ehliyetini aşan bir faaliyetin ifa edilmesini üstlenmesinden kaynaklanır⁶⁹.

2.6 Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

TBK m.116/1'e göre borçlunun sorumlu olabilmesi için, yardımcının borçlu tarafından kendisine bırakılan işi yürüttüğü sırada bir zarara sebep olması gerekir. Yardımcı kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının olması gereklidir. İfa veya kullanma fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı söz konusu değilse veya bu bağ mücbir sebep, alacaklının veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile kesilmişse borçlunun zarardan sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁰. Fakat borca aykırı davranışta yardımcının kusurlu bulunmaması onun kişiliğine özgü nedenlere dayanıyorsa, borç bizzat borçlu tarafından ifa edilmiş olsaydı, borçlunun ehliyet ve tecrübesi dolayısıyla borca aykırı davranışı oluşturan fiilde borçlunun kusursuz sayılıp sayılmayacağı

⁶⁵ Oğuzman-Öz, s.425.

⁶⁶ Oğuzman-Öz, s.425-426; Erten, s.220; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.445; Karahasan, s.1208.

⁶⁷ Eren, s.1109; Oğuzman-Öz, s.425; Şenocak, s.218-219; Uygur, s.3226.

⁶⁸ Şenocak, s.213; İnal, s.597.

⁶⁹ Şenocak, s.213.

⁷⁰ Eren, s.1110; Feyzioğlu, s.173; Tunçomağ, s.508; Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1208.

araştırılmaz. Bu durumda uygun illiyet bağı kesilmemiş sayılarak borçlu doğan zarardan sorumlu olacaktır⁷¹ .

3. Yardımcı Kişiden Dolayı Sorumluluğun Kaldırılması veya Sınırlandırılması

3.1 Getirilen Düzenlemeler

Borçlunun borca aykırı fiillerinden dolayı yapılan sorumsuzluk anlaşması ile yardımcısının borca aykırı fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşması TBK'nin farklı maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlunun borca aykırı davranışında sorumsuzluk kaydına ilişkin düzenleme, TBK m.115'te hükme bağlanmıştır. Madde hükmüne göre; *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Yardımcı kişinin borca aykırı davranışında sorumsuzluk kaydına ilişkin düzenleme ise TBK m.116/ II ve III'te hükme bağlanmıştır. Madde hükmüne göre; *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.”* *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Borçlunun borca aykırı fiillerinden dolayı sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalara dar bir alan bırakılmasına karşın, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçlunun sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalara daha geniş yer verilmiştir. Borçlunun borca aykırı fiilleri ağır bir kusura dayanmaktaysa, yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzken, yardımcı kişilerin ağır kusuruna dayanan fiillerinden dolayı borçlunun sorumsuz olacağına ilişkin yapılan anlaşmalar geçerlidir. Yasa koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya iten neden, bir kimsenin kendisinden kaynaklanan ağır kusurundan dolayı sorumsuz olacağını alacaklıya kabul ettirmesiyle, başkasının ağır kusuru sebebiyle sorumsuz olacağını kabul ettirmesinin birbirinden farklı olmasıdır. Ayrıca iş sahibinin, yardımcısının ağır kusurlu davranışlarından kendini koruması da normaldir⁷².

⁷¹ Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1208.

⁷² Kılıçoğlu, s.678-679; Akman, s.75; Erten, s.220-221; İnal, s.599.

3.2 Yardımcı Kişilerin Vereceği Zararlar Bakımından Konulacak Sorumsuzluk Kaydının Koşulları

3.2.1 Borçlunun Yardımcı Kişi Kullanması Mümkün ve Geçerli Olmalıdır

Borçlunun borç ilişkilerinde yardımcı kişi kullanabilmesinin koşullarına değinildiğinden burada bahsedilmeyecektir. Fakat belirtelim ki; TBK m.115'in aksine burada sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi için sözleşmeye, işin niteliğine ve edimin yerine getirilmesine göre yardımcı kişi kullanılması mümkün olmalıdır. Bizzat ifası gereken şahsi edimin yardımcıya bırakılmasında olduğu gibi borçlu haksız ve yetkisiz olarak yardımcı kişi kullanırsa, sözleşmeye aykırılıktan dolayı yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumludur⁷³. Sözleşme dışı kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK m.66/III'ün kıyasen yardımcı kişilerle yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarında uygulanabileceği kanaatindeyiz. Madde hükmüne göre bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Borçlunun işletme organizasyonu kusursuz ve eksiksiz bulunmalıdır. Borçlunun işletme organizasyonunun kusursuz ve eksiksiz olmasına ilişkin dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünün ihlali durumunda bir zarar ortaya çıktığında, yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması geçerli değildir. Doğan zarardan borçlu sorumlu tutulacaktır⁷⁴.

3.2.2 Alacaklı ile Borçlu Arasında, Yardımcı Kişinin Fiillerinden Dolayı Sorumsuzluğa İlişkin Bir Anlaşma Yapılmış Olmalıdır

Borçlu ile alacaklı taraf önceden yapacakları sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişilerin sebep oldukları zarardan dolayı borçlunun sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir. Taraflar arasında yapılacak anlaşmada sorumsuzluk kaydı, asıl sözleşme kurulurken bu sözleşmede bir hüküm olarak yer alabileceği gibi, asıl sözleşmenin kurulmasından sonra ayrı ve bağımsız bir sözleşme yapılarak da konulabilir. Sorumsuzluk anlaşması taraflarca açık veya örtülü olarak da yapılabilir. Örneğin, borçlunun yardımcı kişinin, alacaklının gözetimi altına konulması durumunda borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğacak sorumluluğunu örtülü olarak kaldırdığı kabul edilmektedir. Sorumsuzluk anlaşmasının şekline ilişkin TBK m.116/II ve III'te ve TBK m.115'te herhangi hükme yer verilmemesinden dolayı, sorumsuzluk anlaşması herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir (TBK m.12)⁷⁵. Yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı borçlu, sorumsuzluk kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Bu hususta ispat yükü kendisindedir⁷⁶.

⁷³ Akman, s.77; Erten, s.222; Eren, s.1111-1112.

⁷⁴ Akman, s.77.

⁷⁵ Erten, s.222; Kılıçoğlu, s.679; Antalya, s.317.

⁷⁶ Ayan, (Borçlar Hukuku), s.350.

Belirtmek gerekir ki, borçlu ya TBK m.115'e göre kendi kusurundan doğan sorumluluk için ya da TBK m.116'ya göre yardımcı kişinin fiillerinden doğan kusuru için bir sorumsuzluk anlaşması yapmışsa, bunlardan birinin diğer sorumluluk çeşidi üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Yani borçlunun kendi adına yaptığı sorumsuzluk anlaşması, yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumluluğu kapsamaz. Aynı şekilde yardımcı kişiler adına yapılan sorumsuzluk anlaşmaları borçlunun kendi fiilinden dolayı sorumluluğu kapsamaz.

3.2.3 Sorumsuzluk Anlaşması Yardımcı Kişinin Her Türlü Kusurlu Borca Aykırı Fiillerine İlişkin Olabilir

TBK m.116/II'de, TBK m.115'ten farklı olarak borçlu ile alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun kullandığı yardımcı kişinin hafif ya da ağır kusurlu (kast veya ağır ihmalden kaynaklanan) davranışlarıyla sebep olduğu zararlardan tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir⁷⁷. Diğer yandan TBK m.115/I'e göre borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

3.2.4 Borçlunun Sorumluluğu Kanun veya Yetkili Makamlar Tarafından Verilen İzne Dayalı Bir İşle İlgili Olmamalıdır

TBK m.116/II'deki düzenleme ana kural olsa da, bu fıkranın istisnasını TBK m.116/III oluşturur. TBK m.116/III'e göre; yardımcı kişilerin verdiği zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının "uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat kanun veya yetkili makamların izni ile yürütülüyorsa" yani borçlu "imtiyaz suretiyle verilen bir işi yürütmekte" ise yapılması mümkün değildir. Borçlunun yardımcı kişilerin hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilerek alacaklının korunması amaçlanmıştır. TBK m.116/III'e aykırı yapılan anlaşma da kesin olarak hükümsüzdür.

TBK m.116/III, eski BK m.100/III'ten farklılıklar göstermektedir. Şöyle ki; BK m.100/III'te getirilen düzenleme şu şekildeydi: "Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.". TBK m.116/III'te "alacaklı, borçlunun hizmetinde ise" sadece hafif kusurdan dolayı sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği hükmüne yer verilmemiştir. Anlaşmanın yapıldığı sırada alacaklının borçlunun hizmetinde olmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi dolayısıyla, alacaklı borçlunun hizmetinde ise ve aralarında bir sorumsuzluk sözleşmesi imzalanmışsa, çalışan yardımcı kişinin TBK m.116/II'ye göre ağır veya hafif kusuruyla alacaklıya zarar vermesi halinde, borçlu

⁷⁷ Eren, s.1112; Zevkiiler-Ertaş-Havutçu vd., s.323.

olan adam çalıştırının sorumlu olmayacağı anlamı çıkabilmektedir. Örneğin, işveren işyerinde güvenlik önlemlerinin alınmasını bir yardımcı şahsa bırakmış, yardımcı şahıs tarafından güvenlik önlemleri eksik alınmış ve işçi bir zarar gördüğü durumda, yardımcı şahısların fiillerinden işverenin sorumsuz olacağına ilişkin bir kayıt varsa işverenin sorumlu tutulmaması anlaşılır gibi değildir⁷⁸. Fakat Hükümet Tasarısında⁷⁹, TBK m.115/II'teki "Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." hükmünün TBK m.116'daki ihtiyacı da karşılayacağı belirtilmiştir. TBK m.115/II'deki her türlü anlaşmadan kastedilenin borçlunun gerek kendisinin gerekse de yardımcı kişilerin fiillerini kapsayacak genişlikte yaptığı anlaşma olması dolayısıyla TBK m.116'de herhangi bir düzenlemeye gidilmesine gerek görülmemiştir⁸⁰. Hükümet Tasarısının amaçladığı TBK m.116/III hükmünün, TBK m.115/II hükmüyle birlikte okunarak geniş

⁷⁸ **Vedat Buz**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değerlendirilmesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Mayıs 2011, s.173-174; **Elif Ayan**, "Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, Ankara, 2016, s.26.

⁷⁹ 22.01.2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunda TBK m.116/III'te değişikliklere gidilmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: "818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 115 inci maddesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan "3. Muavin şahısların mesuliyeti" şeklindeki ibare, Tasarıda "3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesinin son fıkrasında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklının borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluğun, hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir meslek veya sanatın icrasından doğması durumunda, sorumsuzluk anlaşmasıyla, borçlunun yardımcı kişilerin sadece hafif kusurlarından sorumlu olmayacağına kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. Tasarının 115 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen yeni hükme göre ise: "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." Böylece, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, borçlunun, ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunun kapatılması amaçlanmıştır. Gerçekten, bu durumda borçlunun değil, alacaklının korunması, menfaatler dengesine de uygun düşer. Bu nedenle, söz konusu hükme aykırı olarak yapılan bir anlaşma, Tasarının 27 nci maddesinin birinci fıkrası anlamında, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

Maddenin son fıkrasında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklının borçlunun hizmetinde olması durumunda, borçlunun sadece hafif kusuru için geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabileceği kabul edilmiştir.": <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, e.t.19.10.2017.

⁸⁰ **Kılıçoğlu**, s.680; **Buz**, s.174.

yorumlanmasıdır. Her iki madde birlikte yorumlandığında; alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlar için yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları, sorumluluk borçlunun fiilinden ya da yardımcısının fiilinden kaynaklanırsa kesin olarak hükümsüzdür anlamı çıkmaktadır⁸¹.

Ayrıca BK m.100/III'te yardımcı kişilerin “hafif kusurundan sorumsuzluğa” ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları geçerli sayılırken, ağır kusurundan sorumsuzluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılmıştır. TBK m.116/III'te ise hafif kusur, ağır kusur ayrımı yapılmadan borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir.

3.3 Düzenlemenin Eleştirisi

TBK m.115/I'de, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzken, TBK m.116/II'de yardımcı kişilerin ağır kusurundan sorumlu olunmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kamu düzenine, ahlaka ve objektif iyi niyet kuralına aykırı herhangi bir tarafı görünmemektedir. Yardımcı kişinin kast veya ağır ihmali borçlunun kast veya ağır ihmali demek değildir. Fakat TBK m.116/II hükmü, yükümlülüklerini neredeyse sürekli yardımcı kişiler vasıtasıyla yerine getiren bankalar, anonim şirketler gibi tüzel kişilere ayrıcalık ve üstünlük tanımaktadır. Dolayısıyla TBK m.116/II tatmin edici bir düzenleme değildir⁸².

Borçlunun kendisi veya yardımcısının sorumluluğuna ilişkin anlaşmanın koşulları ve amaçları birbirinden farklılık taşımaktadır. Asıl borçluya ilişkin sorumsuzluk anlaşmasıyla, yardımcı kişiye ait sorumsuzluk anlaşması ayrı maddelerde düzenlenmektedir. Fakat TBK m.115/II hükmünün her iki sorumsuzluk anlaşması için birlikte uygulanması, karmaşa yaratmış ve sistematik açıdan isabetli bir düzenleme olmamıştır⁸³. Ya eski BK'de olduğu gibi, her iki maddede de söz konusu durumların ayrı ayrı belirtilmesi ya da tekrardan kaçınılmak isteniyorsa yardımcı şahıslara ilişkin TBK m.116'da bu durumlardan hiç birinden bahsedilmemesi ve asıl borçlunun sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m.115'te bahsedilen sınırlamaların yardımcı şahsın fiillerinden doğan sorumluluğu kaldıran anlaşmalar bakımından da geçerli olacağını belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirdi⁸⁴.

⁸¹ Hatemi-Gökyayla, s.108.

⁸² Akman, s.76.

⁸³ Kılıçoğlu, s.681; Buz, s.174.

⁸⁴ Buz, s.174.

BK m.99 ile 100/II ve III'te alacaklının borçlunun hizmetinde bulunduğu ya da borçlunun ediminin imtiyaz suretiyle yürütülmekte olduğu bir işle ilgili olduğu halde sorumsuzluk anlaşmalarının olayın niteliğine göre yargı kararı ile hükümsüz sayılması mümkündür. Somut olayda alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması ya da borçlunun ediminin imtiyaz suretiyle yürütülmekte olması durumlarının biri olduğu halde sorumsuzluk anlaşmasının geçerli sayılması gerekebilir. Buna rağmen sorumsuzluk anlaşmalarının emredici olarak “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tabi tutulması ve hakimın takdir hakkının olmaması sert bir çözüm olmuştur⁸⁵. Belirtmek gerekir ki; TBK m.116/I ve II'de sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüz olması durumunda sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacak sadece sorumsuzluk kaydı sözleşmeden kaldırılacaktır (TBK m.27/II). TBK m.115/II ve TBK m.116/III hükümleri açısından sorumsuzluk kaydı konulursa sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılabilir, sözleşme geçersiz sayılmamalıdır. Sözleşmenin tamamı geçersiz sayılırsa borçlu TBK m.115 ve 116 hükümlerine göre sorumsuz sayılacaktır. Burada amaçlanan borçlunun sorumsuz sayılmasının önüne geçmektir. TBK m.115/II ve TBK m.116/III hükümlerine göre sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz sayılması borçlunun yararına olacaktır⁸⁶.

TBK m.115/II'de borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı belirtilmiştir. Hizmet sözleşmesi dışındaki alacaklının borçluya bağımlı olduğu diğer sözleşme ilişkilerinde (çıkraklık ilişkisi gibi) borçlunun hafif kusuruna dayanan sorumsuzluk anlaşmalarının akibetinin ne olacağı konusundaki belirsizlik giderilmelidir. Oysa eski BK'de “alacaklı borçlunun hizmetinde ise” ifadesi geniş bir şekilde yorumlanmaktaydı. Yani hizmet sözleşmesi dışındaki bağımlılığın söz konusu olduğu diğer sözleşmelerde de sorumsuzluk kaydı geçersiz sayılmaktaydı. Fakat “hizmet sözleşmesinden” ifadesi net bir ifade olup, ifadenin açıklığı karşısında alacaklının borçluya bağımlı olduğu diğer sözleşmelere konulan sorumsuzluk kaydı geçerli olacaktır. Maddenin açık hükmü geniş yoruma imkan vermemektedir⁸⁷.

TBK m.115/III ve TBK m.116/III'te imtiyazlı hizmetin, mesleğin veya sanatın uzmanlığı gerektirmesi koşulu yer almıştır. Fakat uzmanlığı gerektirmeyen otopark işletmeciliği, lokantacılık, marketçilik, kargo gibi hizmetlerden yararlanan kişilere sorumsuzluk anlaşmasının dayatılması makul değildir⁸⁸.

⁸⁵ Kılıçoğlu, s.681-682; Antalya, s.318.

⁸⁶ Erten, s.274-275.

⁸⁷ Ayan, (Sorumsuzluk Kayıtlarının Değerlendirilmesi), s.23; Erten, s.229-230; Serozan'a göre söz konusu düzenleme ile işverenin sorumsuzluk kayıtlarının hükümsüz sayılması olanaklı olacağından getirilen düzenleme antisosyal bir çözümdür. İşçi ve işveren arasındaki doğrudan bağımlılık ilişkisinde kurulabilecek olan hizmet sözleşmesi dışındaki ilişkilerde işveren işçisine karşı hafif kusurundan dolayı sorumluluğunu baştan giderebilecektir. İşveren yanlısı olan bu olanak işçiyi koruyucu anlayışa ters düşmektedir. Serozan, s.281.

⁸⁸ Serozan, s.282.

Kanımızca eski BK'deki sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin düzenlemeler, TBK'ye göre daha anlaşılır ve isabetlidir. Dolayısıyla TBK m.115 ve 116'nın revize edilmeye ihtiyacı vardır.

4. Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğun Sonuçları

Yardımcı kişinin borcu yerine getirirken alacaklıya vermiş olduğu zararlardan dolayı borçlu sorumludur⁸⁹. Borçlunun, yardımcı kişilerin verdiği zararlar sebebiyle ödeyeceği tazminat miktarı TBK m.112 gereği borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğranılan zarardır. Alacaklının uğradığı zararın türü önemli değildir. Bu zarar maddi zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir⁹⁰. Yardımcı kişinin edimini yerine getirirken, alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı değerleri ile kişilik değerlerini de koruması gerektiğini belirtmiştik. Kişilik değerleri, kişinin manevi varlığıyla yakından ilgilidir. İstenebilecek maddi zarar ise, müspet zarar veya menfi zarar ile ilgili olabilir⁹¹. Fakat yardımcı kişinin davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gereklidir. İlliyet bağını kesen sebeplerin varlığı halinde, yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğuna gidilemez.

Borçlu tarafından alacaklıya ödenen tazminatın yardımcıdan istenebilmesinin mümkün olduğu hallerde yardımcıya rücu edilebilir. Bu durumda borçlunun yardımcı kişiden rücu alacağı söz konusu olur⁹². TBK m.116'da borçlunun yardımcı kişiye karşı rücu hakkına sahip olması ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesinden dolayı, borçlunun yardımcısına rücu hakkı genel hükümlere göre belirlenir⁹³.

⁸⁹ Akman, s.74; Kılıçoğlu, s.669; Tunçomağ, s.509; “davacı ile davalı banka arasında akdi ilişki bulunduğu, davalı bankanın bu ilişkiyi ifa yardımcısı dava dışı The Bank of New York Bank aracılığıyla gerçekleştirdiği, davalı bankanın TBK'nın 116. maddesi gereği dava dışı The Bank of New York Bank isimli bankaların yaptığı işlem sonucu zarar gören davacıya karşı tam sorumlu olduğu, ödemeyle görevli'ın, lehdarın farklı olduğu kendisine bildirilen mesajda belli iken, herhangi bir teyide lüzum görmeden salt IBAN numarasını nazara alarak transfer etmesi göz önüne alındığında davacının kusuru sayılamayacağı gibi davalı banka lehine bu sebeple kusur indirimi de yapılamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne,... karar verilmiştir.” Yarg. 11 HD., E.2015/14384, K.2016/2495, T.7.3.2016, www.kazancı.com; e.t.19.10.2017; “At yarışları müşterek bahisler tüzüğü'nün jockey kulübünün sorumluluğunu ortadan kaldıran 20. maddesi, kanuna aykırı olduğundan kulüp, B.K. 100. maddesi uyarınca yardımcı kişi gişe memurunun verdiği zarardan sorumludur. Kulübün sorumluluğunun hukuki niteliğini belirlemek hakime aittir.”, Yarg. 4 HD., E.1976/6024, K.1976/9292, T.1.11.1976, www.kazancı.com, e.t.19.10.2017.

⁹⁰ Mehmet Karaca, “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.49, 2010, s.54.

⁹¹ Eren, s.1081.

⁹² Eren, s.1111.

⁹³ Kılıçoğlu, s.670.

Rücu alacağı borçlunun yardımcı kişi ile arasından sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre farklı değerlendirilir⁹⁴. Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme ilişkisi varsa ve yardımcı kişi kusurlu ise borçlunun rücu alacağı, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı davranışına dayanır. Sözleşme ilişkisi hizmet, eser, vekâlet sözleşmelerine dayanabilir. Bu durumda borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı alacaklıya ödediği zarar miktarını yardımcı kişiden TBK m.112'ye dayanarak rücu edebilir⁹⁵. Kusurun varlığı veya yokluğu, azlığı veya çokluğu yardımcı kişiden istenecek tazminat miktarında etkilidir. Yardımcı kişinin kusuru hiç yoksa borçlu yardımcı kişiye rücu edemeyecektir⁹⁶.

Borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmuyor ve yardımcı kişinin alacaklıya karşı işlediği fiil haksız fiil niteliği taşıyorsa, borçlu alacaklıya ödediği tazminat için, yardımcı kişiye TBK m.62 hükmüne dayanarak rücu edebilir. Fakat borçlunun yardımcı kişiye rücu edebilmesi, yardımcı kişinin kusurlu olma şartına bağlıdır⁹⁷.

Alacaklı ile yardımcı kişi arasında herhangi bir sözleşmesel bağ olmadığından, kural olarak alacaklı yardımcı kişiyi sözleşmenin ihlalden dolayı sorumlu tutamaz ve tazminat isteyemez⁹⁸. Fakat yardımcı kişinin davranışı bir haksız fiil oluşturuyorsa, alacaklı borçluyu sözleşmeden, yardımcı kişiyi de kusurunu ispatlamak şartıyla haksız fiilden dolayı sorumlu tutabilir. Bu durumda borçlu ile yardımcı kişi alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur ve haklarında TBK m.61 uygulanır⁹⁹. Yargıtay Ticaret Dairesi yardımcı kişinin verdiği zarardan, alacaklıya karşı yardımcı kişiyi de borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu

⁹⁴ Eren, s.1111; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.900.

⁹⁵ Saymen-Elbir, s.725; Eren, s.1111; Feyzioğlu, s.176; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.900; İnan-Yücel, s.616; Zevkililer-Ertaş-Havutcu vd., s.325.

⁹⁶ Tunçomağ, s.511.

⁹⁷ Saymen-Elbir, s.725; Eren, s.1111; Feyzioğlu, s.176; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.451-452; Tunçomağ, s.510; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.901; İnan-Yücel, s.616-617.

⁹⁸ "Sadece, navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan ve anılan sözleşmenin icrası kendisine bırakılan üst taşıyıcı, taşıyanın adamı değil, onun yardımcı şahsıdır. Böylece, yolculuk sırasında aktarma yoluyla malları taşıyan ve varış limanında onları gönderilene noksan teslim eden davalı Denizcilik Bankası, üst taşıyan olarak, diğer davalı asıl taşıyanın (alt taşıyıcı), yardımcı şahsı durumundadır. Davalı bankanın, bu sıfatla ve kendisine tevdi edilen, taşıma sözleşmesi ya da konşimentoya dayalı edimin yerine getirilmesinde kusurlu davranarak neden olduğu zarara, asıl taşıyıcı sıfatını alan diğer davalının katlanması yasa gereğidir.", Yarg. 11 HD., E.1980/1, K.1980/133, T.17.1.1980, www.kazancı.com, e.t.19.10.2017.

⁹⁹ Tuhr, s.598; Eren, s.1111; Feyzioğlu, s.174; Tandoğan, (Türk Mes'uliyet Hukuku), s.452; Tunçomağ, s.509; Akman, s.80; Kılıçoğlu, s.670; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Aktop, s.901; Zevkililer-Ertaş-Havutcu vd., s.325.

tutmuştur¹⁰⁰.

Son olarak belirtmek ki; borçlu ile alacaklı arasında TBK m.116/II hükmüne göre sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa ve yardımcı kişinin sebep olduğu bir zarar ortaya çıkmışsa, alacaklı sorumsuzluk anlaşması gereği zararını borçludan isteyemeyecektir. Yardımcı kişiyle de aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığından dolayı yardımcı kişi ancak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği için zarara alacaklı katlanacaktır¹⁰¹.

SONUÇ

Çalışmamızda yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluk incelenmiştir. Yardımcı kişi, borçlunun bilgisi ve iradesi kapsamında borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifa faaliyetlerine katılan üçüncü kişidir. Borçlunun yardımcı kişi kullanabilmesi için birtakım şartların varlığı gereklidir. Aksi halde borçlu, her borç ilişkisinde yardımcı kişi kullanılarak sorumluluktan kurtulabilir. Borçlu ile zarar gören alacaklının arasında bir borç ilişkisinin varlığı durumunda, borcun ifası ya da bir hakkın kullanılması amacıyla yardımcı kişiye başvurulabilir. Borcun yerine getirilmesinde borçlunun bilgi, yeteneği, kişiselliği önem taşıyorsa yardımcı kişiden yararlanılması mümkün değildir. Borçlunun sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı kişinin borca aykırı bir davranışta bulunarak, uygun illiyet bağı içinde alacaklıya zarar vermesi gerekir. Borçlu sorumluluktan kurtulmak için, kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi yardımcı kişiyi seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetlemede gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da yardımcı kişinin borcunu ifa ederken kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak borç bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olsaydı, borca aykırılıktan kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Borçlunun kullandığı yardımcı kişinin meydana getirdiği zararlardan dolayı sorumlu olmaması için, alacaklı ile sorumsuzluk anlaşması yapabilmesine imkan verilmiştir. Fakat sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesinin birtakım sınırları vardır. Borç uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ile ilgiliyse ve kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca TBK m.116'da ifade edilmemiş olsa da TBK

¹⁰⁰ "Taraflar arasındaki istisna akdinin icrası sırasında davalılar tarafından meydana getirilen zararın tazminini davacı talep ve dava etmiştir. Davalılardan M.İ., pürmüz lambası ile boya işinde çalışırken yangın zuhur etmiş ve boyanmakta olan bina tamamen yanmıştır. Borçlar Kanununun 100. maddesi gereğince davalı M.İ.'nin meydana getirdiği zarardan müteahhit olan diğer davalı A.B. de müteselsilen sorumludur. Bilirkişi raporuna göre, davalı, M.'nin kusuru sabittir. Müteahhidin de gerekli tedbirleri almadığı anlaşılmıştır.", Yarg. Ticaret Dairesi 1704 E., 3094 K., 13.06.1969 T., bkz. Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1210.

¹⁰¹ Akman, s.80.

m.115/II kıyasen uygulanarak alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi varsa borçlunun yardımcı kişi kullanmasından dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Belirtmek gerekir ki; eski BK'nin getirdiği düzenlemeler TBK'ye göre daha açık ve anlaşılırdır. Anlam karmaşasına sebep veren TBK m.115 ve 116'nın gözden geçirilmeye ihtiyacı vardır.

Yardımcı kişilerin verdiği zararlardan borçlu sorumlu tutulmuştur. Borçlu alacaklının zararını karşıladıktan sonra yardımcı kişiye rücu edebilir. Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme ilişkisi varsa borçlunun rücu alacağı, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı davranışına dayanır. Borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa ve yardımcı kişinin alacaklıya karşı işlediği fiil haksız fiil niteliği taşıyorsa, borçlunun rücu alacağı haksız fiilden doğan borca dayanır. Alacaklı ile yardımcı kişi arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmadığından dolayı alacaklı yardımcı kişiyi ancak haksız fiili olduğu takdirde sorumlu tutabilir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak: “Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, Kayseri, 2008, s.291-332.

Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, 1. b., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. b., Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

Ayan, Elif: “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, Ankara, 2016, s.3-36.

Bozer, Ali: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2002.

Buz, Vedat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Mayıs 2011, s.165-177.

Çelik, Ahmet Çelik: “Yardımcı Kişilerden Sorumluluk”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, www.kazancı.com, e.t.18.10.2017.

Çelik, Ahmet Çelik: “Tüzel Kişilerin Sorumluluğu”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, www.kazancı.com, e.t.18.10.2017.

Deschenaux, Henri; Tercier, Pierre: Sorumluluk Hukuku, çev. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983.

Erdem, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C.I, Aslımlar Ofset Tipo Matbaacılık, Ankara, 1987.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Erten, Ali: Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969.

Hatemi, Hüseyin; Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

İnal, H. Tamer: Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, 6. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

İnan, Ali Naim; Yücel Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Karaca, Mehmet: “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.49, 2010, s.47-62.

Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.

Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. b. Beta Yayınları, Kırklareli, 2003.

Kara Kılıçarslan, Seda: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I, 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Oğuzman, M. Kemal; Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 15. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Öztañ, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Saymen Ferit H.; Elbir Halit K.: Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, C.II, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul, 1958.

Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, 6. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Şenocak, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995.

Tandoğan Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.

Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal; Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Tuhr, Andreas Von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C.II, 2. b., Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, Mentş Kitabevi, İstanbul, 1961.

Ulusan, İhsan: "Culpa In Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C.I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.277-319.

Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Zevkliler, Aydın; Ertaş, Şeref; Havutcu, Ayşe; Aydoğdu, Murat; Cumalioğlu, Emre: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Barış Yayınları, İzmir, 2013.

www.kazancı.com

www.tbmm.gov.tr

www.haberpop.com

www.webtekno.com

DÜNDEN BUGÜNE HUKUKA UYGUN EL ATMA VE MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİNİN GİDERİMİ

Legal Confiscation without Expropriation and the Removal of Property Right Violations from Past to Present

Ali Hamza ŞAHİN¹

Geliş Tarihi: 12.04.2018

Kabul Tarihi: 03.05.2018

ÖZET

Kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle oluşan mülkiyet hakkı ihlallerinin giderimi konusunda ülkemizde uzun yıllar tam anlamıyla bir çözüm bulunamamıştır. Çeşitli yargısal içtihatlarla veya süreli yasal düzenlemelerle bu duruma çözüm üretilmeye çalışılmıştır. Bugün 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. madde ve ek maddelerle sorun çözülmek istenmiştir. Bu çalışmada hukuka uygun kamulaştırmaz el atmalar konusunda, gerek Danıştay içtihadı ve gerekse 2942 sayılı Kanuna 6745 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1'de öngörülen taşınmaz bedelinin ödenmesi şeklindeki çözüm yolu irdelenecektir. Bu irdeleme sırasında kamulaştırma işleminin maksat unsuru olan kamu yararı ve bu yöndeki yerleşik Danıştay kararları dikkate alınacaktır. Mevcut yasal düzenlemenin kamu yararı karşısında eleştirisi yapılmaya çalışılacak, fiili durumda uygulanabilirliği tartışılacaktır. Nihayet bu değerlendirmeler sonrasında yine Danıştay kararları ışığında mülkiyet hakkı ihlallerinin, kamu yararı karşısında adil bir denge sağlanarak giderimi için çözümler aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırmaz El Atma, Hukuka Uygun Kamulaştırmaz El Atma, Kamulaştırma, Kamu yararı, Tazminat

ABSTRACT

It still didn't found real solution about removal of property right violations that caused by confiscations without expropriation, in our country. This situation was tried to be solved with the various judicial decisions or temporary legal amendments. Today, the problem is tried to be solved by temporary Article 6 and supplement Article 1 added to the Law of Expropriation no 2942. In this study it is aimed to be examined, about the legal confiscation without expropriation, the solution specified in both Turkish Council of State decision and the supplement Article 1, into the Law no 2942 added by Law no 6745, on the way of compensation of the price the immovable property. Through the investigation, it would be regarded the public interest which is objective procedure of expropriation and Turkish Council of State decisions which are on the same way. Then it would be criticised the current legal amendments against the public interest and discussed its applicability in actual situation. Finally, after these assessments, it would be tried to find solutions for removal of property right violations, under the light of Turkish Council of State decisions to provide a fair balance against public interest.

Keywords: Confiscation without Expropriation, Legal Confiscation without Expropriation, Expropriation, Public Interest, Compensation.

¹ Hakim, Trabzon İdare Mahkemesi Üyesi, e-mail: sahinahamza@gmail.com

GİRİŞ

Anayasa’da güvence altına alınan “Mülkiyet Hakkı”, yine Anayasa’nın öngördüğü biçimde “Kanunla” ve “Kamu Yararı” için sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalardan birisi Anayasa’nın 46. maddesinde düzenlenen “Kamulaştırma” kurumudur. Ancak idare, kimi zaman kamulaştırma yapmadan kişilere ait taşınmazlara el atabilmekte ve anayasal güvenceye sahip mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilmektedir. Doktrinde kamulaştırmatsız el atma (koyma) olarak ifade edilen bu uygulama, kendi içinde de hukuka uygun kamulaştırmatsız el atma ve hukuka aykırı kamulaştırmatsız el atma olarak ikiye ayrılmaktadır. Hiçbir yasal dayanağı bulunmaksızın kişileri, taşınmazları üzerindeki tasarruflarından mahrum bırakan müdahalelerde hukuka aykırı kamulaştırmatsız el atmadan söz edilebilir². Ancak idare tarafından gerçekleştirilen işlem, hukuki bir temele dayanmakta ise, yani idareye kanunlarla verilen yetkiler kapsamında ortaya çıkan bir el atma ise, bu durumda hukuka uygun (hukuki) el atma oluşmaktadır³.

Kamulaştırmatsız el atmalar, kişilerin mülkiyet hakkına karşılıksız kısıtlamalar getirmiştir. Bunun sonucunda oluşan hak kayıplarının kaldırılması ve giderilmesi için çeşitli çözümler aranmıştır. Bu bağlamda çalışmamızda, öncelikle kamulaştırmatsız el atmalarda öteden beri nasıl hukuki çözümler üretilmeye çalışıldığını, hukuki el atmaları merkeze alarak sırasıyla belirtmeye çalışacağız. Bu süreç içerisinde Danıştay’ın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ihlal kararları sonrasında kabul ettiği; taşınmazın bedeli hesaplanarak ödenmesi suretiyle zararın tazmini yönündeki içtihadı ve bu içtihat sonrasında 6745 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na⁴ eklenen Ek maddelerle nasıl bir çözüm yolu öngörüldüğü irdelenecektir. Ardından, kamulaştırma işlemlerinin maksat unsuru olan kamu yararı ve Danıştay’ın bu yöndeki kararları dikkate sunulmak suretiyle, öngörülen bu çözüm yolunun, sadece kamu yararı amacıyla kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin yasal düzenlemelere ve kamu yararına aykırı olup olmadığı tartışılacaktır. Yine fiili durumda ek maddenin uygulanabilirliği, plan yapmaya yetkili idarelere ek maddenin getirdiği esneklikler belirtilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır. Nihayet mevcut düzenlemede öngörülen çözüm yoluna, kamu yararı doğrultusunda, yine Danıştay kararlarından hareketle alternatif çözümler üretilmeye çalışılacaktır.

² Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 277., Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016 s. 628., Salih Şahin, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmatsız El koyma**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.16.

³ Türker Yalçınduran, **Kamulaştırmatsız Ek Koyma**, Yetkin, Ankara, 2015, s. 23, Günday, age., s. 276., Akyılmaz vd. s.628.

⁴ Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 8/11/1983 - 18215

A. HUKUKA UYGUN EL ATMA

1. GENEL OLARAK

Kamulaştırmaz el atma⁵, idarenin, usule uygun bir şekilde alınmış kamulaştırma kararı olmaksızın veya geçici işgal⁶ koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan taşınmaza kamu yararına tahsis etmek veya fiilen el atmak suretiyle el atması şeklinde tanımlanabilir⁷. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından taşınmaza fiilen el atılması durumunda kamulaştırmaz el atma durumunun oluşacağı belirtilmekte ise de⁸, fiilen el atmaksızın, sadece hukuki müdahaleyle de bir el atma gerçekleştirilerek bireyler, taşınmazlarını tasarruftan mahrum bırakılabilmektedir.

Öğreti ve içtihatlarda genel kabul gördüğü şekilde, kamulaştırmaz el atma, hukuka uygun ve hukuka aykırı kamulaştırmaz el atma olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak doktrinde Fransız doktrininden esinlenerek farklı bir ayrımı benimseyen Gözler, kamulaştırmaz el atmayı, “alelade kamulaştırmaz el atma” ve “bayındırlık eserleri inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atmalar” şeklinde ikiye ayırmaktadır. Burada yazar, bayındırlık eserleri inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atmayı Fransız doktrininde temeli olan “dolaylı kamulaştırma teorisine” dayandırmaktadır⁹.

İdare tarafından gerçekleştirilen el atma yasal bir zeminde gerçekleşmiş ise, yani idareye kanunlarla verilen yetkiler kapsamında tesis edilen bir işlemle ortaya çıkan el atma durumu söz konusu ise bu durumu hukuka uygun/hukuki el atma olarak nitelendirebiliriz. Doktrinde, yasalara uygun olmakla birlikte usulüne uygun kamulaştırma yapılmaksızın gerçekleşen bu tip bir el atmanın, kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirilemeyeceği, kamulaştırmaz el atmanın gerçekleşebilmesi için hukuka aykırı bir el atma

⁵ Bu kavram için Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6. maddesinde el koyma ifadesini kullanılmakta olup, aslında “el koyma” ifadesinin daha uygun olduğu düşüncesine katılmakla beraber biz de bu çalışmada yaygın kullanım olan kamulaştırmaz el atma ifadesini kullanacağız. Ancak şu hususu da belirtmeliyiz ki el atma/el koyma ifadeleri ile hukuka uygunluk ifadesinin birlikte kullanılması aslında kendi içerisinde tenakuz oluşturmaktadır. El atma aslında hukuka uygun bir durumu değil, bilakis hukuka aykırı bir durumu ifade etmektedir. Konumuz dışı olduğu için tafsilatlı bir tartışmaya girilmeyecektir.

⁶ Geçici İşgal, kamu yararı amaçlı bir faaliyet için özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın geçici olarak idare tarafından işgal edilmesidir. Geçici işgal, bayındırlık hizmetlerinin görülmesi esnasında kullanılan bir yöntemdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.928-932

⁷ Günday, age., s.276, Akyılmaz vd, age., s. 628., Zeki Akar, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2007. s. 1613.

⁸ Gözler, age. s. 990., Veli Böke, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 18.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, age, s.991-999

olması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁰. Ancak herhangi bir yasal dayanak olmaksızın, idare, kamu hizmetlerini yerine getirirken kişilerin mülkiyet hakkına müdahalede bulunur ise idarenin haksız fiili niteliğindeki bu durum hukuka aykırı kamulaştırmasız el atma olarak isimlendirilmektedir. Her iki kamulaştırmasız el atmalar için açılacak tazminat davaları için görevli yargı yeri bakımından yargı içtihatlarıyla yerleşik ikili bir yapı ortaya çıkmıştır¹¹. Şöyle ki, hukuka uygun el atmalarda idari yargı mahkemeleri, hukuka aykırı el atmalarda adli yargı mahkemeleri görevlidir¹².

İdarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmadan özel mülkiyetteki taşınmaz mallara el atması kanunen mümkündür¹³. Örneğin 3194 sayılı İmar Kanununun 18.maddesi, yol, meydan, park, genel otopark, cami, sağlık ocağı gibi ihtiyaçların karşılanması amacıyla özel mülkiyette bulunan taşınmazların Kanunda belirtilen sınırlar içerisinde bir kısmına yetkili belediyeler veya valilikler tarafından bedel ödemeksizin ve sahiplerinin rızalarına bakılmaksızın el konulmasına olanak tanımaktadır. Ancak doktrinde, DOP kesintisinin değer artışı nedeniyle yapıldığı ve kamulaştırmasız el atma olarak sayılamayacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır¹⁴.

Nihayet diğer bir hukuka uygun el atma biçimi ise yine, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 7 ve 8. maddelerinde düzenlenen, düzenleyici işlem niteliğindeki imar planlarıdır. Buna göre; belediye veya valiliklerce yapılan ve uygulandığı alandaki imar adalarının kullanım fonksiyonlarını değiştirebilen bu düzenleme ile kişilerin taşınmazları üzerinde hukuken tasarrufta bulunma imkanları da

¹⁰ Kamulaştırmasız el atmayı fiili yol ile özdeşleştiren ve buna göre yapılan tanımlar için bkz. Şeref Gözübüyük Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.1008; Pertev Bilgen, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 97-98; Böke, age., s. 26., Sezer Çabri, **Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanılanması**, EÜHFD, C. XV. S. 1-2, 2011, s. 100. http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011_1_4.pdf (erişim tarihi 17.10.2017), Hayrettin Sinan Göktepe, **Türk Hukukunda Kamulaştırma – Kamulaştırmasız El Atma ve Eşya Hukuku Yönünden Sorunları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2010, s 95.

¹¹ Mustafa Avcı, **Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme**, International Conference on Eurasian Economies 2014, s.4. <http://www.avekon.org.papers>. erişim tarihi:19.11.2017.

¹² Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları bu yöndedir. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 30.11.2015 tarih, E:2015/683, K:2015/759 sayılı fiili el atma için adli yargının görevli olduğuna ilişkin, yine 30.11.2015 tarih, E:2015/800, K:2015/815 sayılı hukuki el atma için idari yargının görevli olduğuna ilişkin kararları. Danıştay 6. Dairesinin 15.11.2017 tarih, E:2017/2661, K:2017/9091 sayılı kararı, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 06.04.2017 tarih, E:2017/3865, K:2017/10196 sayılı kararı örnek gösterilebilir.

¹³ Günday, age, s.276.

¹⁴ Halil Kalabalık, **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 299.

kalkabilmektedir. Örneğin, ticaret ve konut alanı işlevli bir parsel, imar planı ile yeşil alan, otopark alanı, okul alanı gibi bazı sosyal veya teknik hizmet/donati alanı olarak belirlenmiş olabilir. Ancak bu durumda, imar uygulamalarında olduğu gibi kişiler bedelsiz bir terkte bulunmamakta ve fakat idare, söz konusu alanı ilerde kamulaştırmak koşuluyla bu el atmayı gerçekleştirmektedir.

İmar planlarının onaylanarak kesinleşmesinden sonra, idare ve bireyler açısından bir takım hukuki sonuçlar doğmaktadır. Bir başka ifadeyle imar planları, idare ve kişiler açısından bazı yükümlülükler meydana getirmekte ve mülkiyet haklarına sınırlamalar koymaktadır.

İdare açısından en belirgin yükümlülük, imar planının öngördüğü imar koşullarına aykırı uygulamalar yapılmamasının yanı sıra, planların uygulanması için gerekli olan imar programlarını Kanunda öngörülen süre içerisinde hazırlamaktır. Ancak belediyelerin, imar planlarına uygun imar programı yapma yükümlülüğünü zamanında veya hiç yerine getirmemeleri halinde ne olacağına ilişkin mevzuatta bir düzenleme, çözüm öngörülmemiştir. Bu nedenle imar planları ile taşınmazlarına hukuken el atılan kişilerin mağduriyetleri ortaya çıkmakta ve bu kişilerin yargı yoluyla çözüm aramaktan başka bir çareleri bulunmamaktadır.

2. HUKUKİ SÜREÇ

Kamulaştırmaz el atmalarda öteden beri aranan hukuki çözümleri yargısal ve yasal süreç olarak ayrı ayrı inceleyeceğiz. Aslında bu süreçler birbiri ile ilintili veya birbirinin ardılı olsa da uzun bir dönemi kapsadığı için böyle bir ayrımla konuyu incelemenin meseleyi daha anlaşılır kılmak adına yerinde olacağını düşündük.

Öte yandan kamulaştırmaz el atmalar için üretilmeye çalışılan çözümlerin hukuka uygun olmayan (fiili el atmalara) yönelik olduğu, yani hukuka uygun kamulaştırmaz el atmaların uzun yıllar çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmediği ve dolayısıyla dikkate alınmadığı da öncelikle ifade edilmelidir.

2.1. Yargısal Süreç

Kamulaştırmaz el atma konusunda henüz herhangi bir yasal düzenleme mevcut değilken uygulama yargı içtihatlarıyla şekillenmekteydi. Yargı mercilerince muhtelif kararlar verilmesi nedeniyle oluşan içtihat farklılığı, 16.05.1956 tarih ve E:1956/1, K:1956/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiştir¹⁵. Yargıtay bu kararında taşınmazın hukuki ve fiili durumuna göre karar vermiştir. Buna göre; taşınmaz üzerindeki mülkiyet

¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 16.05.1956 tarih ve E:1956/1, K:1956/6 numaralı İBK. RG.11.08.1956, sayı:9379 (Naklen Günay, age, s 278).

hakkı sona ermediği için malik istihkak davası açamayacaktır. Mülkiyet hakkı devam eden malik, idare aleyhine menî müdahale davası açabilecektir. Ancak kamulaştırmaz el atılan taşınmazın yola dönüşmesi durumunda, men'î müdahale kararının yerine getirilmesi zorlaşabilir veya imkansızlaşabilir. Bu durumda malik dilerse mülkiyet hakkını idareye devredip karşılığında taşınmazın bedelini dava edebilir. Bu bedel, malikin mülkiyet hakkının devrine rıza gösterdiği dava tarihindeki bedel olacaktır. Nihayet, mülkiyet hakkı devam ettiği için dava açma hakkı zamaşımına uğramayacaktır¹⁶.

Ancak doktrinde Gözler, “bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi”ne ters düştüğü gerekçesiyle Yargıtay’ın bu kararını eleştirmiştir¹⁷. Fakat Fransız Hukukunda dahi, “dolaylı kamulaştırmanın” eski önemini yitirmesi¹⁸, gerek bireyi devlete karşı koruyan, gerekse temel haklardan birisi olan “mülkiyet hakkını” koruduğu için Yargıtay’ın bahse konu İçtihadı Birleştirme Kararının hukuki açıdan daha makul olduğu söylenebilir.

Yukarıda yer verilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararı fiili el atmaya ilişkin olup hukuki el atmaları kapsamamaktadır. Hukuki el atmalarda Yargıtay, ortada fiili bir el atma olmadığı için taşınmaz malikinın dava hakkı olmadığına hükmetmekteyken¹⁹, nihayet 2010 yılında, hukuki el atmanın da kamulaştırmaz el atma sayılacağı yönünde karar vermiştir²⁰.

İmar planlarında taşınmaz fonksiyonlarının değiştirilmesinin, hukuka uygun el atma olarak kabul edilebileceğini yukarıda belirtmiştik. Böyle bir kabulün nedeni, ileride ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere, plan değişikliklerinde daha sonra kamulaştırılmak kaydıyla²¹ taşınmazların bulunduğu alanlara

¹⁶ Günday, age, s.278-279

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gözler, age, s.996-997.

¹⁸ Gürsel Kaplan, **Yeni Yasal Düzenlemeler Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:99, 2012, s.131-134.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.11.2007 tarih ve E:2007/5-805, K:2007/826 numaralı karar. http://www.kararevi.com/karars/60317#.U4nW5Pl_vfl

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.12.2010 tarih ve E:2010/5-662, K:2007/651 numaralı karar. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb>

²¹ 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 10. maddesinde: “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisince kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek kamu kuruluşlarının bütçelerine konulur. İmar programlarında, umumî hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller

ilişkin yapılan fonksiyon değişiklikleri nedeniyle sahiplerinin, taşınmazları üzerinde henüz kamulaştırma yapılmadan tasarruf olanağını kaybetmesidir. İmar planlarının ilanı ve kesinleşmesiyle birlikte, söz konusu taşınmaz üzerinde tasarruf imkanı, malikleri için ortadan kalkmaktadır. Diğer taraftan söz konusu alanlar kamulaştırma programlarına alınmadığı gibi herhangi bir imar uygulamasına da tabi tutulmadığından mülkiyet sahipleri uzun yıllar taşınmazını kullanamama durumuyla karşı karşıya kalmıştır²². İdarenin özel mülkiyet konusu taşınmazı kamulaştırmaması veya uzun yıllar maliğin mağduriyetini gidermemesi, maliklerin mülkiyet hakkının özüne açıkça dokunmaktadır²³.

Ülkemizde uzun yıllar boyunca kişiler için hak kayıplarına neden olan bu durumun, bir çözümü de bulunmamaktaydı. Yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay ortada fiili el atma olmadığı için hukuka uygun el atmalarda maliğin dava hakkı bulunmadığına hükmetmekteydi. İdari yargıda ise, öncelikle plan kararlarıyla belirlenen sosyal ve teknik altyapı alanlarına yönelik olarak imar planlarının iptali istemiyle açılan davalar, ilk derece mahkemelerinde imar planlarında kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle büyük bir oranda reddedilmiş ve Danıştay tarafından bu kararlar onanmıştır. Yine, taşınmazlarının kamulaştırılması istemiyle açılan davalar, idarenin yerine geçerek kamulaştırma kararı niteliğinde karar verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir²⁴. Yine diğer bir çare olarak imar planında belirlenen kullanım kararı nedeniyle taşınmazın kullanılamamasından kaynaklı zarar olduğu iddialarıyla açılan tazminat davaları; ya idari işlemin (imar planının) hukuka uygun olduğu ve işlemde kamu yararı bulunduğundan ya da özellikle yatırımcı kuruluşun farklı olduğu durumlarda planı yapan idareye kusur atfetme imkanı olmadığından bahisle reddedilmiştir²⁵. Bütün bunların yanında Danıştay,

kamulaştırılincaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.” hükmüne yer verilmek suretiyle bu yükümlülük getirilmiştir.

²² Aslında 3194 sayılı Kanun kapsamında imar planlarında öngörülen kısıtlılığın hukuka uygun el atma olarak kabulü ancak imar planları yapıldıktan sonra idarelere tanınan 5 yıllık süre ile mahdut olması gerekmektedir. Gerçekten Kanunla tanınan beş yıllık süre içinde imar programı ve bu doğrultuda kamulaştırma yapılmaması durumunda artık idareler Kanun’un tanıdığı hak ve yetkiyi aşmış bulunacaklar ve ortada hukuka uygun bir kamulaştırmasız el atma bulunmayacaktır. Başka bir ifadeyle hukuka aykırı bir durum oluşacaktır. Kanaatimizce kavramın tanımının net bir biçimde oturtulmaması nedeniyle sorunun çözümü de zorlaşmaktadır. Konumuz dışında kaldığı için bu husus tafsilatlı tartışılmayacaktır.

²³ Mülkiyet hakkı ve kamulaştırmamasız el atma için bkz. Çabri, agm., s.78 vd.

²⁴ www.danistay.gov.tr, Emsal Kararlar, Danıştay 6. Dairesinin 10.12.2002 tarih, E:2002/4906, K:2002/5794 sayılı Kararı. Kararda “*planda... park alanında kalan taşınmazın kamulaştırılması isteminin reddine ilişkin işlem dava konusu olduğundan ... idarelerin kamulaştırılmaya zorlanamayacağı*” hükmü verilmiştir.

²⁵ Bu yönde bir Mahkeme kararını onayan Danıştay 6. Dairesinin 11.2.2009 tarih ve

bireylerin kamulaştırma yapılması taleplerini reddetmekle birlikte, somut duruma göre plan değişikliği taleplerinin idare tarafından reddini ise hukuka uygun bulmayarak idareye bu yönde adım atması gerektiği yönünde kararlar²⁶ da vermektedir. Ancak bu yöndeki kararlar kişilerin amaçlarına ulaşmalarını tam olarak sağlayamamaktaydı.

Nihayet bütün çabalarına rağmen taşınmaz malikleri hiçbir sonuç elde edememiş ve üstelik yargılama giderleriyle karşı karşıya kalmışlardır.

Kamulaştırma Kanunu'na göre idarenin, imar planı nedeniyle de olsa kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı açık bir husustur. Gerçekten kamulaştırma yapmak idarenin ihtiyarındadır. Bunun tek istisnası aynı Kanun'un 12/3. maddesinde kendine yer bulan, kısmen kamulaştırma sonrası, taşınmazın kalan kısmının yararlanmaya elverişliliği kalmamışsa yapılacak kamulaştırmadır. Bunun haricinde belirtelim ki Kamulaştırma Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamakta ve yine Danıştay içtihatlarında idarenin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı hususu açıkça ifade edilmektedir.

Ancak yakın tarihli bir içtihat değişikliği ile gerek Danıştay, gerekse idari yargı ilk derece mahkemeleri²⁷, idarenin, kamulaştırma yapılması veya plan değişikliği yapılması taleplerini zımnen veya açıkça reddetmesini hukuka uygun görmeyen kararlar vermektedirler. Bu yöndeki bir kararında²⁸ Danıştay, taşınmazın bulunduğu alanın 1986 yılında yeşil alan olarak belirlenmesi sonrasında davacıların, alana ilişkin imar planı tadilatı yapılması, bu yapılmazsa kamulaştırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde, "İmar Kanununun 10. maddesi uygulanmak suretiyle taşınmazın imar programına alınması ve kamulaştırılması veya davacının talepleri dikkate alınarak işlem tesis edilmesi gerekirken, söz konusu taşınmazın kamulaştırılana kadar kanunlarla verilen haklarının devam edeceği yönünde cevap vermesi ve bu haliyle belirsizliğin devam etmesi karşısında dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı.."na hükmetmiştir. Bu kararda belirtilen İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile belediyelere²⁹, imar planının yürürlüğe girmesinden en

E:2008/8360, K:2009/1136 sayılı kararı.

²⁶ www.danistay.gov.tr.,Emsal Kararlar, Danıştay 6. Dairesinin 07.03.2007 tarih, E:2006/4077, K:2007/1377 sayılı kararı.

²⁷ Benzer uyumsuzluklarla ilgili olarak yine adli yargıda dava açılmaya devam edilmiş olup, görev itirazında bulunulması üzerine olumlu görev uyumsuzluğu çıkmış, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından da, 09.04.2012 günlü ve E:2012/41, K:2012/77 sayılı ve yine 09.04.2012 gün ve E:2011/238, K:2012/63 sayılı kararlarda olduğu gibi, yukarıda belirtilen konularda idari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir.

²⁸ Danıştay 6. Dairesinin 01.02.2012 tarih, E:2010/10725, K:2012/378 sayılı karar.

²⁹ İmar Kanunu'nun bu yükümlülüğü sadece belediyelere getirmesi eksik bir düzenlemedir. Zira imar planı yapma yetkisi bu Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasında belediye mücavir alanları dışında kalan yerler için valilik veya ilgili kurum/kuruluşlara da verilmiştir.

geç üç ay içinde bu planı uygulamak üzere beş yıllık imar programlarının hazırlanması, kamu hizmetine ayrılan alanlar için bu süre içinde kamulaştırma yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak örnek kararda da görüldüğü üzere 1986 yılında yapılan imar planında yeşil alan olarak belirlenen taşınmazın bulunduğu alan, davacıların başvuru tarihi olan 2006 yılına kadar imar programına alınmamıştır. Nihayet uygulamada bu süreleri de aşan, imar planı nedeniyle mülkiyet üzerindeki kısıtlılığın sürdüğü görülmektedir.

Danıştay'ın bu kararları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ek 1 No'lu protokolde koruma altına alınan Mülkiyet Hakkına ilişkin ihlalleri kaldıran mahiyette kararlardır. Ancak Danıştay'da 2010'larda meydana gelen bu içtihat değişikliğinin asıl sebebi ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki mahkumiyetleridir. Nitekim AİHM, bunlardan birinde, Hakan Arı/Türkiye kararında³⁰ başvuranın, taşınmazının imar planında okul alanı olarak ayrılması sonucunda taşınmazdan halen yararlanıyor olsa bile, taşınmazı üzerinde fiilen ve hukuken (satmak gibi) tasarrufta bulunamaması nedeniyle ülkemizin, hak ihlalinde bulunduğunu tespit etmiş ve ülkemizi tazminata mahkum etmiştir.

Danıştay'ın, idarelerin kamulaştırma yapmaması halinde bireylerin tazminat talepleri hakkında 2942 sayılı Kanuna 6547 sayılı Kanunla³¹ eklenen maddelerden önce bir içtihadı söz konusudur. Danıştay, yukarıda belirtilen idareye getirilen kamulaştırma yapması veya plan değişikliği talebini dikkate alması yükümlülüklerinin yanında idarenin kişilerin taşınmazlarına haksız ve uzun süreli müdahalelerinde tazminat yükümlülüğü doğacağını da kabul etmiştir. Bu yeni içtihadında³² Danıştay, *“davacıya ait taşınmazın imar planında “yol ve otopark” olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.”* şeklinde karar vermiştir. Bu kararda, *“İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir..”* ifadesine yer vererek, bu davalara ilişkin

³⁰ Hakan Arı/Türkiye, 11.1.2011 tarihli, 13331/07 başvuru no'lu karar.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihml/upload/13331-07.pdf> (erişim tarihi: 27.09.2017)

³¹ 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

³² Danıştay 6. Dairesi 17.04.2013 tarih, E:2011/8152, K:2013/2702 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, Emsal Kararlar.

olarak bireylere ödenecek tazminatın, Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde hesaplanacak olan kamulaştırma bedelinin olacağına hükmetmiştir.

Ancak kamulaştırma bedelinin ödenmesiyle birlikte taşınmazın akıbetinin ne olacağı hakkında kararda hiçbir işaret bulunmamaktaydı. Gerçekten Danıştay, kararında idare mahkemelerine, asliye hukuk mahkemelerinin kamulaştırma bedeli tespitine ilişkin uyguladığı prosedürle aynı usulü uygulayarak bir bedel tespiti yapması gerektiğini ifade etmiş ancak daha sonra taşınmazla ilgili ne gibi bir tasarruf durumu olacağı hususu karanlıkta kalmıştır. Bilindiği gibi taşınmaz bedeli tespiti ve tescili Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi gereği asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Bu bedel tespitinden sonra asliye hukuk mahkemeleri taşınmazın idare adına tesciline de karar vermektedir. İdare mahkemelerinin böyle bir görevi de bulunmadığına göre bu bedelin tazminat olarak ödenmesinden sonra idarelerin ne yapacağı hususu, önemli bir sorun olarak karşımızda durmaktaydı. Çünkü taşınmaz mülkiyeti halen bireylerin üzerinde durmakta ve fakat taşınmazın kamulaştırma bedeli de halihazırda ödemiş olmaktadır.

Nihayet gelinen noktada ise aşağıda ayrıntılı olarak yer verileceği üzere 2942 sayılı Kanuna 6745 sayılı Kanunla eklenen maddeler sonrasında Danıştay, bu yeni duruma göre mahkemelerin karar verilmesine yer olmadığına dair yeni bir karar vermesi gerektiğini belirterek önceki içtihadı doğrultusunda verilen tazmin kararlarını bozmaktadır³³.

2.2. Yasal Süreç

Kamulaştırmaz el atmalara ilişkin 1961 yılında kabul edilen 221 sayılı Kanun düzenlemesine kadar herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Yukarıda belirtildiği üzere bu yasal düzenlemeler de gerçekte fiili el atmaya, yani hukuka aykırı kamulaştırmaz el atmaya ilişkin düzenlemelerdi.

05.01.1961 tarih ve 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile birlikte kamulaştırmaz el atılan taşınmazların kamulaştırılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 1. maddesine göre, "6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.". 3. maddesinin ikinci fıkrasında "Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i (...) davası dinlenmez." hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu Kanun 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun

³³ Danıştay 6. Dairesinin E:5015/6995, K:2016/4782, 20.09.2016 tarihli karar, http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/06_12_2016_095946.pdf, (erişim tarihi 19.08.2017)

yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar gerçekleşen el atmalar için kısmi çözüm getirmiştir. Ancak 221 sayılı Kanunun, 6830 sayılı İstimplâk Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihinden sonra meydana gelen kamulaştırmaz el atma davalarında uygulanamayacağı için tam anlamıyla çözüm olmamıştır. Gerçekten bu tarihten sonrasında çıkan uyuşmazlıklarda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uygulanmaya devam etmiştir³⁴.

Daha sonra 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesiyle bir düzenleme getirilmişti. Buna maddede “...kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya miraçlılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınma mala el koyma tarihinden başlar.” hükmü vardı. Bu hükme göre kamulaştırmaz el atma durumunda taşınmaz malinin hangi yasal yollara başvurabileceği düzenlenmemiş, sadece açılacak herhangi bir dava için yirmi yıllık hak düşürücü süre getirmekteydi³⁵. Ancak daha sonra bu hüküm Anayasanın 2, 13, 15 ve 46.maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁶.

Nihayet 5999 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na “Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti³⁷” başlıklı Geçici 6.madde eklenmiştir. Bu hükme göre; “Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.” Görüldüğü gibi madde metninin bu kısmına göre öncelikle uzlaşma yolu uygulanacaktır. Buna ek olarak tazminat, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri göz önünde bulundurularak hesaplanacaktır.

İdare ile malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının düzenlenmesinden itibaren üç ay içerisinde malik tarafından

³⁴ Günday, age, s. 278.

³⁵ Günday, age, s.279-280.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, 10.04.2003 tarih ve E:2002/112, K:2003/33 sayılı kararı,Resmi Gazete T:04.11.2003, S:25297 (http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1840&content=)

³⁷ Madde başlığı “Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin” iken 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

“sadece” tazminat davası açılabilmesine ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Aynı davada Geçici 6. maddenin birinci cümlesindeki “...üç ay içerisinde...” ibaresinin de Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmişse de Anayasa Mahkemesi bu ibareyi Anayasaya uygun bulmuştur³⁸.

Ayrıca, 6111 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Kamulaştırma Kanunu’na eklenen Geçici 6. maddenin, on beş yıl süre ile uygulanacağına ilişkin hükmünü Anayasa Mahkemesi, 2026 yılına kadar özel mülkiyete, kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahaleye yol açtığı ve bu durumun bireyler bakımından hukuki güvenilirlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldıracığı gerekçeleriyle Anayasa’nın 2, 35 ve 46. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış ve iptal etmiştir³⁹.

Gerek 211 sayılı Kanun, gerekse 2942 sayılı Kanun’un geçici 6. madde düzenlemelerinden de anlaşıldığı üzere, bu hükümler fiili el atmalar için yapılmış düzenlemelerdir. Ancak Geçici 6. maddenin 10. fıkrasının 3. cümlesinde uygulama imar planıyla veya ilgili kanunların uygulanmasıyla taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakları kısıtlananların 3194 sayılı Kanunda öngörülen idari başvuruları tamamladıktan sonra idari yargıda dava açabileceklerine ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte bu cümle 6745 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Nihayet 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na 6745 sayılı Kanun’un 33. maddesi ile eklenen Ek Madde 1’de, hukuka uygun el atmalar için düzenleme getirilmiştir. Bu maddede, “Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir. ...” hükmüne yer verilmiştir.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 01.11.2012 tarih ve E:2010/83, K:2012/169 sayılı karar, Resmi Gazete T:22.02.2012, S:28567 (http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000353&content=)

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 01.11.2012 tarih ve E:2010/83, K:2012/169 sayılı kararı, Resmi Gazete T:22.02.2012, S:28567 (http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000353&content=)

2942 sayılı Kanuna 6745 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile eklenen Geçici Madde 11'de ise; "Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkrada belirtilen süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanır." hükmü yer almaktadır. Bu maddenin Danıştay'ın yukarıda belirtilen içtihadı sonrasında idare aleyhine hükmedilen tazminat kararları karşısında idareye zaman kazandıran nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. (Nitekim Anayasa Mahkemesinin 25.05.2018 tarih ve 30431 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 28.03.2018 tarih, E:2016/196 ve K:2018/34 sayılı kararıyla Geçici Madde 11 iptal edilmiştir.)

Yukarıda metnine yer verilen düzenlemeye göre; uygulama imar planlarında kamu hizmetlerine ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılması ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazların ilgili idarelerce kamulaştırılması veya imar planı değişikliği yapılması/yaptırılması zorunluluğu getirilerek bu konuda vatandaşların karşılaştıkları mağduriyetlerin giderilmesi⁴⁰, bu kapsamda kalan taşınmazların bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç beş yıllık süre(3194 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen 5 yıllık süre) içerisinde bütçe imkanları dahilinde ilgili idarelerce kamulaştırılması veya taşınmazların mevcut imar planı bulunup bulunmadığı veya imar planı yapılabilecek yerlerden olup olmadığı durumuna göre imar planı/imar uygulaması yapılarak başka yerden mümkün ise müstakil, değilse hisseli parsel verilmek suretiyle kullanıma imkan verecek biçimde malikine iade edilmesi amaçlanmıştır.

Yine Ek Madde 1'de belirtilen 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamladıktan sonra idare aleyhine idari yargıda dava açılabilmesine ilişkin ifade ile neyin kastedildiği, bu başvuru ve işlemlerin ne olduğu konusunda da netlik bulunmamaktadır. 3194 sayılı Kanun'da öngörülen idari başvuru, imar planlarının hazırlanması ve yürürlüğe konulması başlıklı 8. maddesinde düzenlenen imar planlarının ilanından itibaren 30 günlük itiraz başvurusudur. Bu düzenlemeden bu hükmün mü kastedildiği açık olmamakla birlikte, bireylerin 2942 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesinde öngörülen uzlaşma sürecinde idareyle anlaşamaması zaten uyuşmazlığın çözülemediğine

⁴⁰ Yukarıda belirtilen Danıştay'ın kamulaştırma yapılması veya imar planında değişiklik yapılması yönündeki kararları ve doktrin görüşleri doğrultusunda bir düzenleme yapılmıştır. Bkz. Turan Yıldırım, İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmazsız El Atma, BÜHFHHD 2011 C7 SS.81-82, s.s.184-185.

bir işaret olup dava açılabilmesi için bir itiraz başvurusu zorunluluğu getirilmesi bireyler açısından işin daha da yokuşa sürülmesi anlamına gelecektir. Maddede yer verilen idari işlemlerin de ne olduğunun karışık ifade nedeniyle tam olarak anlaşılamadığı söylenebilir. Çünkü taşınmazın malikleri tarafından İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamladıktan sonra dava açılabileceği ifadesi, imar planları ve imar programları sürecinde bireylerin de işlemleriyle dahil oldukları anlamına gelmektedir ki aslında İmar Kanunu'nda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, Ek Madde 1'de öngörülen bu idari başvuru ve işlemlerin kamulaştırma ve imar planı değişikliği anlamına geldiği yönünde fikirler de bulunmaktadır⁴¹.

Öte yandan, 5 yıllık sürenin Ek 1. madde kapsamında kalan ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara da bu madde hükümlerinin uygulanacağı madde hükmünden anlaşılmaktadır.

Aslında yasama organı Danıştay'ın hukuka uygun el atmalarda taşınmazın bedelinin tespiti ve ödenmesine ilişkin yukarıda belirtilen içtihadı doğrultusunda bir düzenleme yapmıştır. Yine belirtilmesi gereken bir nokta daha, Danıştay kararlarında taşınmazın bedel tespiti ve bireylere ödenmesi şeklindeki içtihadında eksik olan taşınmazın akibeti hakkında Ek madde 1'de düzenleme bulunmaktadır. Buna göre Ek madde 1'in 2.fıkrasında "Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir." ifadesine yer verilmek suretiyle, Danıştay içtihadındaki taşınmazların akibeti hakkındaki eksiklik, idari yargı organınca taşınmazın idare adına tescili ve terkinine karar verileceği belirtilerek giderilmiştir.

B. KAMULAŞTIRMA VE KAMU YARARI

1. Genel Olarak Kamulaştırma

Kamulaştırma, mal sahibinin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın, özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz malın, kamu malı yapılmasının bir yoludur⁴². Nitekim kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi amacıyla kamu kuruluşları, özel mülkiyet içinde bulunan bazı taşınmaz mallara ihtiyaç duyabilirler⁴³. Bu

⁴¹ Türker Yalçınduran, **6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler**, AÜHFĐ, 66(2), 2017, s. 499

⁴² Anayasa Mahkemesi, 09.04.2003 tarih, E:2002/79, K:2003/29 sayılı karar, Resmi Gazete T:25.12.2003, S:25371.

⁴³ Akyılmaz, vd., s.609., Gözübüyük ve Tan, age, s. 992.

gereksinim sonucu olarak idare, özel mülkiyete konu taşınmaz malların tamamı veya bir kısmını, kanunlarda gösterilen esas ve usullere göre mülkiyetini zorla⁴⁴ devralmaktadır.

Kamulaştırma, Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, karşılığının peşin ödenmesi şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına kanunda gösterilen esas ve usuller çerçevesinde el atılmasıdır.

Anayasanın 35. maddesinde "mülkiyet hakkı" düzenlenmiştir ve bu maddeye göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Ancak idare, Anayasa'nın 46. maddesiyle kendisine tanınmış olan kamulaştırma yetkisini kamu yararını sağlamak amacıyla kullanarak kişilerin mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Dolayısıyla kamulaştırmada kamu yararına özel yarar karşısında üstünlük tanınmaktadır. Zira belli bir taşınmaz mal üzerindeki özel mülkiyet sonlandırılmakta ve kamu yararı amacına tahsis edilmesi amacıyla bahse konu taşınmaz idare malı niteliğine kavuşmaktadır⁴⁵.

2. Kamu Yararı ve İdarenin Kamulaştırma Yapmaya Zorlanması

Gerek Anayasa gerekse Kamulaştırma Kanunu idarenin, kamulaştırmayı kamu yararı gerekçesiyle yapacağını açıkça belirtmiştir. Danıştay da yerleşik içtihatlarında idarenin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağını kabul etmekteydi. Bu yöndeki bir kararında⁴⁶, "*kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri bulunması halinde kamulaştırma yapmak konusunda takdir yetkisi bulunan idareyi, kamulaştırma yapmaya yargı kararıyla zorlama imkanı olmadığından...*" ifadeleriyle, idarenin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı yönünde karar vermiştir. Bunun nedeni de elbette kamulaştırma işlemlerinin kamu yararı maksatlı olarak yapılmış olmasıdır.

Yine idarenin kamulaştırma yapmaktan vazgeçmek gibi Kamulaştırma Kanunu'nun 21. maddesi hükmünde düzenlenen bir imkanı bulunmaktadır. Bu maddeye göre kamulaştırmanın her safhasında idare kamulaştırma işleminden kamulaştırma kararı alan yetkili mercii kararıyla vazgeçebilir. Yani idare kamulaştırma bedeli tespiti ve tescili aşamasında dahi kamulaştırma yapmaktan vazgeçebilir. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere idarenin kamulaştırma yapmak konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

İdarenin kamulaştırma yapması kural olarak ihtiyaridir. Gerçekten yürütülen kamu hizmeti gerektirdiğinde kamulaştırma yapılmaktadır ve

⁴⁴ Gözler, age, s. 935.

⁴⁵ Günday, age, s.250

⁴⁶ Danıştay 6. Dairesi, 24.12.2007 tarih ve E:2005/6801, K:2007/7971 numaralı kararı.

değişik seçenekler değerlendirilerek işlemler başlatılmaktadır. Ancak idarenin bir taşınmazın kamulaştırılması noktasında takdir yetkisi bulunmakla birlikte bazı yasalarla idareye kamulaştırma yapmak (3194 sayılı İmar Kanunu⁴⁷ md. 10) yükümü yüklenmiş olabilir.

Yargı içtihatlarıyla da idarenin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı kabul edilmekle birlikte bazı durumlarda kamulaştırma yaparak mal edinmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yine idarenin idari irtifak kurmak yerine kamulaştırma yapması gerektiğine ilişkin kararlar bulunmaktadır. Bu yöndeki bir kararda⁴⁸ Danıştay, “*yapının bodrum katındaki bağımsız bölümünün trafo merkezi olarak kullanılması durumunda mal sahibinin bu yeri kullanma olanağı kalmayacağından taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması gerekirken irtifak hakkı tesisi suretiyle kamulaştırılması işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı*”na hükmetmiştir. Bu karardan da anlaşılacağı gibi Danıştay, idarenin söz konusu maldan yararlanma niteliğine ve mülkiyet hakkı üzerinde kamulaştırma kararının fiili etkisine göre kamulaştırma yapılmasını gerekli görmüştür.

C. DANIŞTAY KARARI VE KANUN DEĞİŞİKLİĞİNİN KAMU YARARI KARŞISINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Gereksiz Kamulaştırma

Yukarıda belirtildiği üzere kamulaştırma, idarenin, sadece kamu yararı varlığı halinde yapabileceği kanuni bir işlemdir. Ancak Kanuna eklenen ek maddeler doğrultusunda ortada henüz bir kamu yararı bulunmadığı halde idarenin kamulaştırma yapmaya zorlanmasının, bireysel yarar ile kamu yararı arasında adil dengeyi sağlayıp sağlamayacağı hususu tartışılmalıdır. Zira, bu halde kamu yararının değil bilakis bireysel yararın öncelenmesi söz konusu olabilecektir.

Lehine donatı alanı ayrılan idarelerin bilgisi⁴⁹ dahilinde olsa bile imar planları sadece halihazırda kurulu yerleşim yerlerini değil, fakat daha çok mevcut

⁴⁷ 3194 sayılı İmar Kanunu, yayımlandığı RG: 09.05.1985 tarih ve 18749 sayı.

⁴⁸ Danıştay Dergisi, S.82-83, s.493, 6. Dairesi 10.10.1990 tarih ve E:1989/1529, K:1990/1625 sayılı kararı

⁴⁹ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının e bendinde, “(Ek: 12/7/2013-6495/73 md.) Kamu kurum ve kuruluşları veya plan müellifleri; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından plana ilişkin görüşlerini alır. Kurum ve kuruluşlar, görüşlerini en geç otuz gün içerisinde bildirmek zorundadır. Görüş bildirilmesi için etüt ve analiz gibi uzun süreli çalışma yapılması gereken hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının talebi üzerine otuz günü geçmemek üzere ilave süre verilir. Bu süre içerisinde görüş bildirilmediği takdirde plan hakkında olumsuz bir görüşün bulunmadığı kabul edilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. .06.2014 tarih ve 29030 sayılı Resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğinin 8. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkraya düzenlemeleri de aynı yöndedir.

yerleşimlerin gelişme alanlarına yönelik projeksiyonları⁵⁰ da içermektedirler. Ancak henüz bir öngörü dahilinde olan okul, park veya sağlık tesis alanı olarak ayrılan donatı alanlarına ihtiyaç ortaya çıkmamış olabileceği gibi hiçbir zaman da ihtiyaç olmayabilir. Planlanan şehirleşme, öngörüldüğü şekilde hızlı gerçekleşmeyebileceği gibi, öngörülenin aksine hiç gerçekleşmeyebilir veya farklı yönere kayabilir. Böyle bir durumda idarenin kamulaştırmaya zorlanarak idare bünyesine henüz ihtiyaç olmayan atıl taşınmazlar dahil edilmesinde hiçbir kamu yararının bulunmadığı da açıktır. Bu durumda da açıkça kamu yararı bulunmadığı halde idarenin kamulaştırma yapmak durumunda bırakılması kamu yararına ve kamu hizmetlerinin gereklerine uygun olmamaktadır.

Gerçekten İmar Kanunu'nun ilgili maddesinde imar planı yapılacağı zaman ilgili yatırımcı idarelerden görüş alınacağı imar planını yapan idare açısından yükümlülük olmakla birlikte, bu yükümün yerine getirilmediği durumlar da sıklıkla görülebilmektedir. Böyle durumlarda idarelerin, lehlerine donatı/ hizmet alanı ayrıldığından bilgileri olmayan ve konuyla ilgisi bulunmayan bir idareye herhangi bir taşınmazı kamulaştırma yükümü getirmek kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmamaktadır. Böyle bir durum ayrıca söz konusu işlem nedeniyle sorumlu idarenin değişmesi sonucunu doğurabilecektir. Yani kısıtlılık nedeniyle yatırımcı idare olarak lehine donatı alanı ayrılan idareyi değil, fakat belediyelerin sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Kamulaştırma hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunmasında kamu yararı bulunmakla birlikte, bireylerin mülkiyet hakkının orantısız kısıtlanması karşısında kamu yararı ve mülkiyet hakkı kısıtlılığı arasında bir denge sağlanmalıdır. İdarelerce 6745 sayılı Kanun gereği tesis edilen kamulaştırma işleminde kamu yararına uygunluk bulunmamakla birlikte, haklı olarak hukuka uygunluk bulunduğu elbette ileri sürülebilir. Bireylerin mülkiyet hakları üzerindeki tasarruflarının ilanihaye sınırlanmasının önüne geçebilmek için ise yine Danıştay kararları doğrultusunda hukuki başka çareler de aranabilecektir.

2. İmar Planı Yapan İdarelerle Lehine Donatı Alanı Ayrılan İdareler Arası Karmaşa

2942 sayılı Kanuna 6745 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 1'de, hukuki el atma nedeniyle üzerinde kısıtlılık bulunan taşınmazların, ilgili idarelerce

⁵⁰ 3194 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 5. maddesinde Nazım İmar Planı tanımlanırken, "bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen..." ifadeleri ile bu husus belirtilmektedir. İmar planlarının yapılmasına yönelik düzenlenen Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğinin 4. maddesinde benzer düzenleme mevcuttur.

bütçe imkanları dahilinde kamulaştırılacağı veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılacağı/yaptırılacağı, bu şekilde kısıtlılığı giderilemeyen taşınmazlar için idare mahkemelerinde kamulaştırma bedel tespiti ve tescili davası açılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Ek 1 madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, hukuki el atmalar için iki türlü giderim yolu öngörülmüştür. Bunlardan birisi İmar Kanununun 10. maddesinde öngörülen 5 yıllık süre içerisinde imar programı yapılarak taşınmazların ilgili idaresince kamulaştırılması, diğeri ise kısıtlılığı kaldıracak nitelikte imar planı değişikliği yapılmasıdır. Ancak madde metinden de anlaşılacağı üzere bütçe imkanları dahilinde kamulaştırma yapılacağı şeklindeki ifade, dolaylı olarak bütçe imkansızlığı nedeniyle 5 yıllık süre içerisinde kamulaştırma yapılamaması sonucunu doğuracaktır. Maddede yer verilen, kısıtlılığın diğer giderim şekli olan, imar planında değişiklik yapılması veya yaptırılmasına ilişkin madde hükmü ise idareler arasında karmaşaya yol açabilecek bir düzenlemedir. Şöyle ki, imar planı yapmakla görevli idareler, imar planlarını şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına göre yapmak durumundadırlar. Buna göre her imar planında, imar planı kapsamında öngörülen nüfus için belirli oranlarda sosyal veya teknik donatı alanı ayrılması gerekmektedir⁵¹. Aksi durum imar planının hukuken sakatlanması sonucunu doğuracaktır. Örneğin, kamulaştırma yükünden kurtulmak için henüz ilgili taşınmaza ihtiyaç duymayan Milli Eğitim Bakanlığı, ilgili belediyeden taşınmazın okul alanı statüsünden çıkarılmasını talep edebilecektir. Bu talep karşısında öncelikle ilgili belediye plan değişikliği talebini yerine getirmekten imtina edecektir, çünkü planlama ilkelerine göre o alanda belirli miktarda sosyal donatı alanı ayırmak durumundadır. Öte yandan ilgili belediye tarafından, idarenin başvurusunun müspet karşılanması durumunda da yapılan plan değişikliğine karşı, yöre sakini bir vatandaş veya ilgililer tarafından açılacak imar planı değişikliğinin iptali davasında, yapılan plan değişikliğinin, planlama ilkelerine aykırılığından bahisle iptaline karar verilecektir.

Yine uygulamada idare mahkemesinin, yukarıda yer verilen 6745 sayılı Kanunla, Kamulaştırma Kanunu'na eklenen ek madde doğrultusunda yapmış olduğu bedel tespitinden sonra davalı idarelerin kamulaştırma yapmaktan vazgeçmesi durumunda ne olacağı hakkında yine bir belirsizlik bulunmaktadır. İdare mahkemesince tespit edilen miktar salt tazminat olsaydı

⁵¹ Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğinin standartlar başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrasında, "İmar planlarının yapımı ve değişikliklerinde planlanan alanın veya bölgenin şartları ile gelecekteki gereksinimleri göz önünde tutularak kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarında bu Yönetmeliğin EK-2 Tablosunda belirtilen asgari standartlara ve alan büyüklüklerine uyulur." düzenlemesi bulunmaktadır.

idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinin bu tip bir tam yargı davasına etkisi olmayacaktı. Ancak bireyler tarafından açılacak bu davalar, Kamulaştırma Kanunu kapsamında bir taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespiti ve davacıya ödenmesi davasıdır. Şu halde, davalı idarelerin kamulaştırma işleminden vazgeçmesi durumunda ilgili idareye imar planında öngörülen sosyal donatı alanı nedeniyle kamulaştırmaya devam etmesi zorunluluğu mu yüklenecektir sorusu cevapsızdır.

Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin kamulaştırma işlemlerinin beş yıllık süre içerisinde bütçe imkanları dahilinde yapılması yönündeki hükmü, süregelen uygulamaların devam edeceği yönünde izlenim uyandırmaktadır. Yine kısıtlılığın giderimi için öngörülen imar planı değişikliğine ilişkin hüküm ise, yatırımcı kuruluş olarak lehlerine bir hizmet/donatı alanı ayrılan idarelerle, imar planını yapan idareler arasında karşılanamaz talep ve uzayıp giden yazışmalara neden olacağı açıktır.

Bu durumda getirilen ek madde düzenlemesinin aslında idarelere sadece zaman kazandırmaktan başka bir çare olmayacağı, ek maddede belirtilen 5 yıllık sürenin dolmasıyla birlikte, hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı ile sonlandırılan binlerce dosya ile birlikte yeni binlerce davanın idari yargı mercilerinde görülmesi mukadder son olarak karşımızda durmaktadır.

3. Mülkiyet Hakkı İhlali Karşılığında Nasıl Bir Giderim Öngörülmektedir?

Bilindiği üzere, kamu yararı gereği mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalar arasında adil bir denge kurulması için kullanılan temel araç tazminattır⁵². Bu tazminat, her ülkenin iç hukukunda mülkiyet hakkı ihlali için öngörülen denge aracıdır. Mülkiyet hakkına müdahale karşılığı öngörüülecek tazminatın, müdahale ile orantılı olması da ayrı bir denge unsurudur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6745 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kanuna eklenen ek maddelerle imar planı nedeniyle uzun süreler mülkiyet hakkı kısıtlanan kişilerin taşınmazları kamulaştırıldığında veya plan değişikliği ile kısıtlılık kaldırıldığında, hak ihlalleri ileriye dönük olarak giderilmiş olacaktır. Yani taşınmazı üzerinde yıllarca herhangi bir tasarrufta bulunamayan kişilerin bu hak ihlali nedeniyle geriye doğru bir giderime/tazminata hak kazanamayacaklardır. Dolayısıyla yeni düzenlemede aslında kişilerin uzun yıllar taşınmazlarını tasarruf edememeleri nedeniyle uğradıkları zararların bir karşılığı bulunmamaktadır.

⁵² H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011., sh.657.

Hemen sonra söylenebilecek husus da düzenlemenin maalesef sorun çözmek için değil, bilakis sorunun çözümünü ileri tarihlere ötelemek amacıyla yapılmış olmasıdır. Zira 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen 5 yıllık imar programına alma sürelerinin 6745 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici 11. madde hükümlerine göre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 07.09.2016 tarihinden itibaren başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durum da yukarıda izah edilmeye çalışıldığı gibi sonuca varamayacak bir 5 yıllık erteleme süreci doğuracaktır. Maalesef bu düzenleme, zaten mülkiyet hakkı kısıtlanan bireylerin bu haklarının bir süre daha kısıtlılığının devam etmesi ve mülkiyet hakkı ihlalinin kurala bağlanması anlamına gelmektedir. Bu durum da insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, imar planları sonrasında taşınmazları üzerinde tasarruf imkanı kalmayan bireyler için idari yargıda açılan tazminat davalarında, Danıştay içtihadı ve ek madde doğrultusunda doğrudan taşınmazın kamulaştırma bedelinin hesaplanarak davacılara ödenmesi yoluna girilmesi, bize göre kamu yararı bakımından da hatalı olmuştur. Çünkü henüz hiçbir kamu hizmetine yönelik kullanılmayacak olan taşınmazların kamu malları arasına katılmasında herhangi bir kamu yararı bulunmamakta, bilakis kamu yararına aykırılık bulunmaktadır. Öte yandan ek maddelerle getirilen düzenleme, bireylerin mülkiyet hakkı ihlalini ve zararlarının giderimini bir yönüyle, sadece ileriye dönük olarak sağlamaktadır.

Kanaatimizce Danıştay içtihadı ve Kanun düzenlemesinde öngörülen giderim yerine *idari yargıda maddi ve manevi tazminat davaları* ile hak ihlallerinin giderimi sağlanabilecektir. Şöyle ki bireylerin uğradıkları somut maddi zararların ve mülkiyet haklarının tasarrufunun kısıtlanması nedeniyle yaşadıkları manevi sıkıntıların karşılığı olarak bireylere tazminat ödenmesi yolu daha kolay ve her iki taraf açısından pratik ve pragmatik bir yol olacaktır. Nitekim Danıştay'ın, imar planlarında hukuka uygun değişiklikler yapılmaması nedeniyle bireylerin uğradığı zararları, zarar niteliğine göre tazmini yönünde geçmişte buna benzer çözümler ürettiği de görülmektedir. Bunlardan birinde⁵³ Danıştay, "Olayda, işlemleri bir çok kez yargı kararıyla iptal edilmesine ve uzun bir süre geçmesine karşın idarenin, mülk sahibinin, taşınmazından yararlanacak şekilde imar düzenlemelerinin yapmaması veya hatalı yapması nedeniyle hizmet kusurunun oluştuğu anlaşılmaktadır. Ancak, maddi tazminat talebinin kabul edilebilmesi için yukarıda belirtilen koşulların yanı sıra idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan ve hesaplanabilir, somut bir zararın da ortaya konulması şarttır. Buna göre, davacının maddi zararının ortaya koyması halinde bu yöndeki tazminat talebinin kabulü gerekecektir.

⁵³ Bkz. Danıştay 6. Dairesi, 19.03.2013 tarih ve E:2009/3873, K:2013/1803 numaralı kararı.

Mahkemece, uyuşmazlığın bu yönüyle yeniden irdelenmesi gerekmektedir... olayda davacının bir çok davaların lehine sonuçlanmasına kadar rağmen benzer işlemlerin tesis edilmesi nedeniyle tekrar dava açma durumunda kalmış olması ve manevi tazminatın amaç ve niteliği dikkate alınarak yukarıda belirtilen ölçütlere göre davacının manevi tazminat talebinin kısmen dahi olsa kabulü gerekir.” şeklinde karar vermiştir. Diğer bir kararında⁵⁴ Danıştay, “Olayda, davacının hissedarı olduğu, taşınmaz ile ilgili parselasyon işleminin iptaline ilişkin yargı kararının gereğini yerine getirmeyen davalı idarenin kusuru bulunduğu, davacının var olan taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmadığı, izale-i şuyu davasından bu sebeple sonuç alamadığı gibi idarece yeni bir tahsis yapılmayarak hizmet kusurunun sürdürüldüğü açık olup davacının bu nedenle oluşan maddi zararının tazmini gerekmektedir.” şeklinde hüküm vermiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu yönde, imar planındaki hukuka aykırılıkları yargı kararına rağmen düzeltmeyen ve bundan ötürü mülkiyet hakkı kısıtlanan bir başvurunun kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir⁵⁵. Nihayet böyle bir giderim yöntemi ile idareler tarafından gereksiz kamulaştırma yapılarak kamuya, atıl taşınmaz bedelleri yüklenmeyecek ve bireyler açısından da zararlarının gerçek karşılığı verilmiş olacaktır. Ancak bireylerin taşınmazları üzerinde kamu yararı doğrultusunda kısıtlılık devam edecek olmakla birlikte bunun da tazmin yoluyla giderilmesi her zaman sağlanabilecektir. Böylece kamu yararının sağlanması ile bireysel yararın kısıtlanması arasında adil bir denge sağlanmış olacaktır.

Çözüm olarak önerilebilecek diğer bir yol ise, maliklerin taşınmazı kullanamamasından kaynaklı zararların tazminidir. Böyle bir zarar tazmini, ortada belirlenebilen kesin bir zarar olmadığı için, olması muhtemel zararlar üzerine maddi tazminata hükmedilemeyeceğine dair Danıştay kararlarına⁵⁶ ters düşmekle birlikte, taşınmazın niteliği, çevre parsellerin kullanım fonksiyonları gibi hususlar dikkate alınarak bireylerin taşınmazlarını tasarruf edememeleri nedeniyle uğradıkları zarar giderilmiş olacaktır. Hukuki el atmalar mahiyeti gereği bireyleri mülkiyet hakkını süresi belirsiz bir biçimde kısıtladığı için mülkiyet hakkı ihlali doğurmaktadır. Diğer bir deyişle hukuki el

⁵⁴ Bkz. Danıştay 6. Dairesi 07.04.2014 tarih ve E:2014/538, K:2014/2700 numaralı kararı.

⁵⁵ Başvuru no. 14719/03, <http://kararara.com/aihm/turkce3/aihm11434.htm>. (erişim tarihi 18.08.2017)

⁵⁶ Örneğin, “Ancak idari işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekmektedir. Gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayaacağı açıktır. ... tazmini istemi, ihtimale dayalı olup, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarardır. Bu nedenle de yukarıda belirtilen idare hukuku kuralları uyarınca bu miktarın davalı idareden tazmini mümkün değildir” denilerek bu nitelikteki tazmin talepleri reddedilmektedir. Danıştay 10. Dairesi, 15.09.1990 tarih ve E:1987/1324, K:1990/278 sayılı karar, <http://emsal.danistay.yap.gov.tr/BilgiBankasi>. (erişim tarihi 15.09.2017)

atmalarda bireylerin mülkiyet hakkı karşılıksız bir biçimde gasp edilmemekte, kısıtlılığın sonunda ya taşınmaz kişilere iade edilmekte veya bedeli ödenerek kamulaştırılmaktadır. Bunun için mülkiyet hakkına getirilen sınırlama süresince kişilerin mülkiyet hakkından yararlanamamaları nedeniyle bir karşılık olarak zarar tazmini yoluna başvurulabilir. Bu yolla, kişilerin hukuken tasarruf edememiş olmakla birlikte çoğunlukla yıllardır kullanım şekline doğan (bahçe tarla, ev vs. olarak) faydalar bu bedelden düşülebilecektir. Gerçekten bu şekilde bir tazminat hesabı ile bireylerin süreç içerisinde taşınmazdan fiilen kullanmak suretiyle yararlanmaları tazminat bedelinden düşülebilecek ve gerçek zarar miktarının ortaya çıkması sağlanabilecektir.

Böylece ihlal edilen kişisel yarar ile kamu yararı arasında makul bir denge sağlanabilecek ve bireylerin alacağı tazminat dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ülkemiz aleyhine tazminat kararları verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

SONUÇ

Ülkemizde yıllardır Hukuka uygun/Hukuki el atmalarla kişilerin mülkiyet hakkına süresi belirsiz ve karşılıksız kısıtlamalar getirilmekte ancak bunun bir çözümü bulunmamaktaydı. Süreç içerisinde geçici yasal düzenlemelerle veya yargı içtihatlarıyla bazı çözümler üretilmeye çalışılmış ise de bu konuda tam anlamıyla bir çözüm bulunabilmiş sayılmaz.

Mülkiyet hakkının, herhangi bir karşılık verilmeyerek, kişilerin uzun sürelerle taşınmazlarını tasarruftan mahrum edilmeleri karşısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, başvuru sahiplerinin başvuruları kabul edilebilir bulunarak ülkemizin tazminat ödemeye mahkum edilmesiyle birlikte Danıştay da hukuki el atmalar için açılan davalardaki içtihatlarını değiştirmiş ve bireylerin zararlarının taşınmazın bedeli hesaplanarak tazmin edilerek giderilmesi yönünde bir karar vermiştir.

Danıştay'ın içtihat değişikliği sonrasında açılan binlerce kamulaştırmasız el atma davaları karşısında yasama organı tarafından meseleye bir çözüm getirmek için 2942 sayılı Kanun'a 6745 sayılı Kanunla eklenen maddelerle yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler ile idareler öncelikle 3194 sayılı Kanunda öngörülen imar planı programı ve uygulamaları yapmak için idareye tanına 5 yıllık süre ek maddelerin yürürlüğünden itibaren yeniden başlatılmıştır. Bu süre içerisinde idareye bütçe imkanlarına göre kamulaştırma yapmak veya imar planında hizmet alanı olarak ayrılan taşınmazın bu fonksiyonunun değiştirilmesi ile taşınmazlar üzerindeki kısıtlılığın giderimi yollarının öngörüldüğü görülmektedir. Bu düzenleme, aslında idareye zaman kazandırmaktan başka bir çözüm getirmeyecektir. Şöyle ki idareler, pekala bütçe imkansızlıklarını ileri sürerek kamulaştırma yapmaktan imtina

edebileceklerdir. Yine taşınmazın fonksiyonunun değiştirilmesi ise mevcut veya projeksiyon halinde bir şehirde çok zordur. Plan değişikliği için gerekli nesnel ve teknik zorunluluğun bulunmaması veya donatı dengesinin bozulacak olması nedeniyle planlama tekniklerine aykırı bir durum doğacaktır. Bu durumda lehine bir donatı alanı ayrılan idarelerle belediyelerin karşılanamayacak taleplerle ve yazışmalarla karşı karşıya kalmalarına neden olacaktır.

Nihayet, kamu yararı için yapılabilecek olan kamulaştırma işleminin, henüz kamu yararı bulunmamasına rağmen idarelerce yapılmaya zorlanmasının, kamu yararına uyar bir yönünün bulunmadığı açıktır. Bu durumda kamu yararıyla adil bir denge sağlamak için uygulanabilecek çözüm ise yine Danıştay'ın öteden beri kararlarında yer aldığı üzere, imar planlarında hukuka uygun değişiklik yapılmaması nedeniyle uğranılan zararların tazmini yönündeki kararına benzer bir çözüm yoludur. Başka bir ifadeyle hukuki el atma nedeniyle mülkiyet hakkı ihlallerinin maddi ve manevi tazminat yöntemleriyle giderimidir. Böylece bireylerin mülkiyet hakları üzerindeki kısıtlılık nedeniyle geçmişe doğru tazminat alabilmeleri sağlanacak ve taşınmazdan varsa kullanım nedeniyle sağlanan faydalar düşülerek zarar gerçek bir biçimde tespit edilebilecektir.

KAYNAKÇA

AKAR, Zeki, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2007.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

AVCI, Mustafa, **Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme**, International Conference on Eurasian Economies 2014, <http://www.avekon.org.papers>. erişim tarihi:19.11.2017.

BİLGİN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999

BÖKE, Veli, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

ÇABRİ, Sezer, **Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanılanması**, EÜHFD, C. XV. S. 1-2, 2011

GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011.

GÖKTEPE, Hayrettin Sinan, **Türk Hukukunda Kamulaştırma – Kamulaştırmaz El Atma ve Eşya Hukuku Yönünden Sorunları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2010.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Cilt II**, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009,

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013,

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2013,

KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002

KAPLAN, Gürsel, **Yeni Yasal Düzenlemeler Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:99, 2012

ŞAHİNİZ, Salih, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El koyma**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

YALÇINDURAN, Türker, **Kamulaştırmaz Ek Koyma**, Yetkin, Ankara, 2015

YALÇINDURAN, Türker, **6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler**, AÜHFD, 66(2), 2017

YILDIRIM, Turan, **İmar Planı yoluyla kamulaştırmaz El Atma**, BÜHFKHHD, 2011, C7 S.81-82

İnternet karar/makale kaynakları;

<http://kararara.com/aihm/turkce3/aihm11434.htm>.

<http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni>

<http://www.kararevi.com/karars>

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb>

<http://www.danistay.gov.tr>.

<http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale>

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/>

<http://www.avekon.org.papers>.

YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN GÖREVE İLİŞKİN SUÇLARININ SORUŞTURULMASI

Inquiry Procedure of Higher Education Personnel's Task-related Crimes

Berkan AYTURAN¹

Geliş Tarihi: 08.12.2017 Kabul Tarihi: 25.05.2018

ÖZET

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129. maddesinin son fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasını, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciiin iznine bağlı olduğu belirtilmiştir. Anayasamızdaki bu hükme dayanarak, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi ile yükseköğretim kurumlarında görev yapan kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulü getirilmiştir. Çalışmamızda yükseköğretim kurumlarında görev yapan kamu görevlileri hakkında görevleri dolayısıyla yahut görevleri sırasında işlemiş oldukları suçlar nedeniyle yürütülecek özel soruşturma usulüne dair sürecin nasıl işlediği, bu süreçte yer alan kişi, kurul yahut makamların hak, yetki ve görevleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma, Özel Soruşturma Usulü, Lüzum-u Muhakeme, Men-i Muhakeme, Yükseköğretim Personeli, 2547 sayılı Kanun.

ABSTRACT

Except for statutory exceptions, in the last paragraph of Article 129 of the Constitution of Turkey Republic numbered 2709, it has been shown that the criminal prosecution for crimes allegedly committed by civil servants and other public officials to commence has been subject to the permission of the administrative authority that the law shows. On the basis of this provision in the constitution, article 53 of law no.2547 introduced a special investigation procedure on public officials in higher education. The process of special inquiry procedure to be carried out for public officials in higher education institutions due to their duties or crimes they have committed during their duties and how the process works, the rights, powers and duties of the person, board or authorities involved in this process will be handled in our article.

Keywords: Inquiry, investigation, special investigation procedure, trail, non-suit, higher education personnel, the law numbered 2547.

GİRİŞ

Bilindiği üzere ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma evresi olmak üzere iki evreden oluşmaktadır. 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreye soruşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreye

¹ Batman İdare Mahkemesi Başkanı, berkanayturan@gmail.com

ise kovuşturma adı verilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu, esas itibariyle ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. 5271 sayılı Kanun, suçu işleyen kişinin sıfatı dikkate alınmaksızın, herkes hakkında uygulanacak genel bir kanundur.

Hal böyle olmakla beraber, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129. maddesinin son fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmasını, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlı olduğu belirtilmiştir. Anayasa, bu şekilde kamu görevlileri hakkında ceza muhakemesinin soruşturma evresinde diğer bireylerden farklı düzenlemeler getirilebilme imkânı sunmuştur. Tarihsel süreç içerisinde de Türk Hukuku'nda memurlar hakkında özel soruşturma/yargılama usulü genel olarak benimsenmiştir².

Özel soruşturma usulleri memur güvenceleri arasında sayılmakta ve bu güvenceler içerisinde belki de en önemlisi olduğu ifade edilmektedir³. Bu düşünceden hareketle, Anayasanın bahsi geçen hükmüne dayanarak, birçok Kanunda kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulleri getirilmiştir.

Kamu görevlileri hakkındaki özel soruşturma usullerinden en önemli ve en yaygın olanını, 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun oluşturmaktadır.

Çalışmanın konusunu, yükseköğretim kurumlarındaki kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulü getiren 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi oluşturmaktadır⁴. Kanunda yer alan düzenlemeler, kanunun yürürlüğe girdiği 1981 yılında mevcut olan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkattan esinlenerek kaleme alınmıştır⁵.

Kanuna göre, yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında Kanunun 53. maddesinde belirtilen özel soruşturma usulü uygulanacaktır.

² MUMCU, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:1-4, Ankara, 1971, s.140-145, SELÇUK, Sami, Memur Yargılanması Hakkında, İstanbul, 1997, s.63-80.

³ ASLAN, Onur Ender, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:33, Sayı:1, Ankara, 2000, s.61-63, TUTUM, Cahit, Türkiye'de Memur Güvenliği, Ankara, 1972, s.45-49.

⁴ Özel soruşturma usulü getiren düzenlemeler arasında kapsadığı kişi sayısı bakımından üçüncü sıradaki düzenleme 107.176 kişi ile 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesidir. BERKARDA, Kemal, TARHAN, Bülent, TOKSÖZ, Fikret, Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları ve Hesap Verebilirlik, İstanbul, 2017, s. 38.

⁵ ŞAN, Abdullah Ayhan, Özel Soruşturma Usulleri, Ankara, 2008, s. 241.

Kanun, yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinin bu suçları dolayısıyla yapılacak soruşturmayı esas itibarıyla ilk soruşturma evresi ve son soruşturmaya karar verilip verilmemesi evresi olmak üzere 2 evreye ayırmış⁶, bu iki evreden sonra verilecek olan men-i muhakeme yahut lüzum-u muhakeme kararlarının Danıştay tarafından incelenebileceği düzenlemesine yer vermiştir. Kanun, burada yürürlüğe girmiş olduğu tarihte yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan kavramlardan hareket ederek muhakeme evrelerini adlandırmıştır⁷.

Çalışmada, 2547 sayılı Kanuna tabi kamu görevlileri hakkında görevleri dolayısıyla yahut görevleri sırasında işlemiş oldukları suçlar nedeniyle yürütülecek özel soruşturma usulüne dair sürecin nasıl işlediği, bu süreçte yer alan kişi, kurul yahut makamların hak, yetki ve görevleri ele alınacaktır. Bu kapsamda, öncelikle kanunun uygulama alanına yer verilecek, kanunda yer alan özel soruşturma usulünün hangi kişiler hakkında ve bu kişilerin hangi fiilleri hakkında uygulanacağı belirtilecek, kanunun diğer kanunlarla ilişkisi hakkında bilgi verilecek, ilk soruşturma safhasının kimler tarafından nasıl gerçekleştirileceği ortaya konulacak, son soruşturma açılıp açılmaması evresiyle ilgili düzenlemelere yer verilecek, yetkili kurulların vermiş oldukları lüzum-u muhakeme yahut men-i muhakeme kararlarının Danıştay tarafından nasıl incelendiği açıklanacak, tüm bu konularla ilgili olarak Danıştay'ca verilmiş kararlardan bahsedilecektir.

I. KAMU GÖREVLİLERİNİN AYRI BİR SORUŞTURMA USULÜNE TABİ TUTULMASINDA GÖRÜŞLER

Türk Hukuku'nda tarihsel süreç içerisinde özellikle Tanzimat dönemi ve sonrasında kamu görevlileri hakkında özel soruşturma/yargılama usulü genel olarak kabul edilmiştir⁸. Kamu görevlilerinin diğer bireylerden farklı

⁶ 09.12.2016 tarih ve 29913 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6764 Sayılı Kanunun 26. maddesiyle kanunkoyucu bu iki aşamanın dışında bir de "inceleme" aşaması getirmiştir. Çalışmada "inceleme" aşamasını "ilk soruşturma" aşaması içerisinde incelenmiştir.

⁷ ŞAN, s.244.

⁸ Türk Hukukunda memur yargılamasının tarihsel gelişimi için bkz. GÜNGÖR, Burçin, **Memurlar İçin Özel Yargılama Usulü: Güvence-Ayrıcalık Bağlamında Bir Çözümleme**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara, 2014, s.39-80, KARAVAZOĞLU, Türker, **4483 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Soruşturma Usulleri**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s.11-14, KEYMAN, Selahattin, *"Memurin Muhakematı Kanunu"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, Ankara, 1962, s.174-176, KORAN, Emrah, **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması İçin 4483 Sayılı Kanunun Öngördüğü Soruşturma Usulü**, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler

bir soruşturma/yargılama usulüne tabi tutulmasının birtakım gerekçeleri bulunmaktadır. Özel soruşturma usullerinin gerekli olup olmadığı hususu öğretilerde oldukça tartışmalı bir konu olup, bu sistemin lehinde görüşler bulunduğu gibi aleyhinde de görüşler bulunmaktadır⁹. Doktrinde, kamu görevlilerinin özel bir soruşturma/yargılama usulüne tabi tutulması gerektiğini savunanların çoğunlukta olduğunu söylemek mümkündür¹⁰.

Özel soruşturma usulünün gerekli olduğu hususundaki görüşlerin gerekçelerini şu şekilde sıralanabilir¹¹:

-Kamu personelinin ayrı bir soruşturma usulüne tabi tutulması onların ifa ettikleri kamu hizmetinin iyi yürütülebilmesi için gereklidir. Burada aslında korunan kamu görevlisi değil kamu hizmetidir. Zira kamu personeli görevini yaparken her türlü korku ve endişeden uzak tutulmalıdır. Doğrudan savcılık nezdinde soruşturulması kamu görevlisinin şeref ve haysiyetini rencide eder. Memurların gereksiz şikâyet ve iftiralardan korunmanın yolu ayrı bir soruşturma usulü benimsemektir¹².

-Kamugörevlileri ifa ettikleri görev gereği şikâyet ve iftiralarla karşılaşabilirler. Özellikle memuru yıldırma, korkutma amacıyla şikâyetlerde bulunulabilir. Her şikâyette memurun savcı önüne çıkması hizmeti aksatır. Bu şekilde savcı ve mahkeme kapılarında boğuşmak zorunda kalan memur pasif ve çekingen olacağından yürüttüğü hizmeti layıkıyla yerine getiremez, sorumluluktan kaçır, ani kararlar veremez¹³.

-Kamu görevlisinin ayrı bir soruşturma usulüne tabi tutulması erkler ayrılığı ilkesine uygun düşmektedir¹⁴.

-Kamu görevlilerinin ayrı bir soruşturma usulüne tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira; sırf memuru ilgilendiren bir konuda memur olmayanlarla bir eşitlik düşünülemez. Bu durum bir imtiyaz değil, teminatır¹⁵.

Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2016, s.10-18.

⁹ Özel soruşturma usullerinin leh ve aleyhindeki ayrıntılı görüşler için bkz. **AVCI, Mustafa**, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XI, Sayı:3-4, Erzincan, 2007, s.274-276, **ERKENCİ, Hüseyin**, “Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanunu Muvakkat Üzerine Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:1999/1, Ankara, 1999, s.16-18, **GÜNGÖR**, s.184-190, **KARAVAIZOĞLU**, s.11-14, **KEYMAN**, s.176-182, **KORAN**, s.18-22, **MUMCU**, s.180-182, **LİVANELİOĞLU, Ömer Asım**, “Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:52, Sayı:1, Ankara, 1995, s.43-44, **SELÇUK**, s.127-152.

¹⁰ **KORAN**, s.20-21.

¹¹ **MUMCU**, s.180.

¹² **KARAVAIZOĞLU**, s.12, **KEYMAN**, s.176-177.

¹³ **AVCI**, s.274, **EREN**, s. 58, **SELÇUK**, s. 129, **TUTUM**, s.48.

¹⁴ **KEYMAN**, s.177.

¹⁵ **AVCI**, s.275, **TUTUM**, s.48, Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu'nun Anayasaya

-Suç işlediği ileri sürülen bir memur hakkındaki iddianın memurluk psikolojisini iyi bilenlerin süzgecinden geçirilmesi kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir¹⁶.

-Göreve ilişkin suçlar ancak kamu hizmetini yeteri kadar bilen idarece gereği gibi anlaşılabilir. Adli makamlar bu konuda yeterli bilgi ve birikime sahip değildir¹⁷.

Özel soruşturma usulünün gerekli olmadığı yönündeki görüşlerin gerekçelerini ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

-Adli merciler memur olmayanlar kadar memur olanların da şeref ve haysiyetini korumakla mükelleftir. Bu bakımdan memurun şeref ve haysiyetinin rencide olacağı düşüncesi doğru değildir¹⁸.

aykırılığı iddiası üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.1967 tarih ve E:1967/14, K:1967/36 sayılı kararında (29.04.1968 tarih ve 12886 sayılı Resmi Gazete.); özel soruşturma usulünün imtiyaz oluşturmadığı şu şekilde ifade edilmiştir: "...inceleme konusu kanun, memurlara, bir zümre, bir sınıf olarak imtiyaz tanımakta değildir. Kanunun sağladığı, bir çeşit teminattır. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş düzenlenmiştir. Memur gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve iftiralara uğrayabilir. Kendisine memuriyetle ilgili suç isnat edilen her memurun, hemen adliye sevk edilmesi hem memurları tedirgin ederek hizmeti aksatır, hem de hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabilir. Bu çeşit iddiaların önce kamu hizmetinin gereklerini ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmayla değer bir eylem kalırsa, o zaman işin mahkemenin eline bırakılması, kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir ve kanunun sağladığı da budur.". Yine, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarih ve E:2013/58, K:2013/114 sayılı kararında (09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı Resmi Gazete); "...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk, antlaşmalar ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlara ilişkin ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyecek, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır." gerekçelerine yer verilerek itiraz başvurusunun reddine karar vermiştir.

¹⁶ TUTUM, s.49.

¹⁷ KEYMAN, s.177.

¹⁸ KEYMAN, s.177.

-Kamu görevlileri için özel bir soruşturma/yargılama sisteminin kabul edilmesi yargının bütünlüğü ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz¹⁹. İdari makamlarca soruşturma yapılması idarenin yargı alanına girmesi demektir²⁰.

-İdare tarafından yapılan soruşturmalar hukuk bilgisine sahip olmayan kişiler tarafından yürütülmektedir. Soruşturmanın bu kişiler tarafından yürütülmesi sağlıklı bir soruşturmaya sebep olmaktadır²¹.

-İdari makamlarca soruşturma yapılması halinde kişisel ilişkiler çok yakın olduğundan kişisel yakınlık ve uzaklık dikkate alındığında daha yıkıcı etkileri olabilir. Bu yetki samimi ilişki içerisinde bulunan personeli kayırmak, uzak ilişki içerisinde bulunan personeli sindirmek için kullanılabilir²². Bu bakımdan bağımsız bir organın soruşturma yapması memur için bir teminatır²³.

-Anayasal ve yasal sistemde memuru koruyacak yeteri kadar düzenleme mevcuttur. Özel bir soruşturma usulüne gerek bulunmamaktadır²⁴.

-Kamu görevlisi hakkında etkili bir soruşturma yürütülmez ve dava açılmazsa, kamu görevlisinin kayırıldığı izlenimi doğar, asıl bu durumda devletin saygınlığı zedelenir²⁵.

Günümüzde, birçok ülkede kamu görevlilerinin soruşturulması/yargılanması konusunda özel düzenlemelere yer verilmemektedir²⁶. Ülkemizde ise, özel soruşturma/yargılama usullerinin gerekli olduğu yönünde yukarıda yer verilen gerekçeler doğrultusunda, kamu görevlileri hakkında diğer bireylerden farklı soruşturma/yargılama usulleri benimsenmiştir. Bununla beraber ülkemizde de özel soruşturma usullerinin kaldırılmasına, bu konuda idareye verilen yetkilerin azaltılmasına doğru bir süreç işlediğini söylemek mümkündür²⁷. Bunun en bariz örneğini Memurin Muhakematı dönemindeki sisteme getirilen eleştiriler²⁸ bir nebze de olsa ortadan kaldırmak için kabul edilen 4483 sayılı Kanun oluşturmaktadır²⁹.

¹⁹ TUTUM, s.47.

²⁰ MUMCU, s.181.

²¹ TUTUM, s.47-48.

²² KORAN, s.21.

²³ MUMCU, s. 180-181, TUTUM, s.48.

²⁴ TUTUM, s.48.

²⁵ KARAVAIZOĞLU, s.12-13.

²⁶ KARAVAIZOĞLU, s.11, Memur yargılamasının karşılaştırmalı hukuktaki durumu için bkz. BERKARDA/TARHAN/TOKSÖZ, s.42-44, SELÇUK, s.23-62.

²⁷ ÖZEK, Çetin; "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:26. Sayı:1-4, İstanbul, 1960, s.34.

²⁸ Özel soruşturma usullerine getirilen eleştirilerin büyük bir kısmı Memurin Muhakematı dönemindeki sistemden kaynaklanmaktadır. Bkz. KORAN, s.22.

²⁹ 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun 4.12.1999 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve

II. KANUNUN UYGULAMA ALANI

A. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

2547 Sayılı Kanununun 53. maddesinde düzenlenen özel soruşturma usulünün kimler hakkında uygulanacağı, başka bir deyişle anılan kanun kapsamında özel soruşturma usulüne tabi kamu görevlilerinin kimler olduğu, aynı Kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Uygulamada, bazen bu konuda tereddütler yaşanmakta, kanun kapsamında olmayan kişiler hakkında men-i muhakeme yahut lüzum-u muhakeme kararlarının alındığı görülmektedir. Danıştay tarafından da, kanun kapsamına göre soruşturulamayacak kişiler hakkında verilen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme niteliğindeki kararlar bozulmaktadır³⁰.

Çalışmanın bu kısmında öncelikle 2547 sayılı Kanun kapsamında, hakkında ceza soruşturması yapılabilecek kişilerin kimler olduğu belirtilecek, eğer hakkında soruşturma yapılan kişinin 2547 sayılı Kanun kapsamındaki kamu görevlilerinden olmadığı sonucuna ulaşırsa, ilk soruşturmayı açmaya yetkili kurul yahut makamların, soruşturmacının ve son soruşturma açıp açmamaya karar verecek kurulların bu konuda yapması gereken işlemlerin ve vermesi gereken kararların neler olduğu belirtilecek, bu durum dikkate alınmaksızın verilmiş olan lüzum-u muhakeme yahut men-i muhakeme kararlarının Danıştay tarafından incelenmesi neticesinde verilen kararlardan bir kısım örneklere yer verilecektir³¹.

1. Kanun Kapsamındaki Kamu Görevlileri

a. Yükseköğretim Üst Kuruluşları Başkan ve Üyeleri

2547 sayılı Kanununun Tanımlar başlıklı 3. maddesine göre, yükseköğretim üst kuruluşları, Yükseköğretim Kurulu ile Üniversitelerarası Kurul'dur. İşte Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve üyeleri ile Üniversitelerarası Kurul Başkanı ve üyeleri 2547 Sayılı Kanununun 53. maddesindeki özel soruşturma usulüne tabidir.

bu yasa ile 4 şubat 1339 (1913) tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) yürürlükten kaldırılmıştır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun karşılaştırmalı olarak incelemesi için bkz. **EREN, Abdurrahman**, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat İle Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması", **Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:55, Sayı:3, Ankara, 2000, 55-79.

³⁰ Bkz. 39, 41, 42 ve 43. sıradaki dipnotlardaki Danıştay kararları.

³¹ **MESCİ, Hatice, AYDIN, Vahdettin**, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, Isparta, 2017, s.9-18.

b. Yükseköğretim Kurumları Yöneticileri

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasının 2. bendinin (b) ve (c) alt bentlerine göre Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumları rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri, üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları, üniversite genel sekreterleri Kanunda düzenlenen özel soruşturma usulüne tabidir.

Düzenlemede vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcıları yer almamakta iken 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının 2. bendinin (b) alt bendine vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcıları eklenmiştir³².

c. Yükseköğretim Kurumlarının Kadrolu ve Sözleşmeli Öğretim Elemanları

Öğretim elemanları, 2547 sayılı Kanununun 3. maddesine göre, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılarıdır. Burada, öğretim elemanının kadrolu yahut sözleşmeli olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanlarının Kanun kapsamında olup olmadığı hususu değerlendirildiğinde; 2547 sayılı Kanun'un Ek 5. ve 8. maddelerinde vakıf yükseköğretim kurumlarıyla ilgili düzenlemeler yer almakta olup, söz konusu düzenlemelerde vakıf yükseköğretim personelinin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları özel soruşturma usulüne tabi değildir³³. Danıştay tarafından da vakıf yükseköğretim personelinin 2547 sayılı Kanunda yer alan soruşturma usulüne tabi olmadığı kabul edilmektedir³⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasının Anayasanın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesince verilen 10.10.2013 tarih ve E:2013/58, K:2013/114 sayılı kararında da³⁵;

³² Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan yöneticilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına ilişkin bkz. ZAFER, Hamide, "Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:IX, Sayı:2, İstanbul, 2012, s.213-226.

³³ MESÇİ, Hatice, Süleyman Demirel Üniversitesi, Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2011, s.154.

³⁴ Danıştay 1. Dairesi'nin 09.06.2016 tarih ve E:2016/1025, K:2016/959 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır.).

³⁵ 09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı Resmi Gazete.

“vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.” denilerek itiraz konusu kuralın Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

d. Yükseköğretim Üst Kuruluşları İle Yükseköğretim Kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Tabi Memurları

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesine göre kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür. Yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarının 657 sayılı Kanuna tabi memur, sözleşmeli personel ve geçici personel hakkında bu kanun hükümleri kapsamında özel soruşturma usulü uygulanması gerekmektedir³⁶. İşçiler ise özel soruşturma usulüne tabi değildir. Bunlar hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılması gerekmektedir³⁷.

2. Kanun Kapsamına Girmeyen Kişiler Hakkında Yapılacak İşlemler

Bazen, 2547 sayılı Kanun kapsamında özel soruşturma usulüne tabi olmayan kişiler hakkında bu kanuna göre soruşturmalar yürütüldüğü görülmektedir. Böyle bir durumun hukuken tasvip edilebilmesi mümkün değildir. Bu duruma mahal vermemek için, ilk soruşturma açmaya yetkili kurul veya makamlarca, şüphelinin kanun kapsamında soruşturulması mümkün bulunan kişilerden olup olmadığının dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

Eğer hakkında soruşturma yapılacak kişi, bu Kanun kapsamındaki kamu görevlilerinden değilse, ilk soruşturmayı yapma yetkisi olan kurul yahut makamca bu durumu belirten bir karar alınarak, dosyanın gereği yapılmak üzere o kişi hakkında soruşturma yapma yetkisine sahip makama gönderilmesi gerekmektedir. Suç, birden fazla kişi tarafından işlenmiş ve suçu işleyen kişilerden bir kısmı kanun kapsamına girmiyorsa, bu durumda sadece o kişiler hakkında yukarıda belirtilen karar alınarak, dosyanın gereği yapılmak üzere o kişiler hakkında soruşturma yapma yetkisine sahip makama gönderilmesi gerekir. Diğerleri hakkında ise soruşturmaya devam edilir³⁸.

³⁶ YILMAZ, Dilşat, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:XVII, Sayı:1-2, Erzincan, 2013, s.109-111.

³⁷ Danıştay 1. Dairesi'nin 04.04.2017 tarih ve E:2017/565, K:2017/571 sayılı kararı, (Yayımlanmamıştır.) Danıştay 1. Dairesi'nin 14.03.2017 tarih ve E:2016/2389, K:2017/399 sayılı kararı, (Yayımlanmamıştır.)

³⁸ MESCI/AYDIN, s. 59-60.

Çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere ilk soruşturma, yetkili kurul yahut makamca doğrudan yapılabileceği gibi; soruşturmacı atanarak da yapılabilmektedir. Şüphelinin 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde belirtilen kamu görevlileri arasında bulunmamasına rağmen, ilk soruşturmayı başlatacak kurul yahut makamca bu durum dikkate alınmaksızın soruşturmacı atanmış ise; soruşturmacı tarafından düzenlenecek fezlekedede, şüphelinin kanun kapsamında sayılan kişilerden olmadığı ifade edilmekle yetinilmeli, şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme yahut men-i muhakeme yapılması yönünde herhangi bir kanaat bildirilmemelidir.

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek olan kurul, şüphelinin 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde belirtilen kamu görevlilerinden olmadığı kanaatine ulaşmış ise, görevsizlik kararı vererek, dosyayı gereği yapılmak üzere ilgili kişi hakkında soruşturma yapmaya yetkili makama göndermelidir. Hakkında soruşturma yapılan kişilerden bir kısmı 2547 sayılı Kanuna tabi iken, bir kısmı Kanun kapsamı dışında ise, sadece o şüpheliler hakkında görevsizlik kararı verilerek, dosyanın gereği yapılmak üzere yetkili makama gönderilmeli, diğer kişiler hakkında ise işlem yapılmaya devam edilmelidir³⁹.

3. Danıştay Kararlarında Kanun Kapsamına Girmeyen Kişiler

Danıştay'a göre, vakıf üniversitelerinde görev yapanlar hakkında 2547 Sayılı Kanunun 53. maddesindeki özel soruşturma usulünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır⁴⁰. Vakıf Üniversitesinde görev yapan kişiler hakkında genel hükümlere göre, doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma açılması gerekmektedir⁴¹.

Yine, üniversite öğrencilerinin⁴², üniversitede geçici işçi olarak çalışan kişilerin⁴³, Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre Tıp fakültesinde kadrosuz ve aylıksız olarak uzmanlık eğitimi alan fahri araştırma görevlilerinin⁴⁴, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi

³⁹ MESÇİ/AYDIN, s. 59-60.

⁴⁰ Vakıf üniversitelerinde görev yapanlardan sadece rektör ve rektör yardımcıları 2547 sayılı Kanun 53. maddesi kapsamında özel soruşturma usulüne tabidir. (Düzenlemede vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcıları yer almamakta iken 6764 sayılı Kanunun 26. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının 2. bendinin (b) alt bendine vakıf üniversitesi rektör ve rektör yardımcıları eklenmiştir.)

⁴¹ Danıştay 2. Dairesi'nin 10.10.2002 tarih ve E:2001/1035, K:2002/3424 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı, MESÇİ, s.154.

⁴² YILMAZ, s.106-107. Danıştay 1. Dairesi'nin 19.04.2006 tarih ve E:2006/238, K:2006/434 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

⁴³ Danıştay 1. Dairesi'nin 28.04.2008 tarih ve E:2009/647, K:2009/696 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

⁴⁴ Danıştay 1. Dairesi'nin 21.09.2011 tarih ve E:2011/842, K:2011/1322 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:129, Ankara, 2012 s.47-49.

kapsamında ceza soruşturmasına tabi olmadıkları Danıştay kararlarına konu olmuştur.

B. FİİL BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Bir önceki bölümde 2547 sayılı Kanunun kimler hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bölümde ise 2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki kamu görevlilerinin hangi fiilleri hakkında özel soruşturma usulü uygulanacağı açıklanacaktır.

Bu kanun kapsamındaki soruşturmalarda, ilk soruşturmayı açmaya yetkili makam yahut kurullar, soruşturmacı ve son soruşturma açılıp açılmamasına karar verecek kurullar, soruşturma konusu olayın kişi bakımından kanunun uygulama alanına girdiğini belirledikten sonra, ikinci olarak, suç olduğu iddia edilen fiilin bu kanunun kapsamına girip girmediğini araştırması ve irdelemesi gerekmektedir.

1. Kanun Kapsamındaki Suçlar

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasında hangi suçlar hakkında bu kanuna göre ceza soruşturması uygulanacağı belirtilmiştir. Düzenlemeye göre, kanun kapsamındaki kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanacaktır. Kanun görev dolayısıyla işlenen suç ile görev sırasında işlenen suçun ne olduğu konusunda bir belirlemeye gitmemiştir. Dolayısıyla görev dolayısıyla işlenen suç ve görev sırasında işlenen suç kavramlarının sınırlarını doktrin, içtihat ve uygulama çizecektir. Uygulama ve Danıştay somut olaydaki her türlü durumu inceleyerek işlendiği iddia edilen suçun görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlenen bir suç olup olmadığının değerlendirmesini yapacaktır.

4483 sayılı Kanuna göre, özel soruşturma usulü uygulanacak suçlar, sadece görev sebebiyle işlenmiş suçlardır⁴⁵. 2547 sayılı Kanundaki görev dolayısıyla işlenen suç kavramı ile 4483 sayılı Kanundaki görev sebebiyle işlenen suç kavramı aynı anlama gelmektedir. Ancak, 2547 sayılı Kanunda buna ek olarak görev sırasında işlenen suçları da özel soruşturma usulüne tabi tutmuştur.

⁴⁵ Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatta hem görev sebebiyle hem de görev sırasında işlenen suçlar Kanunun kapsamında iken 4483 sayılı Kanunla görev sırasında işlenen suçlar Kanun kapsamı dışına çıkarılarak görev suçu kavramı daraltılmıştır. **ÇAĞLAYAN, Ramazan**, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1-2, Erzincan, 2003, s.116-117, **GÜNDAY, Metin**, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2011, s.623.

Görev sebebiyle işlenen suçlar, memuriyet görevi gereği yapılması gereken işlerin yapılması veya yetkilerinin kullanılması sebebiyle işlenen suçlar olarak kabul edilmektedir⁴⁶. Suçun memuriyet görevinden doğmuş sayılabilmesi için, fiil ile görev arasında illiyet bağı bulunması gerekir⁴⁷. Bu suçlar, ancak memurlar tarafından işlenebilir⁴⁸.

Görev sırasında işlenen suçlar ise memuriyet görevi ile ilgili olmaksızın görevin ifası sırasında işlenen suçlardır⁴⁹. Bu suçlar herkes tarafından işlenebilir⁵⁰.

2547 sayılı Kanunun fiil bakımından uygulama alanı çok geniş olup, bu konuda söz konusu Kanunda en azından 4483 sayılı Kanun seviyesinde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir⁵¹.

2.Kanun Kapsamında Bulunmayan Suçlar

a. Görev Dolayısıyla Yahut Görev Sırasında İşlenmeyen Suçlar

Öncelikle görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlenmeyen suçlar, kanunun kapsamı dışında bulunmaktadır. Bir suçun görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlenip işlenmediği ise yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayın her türlü özelliği incelenerek belirlenecektir.

Danıştay kararlarına göre, şu fiiller görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlenen fiiller olmadığı için genel hükümlere göre soruşturulması gerekmektedir: Üniversitede okutman olarak görev yapan şüphelinin, yargı merciine sunmuş olduğu dilekçede enstitü müdürüne hakaret etmesi⁵², bir öğretim üyesinin kendi özel muayenehanesinde, hastaya, gerekli tetkik ve tedaviyi uygulamayarak ölümüne neden olması⁵³, bir öğretim üyesinin Mahkemeye sunmuş oldukları hukuki mütalaanın 1136 sayılı Kanununun 35 ve 63. maddelerine aykırılık teşkil etmesi⁵⁴, bir öğretim üyesi ile araştırma

⁴⁶ ÇAĞLAYAN, s.117, **GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 2006, s.642-643.

⁴⁷ **AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, s.617, SELÇUK, s.106.

⁴⁸ KEYMAN, s.188, **LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, "Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları"**, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:52, Sayı:1, Ankara, 1995.

⁴⁹ ÇAĞLAYAN, s.116-117.

⁵⁰ KEYMAN, s.188.

⁵¹ ŞAN, s.269, ÇAĞLAYAN, s.117.

⁵² Danıştay 1. Dairesinin 19.10.2005 tarih ve E:2005/769, K:2005/1235 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:111, Ankara, 2006, s. 33.

⁵³ Danıştay 1. Dairesinin 24.01.2006 tarih ve E:2005/1255, K:2006/95 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

⁵⁴ Danıştay 1. Dairesinin 12.03.2006 tarih ve E:2006/207, K:2006/357 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

görevlisinin yerel bir radyoda şikayetçi Meslek Birliğinin izni ve bilgisi dışında, Birliğin hak sahibi olduğu yabancı müzik eserini yayınlamak suretiyle 5846 sayılı Kanuna aykırı davranması⁵⁵, Üniversite Spor Birliği Kulübü Yönetim Kurulu üyesi olan şüphelilerin görevlerini yerine getirmeyerek kamu zararına neden olmaları⁵⁶, Üniversite Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı ve üyeleri olan şüphelilerin üniversite personelinin maaş ödemeleri ile ilgili olarak Banka ile Rektörlük arasında imzalanan protokol karşılığı alınan ve Üniversite bütçesine gelir kaydedilmesi gerektiği öne sürülen promosyon bedelinin, Üniversite Vakfına bağış olarak kabul etmek suretiyle Kanuna aykırı davranmaları⁵⁷.

b. 2547 sayılı Kanunun 53. Maddesinin (c) Fıkrasının 6. ve 7. Bendinde Belirtilen Suçlar

Görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlense dahi bazı suçlarda 2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki özel soruşturma usulünün uygulanması mümkün değildir. Özel soruşturma usulünün uygulanmaması için açık bir kanuni düzenleme gerekmektedir. İşte bu açık kanuni düzenlemelerden biri de 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 6. ve 7. bentleridir⁵⁸.

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 6. bendinde; “Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır. 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dâhil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle, 1609 sayılı Kanunda belirtilen suçlarda, Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler dışında 1609 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele

⁵⁵ Danıştay 1. Dairesinin 28.12.2006 tarih ve E:2006/1183, K:2006/1322 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

⁵⁶ Danıştay 1. Dairesinin 07.12.2010 tarih ve E:2010/1638, K:2010/1901 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:126, Ankara, 2011, s. 10-11.

⁵⁷ Danıştay 1. Dairesinin 06.12.2011 tarih ve E:2011/1781, K:2011/1940 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:130, Ankara, 2012, s.77-78.

⁵⁸ MESCİ/AYDIN, s. 21.

Kanunu'nun 23. maddesi ile 15.5.1930 tarih ve 1609 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 3628 sayılı Kanunda ise, 1609 sayılı Kanuna yapılmış olan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun uygulanması gereken hallerde, 2547 sayılı Kanunda getirilen özel soruşturma usulünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır⁵⁹.

Yine 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının, 7. bendinden belirtilen suçlarda, özel soruşturma usulünün uygulanması mümkün değildir. Bu hallerde soruşturmayı Cumhuriyet Savcısı genel hükümlere göre doğrudan yapacaktır. Düzenlemeye göre, ideolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde özel soruşturma usulünün uygulanabilmesi mümkün değildir⁶⁰.

c. Diğer Kanunlarda Belirtilen İstisnalar

Başka kanunlarda hüküm bulunan hallerde artık 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda, ilgili kanun hükümlerine göre hareket etmek gerekmektedir.

2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki özel soruşturma usulünün uygulanmayacağı durumlardan biri 5271 sayılı Kanunun 161. maddesinde belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanunun 161. maddesinin 5. fıkrasında; Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılacağı hükme bağlanmıştır. Düzenlemeye göre adli göreve ilişkin olarak, ilgili kişilerin görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görüldüğü takdirde, ceza

⁵⁹ Danıştay 1. Dairesinin 04.05.2005 tarih ve E: 2005/187, K: 2005/624 sayılı kararı, Yayınlanmamıştır. Diğer bir görüşe göre YÖK başkanı ve rektörler için 3628 sayılı Kanun'un uygulamasında 2547 sayılı Kanundaki özel soruşturma usulü uygulanmalıdır. Bkz. YILMAZ, s.115-119.

⁶⁰ İSTANBULLU, Burhanettin, Devlet Üniversitelerindeki Kamu Görevlilerinin Görevleri Nedeniyle İşledikleri Suçlardan Dolayı Soruşturulması, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Niğde, 2009, s.28.

soruşturması, doğrudan Cumhuriyet Savcılığınca yapılacaktır. Burada artık, açık bir kanuni düzenleme bulunduğundan, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki usulün uygulanma kabiliyeti yoktur⁶¹.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 357. maddesi kapsamındaki suçlarla ilgili yapılacak soruşturmalarda da doğrudan Cumhuriyet Savcılığınca soruşturma yapılması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre; "İcra dairesince kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmaya ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeye alakadarlar mecburdur. Makbul sebep haricinde tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu dairece tahkikatı evveliyeye hacet kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılır." hükmü yer almaktadır. Bu durumda da genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan soruşturma yapılması gerekmektedir⁶².

3. Kanun Kapsamına Girmeyen Fiiller Hakkında Yapılacak İşlemler

Bu durumda, ilk soruşturma açmaya yetkili kurul yahut makamların, soruşturmacının ve son soruşturma açılıp açılmamasına karar verecek kurulların yapması gereken işlemler, kanun kapsamına girmeyen kişiler hakkında yapılacak işlemlerle aynıdır. Burada çalışmanın o kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak, şu hususu belirtmekte fayda bulmaktayız. Eğer ilk soruşturmayı açma yetkisine sahip kurul yahut makamın, suçun görev dolayısıyla yahut görev sırasında işlenip işlenmediği hususunda tereddüdü bulunuyorsa veya suçun görev dolayısıyla veya görev sırasında işlendiği ancak bir soruşturma sonucunda ortaya konulabilecekse, bu durumda doğrudan veya soruşturmacı atanarak soruşturma yapılarak, suçun görev dolayısıyla veya görev sırasında işlenip işlenmediğinin ortaya konulması gerekmektedir.

⁶¹ KARAVİZOĞLU, s.50-51, KORAN, s.41. Danıştay 1. Dairesinin 10.11.2005 tarih ve E:2005/964, K2005/1322 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı, Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2004 tarih ve E:2004/334, K:2004/431 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:5, Ankara, 2004, s.44-45, Danıştay 2. Dairesinin 27.02.2003 tarih ve E:2003/41, K:2003/324 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:3, Ankara, 2004, s.31, Danıştay 1. Dairesinin 24.02.2005 tarih ve E:2004/687, K:2005/221 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:109, Ankara, 2005, s.43-44.

⁶² KARAVİZOĞLU, s. 53, KORAN, s. 41. Danıştay 1. Dairesi'nin 14.12.2005 tarih ve E:2005/1194, K:1005/1499 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı, Danıştay 2. Dairesinin 13.01.2000 tarih ve E:1998/1154, K:2000/347 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:104, Ankara, 2001, s.41, Danıştay 1. Dairesi'nin 24.03.2016 tarih ve E:2016/335, K:2016/789 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:143, Ankara, 2016, s.97-98.

C. 2547 Sayılı Kanununun 53. Maddesinin Diğer Kanun Hükümleriyle İlişkisi

2547 sayılı Kanununun 53. maddesi, özel soruşturma usulünü düzenlerken ayrıntılı hükümler getirmemiştir. Bu noktada kanun koyucu, 53. maddenin (c) fıkrasının 8. bendinde Kanunda yer almayan hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı kuralına yer vermiştir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 17. maddesi ile 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat yürürlükten kaldırılmıştır. 4483 sayılı Kanunun 16. maddesinde; "Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmü getirilmiş olduğundan, 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır⁶³.

Öte yandan, 4483 sayılı Kanunun Ön İnceleme Yapanların Yetkisi ve Rapor başlıklı 6. maddesi uyarınca, ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilecekleri kuralına yer verilmiştir. 4483 sayılı Kanuna bakıldığında, Ceza Muhakemesi Kanununa genel bir atf yapılmadığı, yapılan atfın sadece ön inceleme ile görevlendirilen kişilerle ilgili olduğu görülmektedir. Bu durumda, 2547 sayılı Kanuna göre yapılacak soruşturmalarda, hem 2547 sayılı Kanunda hem de 4483 sayılı Kanunda bir konuda hüküm bulunmuyorsa, o konuda 5271 sayılı Kanunun uygulanması mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekmektedir. 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinde ve 4483 sayılı Kanunda ceza soruşturmasıyla ilgili birçok husus düzenlenmediğinden, 5271 sayılı Kanunun uygulanması bir zorunluluktur. Yine, 5271 sayılı Kanun ceza muhakemesine ilişkin genel nitelikte bir kanundur⁶⁴.

Sonuç olarak, 2547 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda 4483 sayılı Kanunun ilgili düzenlemeleri uygulanacak, her iki kanunda da hüküm bulunmayan hallerde 5271 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

⁶³ ASLAN, s.67, YILMAZ, s.105.

⁶⁴ İSTANBULLU, s.42, MESCİ, s. 160.

III.2547 SAYILI KANUN'UN 53. MADDESİNDEKİ CEZA SORUŞTURMASI YÖNTEMİ

A. İLK SORUŞTURMA AŞAMASI

1. İlk Soruşturmayı Yapacak Kurul veya Makamlar

Kanun koyucu, ilk soruşturmayı yapacak kurul veya makamları, hakkında soruşturma yapılacak kişinin konum ve statüsüne göre değişik şekillerde belirlemiştir. Bu kurul veya makamlar, soruşturmayı doğrudan kendileri yapabilecekleri gibi; görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacıya da yaptırabilirler.

Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, ilk soruşturma kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edecek en az üç kişilik kurul tarafından yapılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Yükseköğretim Kurulu Başkanı için ilk soruşturmanın ancak Yükseköğretim Kurulu üyelerinden seçilecek üç kişilik kurul tarafından yapılabilmesidir. Bu kurul, ilk soruşturmayı soruşturmacı atayarak gerçekleştiremez⁶⁵.

2547 sayılı Kanununun 53. maddesindeki özel soruşturma usulüne tabi diğer kişiler içinse, ilk soruşturma, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan yapılabileceği gibi bu kişiler tarafından görevlendirecek uygun sayıdaki soruşturmacı tarafından da yapılır.

Yükseköğretim Kurulu Başkanı, gerek gördüğünde 53. maddede belirtilen kendisi dışındaki tüm kişiler hakkında ilk soruşturmayı doğrudan kendisi yapabileceği gibi, görevlendireceği soruşturmacılara da yaptırabilecektir. Ancak uygulamada ilk soruşturma genel olarak disiplin amirleri veya görevlendirecekleri soruşturmacılar tarafından yapılmaktadır⁶⁶.

Disiplin amirleri de astı durumunda olan kamu görevlileri hakkında ilk soruşturmayı gerçekleştirebilecektir. Disiplin amirlerinin kim olduğu ise 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin (a) fıkrasında belirtilmiştir⁶⁷. Buna göre; Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve 53/Ç maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan fiillerle ilgili olarak öğretim elemanlarının; rektör,

⁶⁵ MESCI, s.156.

⁶⁶ **ÜNLÜ, Ahmet Hamdi**, "Üniversite Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Kovuşturulması", **Danıştay Dergisi**, Yıl:14, Sayı:52-53, Ankara, 1984, s.25.

⁶⁷ İdari teşkilat içerisinde kamu personelleri arasında astlık üstlük ilişkisi vardır. Alt kademedeki memur üst kademedeki memura bağlıdır. Üst kademedekine amir, alt kademedekine ise memur denir. **BUCAKTEPE, Adil**, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIX, Sayı:2 Ankara, 2015, s.208.

üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amirleridir.

Anılan hükümde, disiplin amirleri sıralı bir şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemede, yükseköğretim kurulu başkanı, rektör, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü, genel sekreter ve sekreter disiplin amirleri olarak sayılmıştır.

Şüphelinin, isnad edilen fiili işlediği tarihteki statüsüyle, soruşturmanın başladığı tarihteki statüsü farklı ise, son soruşturmayı açacak kurul yahut makamın şüphelinin fiili işlediği tarihteki statüsüne göre belirlenmesi gerekmektedir.

Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 5. bendi gereğince, ilk soruşturmayı yapacak makamın üst derecedeki kamu görevlisine göre belirlenmelidir⁶⁸.

2. Suçun Öğrenilmesi

Suçun öğrenilmesi değişik şekillerde olabilir. Suçun öğrenilmesi, şikâyet dilekçesiyle, ihbarla, basın yoluyla, suça şahit olunması gibi değişik şekillerde olması mümkündür⁶⁹.

Suçun öğrenilmesiyle birlikte, ilk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamların derhal olaya el atması, olayın gerçek mahiyetini araştırması, kanundaki prosedürün işletilmesi için gereken işlemleri bir an önce yapması gerekmektedir. Eğer böyle yapmayıp, hareketsiz kalınması durumunda disiplin amirinin cezai ve idari sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

3. Suçun Öğrenilmesi Üzerine İlk Soruşturmayı Yapma Yetkisine Sahip Kurul veya Makamların Öncelikle Yapması Gereken İşlemler

İlk soruşturmayı yapma yetkisine sahip kurul veya makamlar öncelikle konunun kişi bakımından yahut fiil bakımından 2547 sayılı Kanunun 53. maddesine girip girmediğini araştırması gerekmektedir. Bu konuda yapılması gereken hususlar daha önce açıklanmıştır.

⁶⁸ MESCI, s.177.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 2008, s.79-89 KİTAPÇIOĞLU, Tülay, **Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2014, s.64-74, TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2008 s.259-262.

Danıştay bir kararında “... Soruşturma emri verilmeden evvel yetkili makamın iddia konularını incelemesi ya da görevlendireceği yetkili bir kişiye incelettirmesi, bu incelemeler sonucu sanıklar ile iddia konusu suçlarının belirlenmesinden sonra TCK’ya göre soruşturma açılıp açılmayacağı konusunu değerlendirmesi ...” gerektiğini belirtmiştir⁷⁰.

Yukarıda suçun öğrenilmesi yolları arasında ihbar ve şikâyet sayılmıştı. İşte bu hususta ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için bir takım özelliklere sahip olması gerekmektedir. 4483 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Eğer ihbar ve şikâyetler bu özelliklere sahip değilse, yine aynı maddedeki düzenleme uyarınca Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz⁷¹.

İlk soruşturma yapma yetkisine sahip kurul veya makamlar, 4483 sayılı Kanunda ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için aranılan şartları taşımayan şikâyet ve ihbarlar hakkında işleme koymama kararı verebilirler mi? 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 1. bendine baktığımızda, bu kurul veya makamların ilk soruşturmayı yapmak zorunda oldukları, bunun dışında başkaca herhangi bir yetkilerinin olmadığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak 53. maddenin 4483 sayılı Kanuna yapmış olduğu atf dolayısıyla 4483 sayılı Kanunun 4. maddesinin bu konuda uygulanması gerekmektedir⁷².

Bununla birlikte, 09/12/2016 tarih ve 29913 sayılı Resmi Gazete’de 6764 Sayılı Kanunun 26. maddesiyle kanunkoyucu bu konudaki tereddüdü gidererek ilk soruşturma yapma yetkisine sahip kurul veya makamların gerektiğinde soruşturma açmadan önce “inceleme” yapabileceklerini açık bir şekilde düzenlemiştir. Ancak inceleme yapıp yapmamak yetkili kurul veya makamın takdirindedir. Yetkili kurul veya makam ilgili personel hakkında doğrudan soruşturma açabileceği gibi konunun ciddiyetini araştırmak üzere inceleme yapılmasına da karar verebilir.

⁷⁰ Danıştay 2. Dairesinin 13.05.2004 tarih ve E:2004/332, K:2004/442 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

⁷¹ KARAVAIZOĞLU, s. 54-55.

⁷² İSTANBULLU, s. 31-32.

Kanun gerekçesinde bu husus; “2547 sayılı Kanun’un 53. Maddesinin (c) fıkrasında yapılan değişiklikle yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumu yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Kanuna tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada suç işlediklerinin iddia edilmesi halinde, buna ilişkin ihbar ve şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı bilgi veya belge olmaksızın yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer hallerde bir inceleme yapılmasının ardından ceza soruşturması başlatılmamasına karar verilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır⁷³.” şeklinde açıklanmıştır.

İnceleme yapılmasına karar verilmesi halinde, yapılan inceleme sonucunda ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olması, kişi veya olay belirtilmemesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmaması, fiilin gerçekleşmediğinin açıkça anlaşılması hallerinde soruşturma açılmamasına karar verilir. Yetkili kurul yahut makamlar 6764 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce bu gibi durumlarda işleme koymama kararı vermektedir. İddiaların ciddi delillere dayandığı, fiilin işlendiğine yönelik yeterli şüphe olduğu hallerde soruşturma açılmasına karar verilir⁷⁴.

Yetkili kurul yahut makamların 6764 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önce vermiş oldukları işleme koymama kararları ile bahsi geçen Kanun’un yürürlüğünden sonra verilecek soruşturma açılmaması kararları Danıştay’ın son içtihatlarına göre birer idari işlem niteliğinde olduğundan, idare mahkemelerinde iptal davasına konu olabilirler⁷⁵. Danıştay’ın eski tarihli içtihatlarında bu gibi işlemler, iptal davasına konu edilebilecek idari işlem mahiyetinde görülmemektedir⁷⁶.

Bu gibi işlemler Danıştay tarafından men-i muhakeme yahut lüzum- u muhakeme kararı niteliğinde görülmediğinden Danıştay 1. Dairesi tarafından incelenmemektedir. Ancak bu kararların da denetiminin Danıştay’ın idari dairesi tarafından yapılması, özel soruşturma usulünün genel işleyiş mantığına daha uygun olacaktır.

⁷³ Kanun Gerekçesi, www.tbmm.gov.tr

⁷⁴ KORAN, 59-60.

⁷⁵ Danıştay 8. Dairesi’nin 09.12.2005 tarih ve E:2005/1425, K:2005/5059 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı, Danıştay 1. Dairesinin 05.10.2010 tarih ve E:2010/1355, K:2010/1406, **Danıştay Dergisi**, Sayı:126, s.7-8, Danıştay 1. Dairesi 21.02.2006 tarihli ve E:2006/7, K:2006/217 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

⁷⁶ Danıştay 5. Dairesi’nin 10.01.1991 tarih ve E:1990/4543, K:1991/13 sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi’nin 11.02.1998 tarih ve E:1997/5382, K:1998/333 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

4. İlk Soruşturmanın, Soruşturmacı Atanarak Gerçekleştirilmesi Durumu

İlk soruşturma, yukarıda belirttiğimiz üzere soruşturmacı atanarak da gerçekleştirilebilir. Uygulamada iş çokluğu, soruşturmanın özel uzmanlık gerektirmesi gibi sebeplerle, soruşturma çoğu zaman soruşturmacı atanarak gerçekleştirilmektedir⁷⁷.

Soruşturmacının görevlendirilmesi uygulamada görevlendirme emriyle yapılmaktadır. Görevlendirme emrinde, soruşturulacak konu ve kişilerin belirtilmesi gerekmektedir. Danıştay'a göre de 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesine göre yapılacak ceza soruşturmasına ilişkin soruşturma emirlerinde sanık isimlerinin ve suçlarının açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁷⁸. Fiilin kim tarafından işlendiğinin belli olmaması halinde de soruşturma emri verilebilir. Ancak, soruşturma esnasında fiilin kim tarafından işlendiğinin tespiti halinde, bu kişi hakkında soruşturma emri istenmelidir⁷⁹. Yine verilecek olan görevlendirme emrinin açık bir şekilde ceza soruşturmasına ilişkin olduğu belirtilmelidir⁸⁰.

Görevlendirilecek olan soruşturmacının birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Soruşturmacı bu özelliklere sahip değilse yapacak olduğu soruşturmanın sağlıklı yürümesi ve maddi olayı tüm yönleriyle ele alabilmesi düşünülemez. Bu özelliklere sahip olmayan bir soruşturmacının düzenleyeceği fezlekeye dayalı olarak verilecek kararlar da sakat olarak ortaya çıkacaklardır. Soruşturmacı atama yetkisine sahip olan kurul yahut makamlar, soruşturmacının bu özelliklere sahip olmasını sağlamakla yükümlüdürler. Soruşturmacılarda aranılması gereken özellikleri genel olarak şu şekilde sıralayabiliriz:

Soruşturmacı, soruşturulan kişiden üst ya da en azından aynı düzeyde unvana sahip olması gerekmektedir⁸¹.

⁷⁷ ÜNLÜ, Ahmet Hamdi, "Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa Tasarısı Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:1983, Sayı:1, Ankara, 1983, s.22.

⁷⁸ Danıştay 2. Dairesinin 16.04.2002 tarih ve E:2001/1516, K:2002/1991 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı

⁷⁹ ATAY, Ender Ethem, "Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı:7, Ankara, 2016, s.170.

⁸⁰ Danıştay 2. Dairesinin 13.02.2004 tarihli ve E:2004/50, K:2004/150 sayılı kararı, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:4, Ankara, 2004, s.41.

⁸¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/ KAYA, s.611, İSTANBULLU, s.37.

Soruşturmacı, tarafsız ve soruşturmayı objektif olarak yürütebilecek nitelikte olmalıdır⁸². Bu bakımdan öncelikle, soruşturmacının soruşturma konusu olayla ilgisi bulunmamalıdır⁸³. Eğer ilgisi bulunursa, hele hele soruşturma, kendisinin de şüpheli olabileceği bir olayla ilgili olarak yürütülüyorsa kendisinden objektif bir soruşturma yürütmesi beklenemez. Aynı şekilde, soruşturmacı ile hakkında soruşturma yapılacak kişi arasında husumet bulunmamalıdır. Soruşturmacı ile şüpheli arasında bulunan husumet, soruşturmanın sıhhatli ve objektif yürütülmesine mani olmaktadır. Yine, soruşturmacı ile hakkında soruşturma yapılacak kişi arasında akrabalık ilişkisi yahut soruşturmanın üçüncü kişiler nezdinde objektif olarak yapıldığını sarsacak yakınlık ilişkisi bulunmamalıdır⁸⁴. Diğer taraftan, soruşturmacı, soruşturmayı yapabilecek kapasitede ve nitelikte olmalıdır. Bu kapsamda, soruşturmacı, mevzuat hükümlerini iyi bilmeli, gerekli donanımına sahip olmalı, bu konuda tecrübeli kişilerden seçilmelidir⁸⁵.

Soruşturmanın birden fazla soruşturmacı atanarak da yürütülmesi imkânı bulunmaktadır. Bu durumda 4483 sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrası uyarınca soruşturmacılardan bir tanesi başkan olarak belirlenmelidir⁸⁶.

5. İlk Soruşturma Süresi

Suçun yetkili merciler tarafından öğrenilmesiyle birlikte, bu mercilerin derhal olaya el koyması, olayın gerçek mahiyetini araştırması gerektiği belirtilmişti. Acaba bu mercilerin, olaya el koymalarıyla birlikte ilk soruşturmayı belli bir sürede bitirme yükümlülüğü bulunmakta mıdır? 2547 sayılı Kanuna bakıldığında bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir⁸⁷. 2547 sayılı Kanunda böyle bir düzenleme yok diye, ilk soruşturmayı yapma yetkisine sahip kurul veya makamların, soruşturmayı diledikleri sürede bitirebilecekleri düşüncesi hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olan bir düşünce değildir.

⁸² ÇİÇEK, Hayrettin, *Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Programı, 2011, s.73. Danıştay 2. Dairesinin 21.10.2003 tarihli ve E:2003/910, K:2003/2067 sayılı kararı, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:4, s.33-34.

⁸³ MESCİ, s.87-88.

⁸⁴ ÇİÇEK, s.74.

⁸⁵ Yapılan bir araştırmada, daha önce herhangi bir inceleme/soruşturma görevi yapmamış öğretim üyelerinin, bu görev kendilerine tebliğ edildiğinde panik yaşadığı, bu durumun görevden kaçma davranışına yönelttiği ve strese sebep olduğu tespit edilmiştir. Bkz. **AKAN, Durdağı**, *"Akademisyenlerin İnceleme/Soruşturma Görev Zorluklarına İlişkin Görüşleri"*, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:13, Sayı:33, Hatay, 2016, s.212-226.

⁸⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/ KAYA, s.622.

⁸⁷ İSTANBULLU, s. 47.

4483 sayılı Kanunun 7. maddesine bakıldığında; yetkili merciin, soruşturma izni konusundaki kararını suçun 5. maddenin 1. fıkrasına göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dâhil en geç otuz gün içinde vereceği, bu sürenin, zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabileceği, yetkili merciin, herhalde yukarıdaki fıkrada belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermek zorunda olduğunun hükme bağlandığını görmekteyiz. Bu düzenlemeyle, soruşturma izni verilmesi hususunda, bu izni verecek makamların belli bir süre içerisinde bu kararı vererek, ceza soruşturmasının hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesini, delillerin hızlı bir şekilde toplanmasını, soruşturmayı sonuçsuz bırakmak gibi bazı kötü niyetli uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. 2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki soruşturmalarda da, Kanunun yapmış olduğu atıf dolayısıyla 4483 sayılı Kanunun 7. maddesinin uygulanması gerekmektedir⁸⁸.

6. İlk Soruşturmayı Yapacak Kurul yahut Makamların veya Görevlendirdikleri Soruşturmacının Yapması Gereken İşlemler ve Sahip Olduğu Yetkiler

Bu konuda 2547 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, yapılan atıf gereği 4483 sayılı Kanunun uygulanması gerekmektedir. 4483 sayılı Kanunun 6. maddesinde; ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz oldukları, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilecekleri⁸⁹; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayacakları belirtilmektedir⁹⁰.

İlk soruşturmanın soruşturmacı atanarak gerçekleşmesi halinde, soruşturmacının bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olmasından kasıt, soruşturmaya ilişkin yetkilerle sınırlıdır⁹¹.

4483 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanunu dikkate alarak, ilk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamların veya görevlendirdikleri soruşturmacının yapması gereken işlemler ve sahip olduğu yetkileri şu şekilde sıralayabiliriz:

⁸⁸ MESCI, s.179.

⁸⁹ Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkilerin ancak adli mercilerce kullanılabileceğinden, idari mercilere bu yetkilerin verilmesi eleştirilmekte, bu durumun 4483 sayılı Kanunun temel mantığına aykırı düştüğü ifade edilmektedir. **LİVANELİOĞLU, Ömer Asım**, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi", s.39.

⁹⁰ ÇAĞLAYAN, s.120-121.

⁹¹ KARAVAIZOĞLU, s.84.

Tanıkların ve şüphelinin ifadesini alır. Gerekliğinde bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keşif yapabilir. Otopsi yapılması gereken hallerde otopsi yaptırır. Toplanması gereken tüm delilleri toplar⁹². Şüphelinin aleyhine olduğu gibi lehine olan tüm delillerin toplanması gerekmektedir.

İlk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamlar veya görevlendirdikleri soruşturmacılar, 2547 sayılı Kanun'un 53/B maddesinde sayılan görevden uzaklaştırma yetkisine sahip kişilerden değilse, görevden uzaklaştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, görevden uzaklaştırma yetkisine sahip makama teklifte bulunulmalıdır⁹³.

İlk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamlar veya görevlendirdikleri soruşturmacılar tüm bu işlemleri yaptıktan sonra ilk soruşturmayı neticelendirmek zorundadırlar. Eğer bu işlemler yapılmamışsa, ilk soruşturma eksik neticelendirilmiş olacaktır. Bu da yetkili kurulun vereceği kararı sakatlayacaktır⁹⁴.

7. İlk Soruşturmanın Bitirilmesi

Uygulamada ilk soruşturma, fezleke düzenlenmesiyle neticelendirilmektedir. Fezleke, ilk soruşturmayı yapma yetkisine sahip mercilerin veya görevlendirdikleri soruşturmacıların, hakkında soruşturma yapılan kişilerin ilgili suçu işleyip işlemedikleri yönünde kanaat bildirilen bir belgedir⁹⁵.

Soruşturma sonunda fezleke düzenlenmesi zorunludur. Aksi takdirde, bu husus verilecek olan men-i muhakeme yahut lüzum-u muhakeme kararını sakatlayacaktır⁹⁶. Fezleke, görevlendirme emrinin tarih ve sayısı, şüphelinin adı ve soyadı, şüphelinin görevi, şüpheliye isnat edilen suç, suçun işlendiği tarih,

⁹² İlk soruşturmayı gerçekleştiren kişilerin, özellikle temel hak ve hürriyetlerle doğrudan ilişkin olması nedeniyle koruma tedbirlerinin uygulanmasında Cumhuriyet Savcısının yetkisine sahip olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bkz. KARAVAIZOĞLU, s.87-88, KORAN, s.83-89.

⁹³ Danıştay 1. Dairesinin 17.04.2000 tarih ve E:2000/29, K:2000/59 sayılı kararında ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin 657 sayılı Kanun'un 138. maddesinde sayılan kişilerden olmaması halinde görevden uzaklaştırma tedbiri uygulayamayacağı belirtilmiştir. **Danıştay Dergisi**, Sayı:104, s.33, **TARHAN, R. Bülent, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Usulleri**, Ankara, 2011, s.63.

⁹⁴ Danıştay 1. Dairesi'nin 21.11.2006 tarihli ve E:2006/989, K:2006/1074 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı, Danıştay 1. Dairesi'nin 13.02.2008 tarihli ve E:2008/39, K:2008/193 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı, Danıştay 1. Dairesinin 10.03.2010 tarihli ve E:2010/199, K:2010/415 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı Danıştay 2. Dairesinin 19.09.2003 tarihli ve E:2003/745, K:2003/1816 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:3, s.32.

⁹⁵ EREN, s.73.

⁹⁶ Danıştay 1. Dairesi'nin 08.12.2005 tarihli ve E:2005/1113, K:2005/1461 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:3, s.32, Danıştay 1. Dairesinin 02.12.2010 tarih ve E:2010/1754, K:2010/1889 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:126, s.8-9.

delillerin bulunması zorunludur. Daha sonra, deliller tek tek değerlendirilerek, delillerin şüpheliyle ilgisi ortaya konulmalı ve son olarak da men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme yönünde teklif getirilmelidir⁹⁷.

B. Son Soruşturmanın Açılıp Açılmamasına Karar Verilmesi Safhası

1. Son Soruşturmanın Açılıp Açılmamasına Karar Verecek Kurullar

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek merciler şüphelinin konum ve statüsüne göre değişiklik arz etmektedir. Bu merciler 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 2. bendinde düzenlenmiştir. Hükme göre bu mercileri şu şekilde sıralayabiliriz:

Yükseköğretim Kurulu Başkanı, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyeleri hakkında, son soruşturmanın açılıp açılmamasına Danıştay'ın 2. Dairesi karar verecektir. Ancak bu görev 5183 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca Danıştay 1. Dairesine verilmiştir⁹⁸.

Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, son soruşturmanın açılıp açılmamasına Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul karar verecektir.

Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul karar verecektir⁹⁹.

Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul karar verecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibarıyla yetkili il idare kurulu karar verecektir¹⁰⁰. İl İdare Kurulu'nun oluşumu 5442 sayılı İl İdaresi Kanununda yer almaktadır. Anılan Kanunun 57.

⁹⁷ İSTANBULLU, s.47-48, SELÇUK, 117-118.

⁹⁸ 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Danıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 09.06.2004 tarih ve 25487 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁹ Danıştay 1. Dairesinin 30.12.2010 tarih ve E:2010/1967, K:2010/2127 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı, Danıştay 2. Dairesinin 12.05.2004 tarih ve E:2004/382, K:2004/436 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:5, s.45-46.

¹⁰⁰ Danıştay 2. Dairesinin 14.10.2003 tarih ve E:2003/915, K:2003/2010 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:3, s.39, Danıştay 2. Dairesinin 18.04.2003 tarih ve E:2003/297, K:2003/848 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı:3, s.35-36.

maddesine göre il idare kurulu, valinin başkanlığı altında hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim, bayındırlık, sağlık ve sosyal yardım, tarım ve veteriner müdürlerinden oluşmaktadır. Vali, idare kuruluna başkanlık etmek üzere vali yardımcısını görevlendirebilir¹⁰¹.

Uygulamada bazen yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarında 657 sayılı Kanuna göre çalışan kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanuna göre soruşturma usulünün takip edildiği görülmektedir. Oysa bu kişiler hakkında 2547 sayılı Kanuna göre ilk soruşturma yapılmalı ve son soruşturma açılıp açılmamasına yetkili il idare kurulunca karar verilmelidir¹⁰².

2. Kurullarla İlgili Ortak Hükümler

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 2. bendinin (f) alt bendinde Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca son soruşturmanın açılıp açılmamasıyla ilgili karar verecek kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyelerin bir yıl için seçilecekleri, süresi sona erenlerin tekrar seçilmelerinin mümkün olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Bu üyelerin seçimini Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurulları yapacaktır¹⁰³. Yapılacak olan seçimler Kanunun 61. maddesinde belirtilen oylama şekline göre gerçekleştirilecektir. Bu seçimlerde asıl üyeler ile birlikte yedek üyelerin de seçimi yapılacaktır.

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 5. bendinde, değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulünün ve yetkili yargılama mercii görev itibarıyla üst dereceye göre tayin olunacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, örneğin bir dekan ile bir memurun birlikte suç işlemeleri halinde, son soruşturma açılıp açılmamasına karar verecek merci dekana göre belirlenecektir. Bu kuralın amacı, aynı olay içerisinde yer alan şüpheliler hakkında aynı kurul tarafından karar verilmesi suretiyle, farklı kararlar verilmesinin önüne geçmektir. Bu usule uyulmaksızın verilen men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararları Danıştay tarafından bozulmaktadır¹⁰⁴.

¹⁰¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 278, GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 236, GÜNDAY, s.462, MUMCU, s. 158-159.

¹⁰² Danıştay 1. Dairesinin 06.07.2005 tarih ve E:2005/507, K:2005/906 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:111, s.39-40, Danıştay 1. Dairesi'nin 25.01.2008 tarih ve E:2007/1500, K:2008/129 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹⁰³ Uygulamada bu kurulların hiç oluşturulmadığı, ancak karar aşamasına gelen bir uyumsuzluk olduğunda oluşturulduğu ve karar verildikten sonra feshedildiği ifade edilmektedir. İSTANBULLU, s.57-58.

¹⁰⁴ Danıştay 1. Dairesi'nin 14.02.2006 tarih ve E:2006/42, K:2006/193 sayılı kararı, Danıştay 1.Dairesinin 25.02.2010 tarihli ve E:2010/268, K:2010/328 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasının 3. bendine göre son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulların üye tamsayısı ile toplanması gerekmektedir. Yani, üyelerinin tamamının ilgili toplantıda hazır bulunması gerekmektedir.

Diğer taraftan, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullara, ilk soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyelerin katılması mümkün değildir. Danıştay bir kararında, şüpheli hakkında soruşturmayı yürüten rektörün, aynı zamanda men-i muhakeme kararını veren son soruşturma kuruluna başkanlık etmesi nedeniyle men-i muhakeme kararını kaldırmıştır¹⁰⁵.

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulda, noksan üyelik var ise, noksan üyelikler yedek üyelerle tamamlanır. Diğer hususlarda 2547 sayılı Kanununun 61. maddesinin uygulanması gerekmektedir. 61. maddenin, sadece 1. ve 3. fıkraları son soruşturma açılıp açılmamasına karar verecek kurullarda uygulanabilir niteliktedir. Buna göre; bu kurullarda yer alan üyeler oylarını ancak kabul veya ret yönünde kullanabilir. Çekimser oy kullanamazlar¹⁰⁶. Bu kurullarda kararlar toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır.

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek yetkili kurul yahut makamlar, soruşturmaya konu olan fiilin işlendiği tarihte şüphelinin statüsüne göre belirlenecektir¹⁰⁷.

Dikkat edilmesi gereken bir husus da, şüphelinin fiili işlediği tarihte görev yaptığı yerin daha sonra başka bir üniversiteye bağlanmış olması halinde, son soruşturma açılıp açılmamasına karar verecek yetkili kurulun, şüphelinin görev yaptığı yerin yeni bağlanmış olduğu üniversiteye göre belirlenmesi gerektiğidir¹⁰⁸.

Son olarak, vekil olarak görev yapan bir kişi hakkında karar verecek kurul asile göre belirlenmelidir. 4483 sayılı Kanununun 14. maddesinde de vekillerin, asillerin tabi olduğu usule göre soruşturulacakları düzenlenmiştir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Danıştay 1. Dairesinin 17.01.2006 tarihli ve E:2006/2, K:2006/57 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı, Danıştay 1. Dairesinin 23.06.2010 tarihli ve E:2010/892, K:2010/1038 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:125, Ankara, 2010, s. 8-9.

¹⁰⁶ Danıştay 1. Dairesinin 09.02.2011 tarih ve E:2011/98, K:2011/252 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:126, s.18-19.

¹⁰⁷ KORAN, s.66. Danıştay 1. Dairesinin 06.07.2010 tarih ve E:2010/1016 K:2010/1160 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, s.19-20.

¹⁰⁸ Danıştay 1. Dairesinin 13.02.2008 tarih ve E:2008/39, K:2008/193, UYAP Mevzuat Programı.

¹⁰⁹ İSTANBULLU, s.38, KORAN, s.66. Danıştay 1. Dairesi'nin 05.03.2009 tarih ve E:2008/1042, K:2009/416 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

3. Kurullarda Verilecek Kararlar

a. Geri Çevirme Kararı

Yetkili kurul, önüne gelen fezlekeyi tüm delillerle birlikte titizlikle incelemeli, soruşturma yürütülen şüpheli hakkında karar verilebilmesi için, dosyanın karar verilebilecek aşamaya gelmiş olup olmadığına dikkat etmelidir. Yani, kurulun şüpheli hakkında karar verebilmesi için, soruşturmanın eksiksiz olarak yapılmış olması, tüm delillerin dosyaya girmiş bulunması gerekmektedir. Eğer soruşturma eksik yapılmışsa, yetkili kurul bu eksiklikleri bizzat kendi giderebileceği gibi¹¹⁰, bu eksiklikleri tamamlamak üzere dosyayı geri de çevirebilir¹¹¹.

b. Görevsizlik Kararı

Soruşturma, kişi bakımından yahut fiil bakımından 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin uygulama alanına girmiyorsa bu durumda görevsizlik kararı verilerek, dosya görevli makama gönderilmelidir. Bu kararın kısmen verilmesi imkânı da bulunmaktadır.

c. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Şüphelinin, eğer soruşturmaya bir ilgisi olmadığı sonucuna ulaşılmışsa, yani şüpheliyle soruşturma konusu olay arasında illiyet bağı bulunmuyorsa karar verilmesine yer olmadığına karar verilir¹¹². Yine, şüpheliye isnat edilen fiil mevzuatta suç olarak tanımlanmamışsa karar verilmesine yer olmadığı kararı verilir¹¹³.

d. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar

Şüphelinin ölümü, şüphelinin üzerine atılı suç hakkında genel af ilan edilmesi, şikâyet yokluğu, şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı¹¹⁴ durumlarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

¹¹⁰ Rektörlükçe görevlendirilen yetkili kurul fezleke ve eki bilgi ve belgeleri inceleyerek gerek gördüğü takdirde yeniden bilgi ve belge toplayıp ifadeler alarak yapacağı toplantıda şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme yönünde bir karar vermesi gerektiği hakkında Danıştay 1. Dairesi'nin 16.09.2008 tarih ve E:2008/1037, K:2008/861 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹¹¹ İSTANBULLU, s.59.

¹¹² Danıştay 1. Dairesinin 02.03.2011 tarih ve E:2011/186, K:2011/367 sayılı kararı, Danıştay 1. Dairesinin 04.02.2010 tarih ve E:2010/101, K:2010/207 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹¹³ LİVANELİOĞLU, Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları, s.49, Danıştay 1. Dairesinin 25.11.2015 tarih ve E:2015/1722, K:2015/1625 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:141, Yıl:2016, Ankara, 2016, s.183, 184.

¹¹⁴ Danıştay 1. Dairesinin 27.12.2011 tarih ve E:2011/2024, K:2011/2127 sayılı kararı, (Yayınlanmamıştır.).

e. Lüzum-u Muhakeme Kararı

5271 sayılı Kanunun 170. maddesine göre, iddianame düzenlenebilmesi için, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaldır. 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi uyarınca lüzum-u muhakeme kararı verilebilmesi için de, soruşturma evresinde toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması gerekmektedir. Bu konuda karar verecek yetkili kurul, soruşturma dosyası önüne geldiğinde toplanan delilleri tek tek değerlendirerek, şüpheli hakkında yeterli şüphe bulunup bulunmadığını takdir edecektir. Eğer suç işlendiği yönünde yeterli şüphe varsa lüzum-u muhakeme kararı verilmelidir¹¹⁵. Verilecek olan bu karar iddianame niteliğindedir¹¹⁶.

f. Men-i Muhakeme Kararı

Soruşturma sonucunda toplanan deliller, şüphelinin suçu işlediğine dair yeterli şüphe oluşturmuyorsa men-i muhakeme kararı verilecektir¹¹⁷. Yine, soruşturma konusu fiil hukuka uygunsuzsa men-i muhakeme kararı verilecektir. Men-i muhakeme kararından sonra yeni bir delil ortaya çıkması halinde soruşturmanın tekrar açılması imkânı bulunmaktadır¹¹⁸.

4. Kurul Kararlarında Bulunacak Hususlar

Yetkili kurullar tarafından verilecek kararlarda bulunması gereken hususlar hakkında gerek 2547 sayılı Kanunda gerekse 4483 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Lüzum-u muhakeme kararı kesinleştiğinde, doğrudan yargılama başlayacağından, lüzum-u muhakeme kararları iddianame niteliğinde belgelerdir. Bu sebeple 5271 sayılı Kanunun 170. maddesindeki iddianameyle ilgili hükümlerin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde burada da uygulanması gerekmektedir¹¹⁹.

Yetkili kurullar tarafından verilecek her türlü kararda bu hususlara riayet edilmesi gerekmektedir. Ancak, kararlarda bulunacak hususlar kararın türüne göre değişiklik arzedeabilecektir.

5271 sayılı Kanunun 170. maddesi ile 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin kendine özgü mahiyeti birlikte dikkate alındığında, yetkili kurullar tarafından verilecek kararlarda bulunması gereken hususları şu şekilde sıralayabiliriz:

¹¹⁵ ÖZEK, s. 51.

¹¹⁶ SELÇUK, s.123.

¹¹⁷ LİVANELİOĞLU, Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları, s.49.

¹¹⁸ MUMCU, s.165, TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.269.

¹¹⁹ MESÇİ, s.171-172, **BAYKAL, Mine Güliz, Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s.121.

Şüphelinin ve müdafinin kimliği ve adresi, maktul, mağdur, yahut suçtan zarar görenin kimliği, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyetinde bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, yüklenen suç ve sevk maddeleri, soruşturma sonucunda elde edilen deliller, şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklu ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri¹²⁰.

Yukarıda yer alan hususlar belirtildikten sonra, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır, şüpheli hakkında verilen kararın sonucu belirtilir. Yine, kararın oy çokluğuyla mı oybirliğiyle mi verildiği kararda belirtilmeli, karara muhalif kalan kurul üyesi var ise bu kişinin muhalefet oyu da kararda yer almalıdır¹²¹. Eğer lüzum-u muhakeme kararı verilmişse, kararın sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususların da belirtilmesi gerekmektedir. Yine, lüzum-u muhakeme kararında kararın sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği ve yargılamanın yapılacağı mahkemenin karara yazılması gerekmektedir¹²².

5.Kararlara İtiraz

a. İtiraza Tabi Kararlar

Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 4. bendine göre, yetkili kurullar tarafından verilen men-i muhakeme kararları kanun gereği kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararları ise ilgili kişiler tarafından itiraz edilmesi üzerine Danıştayca incelenecek ve karara bağlanacaktır¹²³. Lüzum-u muhakeme kararlarına herhangi bir itiraz olmazsa karar kesinleşmiş olacaktır¹²⁴.

b. İtiraz Süresi

Bu konuda 2547 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm yer almadığından, yapılan atıf dolayısıyla, 4483 sayılı Kanunun 9. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre itiraz süresi, yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür¹²⁵.

¹²⁰ MESCİ, s.172, İddianamede Bulunacak Unsurlarla İlgili ayrıntılı bilgi için bkz. BAYKAL, s.99-117.

¹²¹ Danıştay 1. Dairesi'nin 16.09.2008 tarih ve E:2008/1037, K:2008/861 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹²² MESCİ, s.172.

¹²³ Danıştay 1. Dairesinin 27.09.2007 tarih ve E:2007/926, K:2007/1057 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹²⁴ İSTANBULLU, s. 61-62.

¹²⁵ Danıştay 1. Dairesinin 08.06.2001 tarih ve E:2001/754, K:2001/1585 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

Yetkili mercii kararları ilgili kişilere tebliğ etmek zorundadır. Kararın tebliğ edilmesi gereken kişiler ise; hakkında karar verilen şüpheliler ile şikâyetçidir. Tebligatlar 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre yapılmalıdır¹²⁶.

Men-i muhakeme kararları, ilgili kişilere tebliğ edildikten sonra, dosyanın incelenmek üzere Danıştay'a gönderilmesi gerekmektedir¹²⁷.

Lüzum-u muhakeme kararları ise; hakkında soruşturma izni verilen şüpheliye tebliğ edilmesinden itibaren on gün içerisinde, şüphelinin Danıştay'a başvurarak bu kararın kaldırılmasını istemesi gerekmektedir. On gün içerisinde bir başvuru olmazsa karar şüpheli için kesinleşir. Bu on günlük itiraz süresi, herhangi bir şekilde durmaz ve kesilmez. Danıştay bir kararında, lüzum-u muhakeme kararının tebliğinden bir gün önce 15 günlük sağlık raporu bulunan şüphelinin, sağlık raporunun itiraz süresini kesmeyeceğine karar vermiştir¹²⁸. Yine Danıştay'a göre, on günlük itiraz süresi çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde, bu süre uzamamaktadır¹²⁹.

c. İtirazın Şekli

İtirazın yazılı ve imzalı bir dilekçe ile yapılması gerekmektedir. İtiraz dilekçesi, yukarıda belirtilen süre içerisinde, doğrudan Danıştay'a sunulabileceği gibi; Danıştay'a sunulmak üzere; kararı veren merciiye veya herhangi yargı organına da sunulabilir.

İtiraz dilekçesinde, itiraz edenin kimlik bilgileri, itiraz edilen kararın tarih ve sayısı, itiraz gerekçeleri ve netice-i talep belirtilmelidir. Yine; dilekçenin Danıştay'a hitaben düzenlenmesi gerekmektedir¹³⁰.

d. İtiraz Üzerine veya Kanun Gereği Men-i Muhakeme yahut Lüzum-u Muhakeme Kararını İnceleyecek Merciler

Yükseköğretim Kurulu Başkanı ile Yükseköğretim Kurulu üyeleri ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı ve bu Kurulun üyeleri hakkında lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararları Danıştay 1. Dairesince verilmektedir. Bu kararları Danıştay 1. Dairesi vermiş olduğundan, aynı Daire'nin bu kararı incelemesi beklenemez. Kanun koyucu bu durumu gözeterek, Danıştay 1. Dairesince verilen lüzum-u muhakeme kararlarını itiraz üzerine, men-i muhakeme kararlarını ise kanun gereği kendiliğinden inceleme

¹²⁶ İSTANBULLU, s. 60, MESCİ, s. 174.

¹²⁷ İSTANBULLU, 65-66.

¹²⁸ Danıştay 1. Dairesinin 08.06.2001 tarih ve E:2001/754, K:2001/1585 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

¹²⁹ Danıştay 1. Dairesinin 22.12.2011 tarih ve E:2011/1709, K:2011/2117 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:129, s.65,66.

¹³⁰ İSTANBULLU, s. 62.

görevini Danıştay İdari İşler Kurulu'na vermiştir¹³¹.

Diğer kurullarca, yani Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılardan oluşacak üç kişilik kurul, üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul ile il idare kurulunca verilen lüzum-u muhakeme kararları itiraz üzerine, men-i muhakeme kararları ise kanun gereği kendiliğinden Danıştay 1. Dairesince incelenerek karara bağlanacaktır¹³².

e. Danıştay Tarafından Verilebilecek Kararlar

2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek soruşturmalarda uyulması gerekli kurallara aykırı davranılması halinde bu kararlar Danıştay tarafından bozulmakta, çalışmanın kurullarda verilecek olan kararlar başlığı altında ele alınan karar türleri incelenen karardaki hukuka aykırılığın niteliğine göre Danıştay tarafından verilmektedir. Yetkili kurulun vermiş olduğu karar hukuka uygun ise Danıştay tarafından onanmaktadır¹³³.

f. İtiraz Üzerine Danıştay'ın Vermiş Olduğu Karar Kesindir.

2547 sayılı Kanun, kendine has bir soruşturma yöntemi öngörmüş, yetkili kurullarca verilecek olan men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararlarının ise itiraz üzerine Danıştay tarafından inceleneceği kurala bağlanmıştır. İşte, Danıştay incelemesinden geçen kararlar kesinleşmektedir¹³⁴. Ancak men-i muhakeme kararına konu olayda yeni deliller ortaya çıkmışsa, bu konuda yeniden soruşturma açılması ve karar verilmesi mümkündür¹³⁵.

C. YARGILAMA AŞAMASI

Kamu davası kural olarak Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin Mahkemece kabulü ile açılır¹³⁶. Ancak bazı özel düzenlemelerde ilgili kurum tarafından hazırlanan bir belgenin Mahkemeye sunulması ile

¹³¹ Danıştay İdari İşler Kurulunun, Yükseköğretim üst kuruluşlarının başkan ve üyeleri hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına ilişkin olarak Danıştay İdari Dairesince verilen kararları itiraz üzerine veya kendiliğinden ikinci aşamada inceleyebileceği hakkındaki karar için bkz. Danıştay İdari İşler Kurulunun 21.12.2005 tarih ve E:2005/4, K:2005/5 sayılı kararı, UYAP Mevzuat Programı.

¹³² MESÇİ, s. 174-175.

¹³³ İSTANBULLU, s.63, SELÇUK, s.126.

¹³⁴ Danıştay 1. Dairesinin 22.09.2005 tarih ve E:2005/661, K:2005/1048 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı:111, s. 31.

¹³⁵ Danıştay 1. Dairesi'nin 28.09.2010 tarih ve E:2010/1142, K:2010/1358 sayılı kararı, Uyap Mevzuat Programı.

¹³⁶ BAYKAL, s. 133, KİTAPÇIOĞLU, s. 162-163.

kamu davası açılmış olur. İşte bu nitelikteki belgeler iddianame yerine geçen belge denilmektedir¹³⁷. Lüzum-u muhakeme kararları iddianame yerine geçen belgeler arasında kabul edildiğinden, Cumhuriyet Başsavcılığınca ayrı bir iddianame düzenlenmemesine gerek bulunmamaktadır¹³⁸. 2547 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilmiş olan soruşturma sonucu lüzum-u muhakeme karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişse, ilgili kişilerin yargılanmaları süreci başlar. Lüzum-u muhakeme kararları, ilgili dosyası ile birlikte yargılamanın yapılacağı Mahkemeye sunulmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir.

Yargılama sürecinin başlamasıyla birlikte, artık tüm işlemler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre yapılacaktır¹³⁹.

Yargılamanın yapılacağı mahkeme, Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 4. bendinde, hakkında karar verilen şüphelilerin konum ve statülerine göre belirlenmiştir. Düzenlemeye göre, Yükseköğretim Kurulu Başkanı, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyelerinin yargılanması Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesince yapılır. Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesinin vermiş olduğu kararlar da Yargıtay Ceza Genel Kurulunda temyiz edilebilir. Diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerince yapılır.

Kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının 5. bendinde değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde yetkili yargılama merciinin görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunacağı kuralına yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince, birden fazla kişinin suç işlemesi halinde görevli Mahkeme üst dereceli şüpheliye göre tayin olunacaktır.

SONUÇ

Anayasanın 129. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeye dayanarak birçok Kanunda kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulleri getirilmiştir. Bu özel soruşturma usullerinden biri de 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde yer almaktadır. Anılan düzenleme ile yükseköğretim personeli hakkında özel soruşturma usulü getirilmiştir. Kanuna göre; yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında Kanunun 53. maddesinde belirtilen özel soruşturma usulü uygulanacaktır.

¹³⁷ **BALIK, Mustafa, İddianamenin Kabulü ve İadesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, 2014, s.41-42, BAYKAL, s.120.

¹³⁸ KİTAPÇIOĞLU, s.166-167, SELÇUK, s.123, TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s.34.

¹³⁹ İddianame yerine geçen belgelerin iddianamenin iadesine konu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. BALIK, s.43, CENTEL/ZAFER, s.471, TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 276.

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde yer alan kurallar, Kanunun yürürlüğe girdiği 1981 yılında mevcut olan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu esas alınarak kaleme alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin kabul edildiği dönemde yürürlükte bulunan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan kanunlar yerine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. İşte bu kanunlar ile ceza muhakemesi hukukunda getirilmiş olan yeni kurallar 2547 sayılı Kanuna yansıtılmadığı gibi gerekli uyum da sağlanmamıştır.

Kanunun fiil bakımından uygulama alanı, görev dolayısıyla ya da görev sırasında işlenmiş olan suçlar olarak belirtilmiştir. 4483 sayılı Kanunun fiil bakımından uygulama alanı ise; görev sebebiyle işlenmiş olan suçlardır. Bu bakımdan 2547 sayılı Kanun fiil bakımından uygulama alanını geniş tutmuştur. Ancak, suçun görevle bir ilgisi olmamasına rağmen görev sırasında işlenmiş olması nedeniyle 2547 sayılı Kanundaki soruşturma usulünün uygulanması, kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulü getirilmesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Esasen bu durum, 4483 ve 5271 sayılı Kanun ile getirilen yeni kurallarla 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi arasında gerekli uyumun sağlanmamasından kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan kamu personelinin bir kısmının gerek görev sırasında gerekse görev nedeniyle işlenen suçlarda özel soruşturma usulüne tabi tutulması, bir kısmının ise sadece görev nedeniyle işlenen suçlarda özel soruşturma usulüne tabi tutulmasının kamu personel sistemi içerisinde yükseköğretim personelinin imtiyazlı bir duruma getirmekte, eşitlik ilkesi açısından da bu durum soru işaretlerine sebebiyet vermektedir. Bu bakımdan da, görev sırasında işlenen suçların özel soruşturma usulü kapsamından çıkarılması uygun düşmektedir.

2547 sayılı Kanun kapsamındaki soruşturma usulünde tüm yetkiler idari organlara verilmiştir. 4483 sayılı Kanunda ise, soruşturma izni verildikten sonra soruşturma Cumhuriyet Savcılığınca gerçekleştirilmektedir. Soruşturma kapsamında tüm yetkilerin idari makamlar tarafından kullanılması ise, özellikle delillerin toplanması ve değerlendirilmesi, soruşturmanın etkin ve sağlıklı olarak yürütülmesi açısından sakıncalıdır. Bu bakımdan, yapılacak yasal düzenleme ile lüzum-u muhakeme kararı yerine 4483 sayılı Kanunda olduğu gibi soruşturma izni verilmesi kararı verilerek, soruşturmanın bundan sonraki sürecinin Cumhuriyet Savcılığınca yürütülmesi imkânı getirilmelidir.

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde, ilk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamların veya görevlendirdikleri soruşturmacının yapması gereken işlemler ve sahip olduğu yetkilerle ilgili herhangi bir düzenleme yer almamakta,

bu konuda yapılan atf gereği 4483 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler uygulanmaktadır. 4483 sayılı Kanunun 6. maddesinde ise; hakkında inceleme yapılan memurun ifadesinin alınması ve gerekli bilgi ve belgelerin toplanması dışındaki hususlarda Ceza Muhakemesi Kanununa atf yapılmıştır. İlk soruşturmayı gerçekleştiren kişilerin, özellikle temel hak ve hürriyetlerle doğrudan ilişkin olması nedeniyle koruma tedbirlerinin uygulanmasında Cumhuriyet Savcısının yetkisine sahip olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Özellikle 2547 sayılı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalarda savcılık kurumunun herhangi bir dahli söz konusu olmadığından, 2547 sayılı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalarda soruşturmacının yetki ve görevleri önem arz etmektedir. Bu nedenle soruşturmacının görev ve yetkilerinin atf yoluyla değil, açık bir kanuni düzenleme ile yapılması temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

Diğer taraftan, Yükseköğretim personeli hakkında yapılan ihbar ve şikayet üzerine verilen işleme koymama/soruşturma açılmaması niteliğindeki kararlar Danıştay tarafından men-i muhakeme kararı niteliğinde görülmediğinden re'sen veya itiraz üzerine özel soruşturma usulü kapsamında Danıştay 1. Dairesi'nce incelenmemektedir. Bu mahiyetteki kararlar Danıştay'ın son içtihatlarına göre birer idari işlem niteliğinde olduğundan, idare mahkemelerinde iptal davasına konu olabilirler. Ancak bu kararların da denetiminin Danıştay'ın idari dairesi tarafından yapılması, özel soruşturma usulünün genel işleyiş mantığına daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi yeni baştan ele alınarak öncelikle 4483 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanunla gerekli uyumun sağlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Yapılacak olan düzenlemede soruşturma sürecindeki tüm yetkilerin idari organlarca kullanılması sisteminden vazgeçilerek, 4483 sayılı Kanunda olduğu gibi soruşturma izni verilmesi sistemine geçilerek, soruşturmanın bundan sonraki sürecinin Cumhuriyet Savcılığınca yürütülmesi imkanı getirilmelidir. Yine, görev sırasında işlenen suçlar kapsam dahilinden çıkarılmalı, ilk soruşturmayı yapacak kurul yahut makamların veya görevlendirdikleri soruşturmacının yapması gereken işlemler ve sahip olduğu yetkilerle ilgili açık düzenlemelere yer verilmeli, işleme koymama/soruşturma açılmaması niteliğindeki kararların denetiminin de Danıştay'ın idari dairesi tarafından yapılması imkânı getirilmelidir. Bu şekilde delillerin toplanması ve değerlendirilmesi açısından daha etkin ve sağlıklı bir soruşturma yapılacağı gibi yükseköğretim personelinin diğer kamu görevlilerine nazaran daha imtiyazlı bir durumda olduğu görüntüsüne de son verilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

AKAN, Durdağı, “Akademisyenlerin İnceleme/Soruşturma Görev Zorluklarına İlişkin Görüşleri”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:13, Sayı:33, Hatay, 2016.

AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011.

ASLAN, Onur Ender, “Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:33, Sayı:1, Ankara, 2000.

ATAY, Ender Ethem, “Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı:7, Ankara, 2016.

AVCI, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XI, Sayı:3-4, Erzincan, 2007.

BALIK, Mustafa, **İddianamenin Kabulü ve İadesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, 2014.

BAYKAL, Mine Güliz, **Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010.

BERKARDA, Kemal, TARHAN, Bülent, TOKSÖZ, Fikret, **Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları ve Hesap Verebilirlik**, İstanbul, 2017.

BUCAKTEPE, Adil, “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIX, Sayı:2 Ankara, 2015.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 2008.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1-2, Erzincan, 2003.

ÇİÇEK, Hayrettin, **Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması:Türkiye Uygulaması**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Programı, 2011.

Danıştay Dergisi, Sayı:104, Ankara, 2001.

Danıştay Dergisi, Sayı:109, Ankara, 2005.

Danıştay Dergisi, Sayı:111, Ankara, 2006.

Danıştay Dergisi, Sayı:125, Ankara, 2010.

Danıştay Dergisi, Sayı:126, Ankara, 2011.

Danıştay Dergisi, Sayı:129, Ankara, 2012.

Danıştay Dergisi, Sayı:130, Ankara, 2012.

Danıştay Dergisi, Sayı:141, Ankara, 2016.

Danıştay Dergisi, Sayı:143, Ankara, 2016.

Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:3, Ankara, 2004.

Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:4, Ankara, 2004.

Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:5, Ankara, 2004.

EREN, Abdurrahman, “*Memurların Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması*”, **Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:55, Sayı:3, Ankara, 2000.

ERKENCİ, Hüseyin, “*Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanunu Muvakkat Üzerine Düşünceler*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:1999/1, Ankara, 1999.

GİRİTLİ, İsmet, BİLGEN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 2006.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜNGÖR, Burçin, **Memurlar İçin Özel Yargılama Usulü:Güvence-Ayrıcalık Bağlamında Bir Çözümleme**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara, 2014.

İSTANBULLU, Burhanettin, **Devlet Üniversitelerindeki Kamu Görevlilerinin Görevleri Nedeniyle İşledikleri Suçlardan Dolayı Soruşturulması**, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Niğde, 2009.

KARAVAIZOğLU, Türker, **4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010.

KEYMAN, Selahattin, “*Memurin Muhakematı Kanunu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:1, Ankara, 1962.

KİTAPÇIOĞLU, Tülay, Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2014.

KORAN, Emrah, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması İçin 4483 Sayılı Kanunun Öngördüğü Soruşturma Usulü, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2016.

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:52, Sayı:1, Ankara, 1995.

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:57, Sayı:2, Ankara, 2000.

MESCİ, Hatice, Süleyman Demirel Üniversitesi, Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2011.

MESCİ, Hatice, AYDIN, Vahdettin, “Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:2, Isparta, 2017.

MUMCU, Uğur, “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:1-4, Ankara, 1971.

ÖZEK, Çetin, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:26, Sayı:1-4, İstanbul, 1960.

SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, İstanbul, 1997.

ŞAN, Abdullah Ayhan, Özel Soruşturma Usulleri, Ankara, 2008.

TARHAN, R. Bülent, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Usulleri, Ankara, 2011.

TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008.

TUTUM, Cahit, Türkiyede Memur Güvenliği, Ankara, 1972.

ÜNLÜ, Ahmet Hamdi, “Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa Tasarısı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1983, Sayı:1, Ankara, 1983.

ÜNLÜ, Ahmet Hamdi, “Üniversite Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Kovuşturulması”, Danıştay Dergisi, Yıl:14, Sayı:52-53, Ankara, 1984.

YILMAZ, Dilşat, “*Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri*”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XVII, Sayı:1-2, Erzincan, 2013.

ZAFER, Hamide, “*Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi*”, **Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:IX, Sayı:2, İstanbul, 2012.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA FAİZ HÜKÜMLERİ VE SINIRLARI

Adi İşlerde Faiz (Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz)

*Provisions and Boundaries of Interest In Turkish Code of Obligations
Interest in Judicial Procedures
(Interest for Procedures that are not related with commerce or consumer)*

Mustafa Serhat ŞEN¹, Mustafa Kamil ŞEN²

Geliş Tarihi: 23.10.2017 Kabul Tarihi: 22.05.2018

ÖZET

Bu incelememizde öncelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda faiz hükümleri bölümünde para borçları ve para borçlarının ifası, konusu para olan borçların ülke parasıyla ödenmesi, yabancı para ile ödenmesi, faiz borçlarının tanımı, türleri, niteliği, kaynakları ile para borçlarında borçlunun temerrüdü ve temerrüt faizi konularında genel açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümde ise, Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde faiz hususunda ana ve temel düzenlemeler madde 88/2, 120/2 ve 253/3-10 hükümlerindeki anapara (sermaye) faizi, temerrüt faizi ve taksitle satış sözleşmesi ile özellik arz eden ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde alıcının temerrüdünde faiz ve ortalama banka mevduat faizi, geçici ödemelerde faiz ve bileşik faiz konuları anılan somut üst sınırlandırmalar dikkate alınarak irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde faiz, kanuni faiz, akdi faiz, anapara faizi ve temerrüt faizi.

ABSTRACT

We have made general statements at first in this study under the provisions of interest in Turkish Code of Obligations numbered 6098 on monetary liabilities, discharge of debts, discharge of debts in local currency, discharge of debts in type of foreign currency, definition of interest debt, character and resource of such debts, and definition of default interest.

In the second part of our study, we have studied on basic arrangements of ordinary interest under the provisions of Turkish Code of Obligations, and principal (capital) interest, default interest, hire purchase agreement and prepaid purchase agreement under the articles 88/2, 120/2, and 253/3-10 of said code of obligations, and interest at default of buyer, deposit interest rate on bank accounts, interim payments of interest and limits on said payments.

Keywords: Ordinary interest, legal interest, conventional interest, principal interest and default interest in Turkish Code of Obligations.

¹ Konya Hakimi, mustafa.serhat.sen@adalet.gov.tr

² Düzce Hakimi, mkamilsen@hotmail.com

GİRİŞ

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda faizle ilgili olarak hukukumuzda ilk defa hem anapara faizi hem de temerrüt faizi bakımından somut sınır getiren, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan genel nitelikte, emredici ve sınırlayıcı düzenlemeler yapılmıştır. Genel düzenlemeler olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 88'de akdi faiz, m. 120'de temerrüt faizi ve 253/3. maddesinin 10. bendinde taksitli satışlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler ile hukuki ilişkilere uygulanacak faize ilişkin kanuni çerçeve belirlenmiştir³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinde, borçluyu koruyan genel sınırlayıcı bir faiz düzenlemesi yer almamıştır. Ancak 6502 sayılı TKHK'da sadece özel bazı hukuki ilişkilerde faizle ilgili tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmiştir. 6502 sayılı TKHK ve 6102 sayılı TTK hükümlerinde yer verilmeyen genel faiz limitleri, TBK'da düzenlenmiştir⁴.

6098 sayılı TBK, bir hukuki ilişkide tarafların aralarında uygulanacak akdi anapara (sermaye) ve temerrüt faizini sözleşmeyle belirlememiş olmaları halinde uygulanacak faiz oranının belirlenmesini yürürlükteki faiz mevzuatına bırakmıştır. Kanun koyucu uygulanacak faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmaması halinde uygulanmak üzere TBK'da sabit bir oranı belirlemek yerine, sık değişikliğe uğraması nedeniyle ekonomik koşullardaki dalgalanmalar karşısında güncelliğini yitirmesi olasılığı düşük olan faiz mevzuatına gönderme yapmayı tercih etmiştir. Kanun koyucu, gönderme yapılan faiz mevzuatına göre bulunacak faiz oranlarına da üst sınırlar getirmiştir⁵.

³ Akil, Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 70; Aydın, Gülşah Sinem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler Bakımından Getirilen Değişiklikler", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2014/3, s. 223; Aydoğdu, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), s. 85; Demir, Mehmet: *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler*, Ankara, 2012, s. 31-33; Demir, Şamil: "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 210-219; Ertaş, Şeref: "Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 307.

⁴ Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler*, Ankara, 2013, s. 237 vd; Göktürk, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, Sayı 2, s. 39.

⁵ Aydoğdu, s. 85; Aydoğdu/Ayan, s. 232-236; Demir, Ş, s. 210-219; Göktürk, s. 39; Orbay Ortaç, Nurdan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2, s. 125; Yağcı, Kürşad: "Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M. 88 Ve M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M. 8 Ve M. 9) Bakımından

Taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) faizi ve temerrüt faizi yıllık oranını serbestçe belirleyebilirler, kural budur. Ancak bu serbestinin de bir üst sınırı vardır⁶.

Kanun koyucunun belirlediği üst sınırlarla, Anayasa m. 2’de yer alan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak zayıf tarafı korumayı amaçladığı savunulmaktadır⁷.

Bir görüşe göre de kanun koyucu fahiş faiz içeren sözleşmelere serbest piyasa enstrümanlarıyla müdahale edemeyeceği için, kanun yoluyla müdahale bir gerekliliktir⁸. Diğer bir görüşe göre de karşılaştırmalı hukukta zaman zaman faiz sınırlamalarına rastlanmaktadır⁹.

6098 sayılı TBK’nın tasarısından itibaren yasalasma sürecini incelediğimizde, çerçeve kanun olma özelliği nedeniyle faizle ilgili olarak getirilen bu genel nitelikli sınırlamalar ile; yargının yükünün bu suretle hafifletilmesi, taksitli satışlarda temerrüde düşen alıcıya çok açık bir şekilde yasal ayrıcalık tanınması amaçları güdülerken bir hukuk politikası tercihi yapıldığı görülmektedir.

I. TEMEL TANIMLAR ve KAVRAMLAR: TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDA FAİZ HÜKÜMLERİ

A. PARA BORÇLARI ve PARA BORÇLARININ İFASI

Para borçları dışındaki borçlarda faiz borcu doğmayacağı gibi para borcunun söz konusu olduğu her halde borçlunun mutlaka faiz ödemesi gerekmez¹⁰.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede borcun konusu; belirli veya belirlenebilir bir tutarı veya meblağı alacaklıya ödeme yükümlülüğü ise o zaman bir para borcundan söz edilir¹¹.

Bazı sözleşmelerin (bankalarca düzenlenen kredi sözleşmesi gibi) konusu doğrudan doğruya paradır¹². Ancak özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler

Uygulanabilirliği”, *İÜHFİM C. LXXI*, S. 2, 2013, s. 432.

⁶ Aydoğdu, s. 92; Demir, Ş, s. 219.

⁷ Demir, M, s. 31-33; Demir, Ş, s. 219.

⁸ Demir, Ş, s. 219; Serozan, Rona: “Yeni Borçlar Kanunu’nda ‘İfa Zamanı’ ve ‘Zamanında İfa Etmeme’ Konularında Rastlanan Yenilikler” İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 1078.

⁹ Buz, Vedat: “Borçların İfasi ve İfa Edilmemesi” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler*, İstanbul, 2012, s. 92; Çeker, Mustafa: Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 73; Demir, Ş, s. 219.

¹⁰ Demir, Ş, s. 213; Orbay Ortaç, s. 122.

¹¹ Barlas, Nami: Para Borçlarının ödenmesinde Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992. s. 10; Demir, Ş, s. 210.

¹² Demir, Ş, s. 210; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara, 2012. s. 970;

olmak üzere birçok borç ilişkisinin konusunu yine “para” oluşturur. Para borçları belirli miktarda olduklarından, meblağ ya da değer borçları olarak da ifade edilirler¹³. Sözleşme ile para borçlarında Türk Borçlar Kanunu m. 99 gereğince ülke parası ya da ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yükümlülüğü kararlaştırılabilir.

1. Konusu Para Olan Borçların Ülke Parasıyla Ödenmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 99/1 gereğince, konusu para olan borçlar kural olarak ülke parasıyla ödenir. Bu yönü doğrulayan Türk Borçlar Kanunu m. 99/3 aynen “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.*” demektedir. Ülke parasından Türk Lirasının anlaşılması gerekir¹⁴. Borçlunun borç ilişkisindeki para borcundan kurtulabilmesi için kararlaştırılan tutarda ülke parasını ödemesi gerekir. Alacaklı, borcun yabancı para ya da başka bir şey ile (altın, gümüş ve mal...gibi) ödenmesini kabul etmek zorunda olmadığından borçlu borcunu ülke parasıyla ödemezse borçlu temerrüdüne düşer¹⁵. Konusu para olan kambiyo senetleri ve kredi kartları borçlarında da durum değişmez.

2. Konusu Para Olan Borçların Yabancı Para İle Ödenmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 99/2'de yer alan borçların yabancı para ile belirlenmesi nedeniyle borcun ifası düzenlenmesine göre; “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.*”

Bu yasal düzenleme gereğince bir sözleşmenin tarafları yabancı para borçlarını yabancı para veya ülke parasıyla ödeme konusunda seçimlik hakka sahiptir¹⁶. Taraflar sözleşmeyle serbestçe yabancı para ile ödemeyi

Reisoğlu, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B. İstanbul, 2012. s. 302.

¹³ Barlas, s. 13; Demir, Ş, s. 210; Eren, s. 971; Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 16. B. Ankara, 2012. s. 599-600; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul, 2012. s. 294 vd.

¹⁴ Demir, Ş, s. 211; Oğuzman/Öz, s. 296-298.

¹⁵ Ayrancı, Hasan: “Para Borçlarında Temerrüt Faizi”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006 Sayı 5, s. 100; Demir, Ş, s. 211; Eren, s. 973-974; Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 214; Kılıçoğlu, s. 600; Oğuzman/Öz, s. 295-296; Reisoğlu, Sefa, s. 302-303.

¹⁶ Demir, Ş, s. 211; Oğuzman/Öz, s. 299-300; Reisoğlu, Sefa, s. 304-305.

kararlaştırabilirler¹⁷. Ancak uyuşmazlık halinde mahkemenin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve nafaka borçlarının yabancı parayla ödenmesine karar vermesi mümkün değildir¹⁸. Uygulamada, zararın gideriminde amaç haksız fiil tarihinde zarar görenin mal varlığında bu fiilden kaynaklanan azalmanın giderilmesidir gerekçesinden hareketle; “Türk hukukunda ve uygulamada bazı özel hallerde sözleşmeye bağlı olarak yabancı para ile ödeme kabul edilmiş ise de; haksız fiilden kaynaklanan alacaklar konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Türk parası üzerinden tazminata hükmedilmesi genel kuraldır. Bu düzenleme dava konusu alacağın döviz cinsinden değil, ancak infaz tarihindeki Türk parası karşılığı biçiminde hüküm altına alınmasını gerektirir. Yasal düzenlemeye göre eldeki davada istenen dövizin infaz (fiili ödeme) tarihindeki Türk parası karşılığının hüküm altına alınması gerekir.” şeklinde karar verildiği görülmektedir¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 99/3 açık hükmüne göre borcun yabancı parayla ifası iki şekilde gerçekleşmektedir.

a. Konusu Para Olan Yabancı Para Borcunun Aynen Ödenmesi

Taraflar, sözleşme ile yabancı para borcunun doğrudan yabancı parayla “efektif” ödeme yapılmasını kararlaştırabilirler²⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun 99/2. maddesi uyarınca; “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.” Sözleşmede para borcunun “aynen ifa” edileceği, “aynen ödeneceği”, “yabancı para cinsinden nakit olarak” veya “efektif ödeneceği” gibi hükümler varsa, borcun yabancı parayla aynen ifası kararlaştırılmış demektir. Böyle durumlarda borç ödeme gününde ancak yabancı para ile ödenebilir²¹.

Alacaklı, ödeme gününde yabancı parayla yapılan ifayı kabul etmek zorundadır. Borç, ülke parasıyla veya başka şeylerle ödenmek istendiğinde alacaklı bunu kabul etmek zorunda değildir. Borçlu, borcu kararlaştırılan yabancı parayla ödemezse, alacaklı da diğer bir yabancı parayla yapılan ifayı kabul etmezse borçlu temerrüdüne düşer²².

¹⁷ Demir, Ş, s. 211; Eren, s. 974.

¹⁸ Demir, Ş, s. 211; Eren, s. 974.

¹⁹ 17. HD 18.12.2014 Gün, Karar: 2014/19043, Esas: 2013/13420 (Uyap).

²⁰ Demir, Ş, s. 211.

²¹ Demir, Ş, s. 211-212; Oğuzman/Öz, s. 300; Serozan, s. 1079-1080.

²² Eren, s. 975; Demir, Ş, s. 212; Hatemi/Gökayla, s. 214-215; Kılıçoğlu, s. 60; Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B İstanbul, 2012. (Yeni Borçlar Kanunu) s. 17; Oğuzman/Öz, s. 300-301-505; Reisoğlu, Sefa, s. 307.

b. Yabancı Para Borcunun Aynen veya Wade ya da Ödeme Günündeki Rayiç Üzerinden Ülke Parasıyla Ödenmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 99/3. maddesi uyarınca; *“Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.”* şeklinde düzenleme yapılarak alacaklıya seçimlik hak tanınmıştır.

Borçlu borcunu esas olarak yabancı parayla ödemek zorunda olmakla birlikte, sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, ödeme günündeki TCMB rayicinden ülke parasıyla ödemek gibi bir seçimlik, ikame hakka sahiptir²³. Alacaklı günlük rayiç üzerinden ülke parasıyla yapılan ödemeyi kabul etmek zorundadır. Borçlu ödeme gününde yabancı parayla veya TCMB rayicinden ülke parasıyla ödeme yapmazsa Türk Borçlar Kanunu'nun m. 99/3'teki seçimlik hakkını kaybeder. Bu durumda seçimlik hak alacaklıya geçer ve alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir²⁴.

Bu şekilde vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini talepte bulunan alacaklının artık bu tercihinden dönerek borcun yabancı para olarak aynen ifasını istemesi mümkün değildir. HGK'nın 2012/12-1072 E.-2013/496 K.sayılı ilamında; *“Alacaklının, Borçlar Kanunu'nun 83 ve TTK'nın 623. maddesi uyarınca seçimlik hakkını, fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılması yönünde kullanması halinde, dava konusu alacak tahsil tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendirileceğinden, alacaklı, bu alacağa 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesi gereğince vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar devlet bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz isteyebilir.”* denilmiştir.

B. FAİZ BORÇLARI; TANIMI, TÜRLERİ, NİTELİĞİ VE KAYNAKLARI

1. Tanım

Bilindiği gibi faiz borçları para borçlarından ayrı düşünülemez. Faiz, alacaklının talep etmeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanamaması nedeniyle, mahrum kalınan süreye bağlı olarak ödenmesini talep edebileceği

²³ Buz, s. 92; Demir, Ş, s. 212; Eren, s. 975; Hatemi/Gökyayla, s. 214; Kılıçoğlu, s. 601-603-604; Oğuzman/Öz, s. 302; Reisoğlu, Sefa, s. 306.

²⁴ Buz, s. 95; Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 975-978; Hatemi/Gökyayla, s. 217; Helvacı, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000, s. 43-64-66; Oğuzman/Öz, s.302-308; Reisoğlu, Sefa, s. 305-306-312.

bir karşılık ve tazminattır²⁵. Başka bir tanıma göre de faiz sermayenin geliridir²⁶.

Faiz; hukuki yönden para alacağının medeni (yasal) semeresidir²⁷. Başka bir ifade ile faiz, ödünç akdi veya başka bir hukuki muamele yahut fiil neticesinde başka bir kimseden alacaklı duruma geçen kimsenin para alacağının karşılığı ve bir nevi ücret ve kirası olarak tanımlanmaktadır. (Domaniç Hayri Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C:1,S:41). Bu tanım, faizin genel tanımı olup, faizin türlerine göre çeşitli eklemelerle değişiklik gösterebilmektedir²⁸. Para borcunun söz konusu olduğu her halde borçlunun faiz ödemesi gerekmez. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede faiz ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi bir kanun hükmü ile de borçlu faiz ödemekle yükümlü kılınabilir²⁹.

Bankaların temel gelirleri, kredi faizleridir. Katılım bankalarında krediye benzer bir işlem olan bireysel finansman işlemlerinde ise faiz yerine kâr payı geliri elde edilmektedir³⁰.

2. Faizin Türleri

Türk Hukukunda faizin çeşitli açılardan sınıflandırıldığı ve isimlendirildiği görülmektedir. Aslında iki faiz türü vardır: Anapara faizi ve temerrüt faizi. Bu faiz türleri sözleşmeden doğabileceği gibi kanundan da doğabilir. Diğer taraftan ister sözleşmeden doğsun ister kanundan doğsun fark etmeksizin, faiz oranları kanunla belirlenmiş de olabilir ki bu durum faizin hukuki kaynağının sözleşme ya da kanun olmasından bağımsızdır³¹.

a. Kanuni Faiz

Faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse, ödenecek faiz kanuni (yasal) faiz olarak nitelendirilir. Kanuni faiz oranı yasa ile belirlenmiştir. Sözleşmeden doğan anapara veya temerrüt faizi oranlarının sözleşmede gösterilmemiş olduğu hallerde ve anapara faizi ve temerrüt faizinin doğrudan doğruya kanundan doğduğu hallerde “kanuni faiz oranları” uygulanır (TBK m. 88/1; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1, TBK m. 120/1, Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 2)³².

²⁵ Akil, s. 70; Aydın, s. 223; Aydoğdu, s. 86; Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 978; Hatemi/Gökyayla, s. 217; Helvacı, s. 43-64-66; Oğuzman/Öz, s. 308; Reisoğlu, Sefa, s. 312.

²⁶ Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 978.

²⁷ Aydoğdu, s. 86; Çeker, s. 70; Helvacı, s. 43 vd; Orbay Ortaç, s. 122.

²⁸ HGK 15.05.2015 Gün, Karar: 2015/1362, Esas : 2013/6-2249 (Uyap).

²⁹ Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 979-980; Helvacı, s. 63-64; Kılıçoğlu, s. 610-611; Oğuzman/Öz, s. 308-310; Orbay Ortaç, s.122; Reisoğlu, Sefa, s. 312-313.

³⁰ Çeker, s. 70.

³¹ Aydoğdu, s. 88; Yağcı, s. 433.

³² Aydoğdu, s. 88-89; Çeker, s. 70-71; Orbay Ortaç, s. 123; Yağcı, s. 423.

3095 sayılı Kanun son halini, 27.04.2005 gün ve 26798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp, 01.05.2005 tarihinde de yürürlüğe giren 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14.maddesi ile yapılan değişiklik ile almış; bu Kanunun 29/c maddesiyle 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'ndaki kanuni faiz oranını tespit eden 37/e maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

5335 sayılı Kanunun getirdiği ve halen yürürlükte bulunan bu değişiklikle, 3095 sayılı Kanunun "Kanuni faiz" başlıklı 1. maddesi aynen; *"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir."* demektedir.

Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gerekip de miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş olan hallerde gerek "yasal faiz" ve gerekse "yasal temerrüt faizi" yönünden uygulanması gereken hükümler, 19.12.1984 gün ve 18610 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (3095 sayılı Kanun) ile getirilmiştir.

Böylece, 01.05.2005 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 3095 sayılı Kanunun 1. maddesinde yapılan düzenleme ile, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gerekip de bunun miktarının sözleşmeyle tespit edilmediği hallerde kanuni faiz oranı yıllık "yüzde oniki" olarak tespit edilmiş; bu oran, aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm gereğince, Maliye Bakanlığı'nın 16.12.2005 tarih ve 43953 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu'nun 19.12.2005 tarihli 2005/9831 sayılı kararı ile, 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık "yüzde dokuz"a indirilmiştir. Bu karar 30.12.2005 gün ve 26039 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Önemle vurgulanmalıdır ki 3095 sayılı Kanunda 5335 sayılı kanunla yapılan değişiklikle yasal faiz ve ticari olmayan yasal temerrüt faizi yönünden hesap tarzı değiştirilerek yeni bir hesap tarzı belirlenmiştir³³; oranı yasa ile belirlenmiş olan kanuni faiz, taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) faizi ödeneceğini kararlaştırıp oranı belirlememişlerse, bir başka anlatımla faiz ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemiş olduğu hallerde uygulanır³⁴.

³³ HGK 03.03.2010 Gün, Karar: 2010/110, Esas : 2010/12-124 (Uyap).

³⁴ Aydın, s. 224; Aydoğdu, s. 89-92; Çeker, s. 71; Yağcı, s. 423.

b. Akdi Faiz

Akdi faiz, adı üzerinde akit (sözleşme) ile kararlaştırılan faizdir³⁵. İster anapara faizi niteliğinde olsun isterse temerrüt faizi niteliğinde olsun; faiz ödeme yükümlülüğü sözleşme ile kararlaştırılabilir ki buna sözleşmeden doğan faiz (akdi faiz) adı verilir³⁶. Kural olarak taraflar, düzenledikleri sözleşme ile faizin ödeme yeri ve şekli, işlemeye başlayacağı tarih ve oranını serbestçe kararlaştırabilirler³⁷. Para borcuna karşılık kararlaştırılan akdi faize (ve diğerlerine) üst sınır getirilip getirilmediği, hangi işlere getirildiği çalışmamızın ana konusudur.

c. Anapara (Kapital) Faizi

Anapara (kapital-sermaye-resulmal) faizi ise, borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir. Anapara borcu üzerinden vade tarihine kadar işleyecek faizi ifade eder. Sözleşme uyarınca, alacaklıya ait bir miktar paranın faiz karşılığı elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması halinde faiz ödenmesi kararlaştırılmışsa söz konusu olur. Anapara faizi çoğu kere sözleşmeden doğar³⁸. Uygulamada, banka kredi sözleşmelerinde; hesabın işletildiği sürece veya bir ödeme tarihi (vade) belirlenmişse bu tarihlere kadar hesaplanacak faiz anapara (kapital-sermaye-resulmal) faizi, hesabın kat edilmesinden sonra işleyen faiz ise temerrüt faizi olarak kabul edilmektedir.

d. Temerrüt (Gecikme) Faizi

Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizi; borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır³⁹.

Para borçları açısından borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlardan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibarıyla, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir. Temerrüt faizi belirtilen temel amaca hizmet

³⁵ Aydoğdu, s. 89-92; Orbay Ortaç, s. 123.

³⁶ Yağcı, s. 423.

³⁷ Aydın, s. 224; Çeker, s. 70.

³⁸ Aydoğdu, s. 88-89; Çeker, s. 71; Orbay Ortaç, s. 123; Yağcı, s. 422.

³⁹ HGK 11.6.1997 Gün, Karar: 1997/529, Esas:1997/11-278 (Uyap).

etmenin yanı sıra, pratik başka amaçlara da yöneliktir. Alacaklının bir zarara uğrayıp uğramadığı veya zararın temerrüt faiz oranından daha düşük olup olmadığı tartışmalarına meydan verilmeksizin, borçlunun faiz ödemeye peşinen zorlanması yargı organlarını büyük bir yükten kurtarmakta ayrıca, borçluyu zamanında ödemedede bulunmaya sevk etmektedir.

Temerrüt faizi, muhtemel zararların giderilmesi amacıyla doğrudan doğruya yasa koyucu tarafından öngörülmüş bir karşılık olup, talep edilebilmesi için gerçekten bir zarar görülmüş olması gerekli değildir. Bu konuda borçluya bir ispat hakkı da tanınmış olmadığı gibi, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması da şart değildir. Tanımlanan bu özellikleri ile öğretide de hâkim olan görüş temerrüt faizinin, alacaklının aksi iddia olunmayan farazi zararının asgari oranda giderilmesine yönelik maktu ve götürü bir tazminat niteliği taşıdığı yönündedir. Temerrüt faizinin fonksiyonu ve bu faizi öngören yasal düzenlemenin amacı göz önüne alındığında tazminat niteliğine varılabilir⁴⁰.

e. Bileşik Faiz

İşlemiş faizin dönemler halinde anaparaya eklenmesi suretiyle bulunan tutara yeniden faize faiz yürütülmesi şeklindeki işletilen faize bileşik (mürekkep) faiz denir⁴¹.

Adi işlerde faize faiz yürütülmesi yani bileşik faiz uygulanması TBK m. 388/3 hükmü ile açıkça yasaklanmıştır. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26/2, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/7 ve TBK m. 121/3 ile açık şekilde bir şekilde bileşik faize yasak getirmektedir. 3095 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde de Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı tutulmak suretiyle bileşik faiz uygulaması yasaklanmıştır. Bu düzenleme ile ticari işler bakımından uygulamanın farklı olacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanununda sadece üç istisnai halde bileşik faizin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Söz konusu istisnai haller şunlardır;

- Üç aydan aşağı olmamak üzere cari hesaplarda, taraflar tacir ise faize faiz yürütülmesi mümkündür (TTK m. 8/2).

- Üç aydan aşağı olmamak üzere her iki taraf bakımından ticari iş niteliğini haiz olan ödünç sözleşmelerinde taraflar tacir ise faize faiz yürütülebilir (TTK m. 8/2).

- Kambiyo senetlerinde müracaat hakkının kullanılması sebebiyle ödeme yapan müracaat borçlusu, kendinden önce gelen kişilere rücu ederken ödediği

⁴⁰ HGK 12.09.2012 Gün, Karar: 2012/557, Esas: 2012/19-314 (Uyap); Aydın, s. 224; Aydoğdu, s. 107; Çeker, s. 71; Orbay Ortaç, s. 123; Yağcı, s. 422.

⁴¹ Çeker, s. 71; Demir, Ş, s. 221-224; Orbay Ortaç, s. 123; Yağcı, s. 422.

faizlere tekrar faiz isteyebilir (Türk Ticaret Kanunu m. 726, 778/1-d, 818/1-l)⁴². Türk Ticaret Kanununda sayılan sadece üç istisnai hal dışında gerek anapara faizine ve gerekse de temerrüt faizine tekrar faiz yürütülmesi yani bileşik faiz yürütülmesi mümkün değildir.

3. Faizin Hukuki Niteliği

Faiz alacağı, asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte ancak ondan bağımsız bir alacaktır.

Fer'i nitelikteki faiz alacaklarının hukuki durumu asıl alacağın kaderine bağlı haklardır. Türk Borçlar Kanunu 131. maddesi uyarınca asıl alacak sona erdiği takdirde bağlı hak ve borçlarda sona ermiş olur. Bunun doğal sonucu olarak da asıl alacak sona erdiğinde faiz borcu da sona erer. Sona ermiş bir alacağın faizini talep edebilmek için bu hakkı saklı tutmak gerekir. Bunu isteme hakkının sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmayan ve durumun gereklerinden ödeneceği anlaşılmayan faiz istenemez.

Bağlı haklarda asıl alacağın kaderine bağlılık kuralı zamanaşımı yönünden de uygulanır. Türk Borçlar Kanunu 152. maddesi gereğince kural olarak asıl alacağın zamanaşımına uğramış olması, faiz borçlarını da zamanaşımına uğratar. Ancak asıl alacak ile faiz farklı zamanaşımı sürelerine tabi olabilirler. Türk Borçlar Kanunu m. 147/1 uyarınca anapara faiz alacakları beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğundan asıl alacaktan önce zamanaşımına uğraması mümkündür. Asıl alacak yönünden zamanaşımının kesilmiş olması faiz alacağı için de kesildiği anlamına gelmez.

Türk Borçlar Kanunu m. 147/1 uyarınca faiz alacağı asıl alacaktan/anaparadan ayrı talep ve dava edilebilir. Faiz, asıl alacağa bağlı, ikincil (feri nitelikte) ancak, ondan bağımsız bir alacak olduğundan belirli bir miktar paradan ibaret alacağın ödetilmesi istemiyle açılmış olan bir davada veya bu yöndeki bir icra takibinde faiz istememiş olan alacaklı, faizden açıkça feragat etmedikçe, asıl alacağa ilişkin dava veya takipte buna ilişkin hakkını saklı tutmasına dahi gerek olmaksızın, asıl alacak zamanaşımına uğramadığı sürece, faiz için ayrı bir dava veya takip yoluna gidilebilir. Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu m. 189/2 uyarınca alacaklı, asıl alacağı devrettiğinde faizini de devretmiş olur. Fakat bunun aksinin kararlaştırılarak, faiz alacağının anaparadan ayrı devri de mümkündür⁴³.

⁴² Çeker, s. 71; Demir, Ş, s. 221-222-224; Eren, s. 984; Kılıçoğlu, s. 624; Orbay Ortaç, s. 127; Reisoğlu, Sefa, s. 375-376; Yağcı, s. 422.

⁴³ Akil, s. 70; Aydoğdu, s. 87-88; Demir, Ş, s. 214; Eren, s. 978-979; Hatemi/Gökyayla, s. 218 vd.; Helvacı, s. 50-51; Kılıçoğlu, s. 612-613; Oğuzman/Öz, s. 309; Reisoğlu, Sefa, s. 313-314, 376; Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 139-141; Yağcı, s. 422

4. Faiz Borcunun Kaynakları

Faiz borcu anaparanın bir oranı veya yüzdesi olarak ortaya çıkar. Faiz borcu ancak bir hukuki ilişkiden ya da kanun hükmünden veya mahkeme kararından doğar⁴⁴. Ancak faizin oranı, hukuki işlem, kanun veya örf ve adet ile belirlenir⁴⁵.

Taraflar düzenledikleri bir sözleşmede bazı durumların gerçekleşmesine bağlı olarak anapara faizi ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü borcu kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan bu faize akdi faiz denir⁴⁶. Taraflar arasındaki ilişkinin ticari olup olmamasına göre hukuki ilişkiden kaynaklanan faiz borcunda bazı farklar ortaya çıkar⁴⁷.

Faiz borcunun diğer kaynağı da kanundur. Buna kanuni (yasal) faiz de denir. Kanundan kaynaklanan faiz genellikle sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde hüküm ifade etmek üzere düzenlenir⁴⁸. Sözleşmeden doğan anapara veya temerrüt faizi oranlarının sözleşmede gösterilmemiş olduğu hallerde “kanuni faiz oranları” uygulanır. Anapara faizi ve temerrüt faizinin doğrudan doğruya kanundan doğduğu hallerde faiz oranlarının yine kanun tarafından belirlenmesi söz konusudur⁴⁹.

Kural olarak temerrüt faizinin kaynağı kanundur. Ancak sözleşme ile kanuni sınırlara uyularak temerrüt faizinin belirlenmesi TBK m. 120/2 gereğince mümkündür⁵⁰.

Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından, doğrudan temerrüt faizinin uygulanması söz konusu olur⁵¹.

Belirtilmelidir ki, haksız fiilde temerrüt için ihtarın gerekmediği yolunda açık bir yasa hükmü yoktur. Ne var ki, müşterek hukukun “*Gaspeden daima temerrüt halindedir*” şeklindeki genel ilkesi, günümüzde de uygulama yerine sahiptir. Bu ilkeye göre, haksız fiilin faili daima temerrüt halinde bulunduğu için zaten gerçekleşmiş olan temerrütü sağlamak üzere alacaklının bunlara ayrıca bir ihtarında bulunması gerekmez. Haksız fiil tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmelidir.⁵²

⁴⁴ Akil, s. 70; Aydın, s. 223; Aydoğdu, s. 87; Aydoğdu/Ayan, s. 1-2; Demir, Ş, s. 213; Helvacı, s. 63-64; Kılıçoğlu, s. 610-611; Oğuzman/Öz, s. 308, 310; Reisoğlu, Sefa, s. 312-313.

⁴⁵ Yağcı, s. 422.

⁴⁶ Aydın, s. 224; Aydoğdu, s. 87; Demir, Ş, s. 213; Yağcı, s. 422-423.

⁴⁷ Demir, Ş, s. 213.

⁴⁸ Aydın, s. 224; Aydoğdu, s. 87; Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 979-980; Oğuzman/Öz, s. 308; Reisoğlu, Sefa, s. 313.

⁴⁹ Yağcı, s. 423.

⁵⁰ Aydın, s. 224-225; Aydoğdu/Ayan, s. 5-6.

⁵¹ Demir, Ş, s. 213; Eren, s. 979-980; Kılıçoğlu, s. 611-612; Oğuzman/Öz, s. 308; Reisoğlu, Sefa, s. 313.

⁵² 23. HD 02/06/2015 Gün, Karar: 2015/4147, Esas: 2014/4900 (Uyap).

Sebepsiz zenginleşmede davacının geri alma hakkının, buna karşın davalının geri verme borcunun doğması, bunların mal varlıklarının birbirinin zararına ve yararına olmak üzere karşılıklı yoksullaşma ve zenginleşmelerine bağlıdır ve bunun doğal sonucu olarak da, kural olarak, bu geri alma hak ve borcunun doğum anı, sebepsiz yoksullaşma ve zenginleşme olgularının gerçekleştikleri andır. O halde geri isteme hakkının kapsamı da kural olarak, anılan hak ve borcun doğdukları tarihten daha önce belirlenemez. Zira, geri alma, bu yoksullaşma ve zenginleşmenin sonucudur ve bu olgular gerçekleşmeksizin geri alma söz konusu değildir.

Şu durumda; sebepsiz zenginleşmede geri verme borcu, zenginleşmenin geçersiz bir nedene dayanması durumunda hemen; geleceğe yönelik bir neden bulunuyorsa onun oluşmadığı an; var olan bir neden bulunuyorsa da onun ortadan kalktığı zaman doğmuş olur. Edim yerine getirildiği sırada geçerli bir hukuksal nedenin bulunmasına karşın sonradan bu neden ortadan kalkmış olursa, bu durumda sebepsiz zenginleşme, nedenin ortadan kalktığı an meydana gelir. (Yargıtay 11. HD'nin_17.11.1997 Gün ve 7469/8241; 08.10.2001 Gün ve 4464/7553; 17.06.2002 Gün ve 2756/6224; 23.07.2007 Gün ve 960/3318; Yargıtay 23. HD' nin 18.06.2012 Gün ve 2873/4261; YHGK'nın 13.11.1991 Gün ve 11-303/567; 17.12.2003 Gün ve 13-787/774; 06.02.2008 Gün ve 340/102 sayılı kararları bu yöndedir.)

818 sayılı BK döneminde, doktrinde de genellikle, gerçekleşen sebepsiz zenginleşme hallerinde, zenginleşme anından iade anına kadar faiz istenebileceği, bu faizin BK'nın. 63. maddesinde öngörülen "zenginleşmede iade" kapsamı içinde olduğu benimsenmektedir. Zenginleşmenin gerçekleştiği tarih ile geri vermenin talep edildiği tarih arasındaki süre için, paranın kullanma değerinin karşılığı olarak, temerrüt faizi kadar faizle yükümlü tutulmalıdır. Özetle, sebepsiz zenginleşmede; 818 sayılı BK döneminde, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olup olmaması ayrımı yapılmadan, haksız iktisap tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde, TBK'nın 117/2. maddesi hükmünce, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olması halinde bildirim tarihinden itibaren, iyiniyetli olmaması halinde zenginleşmenin gerçekleştiği (haksız iktisap) tarihten itibaren temerrüt faizi istenebilir⁵³.

C. PARA BORÇLARINDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ ve TEMERRÜT FAİZİ

6098 sayılı TBK'da tanımlanmamış olmakla birlikte temerrüt, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş ifası mümkün bir borcun ifasındaki gecikmedir. Borçlu temerrüdü borçlunun borcun ifasındaki gecikmesi

⁵³ 23. HD 11/07/2013 Gün, Karar: 2013/4883, Esas: 2013/3545 (Uyap).

yanında ifayı hiç gerçekleştirmediği durumlarda da uygulanmalıdır⁵⁴. Temerrüt durumunda da borçlunun asli edimi yerine getirme yükümlülüğü devam etmektedir⁵⁵.

Diğer bir tanımla temerrüt, ifanın zaman bakımından borca aykırılığıdır. Borçlunun temerrüdü aslında geçici bir durumdur. Borçlu borcunu anaparaya uygulanan temerrüt faiziyle birlikte ifa ederek borcundan kurtulur⁵⁶.

1. Borçlu Temerrüdünün Şartları

Borcun muaccel hale gelmesi ve temerrüt ihtarının gerektiği hallerde ihtarın yapılmasıdır⁵⁷.

Edimin ifası mümkün olması borçlu temerrüdünün şartı olarak yasada açıkça belirtilmemiş ise de borçlunun temerrüdünün varlığından söz edebilmek için öncelikle edimin ifası mümkün olması gerekir⁵⁸.

⁵⁴ Anık, Gülgün: "Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", *TBB Dergisi*, Sayı 59, 2005, s. 215; Arıdemir, Arzu Genç: "Borcun İfa Edilmemesi Kavramı, Yapıtırımı", Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ekim 2014, s. 374-379; Atamulu, İsmail; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 87; Barlas, s. 15-16; Belen, Herdem: "Borçlunun Temerrüdü", Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ekim 2014, s. 412; Demir, Ş, s. 214; Doğan, Gülmelihat: "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, s. 395; Eren, s. 1089-1090; Karadaş, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı Ankara 2013, s. 152; Kılıçoğlu, s. 677; Kizir, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2011, s. 20-25; Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 87; Reisoğlu, Sefa, s. 367; Selimoğlu, Yaşar Engin: İstisna (Eser) Sözleşmesi, 1. Baskı Ankara, 2010, s. 221; Sütçü, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 803-804; Şahin, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenici Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 139; Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil: Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 8; Şen/Şen, (Zamanaşımı) s. 89; Yakuppur, Sendi: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s. 72-73; Yener, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Basım Yayın, 1. Baskı, 2011, s. 7.

⁵⁵ Belen, s. 415; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 8.

⁵⁶ Ayrancı, s. 100; Demir, Ş, s. 214; Eren, s. 1090; Kılıçoğlu, s. 684-685; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 8.

⁵⁷ Anık, s. 216; Ayrancı, s. 100; Demir, Ş, s. 215; Eren, s. 1092; Karadaş, s. 152; Kizir, s. 14; Kurt, s. 88; Oğuzman/Öz, s. 376-377; Öz, M. Turgut; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 1. Bası İstanbul, Ocak 2013, s.142; Reisoğlu, Sefa, s. 367; Selimoğlu, s. 221; Şahin, s. 140; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 8; Yakuppur, s. 74; Yener, s. 8.

⁵⁸ Anık, s. 216; Demir, Ş, s. 215; Karadaş, s. 152-169; Kizir, s. 14; Selimoğlu, s. 221-223; Sütçü, s. 804; Şahin, s. 141; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 8; Yakuppur, s. 82; Yener, s. 13.

a. Ön Şart (Edimin İfasının Mümkün Olması)

TBK m. 136/1 “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, borç sona erer.” hükmü gereğince ifa imkansızlığı borcu sona erdiren nedenlerdendir⁵⁹.

6098 sayılı TBK’nın 112-126. maddelerinde borçların ifa edilmemesinin (para borcunun ödenmemesinin) şartları ve sonuçları düzenlenmiştir. Vade gününde yerine getirilmeyen edimler için ifa mümkün ise temerrüt hükümleri uygulanacak, ifanın mümkün olmaması halinde imkansızlık hükümleri devreye girecektir. Borcun ifası imkansız değilse, ifa edilmemesi durumunda borçlu kusursuzluğunu kanıtlayamaması halinde TBK’nın 112. maddesine göre alacaklının uğramış olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Borcun ifası imkansız ve ifanın imkansız olmasında borçlunun kusuru yok ise, TBK’nın 136. maddesine göre borçlu, borcundan kurtulacaktır. Karşılıklı edimleri içeren akitlerde ifa imkansızlığı halinde borçlu aldıklarını sebepsiz iktisap kurallarına göre iade etmekle yükümlüdür⁶⁰.

İfa imkansızlığı temerrütten sonra meydana gelirse; temerrüt ya da ifa imkansızlık hükümlerinden hangisinin uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. Temerrüt tarihi ile bu tarihten sonra ortaya çıkan objektif imkansızlık tarihleri arasında temerrüt hükümleri uygulanır⁶¹. Ancak imkansızlığın ortaya çıkması ile temerrüt hali sona erecektir⁶².

b. Muacceliyet

Kısaca muacceliyet, alacağın istenebilir olmasıdır⁶³. Muacceliyet zamanını taraflar sözleşme ile kararlaştırabildikleri gibi, bu durum kanun hükmüyle de belirlenebilir⁶⁴.

⁵⁹ Demir, Ş, s. 215; Kizir, s. 28; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfa Eklene Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 1999), s. 73; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 143-182; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 8; Yakuppur, s. 125; Yener, s. 13.

⁶⁰ 23. HD 15.05.2014 Gün, Karar: 2014/3841, Esas: 2014/238 (Uyap); Arıdemir, s. 379; Belen, s. 414; Demir, Ş, s. 215; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 9.

⁶¹ Atamulu, s. 116; Barlas, s. 16-21; Demir, Ş, s. 215; Eren, s. 1092; Kizir, s. 56; Oğuzman/Öz, s. 376-384-385; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 144; Sütçü, s. 805-806-807; Şahin, s. 146-147-261; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 12; Reisoğlu, Sefa, s. 370.

⁶² Atamulu, s. 116; Kizir, s. 56; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s.144; Sütçü, s. 805; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 12; Yakuppur, s. 83.

⁶³ Atamulu, s. 90; Ayrancı, s. 100; Demir, Ş, s. 215; Doğan, s. 395; Eren, s. 1093; Kizir, s. 47; Oğuzman/Öz, s. 377; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 142; Reisoğlu, Sefa, s. 367; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 12; Yakuppur, s. 75; Yener, s. 9-23.

⁶⁴ Demir, Ş, s. 215; Eren, s. 1092; Oğuzman/Öz, s. 377-378; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 12.

Bir borç ilişkisinde muacceliyet, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyararak, edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anı belirler. Bir alacağın ya da borcun muaccel olması, ilke olarak edimin ifası için öngörülmuş bulunan ifa zamanının gelmesiyle gerçekleşir. Borcun ifası için öngörülen ifa zamanı; taraflar kararlaştırmamışsa veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılıyorsa, kanundan, ya da dürüstlük kuralından çıkarılamıyorsa, bu durumda, TBK m. 90 hükmü gereğince, borcun “doğumu anında muaccel olur” hükmü uygulama bulacaktır⁶⁵.

Borç muaccel olmadan borçlu temerrüdünden söz edilemez. Borcun muaccel olmasıyla zamanaşımı işlemeye başlar. Zamanaşımının işlemeye başlaması için ayrıca borçlunun temerrüde düşürülmesine gerek yoktur⁶⁶.

TBK m. 96 hükmü gereğince sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça, borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce de erken ifa edebilir⁶⁷.

c. Alacaklının İhtarı

I. İhtarın Gerekli Olduğu Haller

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 117/1 gereğince kural olarak, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Başka bir anlatımla, temerrüdün söz konusu olabilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borcun ifasına yönelik ihtarının bulunması gerekir. Zira ihtar borçluyu korumak amacıyla getirilmiş bir temerrüt şartıdır⁶⁸.

İhtar, borcu ifa isteğini içeren tek taraflı ulaşması gerekli hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. İhtar karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur ve borçlu temerrüde düşer⁶⁹. İhtar ile borçlunun temerrüde

⁶⁵ Atamulu, s. 90; Belen, s. 412; Demir, Ş, s. 215; Eren, s. 1092; Havutçu, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Özel S.2010, (Basım Yılı: 2012). s. 579-605, s. 590-605; Karadaş, s. 333-334; Kizir, s. 47; Oğuzman/Öz, s. 377-378; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 143; Özkaya, Eraslan: Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, 1. Baskı, 2012, s. 204; Selimoğlu, s. 222; Sütçü, s. 807-1587; Şahin, s. 162-163; Şen/Şen, (Zamanaşımı) s. 88; Şen/Şen, s. (Gecikme Tazminatı) 12.

⁶⁶ Doğan, s. 396; Havutçu, s. 590-605; Karadaş, s. 164-333-334; Özkaya, s. 204; Sütçü, s. 1587; Şen/Şen, (Zamanaşımı) s. 88; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 13; Yener, s. 9.

⁶⁷ Kizir, s. 47-48; Kurt, s. 89; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 13.

⁶⁸ Anık, s. 216; Atamulu, s. 90-112; Belen, s. 412; Demir, Ş, s. 216; Doğan, s. 396; Kizir, s. 15-61; Kurt, s. 173 vd; Nomer, Haluk Nami: “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.II s. 1303-1313, İstanbul, 2011, s. 1305-1306; Ozanoğlu, s. 74; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s.150 ; Selimoğlu, s. 222-223; Şahin, s. 47 vd-168 vd; Şen/Şen, (Zamanaşımı) s. 89; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 13; Yakuppur, s. 77; Yener, s. 13-32.

⁶⁹ Atamulu, s. 90-112; Barlas, s. 34-43; Demir, Ş, s. 216; Eren, s. 1093; Kılıçoğlu, s. 678-680;

düşürülebilmesi için talep açık ve miktarı belirli olmalıdır. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa müteselsil borçluların hepsine ihtar çekilmesi gerekir. İhtar belirli bir şekle tabi değildir. İhtar talep edilen alacak kesimi için hüküm ve sonuç doğurur⁷⁰.

II. İhtara Gerek Olmayan Durumlar

Kural olarak, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarını ile temerrüde düşmekle birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmediği durumlar da bulunmaktadır⁷¹.

a. İfa Gününün Taraflarca Birlikte Kararlaştırılması (Kesin veya Belirli Vade); Taraflar sözleşme ile borcun ifa edileceği zamanı, birlikte kararlaştırmışlarsa borçlu ihtar şartı aranmaksızın mütemerrit olur, ayrıca borçluya ek süre verilmesi de gerekmez⁷².

b. Sözleşmede Saklı Tutulan Bir Hakka Dayanarak Taraflardan Biri Usulüne Uygun Bir Bildirimde Bulunmak Suretiyle Vadeyi Belirlemişse

Sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle ifa zamanını belirlemişse bu zamanın geçmesiyle borçlu temerrüde düşer⁷³.

c. Borçlunun Borcu İfa Etmeyeceğini Bildirmiş Olduğu veya Hal ya da Durumundan Bu Sonuca Varılabildiği Durumlarda

Borçlunun borcu ifa etmeyeceğini kesin şekilde bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği durumlarda borçlu ihtar şartı aranmaksızın mütemerrit sayılır⁷⁴.

Kizir, s. 61; Oğuzman/Öz s. 380; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150-151; Reisoğlu, Sefa, s. 368; Selimoğlu, s. 223; Serozan, s. 1076; Sütçü, s. 807 vd; Şahin, s. 168-169; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 14; Yakuppur, s. 77-78.

⁷⁰ Atamulu, s. 90-91-112; Barlas, s. 47-54; Demir, Ş, s. 216; Eren, s. 1094-1095; Kılıçoğlu, s. 679-680; Kizir, s. 70-73; Oğuzman/Öz, s. 378-380-381; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150; Reisoğlu, Sefa, s. 368; Sütçü, s. 812; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 14; Yakuppur, s. 79.

⁷¹ Anık, s. 216; Atamulu, s. 90-112; Belen, s. 412; Demir, Ş, s. 216; Doğan, s. 396; Kizir, s. 15-61; Kurt, s. 173 vd; Nomer, (Haksız Fiil) s. 305-1306; Ozanoğlu, s. 74; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150; Selimoğlu, s. 222-223; Şahin, s. 47 vd-168 vd; Şen/Şen, (Zamanaşımı) s. 89; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 13; Yakuppur, s. 77; Yener, s. 13-32.

⁷² Atamulu, s. 90-91-97-113; Belen, s. 413; Demir, Ş, s. 216; Doğan, s. 397; Kizir, s. 79; Ozanoğlu, s. 74; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150; Selimoğlu, s. 223; Sütçü, s. 813; Şahin, s. 173; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 14; Yakuppur, s. 80; Yener, s. 33.

⁷³ Atamulu, s. 90-91-113; Belen, s. 413; Demir, Ş, s. 216; Doğan, s. 397; Kizir, s. 81; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150; Selimoğlu, s. 223; Sütçü, s. 813- 814; Şahin, s. 176; Şen/Şen, Gecikme Tazminatı) s. 14; Yakuppur, s. 81; Yener, s. 33.

⁷⁴ Atamulu, s. 90-91-113; Demir, Ş, s. 217; Doğan, s. 398; Kizir, s. 83-86; Ozanoğlu, s. 74; Öz, (İnşaat Sözleşmesi) s. 150; Serozan, s. 1077; Sütçü, s. 814; Şahin, s. 177; Şen/Şen, Gecikme

d. Sözleşme İle İhtarsız Temerrüdün Oluşacağı Kabul Edilmişse

6098 sayılı TBK m. 117/2 hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşme ile ihtarsız temerrüdün oluşacağını belirleyebilirler⁷⁵.

e. Haksız Fiilin İşlendiği, Sebepsiz Zenginleşmenin Gerçekleştiği Tarih

Ayrıca bir haksız fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte de borçlu kendiliğinden, kanunen temerrüde düşer. Ancak sebepsiz zenginleşen iyiniyetli ise temerrüde düşmesi için ihtar edilmesi gerekir⁷⁶.

2. Kusur

Borçlu kusurlu veya kusursuz olsun temerrüt için varlığı öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda temerrüde düşmüş olur. Sözleşme hükmü ile borçlu temerrüdünün meydana gelebilmesi için kusur şartı kararlaştırılabilir⁷⁷.

3. Para Borçlarında Temerrüdün Sonuçları

Para borçlarının temerrüdün de, “temerrüt faizi” ve “tazminat” olmak üzere iki sonuç söz konusudur.

Para borçlarında borçlu temerrüdüne bağlanan iki sonuçtan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borcun kaynağına bakılmaksızın sadece para borçlarına uygulanır. Para borcu dışındaki diğer borçlara değerleri para ile ifade edilebilse bile temerrüt faizi uygulanmaz. Temerrüt faizi, tarafların faiz ödenmesine ilişkin sözleşmede bir kararlaştırmaları olmasa dahi kanundan doğar.

Temerrüt faizi; borçlunun temerrüdü ve para borcunu zamanında ödenmemesi halinde alacaklının parasından bir süre mahrum kalması nedeniyle, muhtemel zararların giderilmesi amacıyla doğrudan doğruya yasa koyucu tarafından öngörülmüş bir karşılık, maktu (götürü) bir tazminat niteliğindedir. Bir para borcunu ödememek suretiyle temerrüde düşen borçlu, anaparaya ek olarak TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun m. 2'ye göre temerrüde düştüğü temerrüt anından itibaren temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizinin doğması için alacaklının zarara uğraması, borçlunun da kusurlu olması şartı aranmaz⁷⁸. Öte yandan alacaklı, borçlu temerrüdü yüzünden uğramış

Tazminatı) s. 14; Yakuppur, s. 81; Yener, s. 33.

⁷⁵ Demir, Ş, s. 217; Kılçoğlu, s. 681; Kizir, s. 82; Sütçü, s. 814; Şahin, s. 176-177; Şen/Şen, Gecikme Tazminatı) s. 14.

⁷⁶ Demir, Ş, s. 216-217.

⁷⁷ Anık, s. 216; Atamulu, s. 91-128; Belen, s. 414; Demir, Ş, s. 214; Kizir, s. 14; Kurt, s. 87-183; Ozanoğlu, s. 73; Selimoğlu, s. 221- 232; Sütçü, s. 826; Şahin, s. 182-183; Şen/Şen, (Gecikme Tazminatı) s. 15; Yakuppur, s. 74; Yener, s. 10-37.

⁷⁸ Aydın, s. 224; Aydoğdu, s. 107; Ayrancı, s. 100; Barlas, s. 114 vd; Çeker, s. 71; Demir, M, s.

olduğu zararın, temerrüt faizinden daha fazla olduğunu ispat ederse borçlu bu zararı (aşkın/munzam zarar) da ödemekle yükümlüdür.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA FAİZ SINIRLARI

Adalet anlayışını (şematik bir eşitleme değil, objektif, sosyal eşitleyici bir ayırım anlamında diferansiyel bir adalet amacı) gerçekleştirmek ve devletin hukuksal düzenlemelerinin yönü konusunda karar vermek, öncelikle kanun koyucunun işidir. Kanun koyucu, sosyal hukuk devleti ilkesinden hareketle, eşitlik ilkesi bakımından ilgililerin şekli eşitliği ile yetinmemek, hakkın maddi sonuçlarında eşitlik sağlanabilmesi için o anki sosyal gerçekliği göz önünde tutmak zorundadır⁷⁹. Bu noktada 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda faizle ilgili olarak hukukumuzda ilk defa anapara faizi, temerrüt faizi ve taksitli satışlarda temerrüt faizi bakımından somut sınır getiren, genel nitelikte, emredici ve sınırlayıcı düzenlemeler yapılmıştır.

A. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ADİ İŞLERDE ANAPARA (SERMAYE) FAİZİ

Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde anapara (sermaye) faizini, önce Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde akdi anapara (sermaye) faizi ve Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde kanuni anapara faizi olmak üzere ikili ayrıma tabi tutarak, kendi arasında da ülke parası ve yabancı para borçlarında olmak üzere yeniden ikili ayrıma tabi tutarak inceleyelim

1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi İşlerde Akdi Anapara (Sermaye) Faizi

a. Ülke Parasına Uygulanacak Akdi Anapara (Sermaye) Faizi

Kural olarak taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) faizi ödeneceğini kararlaştırırken yıllık faiz oranını serbestçe belirleyebilirler. Ancak bu serbestliğe de bir limit getirilmiştir⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde anapara (sermaye) faiz oranı Türk Borçlar Kanunu m. 88/2'nin öngördüğü sınıra kadar serbestçe belirlenebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 88/2'ye göre, "Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca (3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1/1'de) belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz". 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1/1 hükmü gereğince, Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde uygulanacak faiz oranını (%)

35; Demir, Ş, s. 218; Eren, s. 1099 vd-1106 vd; Kılıçoğlu, s. 684- 685; Oğuzman/Öz, s. 386-494 vd., 500-502 vd; Orbay Ortaç, s. 123; Reisoğlu, Sefa, s. 370-373 vd, 376 vd; Yağcı, s. 422.

⁷⁹ Gören, Zafer: "Suum-Cuique: Herkese Kendisinininki", *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2016, s. 199-230.

⁸⁰ Aydoğdu, s. 92; Demir, Ş, s. 220.

9) olarak belirlediğinden, yürürlükteki bu orana göre Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde akdi anapara (sermaye) faiz belirlenmesi halinde bu oran (% 9+% 4,5= % 13,5)'i aşamaz⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 88 gerekçesinde, bu “emredici hükümlerle – emredici hukuk kuralı”, borçluların korunmaları amaçlandığı belirtilerek, yasanın gayesinin sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranlarına bir üst sınır öngörülmektedir⁸².

Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ile hukukumuzda ilk defa adi işlerde anaparaya uygulanacak akdi faize sınırlama getirmiştir. Getirilen sınırlama emredici nitelikte olduğundan aksi kararlaştırılmaz. Sözleşmede kararlaştırılan akdi anapara (sermaye) faiz oranı mevzuatta belirlenen orandan fazlaysa faiz sınırını aşan kısım geçersizdir. Bir sözleşmede kanuni sınırı aşan faiz uygulanmadığı takdirde sözleşmenin yapılmayacağı ileri sürülemez (Türk Borçlar Kanunu m. 27/2)⁸³.

b. Yabancı Para Borçlarında Akdi Anapara (Sermaye) Faizi

Kural olarak Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde taraflar sözleşme ile yabancı para borçlarında anapara (sermaye) faizi ödeneceğini kararlaştırırken yıllık oranı serbestçe belirleyebilirler.

Ancak önemle belirtelim ki Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde ülke parası akdi anapara (sermaye) faizi için getirilen sınırlamanın varlığı yabancı para borçlarında akdi anapara (sermaye) faizi içinde kabul edilmelidir. Türk Borçlar Kanunu m. 88/1, faiz ödeme borcunda ülke parası ve yabancı para ayrımı yapmadığından, Türk Borçlar Kanunu m. 88/2'de akdi anapara faizi için getirilen sınırlama yabancı para akdi anapara faizi için de geçerlidir. O halde, yabancı para borçlarında sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık yabancı para akdi anapara faiz oranı, 3095 sayılı Kanun m. 4/a'ya göre belirlenecek yıllık faiz oranının % 50 fazlasını aşamaz. Daha açık bir anlatımla 3095 sayılı Kanun m. 4/a'da öngörülen Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı esas alınarak bu oranın % 50'

⁸¹ Aydoğdu, s. 93; Demir, Ş, s. 220.

⁸² Ayan, Serkan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012) s. 779; Aydoğdu, s. 91-93-121; Orbay Ortaç, s. 124; Öz, (Yeni Borçlar Kanunu) s. 74; Yağcı, s. 431.

⁸³ Aydoğdu, s. 93; Aydın, s. 226; Baygın, Cem: “Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri-Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik Ve Değişiklikler”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S 3, s. 123-125; Çeker, s. 74; Demir, M, s. 31-32; Demir, Ş, s. 220; Nomer, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. B. İstanbul, 2012, s. 217; Oğuzman/Öz, s. 312; Reisoğlu, Sefa, s. 315; Serozan, s. 1079.

sini aşmayacak şekilde sınır getirilecektir⁸⁴.

Yabancı para borçlarına akdi anapara faizi uygulanabilmesi için borcun aynen (efektif) yabancı para olarak ifası veya ödeme günündeki rayiçten ülke parasıyla ifası arasında fark yoktur⁸⁵. Her iki halde de yabancı para borçlarına akdi anapara faizi uygulanabilir. Devlet bankalarının mevduat olarak kabul etmediği yabancı paralar için faiz oranlarının (kanuni anapara) ne şekilde tespit edileceği belirsizdir⁸⁶. Bu konuda yapılacak iş, Devlet Bankalarının mevduat olarak kabul edilen yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranlarını isteyerek tespit etmek; bunlar esas alınarak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve o yabancı para ile açılmış olsa idi bir yıl vadeli mevduat hesabına ödeyeceği en yüksek faiz oranının belirlenmesidir. Belirlenen bu oran esas alınarak bu oranın % 50' sini aşmayacak şekilde limit getirilecektir.

2. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi İşlerde Kanuni Anapara (Sermaye) Faizi

a. Ülke Parasına Uygulanacak Kanuni Anapara (Sermaye) Faizi

Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde uygulanacak kanuni faiz oranı Türk Borçlar Kanunu m. 88/1'de "*Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir*" şeklinde düzenlenmiştir. Burada "yedek hukuk kuralı" veya "ikame faiz" de denilebilecek olan yasal faiz devreye girmektedir⁸⁷.

Taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) faizi ödeneceğini kararlaştırıp oranı belirlememişlerse, bir başka anlatımla faiz ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemişse, Türk Borçlar Kanunu m. 88/1 uyarınca kanuni anapara (sermaye) faizi ödeme borcuna uygulanacak yıllık faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun gönderme yaptığı mevzuat hiç şüphesiz 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1/1. maddesi "*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile*

⁸⁴ Aydın, s. 227; Demir, Ş, s. 225-226.

⁸⁵ Demir, Ş, s. 228; Oğuzman/Öz, s. 498.

⁸⁶ Birsnel, Mahmut T./Sevi, Ali Murat : "3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı", Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan C. II, s. 1058; Demir, Ş, s. 226; Oğuzman/Öz, s. 498-499.

⁸⁷ Aydoğdu, s. 92; Demir, Ş, s. 219.

⁸⁸ Aydoğdu, s. 92; Demir, Ş, s. 219.

tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 oranı üzerinden yapılır.” şeklindeki düzenleme ile kanuni faiz oranını % 12 olarak belirlemiştir. Bakanlar Kurulu, 3095 sayılı Kanun m. 1/2'den aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kanuni anapara (sermaye) faiz oranını (**% 9**)'a indirmiştir. Halen bu gün itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde uygulanacak kanuni anapara (sermaye) faiz oranı Bakanlar Kurulu kararıyla (**% 9**)'dur⁸⁹.

b. Yabancı Para Borçlarında Kanuni Anapara (Sermaye) Faizi

Türk Borçlar Kanunu'na tabi yabancı para borçlarına ilişkin adi işlerde, faiz ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemişse 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a 3678 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen **4/a** maddesi uyarınca, yabancı para borcuna, devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır⁹⁰.

Yabancı para borçlarına kanuni anapara faizi uygulanabilmesi için borcun aynen (efektif) yabancı para olarak ifası veya ödeme günündeki rayiçten ülke parasıyla ifası arasında fark bulunmadığından⁹¹ her iki halde de yabancı para borçlarına kanuni anapara faizi uygulanabilir. Devlet bankalarının mevduat olarak kabul etmediği yabancı paraların (kanuni anapara) faiz oranlarının tespiti açısından⁹² yapılacak iş, Devlet Bankalarının mevduat olarak kabul edilen yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranlarını isteyerek tespit etmek; bunlar esas alınarak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve o yabancı para ile açılmış olsa idi bir yıl vadeli mevduat hesabına ödeyeceği en yüksek faiz oranının tespit edilmesidir. Belirlenecek bu oran esas alınarak sonuca gidilmelidir.

B. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ADİ İŞLERDE TEMERRÜT FAİZİ

Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde temerrüt faizini, önce Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde akdi temerrüt faizi ve Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde kanuni temerrüt faizi olmak üzere ikili ayrıma tabi tutarak, kendi arasında da ülke parası ve yabancı para borçlarında olmak üzere yeniden ikili ayrıma tabi tutarak inceleyelim.

⁸⁹ 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. T. 30.12.2005, S. 26039); Aydın, s. 225-226; Aydoğdu, s. 92-110; Demir, Ş, s. 219-220; Eren, s. 980- 981; Hatemi/Gökayla, s. 220; Kılıçoğlu, s. 615-616; Nomer, (Borçlar Hukuku) s. 217; Oğuzman/Öz, s. 312.

⁹⁰ Aydın, s. 227; Aydoğdu/Ayan, s. 19-21-22; Demir, Ş, s. 225.

⁹¹ Demir, Ş, s. 228; Oğuzman/Öz, s. 498.

⁹² Birsal/Sevi, s. 1058; Demir, Ş, s. 226; Oğuzman/Öz, s. 498-499.

1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi İşlerde Akdi Temerrüt Faizi

a. Ülke Parasına Uygulanacak Akdi Temerrüt Faizi

Taraflar sözleşme ile temerrüt faizi ödeneceğini kararlaştırırken ülke parasına uygulanacak akdi temerrüt faizi yıllık oranını serbestçe belirleyebilirler, esas olan bu orandır, kural olarak mevzuat hükümlerine bakılmaz. Ancak Türk Borçlar Kanunu m. 120/2'de getirilen yenilik ile bu serbestinin de somut bir üst sınırı vardır.

Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde akdi temerrüt faizi, Türk Borçlar Kanunu m. 120/2'de düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un m. 1'e göre belirlenen yıllık faiz oranının % 100 fazlasını aşamaz⁹³. O halde taraflar Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi bir işte sözleşmeyle (**% 9+%9 = % 18**)'e kadar temerrüt faizi oranı belirlemede serbesttirler. Türk Borçlar Kanunu m. 120/2 hukukumuzda ilk defa adi işlerde akdi temerrüt faizine sınırlama getirmiştir. Getirilen sınırlama emredici nitelikte olduğundan aksi kararlaştırılmaz. Sözleşmede kararlaştırılan akdi temerrüt faiz oranı mevzuatta belirlenen orandan fazla ise, oran en yüksek limitten (**% 9+%9 = % 18**)'den kararlaştırılmış sayılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 120/3 ise sözleşmede akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırılmadığı durumlarda temerrüt faizinin ne şekilde belirleneceğini düzenlemiştir. Buna göre yıllık akdi anapara faiz oranı 3095 sayılı Kanun'a göre belirlenen yıllık (**% 9**) oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı da belirlenen akdi faiz oranıyla aynı olacaktır. Diğer bir ifade ile kararlaştırılan sözleşme akdi anapara faiz oranı aynı zamanda temerrüt faiz oranı olarak kabul edilir.

Eğer taraflar sözleşmede (**% 9+% 4,5= % 13,5**) ile (**% 9+%9 = % 18**) arasında akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırmamış iseler, akdi anapara faiz oranı (**% 9+% 4,5= % 13,5**) oranına çekilirken, belirlenen bu oran Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işler bakımından geçerli olan yasal temerrüt faizi olan (**% 9**) oranından daha fazla olduğu için temerrüt faizi oranı da belirlenen akdi anapara faiz oranıyla aynı olacaktır (**% 9+% 4,5= % 13,5**).

Taraflar sözleşmede (**% 9+%9 = % 18**)'in yukarisında akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırmamış iseler, akdi anapara faiz oranı (**% 9+% 4,5= % 13,5**) oranına çekilirken, temerrüt faizi oranı da belirlenen akdi anapara faiz oranıyla aynı olacaktır (**% 9+% 4,5= % 13,5**).

⁹³ Aydın, s. 227; Aydoğdu, s. 107-108; Demir, Ş, s. 221.

Ancak taraflar sözleşmede yasal temerrüt faizi olan (**% 9**) oranından daha düşük oranda akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırmamış iseler, yasal temerrüt faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak kabul edilir (**% 9**)⁹⁴.

b. Yabancı Para Borçlarında Uygulanacak Akdi Temerrüt Faizi

Kural olarak taraflar sözleşme ile yabancı para borçlarında akdi temerrüt faizi ödeneceğini kararlaştırırken yıllık oranı serbestçe belirleyebilirler. Ancak ülke parasına uygulanacak kanuni temerrüt faizi ve akdi temerrüt faizine getirilen sınırlamalar yabancı para borçları açısından da geçerlidir. Temerrüt faizini sınırlayan hükümlerde, asıl borcun Türk Lirası biçiminde kararlaştırılmış olmasına ilişkin hiçbir sınırlandırma ve belirleme yoktur. Kaldı ki, yabancı para borçlularının bu sınırlandırma korumasından hariç bırakılması, hükmün konuluş amacına da aykırı olur⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde, yabancı para borçlarına uygulanabilecek akdi temerrüt faizi Türk Borçlar Kanunu m. 120/2 hükmüne göre belirlenir. Buna göre sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık akdi temerrüt faizi oranı, 3095 sayılı Kanun m. 4/a'ya göre (**Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı**) esas alınarak belirlenen yıllık faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. Getirilen sınırlama emredici nitelikte olduğundan aksi kararlaştırılmaz. Sözleşmede kararlaştırılan akdi temerrüt faiz oranı mevzuatta belirlenen orandan fazla ise, oran en yüksek limitten (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı + %100'ü)'den kararlaştırılmış sayılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 120/3 ise sözleşmede akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırılmadığı durumlarda temerrüt faizinin ne şekilde tespit edeceği düzenlemiştir. Bu hükme göre yıllık akdi anapara faiz oranı 3095 sayılı Kanunun 4/a'ya göre belirlenen yıllık (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı)'ndan fazla ise, temerrüt faizi oranı da belirlenen akdi faiz oranıyla aynı olacaktır. Diğer bir anlatım ile sözleşmede kararlaştırılan akdi faiz oranı aynı zamanda temerrüt faiz oranı olarak kabul edilir.

Eğer taraflar sözleşmede (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı + %50'si)'nden

⁹⁴ Aydın, s. 226; Aydoğdu, s. 107-108; Aydoğdu/Ayan, s. 22-25-26; Baygın, s. 127; Demir, M, s. 32; Demir, Ş, s. 221; Eren, s. 982; Kılıçoğlu, s. 620-621; Nomer, (Borçlar Hukuku) s. 251; Oğuzman/Öz, s. 495-497; Öz, (Yeni Borçlar Kanunu) s. 19; Reisoğlu, Sefa, s. 315-318, 373-374.

⁹⁵ Ayan, s. 779-780; Aydın, s. 229; Aydoğdu, s. 98.

fazla akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırmamış iseler, akdi anapara faiz oranı (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı + % 50'si)' oranına çekilirken, belirlenen bu oran adi işler bakımından geçerli olan yasal temerrüt faizi olan (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı) oranından daha fazla olduğu için temerrüt faizi oranı da belirlenen akdi anapara faiz oranıyla aynı olacaktır (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı + % 50'si).

Ancak taraflar sözleşmede yasal temerrüt faizi olan (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı) oranından daha düşük oranda akdi anapara faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte akdi temerrüt faizi kararlaştırmamış iseler, yasal temerrüt faizi oranı olan (Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı) temerrüt faizi oranı olarak kabul edilir⁹⁶.

Az önce yabancı para borçlarında akdi ve kanuni anapara faizi bölümlerinde açıklandığı gibi, yabancı para borçlarına akdi temerrüt faizi uygulanabilmesi için borcun aynen (efektif) yabancı para olarak ifası veya ödeme günündeki rayiçten ülke parasıyla ifası arasında fark yoktur⁹⁷. Bu iki halde de yabancı para borçlarına akdi temerrüt faizi uygulanabilir. Devlet bankalarının mevduat olarak kabul etmediği yabancı paralar için faiz oranlarının (kanuni anapara) ne şekilde tespit edileceği belirsizdir⁹⁸. Bu konuda yapılacak iş, Devlet Bankalarının mevduat olarak kabul edilen yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranlarını isteyerek tespit etmek; bunlar esas alınarak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve o yabancı para ile açılmış olsa idi bir yıl vadeli mevduat hesabına ödeyeceği en yüksek faiz oranını belirlenmesi ile belirlenen bu oran esas alınarak bu oranın % 100'ünü aşmayacak şekilde üst sınır getirmektir.

2. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi İşlerde Kanuni Temerrüt Faizi

a. Ülke Parasına Uygulanacak Kanuni Temerrüt Faizi

Temerrüt faizinin talep edilebilmesi, sözleşme ile kararlaştırılmış olmasına bağlı değildir. Diğer bir anlatımla anapara faizinden farklı olarak, temerrüt faizi kanun gereği kendiliğinden doğan bir yan borç olduğundan (TBK m. 120), taraflar sözleşme ile temerrüt faizinin ödeneceğini açıkça kararlaştırmamış olsalar bile temerrüt faizinin istenmesi mümkündür⁹⁹. Para borçlarında borçlu temerrütüne bağlanan sonuçlardan birisi, temerrüt faizi ödeme

⁹⁶ Aydın, s. 229; Aydoğdu/Ayan, s. 22-25-26; Demir, Ş, s. 226.

⁹⁷ Demir, Ş, s. 228; Oğuzman/Öz, s. 498.

⁹⁸ Birsnel/Sevi, s. 1058; Demir, Ş, s. 226; Oğuzman/Öz, s. 498-499.

⁹⁹ Aydın, s. 228; Aydoğdu, s. 107; Aydoğdu/Ayan, s. 25.

yükümlülüğüdür.

Türk Borçlar Kanunu m. 120/1, kanuni temerrüt faizini düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre *“Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.”* Yürürlükte olan mevzuat, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. 3095 sayılı Kanun m. 2/1 gereğince, *“Bir miktar paranın ödenmesinde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.”* 3095 sayılı Kanun'un 1/1. maddesi *“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 oranı üzerinden yapılır.”* şeklindeki düzenleme ile kanuni faiz oranını % 12 olarak belirlemiştir. Bakanlar Kurulu, 3095 sayılı Kanun m. 1/2'den aldığı yetkiye dayanarak 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kanuni faiz oranını (% 9)'a indirmiştir. Halen Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde kanuni temerrüt faiz oranı (% 9)'dur¹⁰⁰.

b. Yabancı Para Borçlarında Kanuni Temerrüt Faizi

Taraflar sözleşme ile temerrüt faizinin ödeneceğini kararlaştırmamış olsalar bile yabancı para borçlarında da temerrüt faizinin istenmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu m. 120/1, kanuni temerrüt faizini düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 120/1, faiz borcunda ülke parası ve yabancı para ayrımı yapmadığından, anılan yasa hükmü yabancı para borçlarında kanuni temerrüt faizi için de geçerlidir. Çıkarılan bu sonuca göre uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan, mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Yürürlükte olan mevzuat, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. Uygulanacak kanuni temerrüt faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 4/a maddesine göre belirlenmelidir.

Yabancı para borçlarında, temerrüt faizi ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemişse 3095 sayılı Kanun'a 3678 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen **4/a** maddesi uyarınca, yabancı para borcuna, **(Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı)** uygulanır¹⁰¹.

¹⁰⁰ Aydın, s. 227-228; Aydoğdu, s. 107; Demir, M, s. 32; Demir, Ş, s. 220-221; Eren, s. 982; Kılıçoğlu, s. 620-621; Oğuzman/Öz, s. 495-497; Öz, (Yeni Borçlar Kanunu) s. 19; Reisoğlu, Sefa, s. 315-318, 373-374.

¹⁰¹ Aydın, s. 227-229; Aydoğdu, s. 98; Aydoğdu/Ayan, s. 22-25-26; Demir, Ş, s. 226.

Yabancı para borçlarına kanuni temerrüt faizi uygulanabilmesi için borcun aynen (efektif) yabancı para olarak ifası veya ödeme günündeki rayiçten ülke parasıyla ifası arasında fark yoktur¹⁰². Her iki halde de yabancı para borçlarına kanuni temerrüt faizi uygulanabilir. Devlet bankalarının mevduat açmadığı yabancı paralar için faiz oranlarının (kanuni anapara) ne şekilde tespit edileceği belirsizdir¹⁰³. Bu konuda yapılacak iş, Devlet Bankalarının mevduat olarak kabul edilen yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranlarını isteyerek bulmak ve bunlardan hareketle gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve o yabancı para ile açılmış olsa idi bir yıl vadeli mevduat hesabına ödeyeceği en yüksek faiz oranını belirlenmesi ile belirlenen bu oranın esas alınmasıdır.

C. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ (TBK m. 253/3-10 ve 260/2)

Türk Borçlar Kanunu m. 253/1’de yer alan tanım uyarınca, taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır¹⁰⁴. Satımın özel bir türü olan taksitle satış sözleşmesi aynı zamanda kredili satımın da bir çeşidi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 259’da alıcının peşinatı ve taksitleri ödemede temerrüde düşmesini ayrı ayrı hükümlerle düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 259/1 uyarınca; alıcı peşinatı ödemede temerrüde düşerse satıcı, sadece peşinatı isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 259/2 uyarınca; alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı, muaccel olmuş taksitleri veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir¹⁰⁶.

1. Alıcının Peşinatı Ödemede Temerrüde Düşmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda alıcının peşinat ödeme yükümü ve buna ilişkin temerrüdün sonuçları, taksit ödemede temerrütten ayrı

¹⁰² Demir, Ş, s. 228; Oğuzman/Öz, s. 498.

¹⁰³ Birsnel/Sevi, s. 1058; Demir, Ş, s. 226; Oğuzman/Öz, s. 498-499.

¹⁰⁴ Aslanova, Kemale: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikleri”, *Beykent Üniversitesi/ Beykent University Sosyal Bilimler Dergisi / Journal of Social Sciences* (5), 2, 2012, s. 91; Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 842; Ünlütepe, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2, s. 298; Yılmaz, Canan: “6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK M. 253-262)” *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 450.

¹⁰⁵ Yılmaz, s. 450.

¹⁰⁶ Ünlütepe, s. 341-342; Yılmaz, s. 466-467.

olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 256 peşinat ödenmesine ve m. 259/1, m. 260/2 peşinat ödemesinde temerrüde ilişkin hükümleri düzenlemektedirler¹⁰⁷. Alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi halinde Türk Borçlar Kanunu m. 259/1 uyarınca satıcının elinde sadece iki seçimlik hak vardır: satıcı ya peşinatı isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

a. Alıcı Sadece Peşinatı İstiyorsa yani Aynen İfayı Seçmişse

Alıcının peşinat ödemesinde temerrüde düşmesi halinde, satıcı Türk Borçlar Kanunu m. 259/1'e göre sadece peşinatı istiyorsa, yani aynen ifayı seçmişse, ki bu seçenekte sözleşme ayakta, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler doğrultusunda, Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 10. bendi de gözetilerek ayrıca temerrüt faizi talep edebilir¹⁰⁸.

Bu noktada öncelikle “**ayrıştırma**” işlemi üzerinde durmamız gerekmektedir. Taksitli satışlarda bedel/semen genellikle peşin satıştan daha yüksek tutulur¹⁰⁹. Taksitli satışta satış bedelinin yüksek belirlenmesi nedeni peşin fiyata ödeme süresi göz önüne alınarak peşin bedele işleyecek faiz miktarı ilave edilerek belirlenmesi yatmaktadır. Diğer bir anlatım ile satıcı taksitli satış nedeniyle peşin mal bedelinin işleyecek faizini satış fiyatına dahil etmektedir. Bu nedenlerle “ayrıştırma” yapılması gerekmektedir. “Ayrıştırma” malın peşin fiyatı ile vadeli yani taksitli satış arasındaki farktır. Yani öngörülen, işleyecek faizdir; diğer bir deyim ile vade farkıdır.

O halde peşinatın hesaplanmasında yapılacak iş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddenin 3 ve 4 bentleri uyarınca yukarıdaki ilkeler çerçevesinde, “ayrıştırma” neticesinde peşin satış bedeline göre peşinat bedelinin belirlemek ve faiz ilavesi dışındaki asıl peşinata temerrüt faizi yürütmek olmalıdır. Aksinin düşünülmesi yani sözleşmede belirtilen peşinatın tamamına temerrüt faizi yürütülmesi halinde faize faiz yürütülmüş olacaktır. Bileşik faiz ise yasaktır. Burada temerrüt faiz oranı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 10. bendi uyarınca yıllık faiz (**yasal faiz = % 9 oranının %30 fazlası olan yıllık = %11,70**) şeklinde bulunmaktadır. Yabancı para borçlarında yıllık faiz oranı (4/a + %30'unu)' u aşmamalıdır.

b. Alıcı Sözleşmeden Dönme Hakkını Seçmişse

Türk Borçlar Kanunu m. 260/2 satıcının sözleşmeden dönmesinin sonuçlarını genel hükümlerden ayrılarak özel olarak düzenlemektedir. Genel hükümlere göre farklı düzenlemeler öngörülmesinin nedeni, bu yasal düzenleme ile satıcının taleplerini belirleyerek kesinleştirmek böylece sözleşmenin zayıf tarafı olan alıcıyı satıcının aşırı istemlerine karşı korumaktır¹¹⁰. Satıcı, satılanın

¹⁰⁷ Aslanova, s. 94; Ünlütepe, s. 341-342; Yılmaz, s. 466-467.

¹⁰⁸ Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 468.

¹⁰⁹ Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 469.

¹¹⁰ Yılmaz, s. 471.

alıcıya devrinden önce alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönmüşse; alıcı satılanı hiç kullanmamış olduğu için satıcı sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, (“ayrıştırma” neticesinde peşin satış bedeline göre faiz ilavesi dışındaki belirlenen asıl peşinata) sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek **yasal faizi (% 9)** talep edebilecektir¹¹¹. Bu bir nevi kanuni ceza koşuludur.

Satıcı, bu yasal faiz ile ayrıca sözleşmenin kurulmasından sonra, fiyat dalgalanmaları veya model değişikliği gibi satılanın uğramış olduğu değer kaybı nedeniyle tazminat talep edebilecektir. Ancak satıcı dönme yüzünden uğradığı kazanç kaybını isteyemeyecektir. Sözleşmede alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi durumunda ayrıca ceza koşulu kararlaştırılmışsa, bu ceza koşulu peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz. Şüphesiz alıcının ödemiş olduğu kısmi peşinat varsa satıcı, ödenmiş olan kısmi peşinatı alıcıya iade etmekle yükümlüdür¹¹².

Türk Borçlar Kanunu m. 259/1 ve 260/2'ye göre satıcı alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden, satılanın devrinden önce sözleşmeden dönmesi halinde, alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek **yasal faiz (%9)** isteyebilir.

2. Alıcının Taksitleri Ödemede Temerrüde Düşmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 259/2 uyarınca, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde satıcının üç seçimlik hakkı vardır; muaccel olmuş taksitleri talep edebilir veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir¹¹³.

a. Satıcı Muaccel Olmuş Taksitleri Talep Ederse

Alıcının taksit ödemede temerrüde düşmesi halinde, satıcı Türk Borçlar Kanunu m. 259/2'ye göre sadece muaccel olmuş taksitleri istiyorsa, yani aynen ifayı seçmişse ki bu seçenekte sözleşme ayaktadır, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler doğrultusunda, Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 10. bendi gözetilerek temerrüt faizi ile ayrıca aşkın zarar da talep edebilir¹¹⁴.

Satıcı taksitli satış nedeniyle genellikle peşin mal bedelinin işleyecek faizini satış fiyatına dahil etmektedir¹¹⁵. Bu nedenlerle taksit bedellerinde “ayrıştırma” yapılması gerekmektedir. “Ayrıştırma” malın peşin fiyatı ile vadeli yani taksitli satış arasındaki farktır. Yani öngörülen, işleyecek faizdir; diğer bir deyim ile de vade farkıdır.

¹¹¹ Aslanova, s. 95; Yılmaz, s. 471-474.

¹¹² Yılmaz, s. 474.

¹¹³ Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 469.

¹¹⁴ Yılmaz, s. 469.

¹¹⁵ Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 469.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 3. ve 4. bentleri ve Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliği m. 6/1 hükümlerinden de bu sonuca yani ayırıştırma işlemine ulaşmaktayız. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 3. ve 4. bentlerine göre malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde sözleşmede; satılanın peşin satış bedeli, taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel hususları gösterilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 21 hükmüne göre çıkarılan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliğinin sözleşmenin zorunlu içeriği başlıklı 6/1 maddesinin (e) ve (f) bentlerine göre, taksitle satış sözleşmeleri; malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak peşin fiyatı, malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak taksitle satış fiyatı bilgilerini içermesi zorunludur. Anılan bu düzenlemeler ayırıştırma yapılması gerekliliğine işaret etmektedir.

O halde muaccel taksitlerin hesaplanmasında yapılacak iş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddenin 3. ve 4. bentleri uyarınca yukarıdaki ilkeler çerçevesinde, “ayırıştırma” neticesinde peşin satış bedeline göre taksit bedelini belirlemek ve faiz ilavesi dışındaki asıl taksit miktarına temerrüt faizi yürütmek olmalıdır. Aksinin düşünülmesi yani sözleşmede belirtilen taksit bedelinin tamamına temerrüt faizi yürütülmesi halinde faize faiz yürütülmüş olacaktır. Bileşik faiz ise yasaktır. Burada temerrüt faiz oranı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 10. bendi uyarınca yıllık faiz (**yasal faiz = % 9 oranının %30 fazlası olan yıllık = %11,70**) şeklinde bulunmaktadır. Yabancı para alacaklarında yıllık faiz oranı (4/a + %30'unu), aşmamalıdır.

b. Satıcı Geri Kalan Satış Bedelinin Tamamının Bir Defada Ödenmesini - (Bütün Taksitleri) - Talep Ederse (Muacceliyet-Muaccel Kılınma)

Satıcı muacceliyet şartı ile koşulları oluştuğunda ödenmeyen bütün taksitleri muaccel kılsa, hakkı olmaksızın fazla menfaat sağlamaması ve alıcının aşırı yüksek faizlere karşı sömürülmesini önlemek amacıyla, Türk Borçlar Kanunu m. 253/3, 259/1 ile alıcıyı korumaya yönelik olarak temerrüt faizine sınırlamalar getiren özel hükümler getirmiştir¹¹⁶.

Sözleşme konusu taşınır ise, Türk Borçlar Kanunu m. 253/3'e göre, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması hâlinde, sözleşmede “*Temerrüt veya vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere ödenecek faiz.*” sözleşmede belirtilecek hususlardan biridir¹¹⁷. Buna göre Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan taksitle satış sözleşmelerinde malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu m. 253/3'e göre temerrüt faizi yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçemeyeceğinden, akdi temerrüt faiz oranı yıllık (**yasal faiz= % 9 oranının**

¹¹⁶ Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 469.

¹¹⁷ Kara, s. 843; Yılmaz, s. 455-456.

%30 fazlası olan yıllık = %11,70'i geçemeyecektir. Yabancı para alacaklarında ise yıllık faiz oranı ($4/a + \%30$ 'unu) şeklinde olmaktadır.

Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 3. ve 4. bentleri ve Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliği m. 6/1 hükümlerinden de bu sonuca ulaşmaktayız. 6098 sayılı TBK 253/3. maddesinin 3. ve 4. bentlerine göre malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede; satılanın peşin satış bedeli, taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel hususları belirtilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 21 hükmüne göre çıkarılan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliğinin sözleşmenin zorunlu içeriği başlıklı 6/1. maddesinin e ve f bentlerine göre, taksitle satış sözleşmeleri; malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak peşin fiyatı, malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak taksitle satış fiyatı bilgilerini içermesi zorunludur. Anılan düzenlemeler ayırıştırma yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

Bu noktada öncelikle yukarıda ifade edilen “ayırıştırma” işlemi yapılmalıdır.

O halde muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında yapılacak iş; yukarıdaki ilkeler çerçevesinde muacceliyet tarihindeki asıl alacağı yani peşin satış bedeline göre muaccel kılınan çıplak taksitler bedelini bulmak ve muacceliyet tarihinden sonrası için bileşik faize meydan vermeyecek şekilde asıl alacak üzerinden temerrüt faizi (**yasal faiz % 9 oranının %30 fazlası olan: yıllık = %11,70**) yürütmekten ibaret olmalıdır. Yabancı para alacaklarında asıl alacak üzerinden temerrüt faizi yıllık ($4/a + \%30$ 'unu) aşmayacak şekilde yürütülmelidir.

c. Satıcı Sözleşmeden Dönerse

Türk Borçlar Kanunu m. 259/2 uyarınca, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde satıcı, Türk Borçlar Kanunu m. 260/1 uyarınca diğer bir seçimlik hakkını kullanarak satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönebilir¹¹⁸.

Sözleşmeden dönme halinde, satıcı ödenmiş taksitleri alıcıya iade etmelidir. Alıcının ödediği taksit bedellerinin satıcıda kalacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçerli değildir. Alıcının uygun bir kullanım bedeli ödediği gözönünde tutulursa ödemiş olduğu taksitler için de faiz isteyebileceği akla gelebilir ise de¹¹⁹; Türk Borçlar Kanunu m. 260/1'in açık hükmü uyarınca, her iki taraf aldığı geri vermekle yükümlü olduğundan “birlikte ifa” kuralı gereğince bu mümkün değildir, yani (**faiz istenemez**). Böylece alıcının talep

¹¹⁸ Aslanova, s. 95; Ünlütepe, s. 342; Yılmaz, s. 473.

¹¹⁹ Akçaal, Mehmet: “Borçlar Kanuna Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, 2014 (110), s. 93-94; Yılmaz, s. 473-474.

edebileceği hakların söz konusu hükümde sayılanlar ile sınırlı olduğu açıkça ifade edilmektedir. Yasa koyucu açıkça temerrüde düşen alıcıyı uygun bir kullanım bedeli ödemesi yoluyla cezalandırmaktadır. Bu bir nevi kanuni ceza koşuludur.

D. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE ALICININ TEMERRÜDÜNDE FAİZ ve ORTALAMA BANKA MEVDUAT FAİZİ (TBK m. 271)

Türk Borçlar Kanunu m. 271'de ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdünün sonuçları bakımından özel bir düzenleme öngörülmüştür.

1. Satıcının Vadesi Gelmiş Ödemeleri Talep Hakkı ve Satıcı Geri Kalan Satış Bedelinin Tamamının Bir Defada Ödenmesini - (Bütün Taksitleri) - Talep Hakkı (Muacceliyet - Muaccel Kılınma)

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşmesi durumunda satıcı ancak vadesi gelmiş taksitlerle birlikte temerrüt faizini (Türk Borçlar Kanunu m. 120) çerçevesinde isteyebilir¹²⁰. Satıcı, muacceliyet şartı ile koşulları oluştuğunda satış bedelinin tamamını muaccel kılabilir. Satış bedelinin tamamı için genel hükümler uygulanacağından satıcı, aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu m. 120 gereğince **temerrüt faizi** isteyebilir¹²¹. Dolayısıyla yukarıda anlatılan Türk Borçlar Kanunu m. 120 ile getirilen sınırlandırmalar bu bölümde de geçerlidir.

2. Satıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya tanınan diğer hak, sözleşmeden dönmedir. Alıcının temerrüdü hâlinde satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sonlandırır. Dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, Türk Borçlar Kanunu'nun 271' inci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenmiştir¹²².

a. Ödeme Süresi Bir Yıl veya Daha Az Olan Sözleşmelerde Satıcı, Alıcının Vadesi Gelmiş Ödemelerde Temerrüde Düşmesi Yüzünden Satılanın Devrinden Önce Sözleşmeden Dönerse

Türk Borçlar Kanunu m. 271/2 hükmünde aynen "*Satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, 260 inci maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak 269 inci maddenin ikinci fıkrasında ön görülen cayma parasını ve alıcıya ödemesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararların giderilmesini*

¹²⁰ Akçaal, s. 89.

¹²¹ Akçaal, s. 91.

¹²² Akçaal, s. 92.

isteyebilir.” denmektedir.

Türk Borçlar Kanunu 271/2 fıkrasının ilk cümlesi gereğince satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, Türk Borçlar Kanunu 260 ıncı maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır. Bu hüküm uyarınca, satıcı, alıcının vadesi gelmiş ödemelerde temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece ifa edilmeyen ödemeler üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek **yasal faizi (%9)** talep edebilir¹²³. Yasal faiz; Türk Borçlar Kanunu m. 88/1 delaletiyle 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu'nun 1/1 maddesi uyarınca halen **(%9)**'dur. Dolayısıyla tavan sınırlamanın uygulaması söz konusu değildir

b. Ödeme Süresi Bir Yıldan Uzun veya Belirsiz Olan Sözleşmelerde Satıcı, Ancak Kanununun 269 Uncu Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Cayma Parasını ve Alıcıya Ödenmesi Gereken Ortalama Banka Mevduat Faizini Aşan Zararlarının Karşılanmasını İsteyebilir

Türk Borçlar Kanunu 271/2 fıkrasının ikinci cümlesi gereğince; ödeme süresi bir yıldan uzun veya belirsiz olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde alıcının temerrüdünde satıcı sözleşmeden dönerse ancak kanununun 269' uncu maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının karşılanmasını isteyebilir. Buna göre mahkemece kamu-özel tüm bankaların verdiği mevduat faiz oranları istenerek, bunların aritmetik ortalaması alınacaktır¹²⁴. Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve 120/2 ile getirilen sınırlamaların bu bölümde söz edilen ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde uygulanması söz konusu olamaz.

Türk Borçlar Kanunu m. 265 gereğince ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf ya da yatırım hesabına yatırmakla yükümlü tutulmuştur. Banka her iki tarafın çıkarlarını gözetmek zorunda olduğu gibi açılan hesaptan her iki tarafın rızasıyla ödeme yapılabilecektir. Ödemeye ilişkin bu rıza önceden verilemez. Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde eğer alıcı satılan malın devrine kadar TBK m. 269 uyarınca sözleşmeden cayarsa, satıcı bu hesap üzerindeki tüm haklarını kaybetmiş olacaktır (m. 265)¹²⁵.

¹²³ Akçaal, s. 93.

¹²⁴ Akçaal, s. 93; Aslanova, s. 99; Aydoğdu, s. 120.

¹²⁵ Aslanova, s. 97.

c. Ödeme Süresi Bir Yıldan Daha Uzun Süreli Sözleşmelerde Temerrüde Düşmüş Olan Alıcının Malın Devrini İstemesi Halinde

Türk Borçlar Kanunu m. 271/3 ile “Bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi halinde satıcı, yasal ana para faizi ile birlikte devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir.” hükmünde belirtilen yasal ana para faizi; Türk Borçlar Kanunu m. 88/1 delaletiyle 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu'nun 1/1 maddesi uyarınca halen (**%9**)' dur. Dolayısıyla üst sınırlamanın uygulaması söz konusu değildir¹²⁶.

d. Satılanın Devredilmiş Olduğu Hâllerde, Dönme

Türk Borçlar Kanunu 271/4 ile “Satılanın devredilmiş olduğu hallerde, dönme konusunda 260' ıncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.” düzenlemesi gereğince sözleşmenin süresi bakımından herhangi bir farklılık gözetilmeksizin satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda Kanunun 260' ıncı maddesinin ilk fıkrasının uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Buna göre satıcının, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönmesi hâlinde taraflar aldıklarını iade ile yükümlüdür¹²⁷. Yukarıda açıklandığı gibi sözleşmeden dönme halinde satıcı ödenmiş taksitleri alıcıya iade etmelidir. Alıcının ödediği taksit bedellerinin satıcıda kalacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçerli değildir. Alıcının uygun bir kullanım bedeli ödediği gözönünde tutulursa ödenmiş olduğu taksitler için de faiz isteyebileceği akla gelebilir¹²⁸. Ancak Türk Borçlar Kanunu m. 260/1'in açık hükmü uyarınca, her iki taraf aldığı geri vermekle yükümlü olduğundan “birlikte ifa” kuralı gereğince bu mümkün değildir, yani (**faiz istenemez**). Böylece alıcının talep edebileceği hakların söz konusu hükümde sayılanlar ile sınırlı olduğu açıkça ifade edilmektedir. Yasa koyucu açıkça temerrüde düşen alıcıyı uygun bir kullanım bedeli ödemesi yoluyla cezalandırmaktadır. Bu bir nevi kanuni ceza koşuludur.

E. GEÇİCİ ÖDEMELERDE FAİZ (TBK m. 76)

Uygulamadaki mağduriyetleri ve haksızlıkları ortadan kaldıracak, aslında davalının da yararına olan, davalının davayı uzatmasının engelleyebilecek sosyal hukuk devletinin de gerekliliği olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu ve Mehaz İBK bulunmayan bu düzenleme ile; koşulların varlığı halinde hakim, istem üzerine davalının, zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir¹²⁹.

¹²⁶ Akçaal, s. 93; Aydoğdu, s. 119.

¹²⁷ Akçaal, s. 93-94; Aslanova, s. 99.

¹²⁸ Akçaal, s. 93-94; Yılmaz, s. 473-474.

¹²⁹ Aydoğdu, s.114.

Geçici ödemeler, davacı lehine hükmedilen tazminat miktarını aştığında ya da dava tümünden reddediliğinde; davacı yanca alınan geçici ödemeler sebepsiz zenginleşme oluşturacağından iade edilmesi gerekir¹³⁰. Hakim bu durumda davacının aldığı geçici ödemeleri ödemelerin fiilen yapıldığı tarihten işleyecek **yasal faizi (yasal temerrüt faizi)** ile birlikte geri vermesine karar verir¹³¹.

Fazla ödeme söz konusu olduğunda her ne kadar, hakim kararıyla geçici ödemeler yapılmış ise de davacı iyi niyetli kabul edilemez¹³². O halde davacının haksız fiile yönelik tazminat davasında talep ettiği temerrüt faizinin niteliğine göre sebepsiz zenginleşmeye konu olan fazla alacak içinde aynı yönde -talep gibi- temerrüt faizine hükmedilmelidir¹³³. Bu yorum tarzı lafzi ve amaca göre yorum kurallarına, hak ve adalet kaidelerine uygun adil bir çözümdür.

Türk Borçlar Kanunu 88. ve 120. madde hükümleri gözetildiğinde; adi işlerde yasal temerrüt faizi (**%9**), ticari işlerde yasal temerrüt faizi (**%9-veya-avans faiz oranı**), yabancı para alacaklarında (**Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı**) tüketici işlemlerinde (**%9**) oranı uygulanmalıdır¹³⁴.

F. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ADİ İŞLERDE BİLEŞİK FAİZ

Türk Borçlar Kanunu'na göre adi işlerde faizin anaparaya eklenmesi suretiyle bulunan tutara yeniden faiz yürütülmesi şeklinde işletilen bileşik faiz yasaklanmıştır.

3095 sayılı Kanun'un Mürekkep faiz başlıklı m. 3/1'de "*Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep (bileşik) faiz yürütülemez*" ifadesi ile bileşik faiz yasağına "*kanuni faiz ve temerrüt faizini*" aldığı açıkça vurgulanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 121/3'te "*temerrüt faizine*" ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceğini düzenlemiştir. Bu yasa hükmü ile "*temerrüt faizinin*" bileşik faiz yasağına alındığı görülmektedir. Diğer taraftan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26/2 ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/7 ile de açık bir şekilde bileşik faiz yasaklanmıştır.

3095 sayılı Kanun'un m. 3/1 ve Türk Borçlar Kanunu m. 121/3'ten hareketle bileşik faiz yasağının sadece "*kanuni faiz*" ve "*temerrüt faizini*" kapsadığı, ana para/sermaye faizini kapsamadığı söylenerek vade gününe kadar işleyen ana para faizinin borcu muaccel olduğu tarihten itibaren ana paraya ilave edilerek "*asıl alacak*" adı ile anılarak ve temerrüt faizinin asıl alacak üzerinden

¹³⁰ Aydoğdu, s. 115.

¹³¹ Aydoğdu, s. 114-115.

¹³² Aydoğdu, s.116.

¹³³ Aydoğdu, s. 116.

¹³⁴ Aydoğdu, s. 116.

hesaplanacağı doktrinde Mustafa ÇEKER tarafından savunulmakta ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10/04/1996 gün ve 19-56 Esas 248 Karar sayılı ilamı¹³⁵ ile "kredi kartı sözleşmesinde asgari ödenmesi gereken tutarın üzerindeki kısma uygulanması gereken faizin %7,77 olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde yer alan faiz akdi faiz niteliğindedir, o nedenle de borçluya ihtarname keşide edilerek temerrüde düşürülmesi dolayısıyla ana paraya ilave edilerek temerrüt faizi yürütülmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira BK'nın 104/son ve 3095 sayılı yasanın 3.maddesinde sadece geçmiş günler faizinin temerrüt faizinin tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yürütülemeyeceği öngörülmüştür." denilerek anılan uygulamanın da bu görüşü doğruladığı görülmektedir¹³⁶.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu m. 388/3 hükmü ile de ticari olmayan işlerde faizin anaparaya eklenmesi suretiyle bulunan tutara yeniden faiz yürütülmesi şeklinde işletilen bileşik faiz yasaklanmıştır. Türk Borçlar Kanunu 388. maddesinde herhangi bir ayırım gözetilmeksizin faizin ana paraya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılmasının men edildiği görüldüğünden gerek anapara (sermaye) faizi gerekse temerrüt faizinin de bu yasağa tabi olduğu, diğer bir anlatım ile tüm faizlerde bileşik faiz yasağı söz konusudur.

O halde taraflar gerek yasal gerekse sözleşmede belirledikleri temerrüt faizine faiz yürütülmesini kararlaştıramazlar. Aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir.

Fakat 3095 sayılı Kanun m. 3/2'de bileşik faiz konusunda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu düzenlenerek ticari işler bakımından uygulamanın farklı olacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

Öte yandan tarafların yapacakları anlaşmayla anapara faizi ve temerrüt faizinin anaparaya dönüşeceğini kararlaştırmaları ve anaparaya dönüşen tutara anapara faizi, vadesinde ödenmemesi halinde de temerrüt faizi yürütüleceğini kararlaştırmaları mümkün değildir. Bu tür sözleşmeler geçersizdir¹³⁷.

G. TBK m. 88 ve 120 HÜKÜMLERİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ UYGULANMASI (01.07.2012 TARİHİNDEN ÖNCESİNE)

6098 sayılı TBK ile anapara faizi ve temerrüt faizi ile ilgili olarak getirilen emredici ve genel nitelikli temel sınırlamalara ilişkin kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulaması, doktrinde olduğu gibi yargı kararlarında da tartışmalıdır.

¹³⁵ İlimi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Ekim1997, s 12905.

¹³⁶ Çeker, s. 71-72.

¹³⁷ Çeker, s. 71-72; Demir, Ş, s. 221-222-224-225; Eren, s. 983-984-985; Kılıçoğlu, s. 624; Reisoğlu, Sefa, s. 375-376.

1. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Geçmişe Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanamaz

a. Doktrinde Özellikle Seza Reisoğlu¹³⁸ Tarafından Savunulan Görüş

- 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinde genel bir ibare kullanılmış olsa da temerrüt, sona erme ve tasfiyelere 6098 sayılı Yasanın tüm emredici hükümleri değil, fakat varsa bu konulardaki "temerrüt, sona erme ve tasfiye" emredici maddeleri uygulanacaktır.

- 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddeleri ile bu maddelerin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yeni TTK'nın 9. maddesi ile ticari işlerde kanuni ana para faizi ile kanuni temerrüt faizinin kastedildiği ve 8/1. maddeye göre ticari işlerde "ana para faizi ve akdi faiz" ile temerrüt faizinin serbestçe belirlenebileceği sonucuna varılacaktır.

- Yürürlük Kanunu'nun 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır". Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar Yasalarda tanımlanmamış olup, Yargı kararlarında da bir tanıma yer verilmeksizin, her somut olayda; olayın kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olup olmadığı şeklinde görüş açıklanmaktadır. Öğretide ise "kamu düzeni" kavramı takdiri bir kavramdır. Genel bir ifade ile kamu düzeni, "muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kuralları ifade eder" denilmiştir. Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı sözleşmelerinin geçersiz olacağına gerek 818 sayılı Kanunda (m.20) ve gerekse 6098 sayılı Kanunda (m.27) değinilmektedir. Yeni Borçlar Kanununda aynı içerikte olmakla birlikte açıkça kamu düzeninden de söz edilmektedir. Yeni Borçlar Kanununun 27/1. maddesine göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine; kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler, kesin olarak hükümsüzdür". Ahlaka veya kamu düzenine aykırı sözleşmeler her iki Borçlar Kanununa göre hükümsüz olduğundan, Yürürlük Kanununun 2. maddesi olmasaydı dahi, yasal durumda bir değişiklik olmayacaktı.

- Yürürlük Kanununun 7. maddesine göre "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile ... faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır". Gerekçede de belirtildiği gibi 7. maddede *zikredilen maddelerin, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Yasalaşıp yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup da halen devam etmekte olan davalarda da uygulanması öngörülmüştür*. Belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka

¹³⁸ Reisoğlu, Seza: "Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 82, 2012, s.107-118.

ilişkin kuralları, Yürürlük Kanununun 2. maddesine göre “gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere” uygulanacağından, bunlara 7. maddede ayrıca yer verilmesi bir tekrardan ibarettir. Yeni TTK'nın 8. maddesindeki faiz oranının serbestçe belirlenmesinin, hem anapara faizini, hem de temerrüt faizini kapsadığının kabul edilmesi halinde devam eden davalarda da Bankalara BK 120. madde uygulanmayacaktır.

b. Uygulama

- HGK 15.04.2015 Gün, Esas: 2013/23-1758, Karar: 2015/1190 sayılı kararlarında TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanabilirliğini kabul etmiş ise de kısa bir süre sonra 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23-2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarında bu görüşünden dönerek faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına hükmetmiştir.

- Yargıtay 11. HD 04.02.2014 tarihli bir kararında¹³⁹ TBK'nın 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağını kabul etmiş ise de 31.03.2015 tarihli diğer bir kararlarında¹⁴⁰ tüketici yönünden TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermiştir.

- Yargıtay 12. HD icra takibi de dava gibi düşünüleceğinden, 6098 Sayılı TBK'nın anılan hükümlerinin henüz sonuçlanmamış icra takiplerinde de uygulanması gerektiğinden bahisle tüm uygulamalarında¹⁴¹ TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermektedir.

- Yargıtay 15. HD işin ticari olması halinde dahi 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanabileceği yönünde kararlar¹⁴² verirken 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden ve uygulamasından dönerek TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar sözleşmeyle belirlenen faiz oranı, bu tarihten sonra ise sınırlandırılmış temerrüt faizinin uygulanması faiz oranı yönünden kademeli hüküm kurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁴³.

¹³⁹ 11. HD 04.02.2014 Gün, Esas: 2013/10514, Karar: 2014/1860 (Uyap).

¹⁴⁰ 11. HD 31.03.2015 Gün, Esas: 2014/7236, Karar: 2015/4469 (Uyap).

¹⁴¹ 12. HD 02.04.2013 Gün, Esas: 2013/2894, Karar: 2013/12614; 12. HD 13.03.2017 Gün, Esas: 2016/12295, Karar: 2017/3757; 12. HD 23.03.2017 Gün, Esas: 2016/19144, Karar: 2017/4375; 12. HD 17.04.2017 Gün, Esas: 2016/14212, Karar: 2017/5880 (Uyap).

¹⁴² 15. HD 09.05.2013 Gün, Esas: 2013/3943, Karar: 2013/5537; 15. HD 22.01.2014 Gün, Esas: 2013/6612, Karar: 2014/457; 15. HD 03.07.2015 Gün, Esas: 2015/725, Karar: 2015/3930 (Uyap).

¹⁴³ 15. HD 17.05.2016 Gün, Esas: 2015/5155, Karar: 2016/2836 (Uyap).

- Yargıtay 19. HD 22.10.2015 Gün, Esas: 2015/1177, Karar: 2015/13436 sayılı kararlarında TBK hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermiştir.

Bu noktada TBK m. 88 ve 120 Hükümleri geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanamaz görüşünde olan Yüksek Mahkeme HGK ile 11., 12., 15. ve 19. Hukuk Dairesi'nin; "6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 7. maddesi ile kanun koyucu aşırı faizin önüne geçmek yönündeki iradesini derdest davalara da yansıtmıştır. Ancak Yürürlük Kanunu'nun "görülmekte olan dava" kıstasının, faizin dava içinde devam ettiği halleri gösterdiği kabul edilmelidir. Asıl alacak 818 sayılı BK'na tâbi olarak doğmuş ve bu Kanun'a göre faiz işlemiştir. Böyle bir halde faize ilişkin sınırlamanın, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden önce oluşan asıl borç ve buna işleyecek faiz bakımından da uygulanması, Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesindeki temel ilkeye aykırıdır." gerekçesiyle karar verdiği görülmektedir. Bu durumda, 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin uygulamasında, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar sözleşmeyle belirlenen faiz oranlarının, bu tarihten sonra ise TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerince belirlenecek sınırlandırılmış faizin uygulanması, faiz oranları yönünden kademeli hüküm kurulması gerektiği sonucuna ulaşıldığı tespit edilmektedir.

2. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Geçmişe Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanabilir

- HGK 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23-2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarına kadar TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanabilirliğini kabul etmiştir.

- Yargıtay 3. HD, (Kapatılan) 6. HD, 13. HD, 18. HD, 20. HD ve 23. HD istikrarlı bir şekilde faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına hükmetmiştir¹⁴⁴.

¹⁴⁴ 3. HD 12.05.2014 Gün, Esas: 2014/3318 Karar: 2014/7194; 3. HD 27.02.2017 Gün, Esas: 2017/2722, Karar: 2017/2010; 6. HD 09.10.2012 Gün, Esas: 2012/11893, Karar: 2012/12986; 6. HD 24.10.2013 Gün, Esas: 2013/12480, Karar: 2013/14260; 13. HD 21.12.2012 Gün, Esas: 2012/17865, Karar: 2012/26319. 06.12.2012 Gün, Esas: 2012/17742, Karar: 2012/28034; 13. HD 14.03.2013 Gün, Esas: 2012/21667, Karar: 2013/6496; 13. HD 05.03.2014 Gün, Esas: 2013/26191, Karar: 2014/6027; 13. HD 16.4.2014 Gün, Esas: 2013/30975, Karar: 2014/11935; 13. HD 25.04.2016 Gün, Esas: 2014/16549, Karar: 2016/11296; 13. HD 13.04.2015 Gün, Esas: 2014/28587, Karar: 2015/11887; 18. HD 03.03.2016 Gün, Esas: 2016/2712, Karar: 2016/3734; 18. HD 20.10.2016 Gün, Esas: 2016/9896, Karar: 2016/11521; 20. HD 29.06.2017 Gün, Esas: 2017/1980, Karar: 2017/5997; 20. HD 05.07.2017 Gün, Esas: 2017/1895, Karar: 2017/6248; 23. HD 12.07.2017 Gün, Esas: 2015/6498, Karar: 2017/2053 (Uyap).

Yargıtay 11. HD bir kararında¹⁴⁵, TBK'nın 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağını kabul etmiş ise de 31.03.2015 günlü diğer bir kararlarında¹⁴⁶ tüketici yönünden TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanamayacağını söylemiştir.

Yargıtay 15. HD için ticari olması halinde dahi 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanabileceği yönünde kararlar¹⁴⁷ verirken 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden dönmüştür.

Bu bağlamda TBK m. 88 ve 120 Hükümleri geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanır görüşünde olan Yüksek Mahkeme 3., (Kapatılan) 6., 13., 18., 20. ve 23. Hukuk Dairesi'nin ; "Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir. Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar. Kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren ortaya çıkan olay ve hukukî ilişkilere uygulanırlar. Dolayısıyla geçmişe yürümezler. Yürürlükten kalkan kanunlar ise artık etkilerini kaybederler ve yeni ortaya çıkan olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanmazlar. Bununla beraber, çeşitli sebeplerle bazen yeni kanunun daha önce ortaya çıkmış olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanması söz konusu olabilir. Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden ve bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen hükümler, emredici hukuk kuralı özelliği taşır. Emredici kurallar aksi taraflarca kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kuralların uygulanmaması konusunda yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmediği gibi, emredici kuralın uygulanmasına da engel teşkil etmez. Bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genel olarak kuralın ifade ve yazılışından anlaşılırsa da bazı durumlarda değişiklik

¹⁴⁵ 11. HD 04.02.2014 Gün, Esas: 2013/10514, Karar: 2014/1860 (Uyap).

¹⁴⁶ 11. HD 31.03.2015 Gün, Esas: 2014/7236, Karar: 2015/4469 (Uyap).

¹⁴⁷ 15. HD 09.05.2013 Gün, Esas: 2013/3943, Karar: 2013/5537; 15. HD 22.01.2014 Gün, Esas: 2013/6612, Karar: 2014/457; 15. HD 03.07.2015 Gün, Esas: 2015/725, Karar: 2015/3930 (Uyap).

gösterebilir. Bu yüzden ilk olarak maddenin yazılış ve ifade tarzına bakılmalı, maddenin düzenleniş amacı da değerlendirilerek kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar değerlendirildiğinde, TBK'nın 88. ve 120. maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerektiği gibi 6101 Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunu'nun 7. maddesinde de anapara faizine ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddenin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Açıklanan yasal düzenlemeler gereği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 88. ve 120. maddesine göre faizin hesaplanması gerekir" şeklinde düşünmüş açıkça TBK'nın 88. ve 120. maddesi hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden önceye de uygulanması istenmektedir.

c. Kanaatimizce; TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Geçmiş Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanabilir

- 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinde genel bir ibare kullanılmış özellikle temerrüt ve buna bağlı olarak temerrüt faizi hakkında 6098 sayılı Yasanın m. 120 ile tüm emredici hükümleri 01.07.2012 tarihinden öncesine de uygulanmalıdır.

- Yürürlük Yasasının 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır". TBK uygulamasında borçlu lehine düzenlemeler içeren TBK'nın 88. ve 120. maddesi bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Borç, borçlu ve faiz arasındaki ilişki gözetilerek, borçlunun iktisadi açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki incelememize ait TBK hükümlerine tâbi adi işlerde; taraflar arasındaki ilişki, TBK'dan kaynaklanan ve TBK hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde bir sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmedir.

"Kamu düzeni" kavramı üzerinde durmak uyumsuzluğun çözümü için yararlı olacaktır. Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür." Bu genel çerçevede içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir. Diğer bir tanımla kamu düzeni, "muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kuralları ifade eder" denilebilir¹⁴⁸. Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak

¹⁴⁸ Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul, s. 149; Reisoğlu, Safa, s. 132.

ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan sözleşme hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Sözleşme hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, sözleşme hükmünün kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle uygulanmaz. Burada, sözleşme hükmünün tatbikini engelleyen kamu düzeninin “menfi etkisi”nden bahsedilir. Kamu düzeni kavramı geniş, muğlâk, izafi ve deęişkendir¹⁴⁹. Kamu düzeni tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır.

Sorunun Yürürlük Kanununun 2. maddesinde yer alan kamu düzeni açısından çözümünde, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır¹⁵⁰. Türk hukukunda kamu düzeni (amme intizamı) sözleşme hükmünün tatbikini önleyen istisnâ bir göreve sahiptir. Sözleşme hükmü ülkenin kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir.

Yukarıda değinilen TBK hükümleri ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre TBK m. 88 ve m. 120 hükümleri değerlendirildiğinde “faiz serbestisi” düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkündür. Diğer taraftan TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle faizlerin sınırlanması kurallarının, kamu düzeni korumak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallar olduğu belirlenmektedir. Zira bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Alacaklı borçlu ilişkisinin kamu düzeni ile ilgili olmasının yanında borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan “tarafların dengeli tutulması” ilkesi de bu kabulü doğrulamaktadır.

- 6101 Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 7. maddesinde anapara faizine ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddenin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlendiğinden

¹⁴⁹ Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul, s. 72-73-78.

¹⁵⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı; 10.02.2012 Gün, 2010/1 Esas, 2012/1 Karar.

01.07.2012 tarihinden öncesine de uygulanmalıdır.

- Sayın Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'nın da vurguladığı gibi, yeni kanunlarımızın uygulamasında; kanun boşlukları, hakların yarışması ya da çatışması veya haksız sonuçlarla karşılaşabiliriz. Gerçekten hakim kanun koyucu değildir. Hukukçuya düşen görev; hukuk kurallarının boşluklarını, eksikliklerini ve aksayan yönlerini özü şekle feda etmeden hak ve adalet ilkeleri doğrultusunda hukuk tekniğini de gözeterek keyfi olmayan adil çözümler üretmek olmalıdır. "Gerçek olmayan boşluk", "Örtülü boşluk" ve "Kıyas" yöntemlerinin kullanılarak çok nazik bir denge içerisinde yeni TBK içtihatlarının oluşacağını ümit ederek: açıklanan yasal düzenlemeler gereğince, her somut olayda; **TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilerek** eşitler arasında eşitsizliğe yol açmayacak şekilde 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. ile 253/3-10 maddesi hükümlerinin görülmekte olan davalara ve 01.07.2012 tarihinden önceye de uygulanması ile TBK'nın 88. ve 120. maddesine göre anapara ve temerrüt faizinin hesaplanması gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Faiz, para alacağının medeni (yasal) semeresidir ve para borçları dışındaki borçlarda faiz borcu doğmaz. Türk Borçlar Kanunu m. 99 gereğince konusu para olan faiz borçları ülke parası ile ya da yabancı para ile ödenmesi sözleşme ile kararlaştırılabilir.

Kanun koyucu, yerinde bir tutumla Türk Borçlar Kanunu m. 88/2, 120/2 ve 253/3-10 düzenlemeleri ile özellikle bir hukuk politikası tercihi olarak Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunmaları amacıyla sözleşme serbestliği ve irade özerkliğine müdahale ederek bu emredici hükümlerle, anapara faizi, temerrüt faizi ve taksitle satış sözleşmelerinde temerrüt faizine sınırlamalar getirmiştir.

Kural olarak Türk Borçlar Kanunu'na tabi adi işlerde taraflar sözleşme ile ülke parası ya da yabancı para borçlarında anapara (sermaye) faizi ve temerrüt faizi ödeneceğini kararlaştırırken yıllık oranı serbestçe belirleyebilirler. Ancak hukukumuzda ilk kez düzenlenen sınırlamalar neticesinde bugün itibarıyla;

- Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 hükmü ile, akdi anapara (sermaye) faizi ülke parası borçlarında (% 13.50)' yi, yabancı para borçlarında (4/a + %50'si)ni,

- Türk Borçlar Kanunu m. 120/2 hükmü ile, akdi temerrüt faizi ülke parası borçlarında (% 18.00)' i, yabancı para borçlarında (4/a + % 100'ü) nü,

- Türk Borçlar Kanunu m. 253/3-10 hükmü ile, akdi temerrüt faizi çıplak peşinat ve taksit bedellerine ülke parası borçlarında (% 11.70)' i, yabancı para borçlarında (4/a + % 30'u) nu aşamazlar.

Taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) faizi ödeneceğini kararlaştırıp oranı belirlememişlerse, bir başka anlatımla faiz ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemiş ise; kanuni yıllık anapara ve temerrüt faiz oranı % 9' dur. **Yabancı para borçlarında kanuni** yıllık faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. **4/a'ya göre belirlenir.**

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşmesi durumunda satıcı, vadesi gelmiş taksitleri veya satış bedelinin tamamını bir defada ödenmesini istiyorsa anılan bedellerle birlikte temerrüt faizini Türk Borçlar Kanunu m. 120'deki sınırlandırmalar çerçevesinde isteyebilir. Ödeme süresi bir yıldan uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satıcı, alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının karşılanmasını isteyebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 76 gereğince davacı lehine hükmedilen tazminat miktarı geçici ödemeyi aştığında ya da dava tümden reddediliğinde; davacı yanca alınan geçici ödeme sebepsiz zenginleşme oluşturacağından, ödemenin fiilen yapıldığı tarihten işleyecek yasal faizi (yasal temerrüt faizi) ile birlikte geri verilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 388 ve 121/3 uyarınca faizin anaparaya eklenmesi suretiyle bulunan tutara yeniden faiz yürütülmesi şeklinde işletilen bileşik faiz yasaklanmıştır.

TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin emredici hukuk kuralı niteliğini taşıması nedeniyle taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü neticesinde, anapara ve temerrüt faizine ilişkin sınırlamaların 01.07.2012 tarihinden öncesine ait hukuki işlemlere ve görülmekte olan davalara da uygulanacağı sonucuna ulaşmaktayız.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ADİ İŞLERDE FAİZ TABLOSU

ANAPARA FAİZİ		TEMERRÜT FAİZİ	
Kanuni	Akdi	Kanuni	Akdi
Adi iş	Anapara Faizi	Anapara Faizi	Temerrüt Faizi
Ülke parası	% 9	% 13.5 (Üst Sınır)	% 18.00 (Üst Sınır)
Yabancı para	4/a	4/a + %50'si (Üst Sınır)	4/a + %100'ü (Üst Sınır)
Taksitli satış			% 9 + %30'u
Ülke parası			% 11.70 (Üst Sınır)
Yabancı para			4/a + %30'u (Üst Sınır)

KAYNAKÇA

Akçaal, Mehmet: “Borçlar Kanuna Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, 2014 (110), s. 57-108.

Akil, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 67-107.

Anık, Gülgün: “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, *TBB Dergisi*, Sayı 59, 2005, s. (214-235).

Arıdemir, Arzu Genç: “Borcun İfa Edilmemesi Kavramı, Yaptırımı”, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ekim 2014, s. (374-385).

Aslanova, Kemale: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik Ve Yenilikleri”, *Beykent Üniversitesi/ Beykent University Sosyal Bilimler Dergisi / Journal of Social Sciences* (5), 2, 2012, s. 88-102.

Atamulu, İsmail; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Ayan, Serkan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 717-793.

Aydın, Gülşah Sinem: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler Bakımından Getirilen Değişiklikler”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2014/3, s. 223-231.

Aydoğdu, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), s. 85-136.

Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, Ankara, 2013.

Ayrancı, Hasan: “Para Borçlarında Temerrüt Faizi”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006 Sayı 5, s. 100-105.

Barlas, Nami: Para Borçlarının ödenmesinde Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.

Baygın, Cem: “Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri - Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik Ve Değişiklikler”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S 3-4 (2010), s. 119-144.

Belen, Herdem: “Borçlunun Temerrüdü”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ekim 2014, s. 412-432.

Birsel, Mahmut T./Sevi, Ali Murat : “3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan C. II s. 1029-1070.

Buz, Vedat: “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi” *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 91-111.

Çeker, Mustafa: Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 69-81.

Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul.

Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2012.

Demir, Şamil: “Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 207-234.

Doğan, Gülmelahat: “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, s. 386-413.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara, 2012.

Ertaş, Şeref: “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 309-317.

Göktürk, Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, Sayı 2, s. 3-44.

Gören, Zafer: “Suum-Cuique: Herkese Kendisinininki”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2016, s. 199-230.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

Havutçu, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Özel S.2010, (Basım Yılı: 2012). s. 579-605.

Helvacı, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000.

İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Ekim1997, S 12905.

Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2015.

Karadaş, İzzet: Eser (inşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı Ankara 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 16. B. Ankara, 2012.

Kızır, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2011.

Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Nomer, Haluk Nami: “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.II s. 1303-1313, İstanbul, 2011. (Haksız Fiil)

Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. B. İstanbul, 2012. (Borçlar Hukuku)

Orbay Ortaç, Nurdan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2, s. 117-133.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul, 2012

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 1999), s. 63-121.

Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilik ve Değişiklikler 2. B İstanbul, 2012. (Yeni Borçlar Kanunu)

Öz, M. Turgut; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 1. Bası İstanbul, Ocak 2013.
(İnşaat Sözleşmesi)

Özkaya, Eraslan; Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, 1. Baskı, 2012.

Reisoğlu, Sefa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B. İstanbul, 2012.

Reisoğlu, Seza; "Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 82, 2012, s.107-118.

Selimoğlu, Yaşar Engin; İstisna (Eser) Sözleşmesi, 1. Baskı Ankara, 2010.

Serozan, Rona; "Yeni Borçlar Kanunu'nda 'İfa Zamanı' ve 'Zamanında İfa Etmeme' Konularında Rastlanan Yenilikler" İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1072-1081.

Sütçü, Nezi; Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2014.

Şahin, Turan; Eser Sözleşmesinde Yüklenici Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul.

Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil; Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (Zamanaşımı)

Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil; Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017. (Gecikme Tazminatı)

Ünlütepe, Mustafa; "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2, s. 291-358.

Yağcı, Kürşad; "Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M. 88 Ve M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M. 8 Ve M. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", *İÜHF M. C. LXXI, S. 2*, 2013.

Yakuppur, Sendi; Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul ,2009.

Yener, Mehmet Deniz; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Basım Yayın, 1. Baskı, 2011.

Yılmaz, Canan; "6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK M. 253-262)" Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 449-477.

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN YARGI AŞAMALARI

Judiciary Stages of Nationalization in TRNC law

Pınar BEYOĞLU¹

Geliş Tarihi: 26.02.2018

Kabul Tarihi: 10.05.2018

ÖZET

Kamulaştırma devlet, belediyeler veya kamu tüzel kişilerince, yasada gösterilen ve kamu yararına olan amaç için karşılığını peşin ödemek veya yasanın belirleyeceği beş yılı aşmayan taksitlerle, özel mülkiyete konu taşınmazların tamamına veya bir kısmına el konulması veya üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi işlemidir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukunda kamulaştırma işlemi niteliği itibarıyla kamu hukuku alanına girmektedir. Bu çalışmada genel itibarıyla, KKTC hukukunda kamulaştırma işleminin yargı aşamaları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, İdare Hukuku, İdari Yargı, Kamulaştırma, Yargı Aşamaları

ABSTRACT

Nationalization is a process in which the state, municipal corporations or public corporate bodies can acquire all or some parts of private properties or obtain easements on private properties by paying its value in advance or up to five instalments. The laws of TRNC on the subject of nationalization fall on public sphere. In this work, judiciary stages of nationalization process in TRNC law will be examined.

Keywords: Turkish Republic of Northern Cyprus, Administrative Justice, Administrative Law, Nationalization, Judiciary Stages

I. GİRİŞ

KKTC Anayasası'nın 36. maddesi mülkiyet hakkının kullanılmasına kamu güvenliği, genel sağlık, genel ahlak, kent ve ülke planlaması veya herhangi bir malvarlığının kamu yararı için geliştirilmesi ve faydalı kılınması veya başkalarının haklarının korunması için gerekli kısıntı ve sınırlamaların yasa ile getirilebileceğini düzenlemekte, 41. madde ise kamulaştırma ve el koyma başlığı altında kamulaştırmayı düzenlenmektedir.

Kamu kuruluşlarının kamu hizmetlerini yürütebilmek için özel mülkiyete konu taşınmaz mallara gereksinme duymaları durumunda, idare bu gereksinimleri karşılamak için, satın alma yanında kamulaştırma yoluna gidebilmektedir.²

“Kamulaştırma işlemi devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kamu gücüne dayanılarak yapılan idari işlemdir.”³ Kamulaştırma niteliği itibarıyla kamu hukuku alanına girmektedir.

¹ Hâkim KKTC, e-mail: pinarbeyoglu@yahoo.com

² Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, 2018, s.1088

³ Ayşegül Çoban Atik, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara, Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi-1416 Birinci Baskı, Mayıs 2014, s. 278

II. KAMULAŞTIRMA KAVRAMI VE TANIMI

KKTC’de kamulaştırma 15/1962 sayılı Amme Menfaatı Yararına Maksatlar İçin Zorla Mal İktisabına Dair Yasa’da düzenlenmektedir.⁴

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasası, 16 Ağustos 1960 tarihinde bağımsız bir devlet olarak kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasına göre Türk ve Rum Temsilcilerinden oluşan Temsilciler Meclisi tarafından yapılmış ve Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.Yasa beş ana kısımdan oluşmaktadır.

Birinci Kısımda: Mukaddeme başlığı altında tefsirler,

İkinci Kısımda: Zorla Mal İktisabının Şartları Başlığı altında malın iktisap edileceği maksatlar, tasarlanan iktisap ihbarı, ilk tahkikat, iktisabın ihbarı veya uygulanması,

Üçüncü Kısımda: İktisap İçin Tazminat başlığı altında iktisabı yapan makamın anlaşma yoluyla mal satın alması, tazminatın mahkemeye havalesi, tazminat takdirinde uyulması gereken kurallar ve tazminata hakkı olan şahısların tazminat alması,

Dördüncü Kısımda: İktisap Edilen Malın Mülkiyeti, Kullanılması Ve Elden Çıkarılması başlığı altında kamulaştırmaya konu malın mülkiyeti, iktisap edilen malın kullanılacağı maksatlar ve iktisap edilen gayrimenkül malın elden çıkarılması,

Beşinci Kısımda ise Müteferrik Hükümler başlığı altında ihbarlar, vekiller, ferağ ile muamelelerin hükümsüz kılınmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

“ İdare hukuku’nda, idarenin zorla, özel mülkiyete konu olan taşınmaz malın mülkiyetini elde etmesi ve kamu yararı karşısında feda edilen bir özel mülkiyet sahibinin çıkarına karşılık olmak üzere bedel ödenmesi, kamulaştırma kavramı olarak ortaya çıkmaktadır.”⁵

“Kamulaştırma, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların mülkiyetinin idareye cebren geçirilmesini öngören bir usuldür.”⁶

⁴ www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx s.e.t 29.4.2018

⁵ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, s.5

⁶ Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım , Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 19. Baskı, Ağustos 2017, s.706

III. KKTC HUKUKUNDA YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ'NDE KAMULAŞTIRMA İLE İLGİLİ AÇILAN İPTAL DAVASI

1. İptal Davasının İlk İncelemesi

A. Genel Olarak

Yüksek Mahkeme Başkanı ve yedi üyeden oluşan KKTC Yüksek Mahkemesi istinaf mahkemesi olup, Yüksek İdare Mahkemesi (YİM) görevi yanında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Hukuk/Ceza ve Yüksek Seçim Kurulu olarak da görev yapmaktadır.

KKTC Anayasası'nın 152. maddesinde YİM'in "yürütsel veya yönetsel yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların sözkonusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahip olduğu" düzenlenmektedir. KKTC'de idari yargılama yetkisi YİM olarak oturum yapan Yüksek Mahkeme tarafından kullanılmaktadır.

60/90 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın 2. maddesi Bakanlıkların, Yerel Yönetimlerin, İskan Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası (İTEM) uyarınca oluşturulan komisyonların, Motorlu Araçlar Yolcu ve Eşya Taşımaları (Denetim) Yasası'nın 4. maddesi uyarınca oluşturulan İzin Kurulu'nun, Kamu Hizmeti Komisyonu'nun işlem, karar ve ihmallerine karşı açılan davaların üç yüksek mahkeme yargıcı olarak oturum yapan YİM tarafından karara bağlanacağını düzenlenmektedir. 60/90 sayılı yasanın 4. maddenin 1. fıkrası ise üç yargıçtan oluşan YİM tarafından verilen kararların kesin olduğunu düzenlenmektedir.

Yukarıda belirtilenler dışında karar, ihmal veya işlemlere karşı tek yargıç olarak oturum yapan YİM'e başvuru yapılabilir. Bu kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları ise üç yargıçtan oluşan YİM tarafından karara bağlanmaktadır.

"KKTC'de idari yargılama usulünde ilk derece mahkemesi olarak görev yapan idare mahkemeleri bulunmadığı için görevli mahkeme konusunda ciddi bir sorun yaşanmamaktadır."⁷ KKTC hukukunda 1985 Anayasasında yargı yerleri arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıkları konusunda herhangi bir çözüm yolu öngörülmemiştir.⁸

⁷ Tufan Erhürman, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Lefkoşa, Işık Kitabevi Yayınları No:66 1. Baskı, Ocak 2012, s. 258

⁸ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 265

Davanın yetkili mahkemede açılıp açılmadığı davanın her aşamasında dikkate alınması gereken bir husustur.⁹ YİM kararında “Mahkemenin önündeki ihtilâfa bakmaya yetkisi olup olmadığı o kanuni muamelenin kökeninde yatan bir husustur. Her mahkeme önce önündeki davaya bakmaya yetkisi olduğuna kâni olduktan sonra konuyu karara bağlamaya çalışmalıdır. Bir mahkemenin önündeki davaya bakmaya yetkisi olup olmadığı kanuni bir husus olduğuna göre tarafların herhangi birisi bu hususu davanın herhangi bir safhasında öne sürmeye yetkili oldukları gibi ilgili mahkeme konuyu ortaya re’sen de atabilir ve bu hususta tarafların görüşünü isteyebilir. Dolayısıyla bu başvurunun duruşmasının başında mahkemenin yetkisi olup olmadığı hususunu müstedaaleyhlerin ve ilgili tarafın öne sürmesi kanımızca yerinde bir girişimdir. Mahkemenin önündeki bir davaya bakmaya yetkisi yasadan kaynaklanır ve tarafların muvafakatı ile dahi verilemez.” ifadelerine yer vermiştir.

Taraflar davanın görevsiz mahkemede açılmış olduğu iddiasını ileri sürmese bile, mahkeme görev kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle re’sen dikkate alır.¹⁰

“Kamulaştırma karma bir nitelik göstermektedir: Kamulaştırma bir yandan kamu yararının gerçekleştirilmesi için özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, o taşınmazın malikinin rıza ve muvafakatına bakılmaksızın, idarece zorla el atılması olduğundan, idari bir işlemdir. Bu nedenle, kamulaştırma idari uyumsuzluk ve davalara yol açabilir. Kamulaştırma, öte yandan etki ve sonuçlarını özel mülkiyet üzerinde göstermekte ve mülkiyet hakkını sona erdirmektedir. Bu yönüyle kamulaştırma adli uyumsuzluk ve davalara da yol açmaktadır.”¹¹

Kamulaştırmanın idari bir işlem olması hasebiyle iptal davası YİM’de, kamulaştırma neticesinde belirlenecek tazminat davası ise taşınmazın yargı çevresi içinde olduğu kaza mahkemesinde görülmektedir.

Kamulaştırma işlemine karşı iptal davası açılması durumunda YİM kamulaştırma işlemi hukuka aykırılık açısından inceler. KKTC’de YİM’in tam yargı yetkisi olmakla birlikte tam yargı davası mevcut değildir. Bu sebeple kamulaştırmadan doğan zararın giderilmesi yönündeki tazminat talepleri taşınmazın yargı çevresi içinde olduğu Kaza Mahkemesine dosyalanır.

KKTC hukukunda 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın¹² 19. maddesi idari işlemlere karşı iptal davası açılmasını düzenlemektedir. Kamulaştırma işlemi

⁹ YİM 189/1990 Dağıtım 39/1992, 28.12.1992 tarihli karar

¹⁰ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 260

¹¹ Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ekim 2015, s. 250

¹² www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx s.e.t 29.4.2018

bu kapsamda değerlendirilmekte olup idari yargı denetimi altındadır. İdarenin birel ve düzenleyici işlemlerine karşı meşru menfaatleri olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişilerin iptal davası açma hakkı mevcuttur.

Düzenleyici işlemler ifadesinden tüzük ve yönetmelikler anlaşılmalıdır. Bu tanımlamalar 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nın 19. maddesi ile birlikte okunduğunda, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenmiş olan iptal davasının kapsamının, meşru menfaati olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişi açısından birel işlemler yanında, birel işlemlerin dayandığı tüzük ve yönetmelikler de iptal edebilecektir.¹³

27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nın yürürlüğe girmesinden önce, yasanın verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüzük ve yönetmelikler 'yasa' veya 'munzam mevzuat' (subsidiary legislation) nitelikli olmaları sebebiyle yasalar gibi yargı denetimine tabi tutulmaktaydı. Ancak bu gibi düzenleyici enstrümanların kendileri Anayasa'nın 152. maddesi altında doğrudan idari yargı denetimine tabi değildi.¹⁴

Kamulaştırma işleminin iptali, YİM'de açılan iptal davası ile mümkündür. YİM İptal davasında kamulaştırma işleminin yetki, sebep, şekil, konu ve amaç bakımından hukuka aykırı olup olmadığını incelemek ve değerlendirmek durumundadır. Bunlardan herhangi birinde hukuka aykırılık tespit ettiğinde YİM işlemi iptal edebilir. İptal davası iki aşamada incelenir ve karara bağlanır. Mahkeme öncelikle ilk incelemeyi gerçekleştirip sonraki aşamada da davanın esasına yönelik inceleme yapar.

İptal davası esastan inceleme neticesinde karara bağlanır.YİM kararında *“Yönetsel/yürütsel kararların iptali için yönetsel yargı yerinde açılan iptal davaları genel olarak iki aşamada karara bağlanır. Birinci aşama davanın ön koşullar yönünden incelenmesi, ikinci aşama ise davanın özünün yani hukuka aykırılık iddiasının karara bağlanmasıdır. Bir iptal davasının özünün dinlenebilmesi, yani iptali istenen yönetsel/yürütsel kararın iddia edilen sakatlığının incelenebilmesi için birinci aşamayı yani ön koşullar yönünden yapılan incelemeyi geçmesi, aranan koşulları taşıdığı görülmeli gerekir. Bir dava ön koşullar yönünden incelenirken, Davacının, davacı olabilme yeteneğini, koşullarını taşıyıp taşımadığı, davanın süresinde açılıp açılmadığı yargı yerince ele alınır. İptal davasında, Davacının iptalini isteyebileceği kararın, Davacının menfaatini etkileyen bir karar olması gerekir. Bundan da anlaşılacağı gibi Davacıda “menfaat” koşulu aranır. İptal davası sahip olduğu meşru bir menfaati, iptali istenen karardan doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından açılabilir.”*¹⁵ ifadelerine yer vermiştir.

¹³ Zaim Necatigil, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası ve Yönetim Hukuku Esasları, Işık Kitabevi, 2015, s. 168

¹⁴ Necatigil Zaim, Anayasa ve Yönetim , s. 189

¹⁵ YİM 177/2007 Dağıtım 15/2007, 6.11.2007 tarihli karar

“Yüksek İdare Mahkemesi ilk inceleme aşamasında değerlendirilmesi gereken hususlardan herhangi biri hakkında kesin kanaate ulaşamadığı durumlarda, tarafları dinledikten ve kesin kanaate ulaşmasını sağlayacak her türlü yargılama olanağını kullandıktan sonra karar verme yoluna gitmekten kaçınmamalıdır.”¹⁶

B. Davanın Tarafları

i. Davacı

İdarenin ihmali, yapmış olduğu işlem veya almış olduğu karar dolayısıyla sahip olduğu meşru bir menfaati doğrudan etkilenen her kişi YİM’de iptal davası açma hakkına sahiptir. Meşru menfaat YİM’e başvurabilmek için ön koşuldur.¹⁷

“Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler davada taraf olma ehliyetine sahiptir. Özel hukuk yargılama usulü açısından geçerli olan bu kurallar, kural olarak idari yargılama usulünde de geçerlidir.”¹⁸

Mahkeme ön koşulların mevcut olup olmadığını re’sen dikkate alır. YİM’in vermiş olduğu kararda “ön koşullardan herhangi birinin davalı tarafından ihtilaf konusu yapılması halinde, mahkeme meselenin özünü incelemeye geçmeden önce ihtilaf konusu yapılan ön koşulu, örneğin meşru menfaatin varlığını tespit etmesi gerekir. Ön koşulların mevcut olup olmadığı bir olgu meselesidir. Bir idari davada ön koşullarla ilgili bir iddia, örneğin meşru menfaat yokluğu ileri sürüldüğünde Mahkeme, davanın özü ile ilgili yargısal bir adım atmadan, meşru menfaatla ilgili iddiaları inceler. Davalı tarafından ön koşullarla ilgili bir itiraz yapılmayan durumlarda, ön koşulların mevcut olmadığı mahkeme önündeki olgulardan açıkça görülüyorsa, mahkeme bu hususu re’sen dikkate alır ve davanın özünü incelemeye geçmeden davayı iptal eder.”¹⁹ ifadeleri yer almaktadır.

YİM meşru menfaat kavramını ise şu şekilde ele almaktadır: “Anayasanın 118. maddesinin (2). fıkrasında öngörülen meşru menfaat ile normal hukuk davalarında öngörülen hak arasında fark vardır. Normal hukuk davalarında davayı açan kişinin bir hakkının ihlâl edildiği Mahkemede kanıtlanması gerekir. Hakkın ihlâl edilmesi davanın esasını ve temelini teşkil eder. Bu gibi davalarda kişi bir hakkın ihlâl edildiğini kanıtlarsa ihlâl edilen hakkın tazmin ve telafisi gerekir. Herhangi bir hakkın ihlâl edildiği kanıtlanmadığı hallerde dava reddedilir. Halbuki idare hukukunda meşru menfaat koşulu davanın esasını ve temelini teşkil etmez. Yani başka bir anlatımla meşru menfaatin

¹⁶ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.257

¹⁷ YİM 92/2000 Dağıtım 5/2005 22.6.2005 tarihli karar

¹⁸ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.267

¹⁹ YİM 177/ 2007 Dağıtım 34/2010, 29.12.2010 tarihli karar

ihlâl edilmiş olması davanın sonucunu etkilemez. İdare hukukunda menfaat koşulu başvurunun kabulü ve dinlenmesi için aranılan bir usul ve şekil koşuludur. Meşru menfaatin ihlâl edilmemiş olması başvurunun reddi veya ihlâl edilmiş olması, başvurunun kabulü ile bu gibi meşru menfaati ihlâl eden hukuki tasarrufun ihlâli için bir sebep teşkil etmez. Meşru menfaat koşulu yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararından veya işleminden dolayı idare mahkemesinin lûzumsuz başvurularla işgal edilmesine engel olmak için konulmuş, şekli bir koşuldur. İdare hukuku ilkelerine göre ve Türkiye’de idare mahkemelerinde uygulanan ilkelere göre meşru menfaatin gerek başvurunun yapıldığı gün ve gerek başvurunun duruşması yapıldığı günde varolması gerekir. Meşru menfaatin sadece başvurunun yapıldığı gün varolması kafi değildir. Meşru menfaatin başvurunun duruşma gününde de varolması gerekir.”²⁰

Davacı 15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa’nın 11.(1) m. uyarınca tazminat istemeye hakkı olan kamulaştırılmak istenen malın mal sahibi veya mal sahibi olmaya hakkı olan şahıs olarak belirtilmektedir.²¹ “İptal davasında meşru menfaati olan kişinin menfaatinin kişisel olması gerekir.”²²

ii. Davalı

KKTC Anayasası’nın 152. maddesinin 1.fıkrası yürütsel veya yönetsel yetki kullanan organ, makam veya kişinin kararının, işleminin veya ihmalinin dava konusu yapılabileceğini belirtmiş olmasına karşın kimlerin davalı olabileceğini göstermemektedir.²³

İptal davasında davalı dava konusu kararı alan işlemi veya ihmali yapan organ, makam veya kişidir.²⁴

“YİM kararlarına göre, dava konusu karar kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan makam veya kişi tarafından alınmış ise, davalı, o makam aracılığıyla KKTC olacaktır. Kararı alan idare kamu tüzel kişiliğine haiz ise, dava doğrudan o kamu tüzel kişisi aleyhine açılacaktır.”²⁵

Kamulaştırma işleminin iptali için açılan iptal davalarında Davalı KKTC Anayasası’nın 41. maddesine göre kamulaştırma yapma yetkisine sahip KKTC devleti, belediyeler, yasa ile kamulaştırma yetkisine sahip kamu tüzel kişileri ve

²⁰ YİM 93/1983 Dağıtım 21/1984. 4.10.1984 tarihli karar

²¹ YİM 41/1990 Dağıtım 13/1995, 31.5.1995 tarihli karar

²² YİM 122/2008 Dağıtım 31/2010, 22.11.2010 tarihli kararında YİM “Kişisel Menfaat” kavramını çok dar anlamı ile değerlendirmiş ve meşru menfaati etkilenen kişinin söz konusu kararın birebir muhatabı olduğu kabul edilmiştir.

²³ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 324

²⁴ YİM 71/1987 Dağıtım 31/91, 23.12.1991 tarihli karar

²⁵ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 324

kamu yararı güden kuruluşlardır. “Kamu tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen kendi görev alanlarında devlet kamu tüzel kişiliğini temsil eden bakanlıkların da kamulaştırma yetkisi kabul edilmektedir.”²⁶

YİM iptal davasında dava unvanında tadilat yapılabileceği yönünde karar vermiştir.²⁷ İlgili kararda “İdari yargıda bir başvurunun esas amacı yakınma konusu idari kararın yargısal denetimidir. Bu nedenle başvurunun unvanının eksik veya hatalı olması tali bir konu olup Mahkemenin asli denetim görevini engelleyemez. Bu gibi başvuruların unvanı ile ilgili gerçekleri yansıtma maksadı ile ve karşı tarafa herhangi bir adaletsizlik yapılması söz konusu olmayacak tadilatlarla Mahkemece müsaade edilmesi gerektiği” ifadelerine yer vermiştir.

“İptal davalarının hukuk devletinin gerçekleşmesinin en etkili araçlarından biri olduğu hatırlanırsa, sırf davacının son derece karmaşık idari yapı içerisinde gerçek davalının kim olduğunu belirlemede hata yapmış olması nedeniyle idarenin yargısal denetiminden kaçınmanın doğru olmayacağı açıktır. Dolayısıyla YİM’in bu konudaki içtihadının hukukun üstünlüğüne bağlı Cumhuriyet ilkesiyle uyumlu olduğunun altını çizmek gerekir.”²⁸

C. Dava Açma Süresi

KKTC Anayasası’nın 152. maddesinin 3. fıkrasında YİM’e yapılacak başvurunun karar veya işlemin yayımlanması tarihinden veya yayımlanmadığı takdirde veya idarenin ihmali halinde başvuran kişinin bunu öğrendiği tarihten başlayarak yetmişbeş gündür.

Buradaki yayım Resmi Gazete’de yapılan yayım olarak sınırlı bir biçimde anlaşılmalıdır. Yasada açıkça belirtilmediği sürece davacıların Resmi Gazete dışındaki yayımları takip etme zorunlulukları olmadığı gibi davacı tarafından görüldüğünün ispatlanması halinde süreyi başlatabileceği de kabul edilmelidir.²⁹

KKTC hukukunda 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın 19. maddesinde idarenin birel veya düzenleyici işlemlerine veya ihmeline karşı meşru menfaatleri olumsuz yönde ve doğrudan etkilenen kişiler tarafından bu işlemlerin veya ihmalin öğrenilmesinden itibaren yetmişbeş gün içerisinde iptal davası açılabilceği düzenlenmektedir.

27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın 21. maddesi özel kişilerin idari dava açmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması veya yeni bir işlem yapılması için üst makama, üst makam yoksa işlemi yapan makama dava

²⁶ Atik Ayşegül Çoban, Kamulaştırma, s. 305

²⁷ YİM 53/1993 Dağıtım 11/1998, 22.10.1998 tarihli karar

²⁸ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 326

²⁹ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.388

açma süresi içinde başvurabileceğini, bu başvurunun dava açma süresini durdurduğunu ve başvuru makamının başvuruya olumsuz yanıt verebileceği gibi otuz gün içinde yanıt vermemesi durumunda dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye devam edeceğini düzenlemektedir. İktisap emrinin RG'de yayımlanmasından itibaren dava açma süresi içinde iktisap eden makama yapılan başvuruya olumsuz yanıt verilmesi durumunda yanıt tarihinden itibaren cevap verilmemesi halinde ise başvurudan itibaren otuz gün sonra süre kaldığı yerden işlemeye devam edebilecektir.³⁰

YİM idari yargıdaki yetmişbeş günlük hak düşürücü sürenin mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. YİM kararında *“Bilindiği gibi idari davalarda zaman aşımı konusunu, Müdafaa Takririnde yer almamış olsa dahi Mahkeme kendiliğinden re'sen inceleyip gözönünde bulundurmaya mecburdur.”*³¹ ifadelerine yer verilmiştir.

KKTC Anayasa Mahkemesi hak düşürücü süre ile ilgili olarak kararında

*“Hukuk davalarındaki süre aşımı ile idarî davalardaki süre aşımı anlamları arasında bir fark vardır. Normal hukuk işlemlerindeki süre aşımı genellikle yasalarla düzenlenir ve süre aşımı konan hallerde davacının hakkı ortadan kaybolmaz ancak davacının hakkını araması, hakkının yerine getirilmesini veya hakkının tanınmasının veya hakka uyulmasını isteme yetkisini etkiler. Başka bir deyimle davacının hakkı devam etmekle beraber davalı geçerli süre aşımı dolayısıyla davacının istem hakkının düştüğünü ileri sürebilir. Hukuk davalarında, davalı davacının hakkının süre aşımı nedeni ile düştüğünü müdafaaasında ileri sürmediği hallerde, davacı davalı aleyhine hüküm alabilir. Mahkemeler bu gibi davalarda süre aşımını re'sen nazarı itibare almazlar. Halbuki idarî davalardaki süre aşımı hak düşürücü niteliktedir. Yani hak sahibi Anayasada belirlenen süre zarfında dava açmazsa hakkını kaybeder ve idarî mahkemeler davaların Anayasada belirlenen süre zarfında açılıp açılmadığını incelemekle görevlidirler. Karşı taraftan itiraz edilmese dahi herhangi bir iptal davasında dava Anayasada belirlenen 75 gün içerisinde açılmazsa Mahkeme kendiliğinden davayı düşürmesi gerekir.”*³² ifadelerine yer vermiştir.

*“YİM'in istikrar kazanmış bu içtihadında tek istisna yok hükmündeki işlemlerdir. Bir işlem yok hükmünde ise ona karşı her zaman dava açılabilir.”*³³

³⁰ YİM 82/2013 Dağıtım 19/2015, 23.6.2015 tarihli karar

³¹ YİM 153/2000 Dağıtım 6/2003, 7.5.2003 tarihli karar

³² Anayasa Mahkemesi 13/1977, 23.5.1978 tarihli karar

³³ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.390

Doktrinde ve içtihatlarda dava açma süresi hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.³⁴ Uler, “süre aşımı sonunda sakat işlemler hukuka uygun duruma gelmediklerine, yapılmış haksızlık haklılaşmadığına, yönetimin hukuka uygun davranma ödevi de son bulmadığına göre, sürenin hak düşürücü nitelikte olamayacağını belirtmektedir.”³⁵

Anayasa Mahkemesi KKTC Anayasası'nın 152. maddesinde belirtilen yetmişbeş günlük sürenin hesaplanması ile ilgili vermiş olduğu bir kararında “yetmişbeş günü yorumlarken Fası 1 Tefsir Yasasının 31. maddesinin (b) fıkrasına göre bir yasanın öngördüğü süre hesaplanırken sürenin son günü Pazar veya Resmi tatil ise bu gün hesaba katılmaz ve Pazar veya resmi tatile düşmediği takdirde ertesi gün yani ertesi ilk iş günü sürenin son günü sayılır.”³⁶ ifadelerine yer vermiştir.

İdari yargı açısından dava açma süresi Anayasa'da düzenlenmiş olup yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı ve yok hükmündeki işlemler saklı kalmak koşuluyla, mahkemeler dava açma süresinin aşıldığı durumlarda davayı reddetmek durumundadır. Dava açma süresinin geçmiş olması hukuka aykırı idari işlemleri hukuka uygun duruma getirmeyeceğine göre, mahkemelerin ciddi bulacakları başvuruları kabul etmelerine olanak tanıyan yasal düzenleme kanaatimizce uygun olacaktır.³⁷

2. İptal Davasında Esasa İlişkin İnceleme

A. Yetki Açısından İnceleme

Kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında kamulaştırma işleminin yetki yönünden hukuka aykırı olması kamulaştırma işleminin kamulaştırmaya yetkili kurumlar tarafından yapılmamasından ileri gelmektedir.

Kamulaştırma işlemleri diğer idari işlemler gibi idari yargının denetimi altında olup kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davası YİM'de görülmektedir. KKTC'de kazalarda örgütlenmiş idare mahkemeleri bulunmaması sebebiyle idari yargılama usulünde yetki sorunuyla karşılaşmamaktadır.³⁸

KKTC Anayasası'nın 41. maddesi ve 15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasası uyarınca kamulaştırmaya yetkili makamlar devlet, belediyeler, yasanın kendisine kamulaştırma hakkı tanıdığı kamu tüzel kişileri ve kamu yararı güden kuruluşlar kamulaştırma yapmaya yetkilidirler. Bu merciler dışında

³⁴ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.391

³⁵ Yıldırım Uler, Yönetimsel Yargıda Dava Süresi, Ankara Danıştay Yayınları, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap (İdari Yargı), 1991, s.214

³⁶ Anayasa Mahkemesi 24/1985 Dağıtım 11/1985 10.12.1985 tarihli karar

³⁷ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.392

³⁸ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 258

kamulaştırma kararı verilmesi halinde kamulaştırma işlemi yetki yönünden hukuka aykırı olur ve iptal edilir.

Belediyeler açısından kamulaştırma kararı Belediye Meclisi tarafından alınmalıdır.

YİM ilgili kararında “Davacı Avukatı, Belediye Meclisinin toplantı yeter sayısı olmadan karar aldığını iddia etmektedir. Kararın alındığı Emare No.6 tutanağa göre, Belediye Meclisinin 8 üyesi ve Belediye Başkanı toplantıya katılmıştır. 51/1995 sayılı Belediyeler Yasası’nın 40.(4). maddesine göre, Belediye Meclisinin toplantı yeter sayısı üye tam sayısının salt çoğunluğudur. Aynı yasanın 52.(2.) maddesine göre, Belediye Başkanı, Belediye Meclisinin Başkanı olup, oylamada eşitlik halinde ikinci oy hakkı vardır. Alsancak Belediyesi Meclis Üye sayısının 8 olduğunu dikkate aldığımızda, 18.5.2011 tarihinde yapılan toplantının, toplantı yeter sayısı ile başladığı anlaşılmaktadır.18.5.2011 tarihli Emare No. 6 toplantı tutanaklarına göre, kamulaştırma kararı oy çokluğu ile alınmıştır. Belediye meclis üyelerinden Cengiz Güvensoy, Soner Cangil, Fırat Atasır ve Ayten Safet isimli üyeler kararı imzalamadılar. Belediyeler Yasası’nın 40(4) maddesine göre, karar yeter sayısı, bu Yasa ve bu maddenin (3)’üncü fıkrasında öngörülen tüzük kuralları uyarınca, özel çoğunluk aranmadığı hallerde, toplantıda bulunanların salt çoğunluğu şeklinde belirlenmiştir. Belediye Başkanı ile birlikte (4) meclis üyesinin kararı imzaladığını dikkate aldığımızda, karar yeter sayısı bakımından Yasanın 40(4) maddesine aykırılık bulunmadığı görülmektedir. Belediye Başkanı Belediye Meclisi adına kamulaştırma kararı veremez.”³⁹ ifadelerine yer vermiştir.

“İdare hukukunda yetki, idari işlemin en önemli unsurudur. Bir idari işlemin hukuka uygun kabul edilebilmesi için her şeyden önce o işlemi yapmaya yetkili makam tarafından yapılmış olması gerekir.”⁴⁰

YİM yetki unsurunun Anayasa’dan veya yasadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını inceler. İdarenin yetkisinin Anayasa veya yasadan değil düzenleyici işlemlerden kaynaklandığının tespit edilmesi hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edilmelidir. ⁴¹

B. Şekil Yönünden İnceleme

Şekil hukuk düzeninde değişiklik meydana getiren iradeyi açıklamak için kullanılan araçtır.⁴²

³⁹ YİM 225/2011 Dağıtım 29/2014, 1.7.2014 tarihli karar

⁴⁰ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 419

⁴¹ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s. 426

⁴² Gözler Kemal/ Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, s.326

İdari işlemin yapılmasında uyulması gereken şekil kuralları yasanın yazılı olarak belirtilir. Yasada belirtilen şekle uygun olarak yapılmayan işlemler yargı organı tarafından iptal edilmektedir.⁴³

Kamulaştırma ile ilgili şekil kuralları 15/1962 sayılı yasanın düzenlenmiştir. Yasada belirtilen bu kurallara uygun olarak yapılmayan kamulaştırma işlemi şekil yönünden hukuka aykırı olur.

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasası'nın 4. maddesi iktisap ihbarının Resmi Gazete'de yayımlanmasını, 7. madde iktisap emrinin iktisap ihbarının RG'de yayımlanmasından itibaren on iki ay içinde yayımlanmış olmasını, 6. madde ise iktisap ihbarının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra yapılan itirazı iktisabı yapan makamın makul bir süre içerisinde incelemesi gerektiğini ve itiraz değerlendirildikten sonra iktisap emrinin Resmi Gazete'de yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu kurallara uyulmaması durumunda kamulaştırma işlemi şekil yönünden hukuka aykırı olur.

C. Sebep Yönünden İnceleme

“Kamulaştırma işleminin sebep unsuru idarenin kendisine verilen görev, hizmet veya teşebbüsleri yürütebilmek için özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlara duyduğu ihtiyaçtır.”⁴⁴

“İdareyi, kamulaştırma işlemini yapmaya yönelten etken ve nedenler işlemin sebebini oluşturur.”⁴⁵

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasasında kamulaştırma işleminin sebebi belirtilmemiştir.

YİM vermiş olduğu kararda kamulaştırma işleminin sebep unsurunu Gönyeli Göleti Çevre Düzenleme Projesi olarak belirtmiştir.⁴⁶

İlgili kararda *“Davalı/Müstedaaleyhlerin konu projenin ilk hazırlık çalışmalarına 1989 yılında başladıkları, bu proje ile ilgili olarak sürekli bir gayret içerisinde oldukları ve projenin hayata geçirilmesine ilişkin somut adımlar attıkları görülmektedir. Bu projenin hazırlık çalışmalarına başlarken bir ölçüde Lefkoşa Master Plândan esinlendikleri de yadsınamaz bir gerçektir. Takriben 2000 dönümlük bir arazi dilimi üzerinde etap etap gerçekleştirilmesi öngörülen proje için Gönyeli Göleti Çevresi odak noktası olarak düşünülmüş ve projenin ağırlığının buraya kaydırılması hedeflenmiştir. Bu nedenle davalı/müstedaaleyhlerce proje için en uygun yer olarak görülen arazi dilimi içerisinde olan ve projenin gerçekleştirilmesi için*

⁴³ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.446

⁴⁴ Gözler Kemal/ Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri ,s. 716

⁴⁵ Kutlu Meltem, Kamulaştırma ve İptal Davası, s. 144

⁴⁶ Birleştirilmiş YİM 84/91 ve 91/91 Dağıtım 24/92, 26.6.1992 tarihli karar

kamulaştırılmaları kaçınılmaz olan arazilerin kamulaştırılması için Devletin ilgili birimleri gerekli ön çalışmaları yaptıktan sonra emare iktisap ihbarı ile istimlâk emrini hazırlamışlardır. Bu maksatla davacı/müstedilerden başka diğer bazı vatandaşların da mallarının kamulaştırılacağı sunulan emarelerden açıkça görülmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

D. Konu Yönünden İnceleme

Kamulaştırma işleminin konusu taşınmaz üzerindeki özel mülkiyetin sona ermesi ve idarenin mülkiyetine geçmesidir.⁴⁷

“Bir hukuki işlemin konusu onun doğurduğu hukuki sonuç, hukuk aleminde meydana getirdiği değişikliktir.”⁴⁸

“Sebeup ve konu unsurları arasında yakın bir ilişki olduğu açıktır. Çoğu zaman yasada idari bir işlemin sebeup ve konu unsurları belirtilir. Bu gibi durumlarda yasada sayılan nedenlerin varlığı halinde yapılacak işlem yasada belirtilen hukuki sonucu doğurmaktadır.”⁴⁹

YİM vermiş olduğu kararında davalılar tarafından gerçekleştirilen kamulaştırma işleminin konusunun davacının özel mülkiyetindeki taşınmaz malın, idarenin mülkiyetine geçmesi olduğunu belirtmiştir.⁵⁰

İlgili kararda “15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına dair Yasanın 2. maddesi, gayrimenkul mal tanımını yapmaktadır. Buna göre taşınmaz mal, Gayrimenkul Mal (Tasarruf, Kayıt ve Kıymet Takdiri) Yasası’nın 2’nci maddesi ile bu tabire verilen anlamı haiz olduğundan, huzurumuzdaki davaya konu kamulaştırılan taşınmaz mal, Davacının özel mülkiyetine tabi, Yasanın aradığı nitelikte kamulaştırmaya konu olabilecek türden bir maldır ve kamulaştırmanın konu unsurunda herhangi bir sakatlık veya aykırılık bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

E. Amaç Yönünden İnceleme

KKTC Anayasası’nın 41.maddesinde kamulaştırmanın “genel bir kamulaştırma yasasında özel olarak gösterilen ve kamu yararına olan bir amaç için” yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu tanımdan da görüleceği üzere kamu yararı kamulaştırmanın amaç unsurunu oluşturmaktadır.

Zorla Mal İktisabı Yasası’nın 3. maddesinde kamu yararına olan nedenlerin mevcudiyeti durumunda kamulaştırma işlemi yapılabilmektedir.

⁴⁷ Gözler Kemal/ Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri ,s. 716

⁴⁸ Günday Metin, İdare Hukuku, s.157

⁴⁹ Kutlu Meltem, Kamulaştırma ve İptal Davası, s. 143

⁵⁰ YİM 225/2011 Dağıtım 29/2014, 1.7.2014 tarihli karar

YİM verdiği kararında dava konusu arazinin askeri yasak bölge içerisindeki askeri emniyet bölgesinde yer aldığını ve bu konumdaki bir arazinin Zorla Mal İktisabı Yasası'nın 3. maddesi tahtında kamulaştırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.⁵¹

İlgili kararda “*Mezkûr kamulaştırmanın gerekçesini teşkil eden “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin iç ve dış emniyeti, selâmeti ve savunması için askeri tedbirlerin devam ettirilmesi” gereğinin var olup olmadığına karar verme yetkisinin ise, her devlette olduğu gibi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de, askeri ve siyasi otoritelere ait olduğu ve yargı erkinin bu konuda bir karar üretmesinin olası olmadığını vurgulamak isteriz.*” ifadelerine yer verilmiştir.

3. Yargılama Usulü

Yargılama usulü 1997 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nde düzenlenmiştir.⁵² Dava davacının Talep Takririni içeren celpname ile başlatılır. Mühürlenmek için Yüksek Mahkeme Mukayyitliğine dosyalanan celpname davacı veya avukatı tarafından imza olunur. 1997 sayılı tüzüğün 3. madde 2. fıkrasına göre celpname üzerine tarih ve davanın hangi yıl içerisinde açıldığı, hangi madde tahtında açıldığı, davacının ve davalının tam adı, adresi ile YİM'in Lefkoşa'da oturum yapması hasebiyle davacının Lefkoşa Belediye sınırları içerisindeki tebligat adresi, dayanılan hukuki esaslar, esasa ilişkin olguların özeti ve talep edilen çare belirtilir.

1997 sayılı tüzüğün 4. maddesi uyarınca celpnamenin davalıya tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmibir gün zarfında davalı veya avukatı tarafından hazırlanan ve imza edilen müdafaa takriri Yüksek Mahkeme Mukayyitliğine dosyalanır ve müdafaanın kayıt kaleminden onaylı bir sureti davacının belirtilen tebliğ adresine yirmibir gün zarfında tebliğ edilir. Müdafaa takriri davalının şahsen veya avukatı tarafından imza edilir, YİM'in Lefkoşa'da oturum yapması sebebiyle Lefkoşa Belediyesi sınırları içinde bir tebligat adresi ve müdafaasının dayandığı hukuki esaslar ve esasa ilişkin olguların özeti belirtilir.

1997 sayılı tüzüğün 5. maddesi ise Davacının arzu etmesi halinde davalının dosyaladığı müdafaa takririne müdafaya cevap dosyalayabileceğini ve onaylı bir suretini davalıya tebliğ edeceğini düzenlemektedir. Taraf avukatları dosyaladıkları layihalarda (Talep veya Müdafaa Takrirlerinde) dayandıkları hukuki esasları ve bu esasların sebeplerini tam olarak belirtmek zorundadırlar. Ancak şahsen temsil edilen tarafın buna uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

⁵¹ YİM 12/2010 Dağıtım 2/2012, 21.1.2012 tarihli karar

⁵² Resmi Gazete EK III Sayı 147, 25 Aralık 1996 A.E. 1191

1997 sayılı tüzüğün 7. maddesi uyarınca layihaların tamamlanmasının ardından taraflara talimat gününden en az yedi gün öncesinde toplantı gününü ve saatini saptayan ihbarname gönderilir. Taraflar ilgili günde iddialarını öne sürerler ve yargıç ilk safhada uygun gördüğü talimatları verir. Yargıç talimat aşamasında daha fazla tafsilat, evrakların meydana çıkarılması veya teftiş edilmesi, tanıklığın ne şekilde alınacağı açık duruşma tarihi ile uygun ve gerekli göreceği diğer hususlarda talimat emri verebilir.

Evrakın sunulmaması halinde yargıç kusurlu tarafa yaptırım uygulatabileceği gibi kusurlu taraf aleyhine masraf emri verebilir veya daha katı olarak kusurlu tarafı dinlemeyebilir veya tüm koşulları dikkate alarak uygun göreceği başka önlemleri alabilir. 1997 sayılı tüzüğün 8. maddesi ilgili kişinin davaya taraf yapılması yönünde mahkemenin emir vermesi halinde ilgili kişiye talep takriri, müdafaa takriri ve ilgili kişi ile ilgili emrin Mahkeme Mukayyitliği tarafından onaylı bir suretinin ilgili kişiye tebliğ edileceğini düzenlemektedir. İlgili kişi tebliğden itibaren yirmibir gün içerisinde müdafaasını dosyalar ve müdafaasının onaylı bir suretini davanın taraf avukatlarına tebliğ eder.

4. İstinaf

Mahkeme adil ve hakkaniyetli bir şekilde yasaların öngördüğü çerçevede karar verir. Mahkemenin gerekçeli kararı ilgili yargıç veya heyet halinde oturulmuş ise heyete başkanlık eden yargıç tarafından veya onun görevlendirdiği herhangi bir yargıç tarafından okunur ve kararı veren yargıç veya yargıçlar tarafından imza edilir.

1997 sayılı tüzüğün 16. maddesi uyarınca tek yargıcın verdiği kararın istinaf edilmesi halinde istinaf, YİM'de üç yargıç tarafından dinlenir ve karara bağlanır. İstinaf süresi yargıç başka türlü emir vermedikçe ara kararlarda ondört gün, davayı sonlandıran kararlarda ise altı haftadır. Yüksek Mahkemede tek yargıcın vermiş olduğu kararın istinafında kararı veren yargıç bulunmaz. Heyette yer alan herhangi bir yargıç esasa ilişkin konular hakkında karşı veya ek görüş belirtebilir ve karar okunma aşamasında bu ek görüş ilgili yargıç tarafından gerekçeli olarak okunur.

Kamulaştırma işlemine karşı iptal davası kimi durumlarda üç yargıç ile oturum yapan YİM'de görülür. 60/90 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın 2. maddesi Bakanlıkların ve Yerel Yönetimlerin işlem, karar ve ihmallerine karşı açılan davaların üç yüksek mahkeme yargıcısı ile oturum yapan YİM tarafından karara bağlanacağını düzenlemektedir. 60/90 sayılı yasanın 4. maddenin 1. fıkrası ise üç yargıç ile oturum yapan YİM kararlarının kesin olduğunu düzenlemektedir. Bu düzenleme ışığında KKTC devleti ve belediye tarafından yapılan kamulaştırma işlemine karşı iptal davası üç yargıç ile oturum yapan YİM'de görülmekte olup bu kararlar kesindir ve istinaf edilemez.

KKTC’de idari davaların çoğunluğunda istinaf yolu kapalıdır. Bu düzenleme bir davayı iki kez dinlemenin zaman kaybına neden olacağı görüşünün sonucudur. İki dereceli yargıda ilk derece mahkemesinin ve ikinci derece mahkemesinin fonsiyonları farklıdır. İlk derece mahkemesi davadaki olgular doğrultusunda karar verirken ikinci derece mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararının hatalı olup olmadığını inceler. İkinci derece mahkemesi bu incelemeyi yaparken benzer davaların sonuçlanmasına yardımcı olacak ilkeler benimser ve içtihatlar oluşturur. İçtihat kararları benzer davaların sonuçlanmasına yardımcı olur ve dava sayısının azalmasını sağlar.⁵³

Ancak kamulaştırma işlemine karşı YİM’de açılan iptal davasında tek yargıç tarafından verilen ara emrine karşı yapılan istinaf başvurusu üç yargıçtan oluşan YİM tarafından karara bağlanır.

Mahkeme kamulaştırma işlemine yetki, amaç, sebep, şekil ve konu açısından inceler ve bunlardan birinde hukuka aykırılık tespit ederse iptal kararı verir.

İptal kararları geriye yürür. Mahkeme işlemdeki sakatlığı saptayınca, iptal kararı ile işlem, sakatlığın ortaya çıktığı andan itibaren ortadan kalkmış sayılır. Bu sebeple iptal davalarında; işlemin yapıldığı ya da daha doğru bir ifade ile sakatlığın doğduğu andaki durum yargılanır.⁵⁴

5. Kamulaştırma Davalarında Ara Emri

YİM’de ara emri, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. YİM re’sen veya taraflardan herhangi birinin tek taraflı müracatı üzerine davada ara emri verebilir.

“KKTC mevzuatında yürütmenin durdurulması adı altında bir düzenleme yoktur. Ancak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukuk sisteminde uygulanmakta olan ara emri Türkiye Cumhuriyeti hukukunda yürütmenin durdurulmasının yerine getirdiği işlevi görmektedir.”⁵⁵

İdari yargıda iptal kararı geriye yürür; ancak işlem, mahkeme kararı ile iptal edilene kadar yürürlükte kalmaya devam eder. Ancak menfaati etkilenen taraf mahkemeden dava aşamasında dava neticelenene kadar ara emri talep ederek kararın yürütmesini durdurabilir.

Mahkeme ara emrinde durumun aciliyeti ve başka özel koşulları da değerlendirerek uygun gördüğü koşullara bağlı olarak tek taraflı emir verebilir. Ancak işbu emrin verilmesinden diğer taraflar etkilenecek ise konu emre diğer

⁵³ Taner Erginel, Kusursuz Yargı Oluşturma Çabaları, Okman Printing Ltd. Ağustos 2017, s. 117

⁵⁴ Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara, Sevinç Matbabası, AÜHFY No281, 1970, s.16

⁵⁵ Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku, s.225

taflara itiraz hakkı tanımak açısından emrin ve konu istidanın karşı tarafa tebliğine emir verilebilir.⁵⁶

Mahkeme istidanın duruşma olarak tayin edildiği günde karşı tarafın iddialarını da dinleyerek verilen emri yeniden değerlendirir. İşbu değerlendirme neticesinde mahkeme emri tadil edebileceği gibi iptal edebilir veya dava sonuçlanana kadar yürürlükte kalmasına emir verebilir. Mahkeme geçici nitelikte davanın esasına yönelik olmayan bu tip bir emir verirken durumun aciliyetini, karara bağlanması gereken konunun ciddi olması, davacının iddiasında haklı olduğunu gösteren belirtilerin bulunması ve konu emrin verilmemesi halinde ileride telafisi imkansız bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zor olacağı hususunda kanaat getirmesi gerekir. 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 41. maddesinde düzenlenen ara emri şartları YİM'de görülen davalara da uygulanmaktadır.⁵⁷

Mahkeme ilk aşamada tek taraflı başvuru üzerine verdiği emrin verilmesine sebep olan talebin yeterli olmayan esaslara dayandığını tespit ederse, emrin yürütülmesi nedeniyle uğranılan zarar ziyana ve masraflara karşılık karşı tarafa tazminat ödenmesini emredebilir.

IV. KAZA MAHKEMESİNDE AÇILAN TAKDİRİ TAZMİNAT DAVASI

1. Genel Olarak

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 8. maddesi iktisap emrinin yayımlanmasından itibaren bir ay içinde bir anlaşmaya varılmaması veya bir aylık sürenin geçmemiş olmasına bakılmaksızın taraflar arasında bu gibi anlaşmaya varılmasının ihtimal dahilinde olmaması halinde, iktisabı yapan makam veya ilgili herhangi bir şahıs malın iktisabı için ödenecek tazminatın kararlaştırılması ve bu gibi tazminatın ilgili şahıslar arasında paylaşılması için mahkemeye Takdiri Tazminat müracaatı yapılabileceğini düzenlemektedir.

Takdiri Tazminat müracaatı taşınmazın yargı çevresi içinde olduğu Kaza Mahkemesine dosyalanır.

⁵⁶ YİM 18/1999 Dağıtım 18/1999, 16.11.1999 tarihli karar Fatma Ersalıcı ile Çalışma İskan ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vd. Davalı tarafı Devlet olduğuna göre, Davacının haklı olması durumunda para ile tazmin edilebileceği görüşündeyim. Devletin aleyhine alınması muhtemel bir hükmün de bugünkü şartlarda ödenmeyeceği düşünülemezine göre mevcut ara emrini iptal etmeyi uygun gördüm.

⁵⁷ YİM 148/2005 Dağıtım 26/2009, 30.6.2009 tarihli karar Sadi Çelebi ve KKTÇ İçişleri Bakanlığı ve diğerleri arasında Yukarıda ifade edildiği gibi esasen 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü madde 11 altında karar verilirken 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası madde 41'de sıralanan 3 kriterin tatmin olup olmadığına bakmak gerekir.

A. Davacı

Davacı şahsen veya vekili vasıtasıyla adına dava açılan kişidir. Tüzel kişiler ise yetkili organları vasıtasıyla dava açabilirler. Kişinin davacı olabilmesi için davada taraf olma ve dava açabilme ehliyetine sahip olması gerekir.⁵⁸

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 11.(1). maddesi uyarınca tazminata hak sahibi olan kişi kamulaştırılan malın sahibi ve mal sahibi olmaya hakkı olan şahıs olarak belirtilmektedir.

B. Davalı

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa uyarınca iktisabı yapan makam devlet olması halinde davalı KKTC Devleti olup, dava aşamasında KKTC Başsavcısı tarafından temsil edilmektedir. Bu husus KKTC Anayasası'nın 159. madde 4 ve 5. fıkrada şu şekilde düzenlenmiştir.

“Devletin taraf olduğu hukuk ve anayasa davalarında devleti ve organlarını temsil yetkisinin Başsavcıda olduğunu, Başsavcının gerekli gördüğü durumlarda Resmi Gazete’de yayımlayacağı bir emirname ile bakanlıkların veya diğer kamu kuruluşlarının taraf olduğu davalarda, ilgili bakanlık veya diğer kamu kuruluşlarında görevli ve avukatlık yapma ehliyetine sahip bir hukukçuyu, bu davaları mahkemelerde yürütmekle yetkili kılabılır.”

2. Takdiri Tazminat Davası

A. Tam ve Muhik Tazminat

Tam ve Muhik tazminatın tespitinde belirsizlik olup, kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde davanın tüm koşulları göz önünde tutularak her iki taraf yönünden ‘tam ve muhik’ olacak şekilde saptanmalıdır.⁵⁹

Yargıtay/Hukuk kararında, manevi tazminat ile ilgili ilkelere değinmiş, tam ve muhik tazminat tespit edilirken manevi tazminatı kapsayıp kapsamadığını belirlemediği sadece maddi tazminatın ödenmesini hükme bağlamıştır.⁶⁰

Bir malın istimlak edilmesi nedeniyle oluşan kayıp, maddi kayıptır.⁶¹

Yargıtay/ Hukuk kararında “Tazminat için hüküm vermekteki gaye, Davacıya düşür kaldığı zarar, kayıp veya hasarı tazmin etmektir. Kanunen tazmin edilebilen zarar iki başlık altında toplanabilir: Maddi ve manevi zarar.Maddi zarar tüm parasal ve elle tutulan kaybı kapsar, işte kâr kaybı ve hastahane

⁵⁸ Gözler Kemal/ Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, s. 831

⁵⁹ Necatigil Zaim, Anayasa ve Yönetim, s.246

⁶⁰ Yargıtay/ Hukuk 60/1989 Dağıtım 26/1990, 8.10.1990 tarihli karar

⁶¹ Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 128/130 2012 Dağıtım 13/2013, 29.4.2013 tarihli karar

ve tedavi masrafları gibi. Manevi zarar kişinin fiziki acısı veya hislerine olan hasarı kapsar. Maddi zarar matematiksel olarak hesaplanır. Manevi zarar matematiksel hesaplanmaz. Parasal tazminat başka para yerine geçmesi için verilmez, daha önemli olan bir şeyin yerine verilir. Kayba uğrayan kişiyi, verilecek tazminat, tazmin edildiği olaydan herhangi bir zarara uğramamış konumuna koyar.” ifadelerine yer vermiştir.

B. Yargılama Usulü

Takdiri Tazminat müracaatları ayrı kurallara tabidir.⁶² Davacı Takdiri Tazminat müracaatını kamulaştırılan taşınmazın yargı çevresi içinde olduğu Kaza Mahkemesine dosyalar. Takdiri Tazminat müracaatı iktisabı yapan makam veya ilgili herhangi bir şahıs tarafından yapılabilir.

1956 Tazminat Kuralları'nın 5. maddesi uyarınca takdiri tazminat müracaatının karşı tarafa tebliğinden itibaren on gün içerisinde karşı taraf isbat-ı vücud ve herhangi bir değerlendirmeyi desteklemek amacı ile duruşma aşamasında uzman tanık dinletip dinletmeyeceğini belirten ihbarı Mahkeme Mukayyitliğine dosyalar.

1956 Tazminat Kuralları'nın 6. maddesi ise ihbarın tebliğinden itibaren yirmisekiz gün içerisinde tarafların talep ve dava konusu gayrimenkulün değeri ile ilgili değerlendirmelerini Mahkeme Mukayyitliğine dosyalaması gerektiğini düzenlemektedir.

1956 Tazminat Kuralları'nın 8. maddesi ise mahkemenin uygun gördüğü takdirde taraflardan veya Tapu ve Kadastro Dairesi Müdürü veya başka bir karar merciinden değerlendirmelerin gerekçelerini ve malın değerlendirilmesi ile ilgili detaylı tafsilat verilmesini isteyebilir. Mahkemenin uygun gördüğü süre içerisinde (ondört günden az olmamak kaydı ile) konu bilgiler Mahkeme Mukayyitliği'ne dosyalanır ve birer suretleri de karşı tarafa tebliğ edilir. Mahkeme Mukayyiti duruşma gününden en az ondört gün önce taraflara ihbarda bulunur.

Taraflardan herhangi biri Mahkemeler Mukayyitliği'ne dosyalaması gereken evrakı gerektiği şekilde dosyalamaz ise mahkeme belgenin ibrazını zorlayabilir. Mahkeme 1956 Tazminat Kuralları'nın 19. maddesine dayanarak davanın ertelenmesi yönünde emir verebileceği gibi kusurlu tarafın sebep olduğu masrafları ödemesine de emir verebilir. Mahkeme davayı neticelendirecek hukuki bir ön itiraz öne sürülmüş olması durumunda ise öncelikle ön itirazı karara bağlamak durumundadır.

⁶² Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 128/130 2012 Dağıtım 13/2013, 29.4.2013 tarihli karar

Duruşmada izlenecek yöntem 1956 Tazminat Kuralları'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. İlk söz tazminat talep eden tarafa verilir, sırası ile tanıklar dinlenir ve karşı taraf tarafından istintaka tabi tutulur. İstida ve itirazname, dayandığı gerekçeleri içeren yemin varakası ile dosyalanır. Taraflar arzu etmesinde, meselenin kendine özgü koşulları içerisinde birden fazla yemin varakası dosyalayabilirler.

C. Takdiri Tazminat Kararlarının Niteliği

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa uyarınca Girne Kaza Mahkemesi 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat dosyasında verilen karar istinaf edilmiş ve Yargıtay Asli Yetki takdiri tazminat başvuruları uyarınca verilen mahkeme kararlarının tespit kararı olup, hüküm niteliğinde olduğu ancak icra kabiliyetinin olmadığı yönünde karar vermiştir.⁶³ İlgili kararda ödeme emrini içeren bölüm iptal edilmiş ve mahkemelerin takdiri tazminat dosyalarında tazminat miktarını saptamakla yetinmeleri noktasına vurgu yapılmıştır.

“Mahkemenin 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 49.maddesi uyarınca verdiği tespit kararının bağlayıcı olduğu ancak icra edilebilir kapsamda olmadığı, özel hukuk açısından bunun ciddi bir noksanlık olacağı ancak idare hukuku açısından çok önemli olmadığı, idarenin mahkeme kararlarının aksine hareket edeceğinin düşünülmediğini belirtmektedir.”⁶⁴

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa bir bütün olarak incelendiğinde tazminat müracaatında yapılan tespit ve bu tespit neticesinde verilen kararın bir tespit kararı (declaratory judgement) niteliğinde olduğu görülmektedir.

⁶³ Yargıtay/Asli Yetki 1/2011 Dağıtım 1/2011, 15.6.2011 tarihli karar 15/62 sayılı yasanın 7. maddesi altında iktisap ihbarının yayınlanmasından sonra, tazminatın ödenmesi veya yatırılmasından önce iktisabı yapan makam Resmi Gazete'de yayınlayacağı bir emirle iktisap emrini tamamen veya kısmen iptal edebilmektedir. Böyle bir hakkın iktisap eden makama verilmiş olması, Takdiri Tazminat istidası altında tespit edilen tazminatın miktarının ödenmesi hususunda iktisap makamının takdir yetkisi olduğunu gösterir. İktisap eden makam tespit edilen meblağı ödemeyerek iktisap etmekten vazgeçebilir. İktisap eden makam tespit edilen meblağı ödemede geç kalacak olma ihtimaline karşı, takdir edilen duruşma tarihindeki tazminat üzerine 1955 Tazminat Takdir Mahkemesi Yasasında belirtildiği şekilde faiz verilebilir. Bu şekilde geciken ödeme ihtimaline karşı malı iktisap edilen kişi korunmuş olabilir. Müstedaaleyhin ileri sürdüğü şekilde takdiri tazminat müracaatı üzerine verilen kararın icra edilebilir bir karar olması halinde ve tazminatın tahsil edilmesi için icraya gidilebilmesi halinde 7. maddenin bir anlamı yani iktisap eden makama yasada iktisaptan vazgeçme olanağı verilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Takdiri Tazminat Mahkemesinin kararının icrai niteliği olması halinde iktisap eden makamın geriye dönüş hakkı ortadan kalkmış olur.

⁶⁴ Zaim M. Nedjati, Administrative Law First Edition, Nicosia Cyprus, 1970, page 256

D. Tazminat Miktarının Tespit Edilme Yöntemi

15/1962 Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 9 ve 10. maddeleri tazminatın tespit edilmesinde uygulanacak kıstasları belirlemiştir. İktisap emrinin yayımlanmasından itibaren bir ay içerisinde bir anlaşma sağlanmaması veya bir aylık süre geçmemiş olmasına karşın mevcut koşullar içerisinde anlaşma sağlanmasının ihtimal dahilinde olmaması halinde iktisabı yapan makam veya ilgili herhangi bir şahıs tarafından malın iktisabı için ödenecek tazminatın kararlaştırılması veya tazminatın ilgili şahıslar arasında paylaştırılabilmesi için müracaat edilebileceğini düzenlemektedir.

KKTC Anayasa Mahkemesi 15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 10.(a). maddesi kamulaştırılacak mal için ödenecek tazminat miktarının kamulaştırma ihbarının yayımlandığı tarihte taşınmaz malın açık pazarda getireceği satış fiyatı kadar olmalıdır düzenlemesinde 'ilgili iktisap ihbarının yayımlandığı tarihte' söz dizisini Anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi ilgili kararda "Kamulaştırma ihbarı yayımlandığı tarih ile kamulaştırılan taşınmaz mal için ödenecek ödencenin takdiri veya tespiti veya Mahkeme tarafından kararlaştırıldığı tarih arasında bir hayli zaman geçmektedir. Normal olarak eski devirlerde bu iki tarih arasında geçen zamanın herhangi bir önemi yoktu çünkü para değerinde veya paranın alım satım gücünde herhangi bir esaslı değişiklik olmazdı. Herhangi bir değişiklik olmuş olsa idi dahi bu değişiklik önemsiz bir miktardı ve bu miktar da tesbit edilen ödüncüye bir miktar faiz ödenmesi kabul edilmekle veya kararlaştırılmakla bu fark telafi edilebilirdi. Anayasa kamulaştırma hallerinde tam ve hakkaniyete uygun bir ödencenin ödenmesini öngörmektedir. Genel Hukuk İlkeleri de kamulaştırma konularında tam ve hakkaniyete uygun bir ödence, alınan taşınmaz malın tam karşılığının para olarak verilmesidir. Bir kamulaştırmanın yapılması ile kamulaştırılan malın sahibinin mamelekinin bir kısmından yoksun bırakılmış olur. Tam ve hakkaniyete uygun bir ödencenin verilmesi için mamelekte yapılan eksiltmenin para ile karşılanması gerekir. Kuşkusuz bu karşılanma hususu ortaya yeni bir sorun çıkarır. Bu sorun da taşınmaz malın hangi zamana göre para karşılığının ödenmesidir."⁶⁵ ifadelerine yer vermiştir.

Tazminat, kamulaştırılan malın, tazminatın belirleneceği tarihteki rayiç piyasa değeri esas alınarak saptanmalıdır.⁶⁶ KKTC Anayasası'nın 41.(1).(c). maddesinde kamulaştırma bedelinde anlaşılabilmesi halinde kamulaştırmaya yetkili makamın hukuk mahkemesince saptanacak tam ve hakkaniyete uygun bir tazminatı hemen veya yasanın belirleyeceği beş yılı aşmayan taksitlerle ödeyeceği düzenlenmektedir.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi 14/1980 Dağıtım 6/1981, 26.1.1981 tarihli karar

⁶⁶ Yargıtay/Hukuk 66/2005 Dağıtım 34/2010, 29.12.2010 tarihli karar

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 12. maddesi uyuşulmuş veya kararlaştırılmış tazminatın derhal ve nakit ödeneceğini ancak tazminata karşı tarafın razı olmaması veya tazminatı yetersiz bulması veya KKTC'de ikamet etmemesi durumunda iktisabı yapan makamın mahkeme emri ile tazminat miktarını Hazine ve Muhasebe Dairesine yatırabileceği düzenlenmiştir.

“Nakden ödeme kamulaştırma karşılığının ödeme günündeki devletin geçerli parasıyla ödenmesidir. Doktrinde tahvil, bono ve borç senetleri verilerek ödemenin yapılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca mal sahibinin rızası olmadan kamulaştırma bedelini ödemek için taşınabilir veya taşınmaz mal da verilmez.”⁶⁷

Kamulaştırmanın, mal sahibinin rızası hilafına olması (madencilik maksatları hariç) takdir edilecek tazminat miktarına etki etmez. İktisap ihbarının yayımlandığı tarihte el koyma ile ilgili herhangi bir yasa hükmü gereği iktisabı yapan makamın iktisaba konu gayrimenkulün zilyedi olması halinde, zilyetlik süresi içerisinde konu gayrimenkule inşa edilen veya gayrimenkulün inkişafı için yapılan inşaat veya eklemeler sebebiyle malın değerinde meydana gelen artış tazminatın tespitinde dikkate alınmaz.

Yine iktisap olunan malda mahkeme tarafından önlenebilecek veya yasaya aykırı veya onu işgal edenlerin sağlığına veya kamu sağlığına aykırı olarak kullanılması neticesinde meydana gelen değer artışı tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaz. İktisap edenin herhangi bir mal üzerinde kısmi kamulaştırma yapması halinde mal sahibinin elinde kalan kısımda malın değerinde meydana gelen artış veya azalma tazminat miktarında dikkate alınır. Kamulaştırılan malın, mal sahibinin başka bir malından ayrılmasına sebep olması durumunda da, mal sahibinin zarar ziyanı da tazminat miktarının tespitinde dikkate alınır.

İktisap ihbarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte, konu gayrimenkul üzerinde herhangi bir meslek icra edilmesi ve konu gayrimenkulün kamulaştırma yapılmamış olsa idi bu amaçla kullanılacak olması durumunda bu amaçla malda zilyetlik hakkı bulunan kişinin doğrudan dıçar olduğu zarar ziyanı da dikkate alınır.

Kamulaştırılmak istenen gayrimenkul üzerinde iktisap tarihinde mevcut olan veya mevcut olmayan ancak uygulanmak istenen ve gayrimenkulün değerinde azalmaya sebebiyet verecek irtifak hakkı veya imtiyaz dikkate alınır. Tazminatın nasıl belirleneceği noktasında malın inkişafa açık olup olmadığı, piyasa değerinin ne olduğu önem taşımaktadır. Kamulaştırılmak istenen malın piyasa bedelinin belirlenmesinde öncelikli olarak kullanılması gereken yöntem

⁶⁷ Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, 2014, s. 51

aynı zaman dilimi içerisinde benzer malların satış bedeli ile kamulaştırılan malın değerinin kıyaslanmasıdır. Bunun tespit edilememesi halinde arta kalan metodu uygulanmalıdır.

İçtihatlarda malın değerinin tespitinde uygulanması gereken usulün, ilgili tarihlerde benzeri malların satışı bulunması halinde direkt mukayese metodu, malın inkişafa açık bir mal olması ve malın arsalarla bölünerek inşaat maksadı ile kullanılması söz konusu olduğu takdirde ise ‘arta kalan’ metodu ile değer tespiti yapılması gerektiği belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme konu kararda arta kalan metodu şu şekilde açıklamaktadır:

“Bu yöntemde malın potansiyelinin ve olasılıklarının da dikkate alınması gerekir. İnkişaf edilecek mal çıplak bir mal olabileceği gibi, üzerinde bina olan ancak binanın değiştirilmesi veya geliştirilmesi veya binanın tamamıyla yıkılarak, yeni bina yapılması söz konusu olan bir mal da olabilir. Bu metod ile mal üzerindeki proje uygulandıktan sonraki fiyatı esas alınır ve bundan malın alış fiyatı, altyapı, inşaat masrafları, projenin finansman masrafı, yapmayı tasarladığı kâr çıkarılarak değer belirlenir.”⁶⁸

15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabına Dair Yasa’nın 10.(k). maddesi malın ticaret, zanaat, meslek veya işin icrası için kullanılması durumunda tazminat takdir edilirken tespit edilmesi gereken zararın malın kamulaştırılması ile oluşan ve doğrudan gerçekleşen parasal anlamda maddi kayıp olduğunu düzenlemektedir. Zarar uğrayan kişiye verilecek tazminatın kişinin zarara uğramamış gibi eski durumuna gelmesi anlamına gelmektedir.

E. Takdiri Tazminatta Bilirkişi Değerlendirmesi

Mahkeme huzuruna sunulan bilirkişi şahadetlerini bir bütün olarak değerlendirerek tazminat miktarını tespit eder. KKTC hukukunda bilirkişi, tanık olarak dinlenilmektedir. Mahkeme bilirkişi tanığın şahadetinin spekülatif olduğuna kanaat getirilmesi halinde huzurundaki tüm şahadeti bir bütün olarak dikkate alarak, mal sahibine ödenmesi gerekli tazminat miktarını tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme bilirkişi tanığın şahadeti ile bağlı değildir. Mahkeme huzurundaki tüm şahadeti değerlendirerek, ödenmesi gereken tazminatı tespit edebilir.

1956 Takdiri Tazminat Mahkemesi Kurallarının 19. maddesi altında mahkeme farklı bir emir vermediği takdirde, tarafların sadece birer bilirkişiyi şahadete çağırabileceğini düzenlemektedir. Mukayyet, bu bilirkişi tanıkların verecekleri şahadette kullanacakları plan ve detayları birlikte değerlendirmelerini, satış bedelleri verilecekse bunlara değinileceğini gösteren bir beyanı, taraflardan talep eder.

⁶⁸ Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 128/2012 ve 130/2012 Dağıtım 13/2013, 29.4.2013 tarihli karar

Mukayyit tarafından talep edilen bu evrakın, yirmisekiz gün içerisinde Mukayyite verilmesi ve yedi gün içerisinde de bu evrakların karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekir.

F. Takdiri Tazminatta Faiz

Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğü'nün 27. maddesi mahkemenin uygun gördüğü ve tespit ettiği tazminat miktarının emrin verildiği tarihten başlayarak tazminatın son ödeme gününe kadar KKTC Merkez Bankası Yasası'nın 24. maddesi uyarınca saptanıp yürürlüğe konulan mevduatlara uygulanan yıllık azami faiz taşımamasını düzenlemektedir.

Mahkemelerin takdiri tazminat kararları tazminat miktarının Türk Lirası olarak belirlenmesi durumunda yıllık %14, İngiliz Para Birimi üzerinden belirlenmesi durumunda yıllık %4 faiz içermektedir.⁶⁹

G. İstinaf

Mahkemenin Takdiri Tazminat kararından tatmin olmayan taraf, haksız hüküm verildiği gerekçesi ile hüküm tarihinden itibaren ondört gün içerisinde istinaf edebilir. İstinaf müracaatı Yüksek Mahkeme Mukayyitliğine yapılır.

Takdiri Tazminatların istinafları Yargıtay/Hukuk tarafından ele alınır ve karara bağlanır. İstinaf müracaatı dosyalanırken davayı dosyalayan Lefkoşa'da tebliğ adresi belirtmek durumunda olup Yüksek Mahkemenin davaya verdiği dinlenme gününden en az ondört gün öncesinde istinaf ihbarnamesinin karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekmektedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN YAPILAN DENETİM

KKTC Anayasasında, Anayasa Mahkemesi soyut ve somut norm denetimi yanında organ uyuşmazlıklarını ve KKTC Cumhurbaşkanı'nın görüş istemlerini karara bağlamaktadır. Uygulanacak usul 1997 Anayasa Mahkemesi Tüzüğünde düzenlenmektedir.⁷⁰

Anayasa şikayeti 29 Haziran 2014 tarihinde halk oylamasına sunulan ancak halk oylamasında reddedilen anayasa değişiklik paketinin KKTC Anayasası'nın 144. maddesine eklemek istediği önemli değişiklik idi. KKTC Anayasa Mahkemesi yargısal denetimini sadece somut ve soyut norm denetimi ile değil, somut olaylar üzerinde de denetimi sağlayan anayasa şikayeti ile de gerçekleştirmiş olacaktı.

⁶⁹ www.kkctcmerkezbankasi.org/tr/oranlar/sozlesme-mahk-faiz s.e.t . 29.4.2018

⁷⁰ Resmi Gazete EKIII Sayı 147, 25 Aralık 1996 A.E. 1190

Anayasa değişiklik paketi halk oylamasında kabul görse idi KKTC Anayasasının 144(4) maddesi her yurttaşa anayasada koruma altında olan temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanınmış olacaktı. Bu noktada bireysel başvuruya ilişkin başvuru süresi, şekli ve başvuruların incelenmesi konuları ise yasayla düzenlenecekti.

Sağlam, KKTC Anayasası'nda anayasa şikayetine açıkça yer verilmemesinin bu yolun kullanılmasına benzer bir uygulamayı engellemediği görüşündedir. Bu görüşüne gerekçe olarak KKTC Anayasa Mahkemesi'nin ve Yüksek Mahkeme'nin sahip olduğu kapsayıcı yapı ve geniş yetkiler bir arada düşünöldüğünde anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine dayanılarak bu yola yakın bir uygulamanın yorum yolu ile kullanılabilceğini, KKTC Anayasasında formüle edilen şekliyle anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi içinde bireysel başvurunun sağladığı korumanın mevcut olduğunu ve Yüksek Mahkemenin Anayasa Mahkemesi dışındaki yargıyı da kapsayan yapısı içinde zaten sağlanması gereken bir koruma olduğunu belirtmektedir.⁷¹

Sağlam, 29 Haziran 2014 tarihinde halk oyuna sunulan anayasa değişiklik önerisinde anayasa şikayetinde yer alan olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulunun kamu gücü ihlalinin niteliğine göre son aşamada Yargıtaya ya da Yüksek İdare Mahkemesine başvurmaksa Yüksek Mahkemenin hem Anayasa Mahkemesi hem de Yüksek İdare Mahkemesi olarak görev yapması eşdüzeyle yapı içerisinde hiyerarşik üstünlük sorununa ve bunun neticesinde yargısal süreci uzamasına sebep olacağını ifade etmektedir.⁷²

15/1962 sayılı Amme Menfaati Yararına Maksatlar İçin Zorla Mal İktisabına Dair Yasa'nın 10. maddesi iktisap ihbarının yayımlandığı tarihteki değer üzerinden tazminatın kararlaştırılmasını düzenlemektedir. Ancak *Anayasa Mahkemesi 'iktisap ihbarının yayımlandığı tarih' ibaresini Anayasa'nın 33/l. (c). maddesine aykırı olduğu kararını vermiştir.*⁷³

Yüksek Mahkeme Birleştireilmiş Yargıtay/Hukuk 128 ve 130/2013 Dağıtım 13/2013 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararın KTFD Anayasası'nın 114. maddesi altında (KKTC Anayasası'nın 148. maddesinin aynısı) konunun Anayasa Mahkemesine sunulması üzerine verilen bir karar olduğunu ve bu madde altında verilen kararın ancak tarafları bağladığı yönünde yapılan itirazı şu gerekçeyle reddetmiştir. *Yargıtay/Hukuk 66/2005 (Dağıtım 34/2010 ve Dağıtım 31/2010)'da, 15/1962 sayılı Yasa'nın 10(a) maddesine,*

⁷¹ Fazıl Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri , Lefkoşa,Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Faköitesi , 2016, s.252

⁷² Sağlam Fazıl, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 253

⁷³ Anayasa Mahkemesi 14/1980 Dağıtım 6/1981, 21.1.1981 tarihli karar

Anayasa Mahkemesinin 14/80’de verdiği karar uygulanmış ve tazminat değeri karar tarihi itibarıyla tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14/80 madde 114 (148) altında verilen bir kararında, malın değerinin tespitinde dikkate aldığı ölçüt, Yargıtay/Hukuk 66/2005’de de uygulanmış bulunmaktadır. Yargıtay tarafından verilen Yargıtay/Hukuk 66/2005 (Dağıtım 31/2010) ve Yargıtay/Hukuk 66/2005 (Dağıtım 34/2010), bağlayıcı içtihat kararlarıdır. Bu nedenle, Bidayet Mahkemesi, Yargıtayın 66/2005 sayılı istinaflarda verdiği kararlara uygun bir şekilde karar üretmekle ve tespitini karar tarihi itibarıyla yapmakla hata yapmamıştır.

VI. SONUÇ

Kamulaştırma, KKTC Anayasası’na göre temel hak olarak düzenlenen ve korunan mülkiyet hakkını sınırlayan bir işlem olarak ana ilkeleri ile KKTC Anayasası’nda düzenlenmiştir.

Kamulaştırma bir tarafta özel mülkiyet diğer tarafta kamu hizmetinin yerine getirilmesi gerekliliği devam ettiği sürece vazgeçilmez bir uygulama olarak varlığını devam ettirecektir.

Hukuk devleti ilkesi, idarenin yaptığı her işlemin, hukuka uygun olmasını gerektirmektedir. Kamulaştırma işlemi bireyin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale niteliğinde olduğundan, bu yetkinin idare tarafından dikkatle kullanılmasını gerektirmektedir.

Kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkını tümüyle ortadan kaldıran bir işlem olması sebebiyle yargısal denetime tabi olması son derece önemlidir.

Kamulaştırma işleminin yargısal denetimi, işlemin hukuka uygunluğu bakımından YİM tarafından, belirlenecek tazminat açısından ise taşınmazın taşınmazın yargı çevresi içinde olduğu kaza mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

Kamulaştırma işlemine karşı açılacak iptal davasında YİM tarafından verilecek ara emri de önem taşımaktadır.

Kamulaştırma işlemine karşı yetmişbeş günlük hak düşürücü süre kamulaştırma emrinin Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren başlamaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğum gerekçeler sebebiyle YİM’de açılan iptal davası açısından KKTC Anayasası’nın 152. maddesinde düzenlenen yetmişbeş günlük dava açma süresinin geçmiş olmasına karşın kamu yararına olan durumlarda mahkemelerin ciddi bulacakları başvuruları kabul etmelerine olanak tanıyan yasal düzenleme 29 Haziran 2014 tarihinde halk oylamasına sunulan ancak halk oylamasında reddedilen anayasa değişikliği paketinde mevcuttu. Anayasa

değişiklik paketi bir bütün olarak oylandığı için diğer düzenlemeler yanında bu yerinde değişiklik hayata geçirilememiştir.

Sosyal hukuk devleti açısından önemli olan, kamulaştırmanın anayasal ve yasal temellerinin iyi ve net bir biçimde belirlenmesi, kamulaştırmayla ilgili işlem ve düzenlemelerin belirlenen yasal düzenlemelere uygun yapılması ve aykırılık halinde yargı yolunun açık olmasıdır.

KKTC'de idari yargılama usulunde ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Bölge İdare mahkemeleri bulunmamaktadır.

15/1962 sayılı Amme Menfaatı Yararına Maksatlar İçin Zorla Mal İktisabına Dair Yasa uyarınca KKTC devleti ve Belediyeler tarafından yapılan kamulaştırma işlemine karşı YİM'de açılacak iptal davası üç Yüksek Mahkeme Yargıcından oluşan YİM'de görülmektedir. KKTC'de yönetsel davaların büyük çoğunluğunda YİM kararlarına karşı istinaf yolu kapalıdır. Bu düzenleme bir davayı iki kez dinlemenin zaman kaybına neden olacağı görüşünün sonucudur. YİM'e dosyalanan dava sayısındaki artış, dava yükü ve idari davalara bakacak yargıçların idari yargı alanında uzmanlaşması dikkate alınarak 29 Haziran 2014 tarihinde halk oyuna sunulan anayasa değişikliği paketinde Bölge İdare Mahkemelerinin kurulması yönünde maddeler mevcuttu. Anayasa değişikliği paketi bir bütün olarak oylandığı için diğer düzenlemeler yanında bu düzenleme de kabul görmemiştir.

KAYNAKÇA

Atik Ayşegül Çoban, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Adalet Yayınevi Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi-1416 Birinci Baskı, Mayıs 2014

Erginel Taner, Kusursuz Yargı Oluşturma Çabaları, Okman Printing Ltd. Ağustos 2017

Erhürman Tufan, İdari Yargıda Meşru Menfaat- Danıştay ve Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme 1. Baskı Temmuz 2011, Lefkoşa, Kıbrıs, Mavi Basım

Erhürman Tufan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Işık Kitabevi Yayınları No:66 1. Baskı, Ocak 2012, Lefkoşa- Kıbrıs

Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 19. Baskı, Ağustos 2017

Gözübüyük Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, 2018

Günday Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı , İmaj Yayınevi Ankara, Ekim 2015

Hayta Mehmet Ali, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

Kutlu Meltem, İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1992

Nedjati Zaim M. Administrative Law First Edition, 1970, Nicosia Cyprus

Necatigil Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası ve Yönetim Hukuku Esasları, Işık Kitabevi, 2015

Özyörük Mukbil, Kamulaştırma Hukuku, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.Ö, Ankara 1948

Sağlam Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lefkoşa 2016

Uler Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHFY No281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970

Uler Yıldırım, Yönetmelik Yargıda Dava Süresi, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap (İdari Yargı), Ankara Danıştay Yayınları, 1991

İDARİ İŞLEMİN KONUSU UNSURU BAKIMINDAN SERMAYE PİYASASI KURULUNUN UYGULADIĞI İDARİ PARA CEZALARI¹

Administrative Fines Imposed By Capital Markets Board In Terms Of Subject Matter Of Administrative Action

Eda ÇANGA BELBER²

Geliş Tarihi: 09.03.2018

Kabul Tarihi: 28.03.2018

ÖZET

Son yıllarda çeşitli kanunlarda yer verilen eylemler için öngörülen adli cezaların mümkün olduğu ölçüde terkediliyor olması, suç olmaktan çıkarılan eylemlerin birçoğunun idari yaptırımla karşılama zorunluluğu ve para cezalarının etkili bir yaptırım olması nedenleriyle idari yaptırımlar arasında en geniş kategoriyi idari para cezaları oluşturmaktadır. İdare tarafından, ilgililer hakkında idari para cezasına karar verilmesi, idari işlemin konu unsurunu oluşturur. Bu çalışmada Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyguladığı idari para cezalarının idari işlemin konu unsuru bakımından hukuka uygun olması için hangi şartları taşıması gerektiği incelenmiştir. Bu çerçevede, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil düzenlemeler uyarınca verilecek idari para cezasının muhatabının ve miktarının nasıl belirleneceği, miktar belirlenirken ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gereği ve idari para cezası yaptırımının diğer idari ve cezai yaptırımlarla beraber uygulanmasında *ne bis in idem* ilkesinin nasıl yorumlanacağı üzerinde durulmuştur. Söz konusu hususlar, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile idari para cezaları bakımından genel kanun niteliği taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu arasındaki ilişki çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: idari işlem, idari para cezası, sermaye piyasası, ölçülülük ilkesi, ne bis in idem ilkesi.

ABSTRACT

The administrative fines are the widest category among administrative sanctions due to the facts that judicial sentences foreseen for various acts in recent years have been abandoned as far as possible and many of the acts which are no longer considered to be crimes have to be subject to administrative sanction and also fines are effective sanctions. The decision of administrative fines on the persons concerned by the administration constitutes the subject matter of the administrative action. In this study, conditions which should be carried out in order for the administrative fines imposed by the Capital Markets Board to be in compliance with the law in terms of the subject matter of administrative action has been investigated. In this context, it is emphasized amount of the administrative fines and to whom they will be imposed according to the Capital Markets Law No. 6362 and secondary regulations, the compliance with the principle of proportionality while determining the amount, and the interpretation of *ne bis in idem* principle while imposing administrative fines together with other administrative and penal sanctions. The said subjects have been evaluated within the framework of the relationship between the Capital Market Law No. 6362 and the Misdemeanor Law No. 5326, which is a general law in terms of administrative fines.

Keywords: administrative action, administrative fines, capital markets, principle of proportionality, ne bis in idem principle.

¹ Bu makale, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve sonuçlandırılan "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Para Cezalarının Hukuki Rejimi" adlı yüksek lisans tezinden türetilmiştir. Bu makalede savunulan görüşler yazarın şahsi görüşü olup, mensup olduğu kurumu bağlamaz.

² Sermaye Piyasası Kurulu, Uzman Hukukçu-Avukat, edacanga06@gmail.com

I. GİRİŞ

Bir idari işlemin konusu, o işlemin doğurduğu hukuki sonuç, dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir³. Bir idari yaptırımın konusu ise, yaptırımın doğurduğu sonuçtur⁴. İdari işlemin konu unsuru bakımından geçerli olabilmesi için bazı şartların var olması gerekir. Öncelikle idari işlemin konusu imkânsız olmamalı ve meşru olmalıdır⁵. İdari işlemin konusunun gerçekleşmesi mümkün değilse ya da meşru değilse, idari işlem konu unsuru yönünden sakattır.

İdari yaptırımların çeşitliliği nedeniyle konularına göre türlerini saptamak ve idari yaptırımların doğurduğu tüm sonuçları yazmak imkansız denecek kadar zordur. Ancak, örneğin çalışmamızın konusunu oluşturan sermaye piyasasında Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından idari para cezasına karar verilmesi, idari yaptırımın konusunu oluşturur. İdari yaptırımların konu unsurunda en geniş kategoriyi de zaten idari para cezalarının oluşturduğu ifade edilmiştir⁶. Ayrıca adli cezaların mümkün olduğu ölçüde terkediliyor olması, suç olmaktan çıkarılan eylemlerin birçoğunun idari yaptırımla karşılaşma zorunluluğu ve para cezalarının etkili olması bu yaygınlıkta rol oynamaktadır.

İdari yaptırımın uygulanması ve uygulanmasıyla doğan sonuç, konu unsurunu oluşturduğu için, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylem ya da işlem için öngörülenden farklı bir yaptırımın uygulanması konu unsurunu sakatlayacaktır⁷. Örneğin idari para cezası uygulamak gerekirken faaliyet izninin iptaline karar vermek konu unsuruna aykırı bir idari işlemdir.

İdari işlemin konu unsurunda değinilmesi gereken önemli bir husus da, idarenin takdir yetkisidir. Hatta idarenin takdir yetkisi, kimi yazarlara göre idari işlemin yalnızca konu unsurunda ortaya çıkabilecek bir husus olarak görülmüştür⁸. Bu kavram, idarenin kendisine verilen yetkiyi kullanıp kullanmamakta ya da kullanılmasının gereklerini saptamada az ya da çok

³ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 143; GÖZÜBÜYÜK / TAN, *İdare Hukuku*, C.II, 490; ÖZAY, *Günüşiğinde Yönetim*, 418.

⁴ OĞURLU, *İdari Yaptırımlar*, 164.

⁵ KALABALIK, *İdare Hukuku Dersleri*, 133; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 144.

⁶ DONAY, *Para Cezaları*, 43. "... toplum yaşamının en yoğun alanlarında, vergiler gibi ülke üzerinde yaşayan her gerçek ve tüzel kişiyi ilgilendiren alanlarda, üstelik ticari ceza hukuku gibi yeni gelişen alanlarda da bu tür yaptırıma başvuruluyor olması nedeniyle..." idari para cezaları bu denli yaygındır. (ERMAN, *Ticari Ceza Hukuku*, 8-11.)

⁷ OĞURLU, *İdari Yaptırımlar*, 164.

⁸ GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt I, 821. Yazar, doktrindeki baskın görüşün aksine idari işlemin sebep unsurunda idarenin takdir yetkisi olamayacağı sadece bir değerlendirme marjı olacağı görüşündedir. Bunun dayanağı olarak da değerlendirme marjının idari yargı organlarının denetimine tabi olmasını, takdir yetkisinin ise böyle bir denetime tabi olmasını göstermektedir (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt I, 819-824).

serbest bırakılması durumunu ifade eder⁹. Takdir yetkisi idareye belli konularda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma yetkisi verir. Bir diğer tanımda ise, takdir yetkisinin idarenin yetkilerini kullanırken yalnızca sonuca ulaşmaya yetecek kadar bir tavır takınarak eylem ya da işlem yapmasını kapsadığı ifade edilmiştir¹⁰. Kurul da idari para cezası miktarını tespit ederken sahip olduğu takdir yetkisini kullanacaktır. Kurulun idari para cezası miktarını tespit ederken göz önüne aldığı hususlar takdir yetkisini şekillendirir. Bu noktada Kurul'un aşağıda ele alınacak olan ve idari yaptırımlara hâkim olan ilkelere biri olan "ölçülülük ilkesine" riayet etmesi gerekir¹¹.

İdareye tanınan takdir yetkisi sebep ve konu unsurlarında olabileceğinden¹², konu unsurunda takdir yetkisinin sınırının aşılması da işlemi konu unsuru yönünden sakatlayacaktır. Konu unsuru yönünden idari işlemin geçerli olabilmesi için sebep unsuru ile konu unsuru arasında illiyet bağı olmalıdır. Çünkü idari işlemin sebebi, idareyi o işleme iten etken iken; konu ise o etkene dayalı olarak idarenin yaptığı işlem sonucu dış dünyada meydana gelen değişikliktir ve aralarında sıkı bir ilişki vardır. Diğer yandan sebep unsuru ile konu unsuru arasında ölçülülük bulunması gerekir. Yani idari işlemin yapılmasını sağlayan etken ile bu etkene bağlı olarak hukuk âleminde meydana gelen değişiklik arasında belli bir oranın olması gerekir.

Son olarak belirtilmesi gereken, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlama getiren kurallar ancak yasayla konulabildiğinden idari işlemlerle özgürlüğü bağlayıcı ceza verilemeyeceğidir. Aksi yöndeki işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

Aşağıda Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezası tesis ederken bu işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırı olmaması için, cezanın muhatabı yani kim hakkında tesis edileceği, miktarının nasıl belirlenmesi gerektiği ile ölçülülük ve *ne bis in idem* ilkeleri bakımından bu cezaların nasıl uygulanacağı tartışılacaktır.

II. İDARİ PARA CEZASININ MUHATABI

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn) 103/1 maddesinde, "Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden **kışilere...** idarî para cezası verileceği" hükme bağlanmıştır¹³.

⁹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargısı, 241.

¹⁰ ÖZAY, Günışığında Yönetim, 496.

¹¹ TAN, "İdari Yaptırımlar", 105.

¹² GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdare Hukuku, C.II, 511.

¹³ 2499 sayılı yasanın 47/A maddesinde ise "Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı

SPKn'nun 103/2 maddesinde ise, *“Birinci fıkradaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra hükmüne göre idari para cezası verilir. Aykırılığın, temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez.”* hükmüne yer verilmiştir.

Konu ile ilgili olarak 6362 sayılı SPKn'da getirilen söz konusu düzenlemeyi ayrıntılı şekilde ele almadan önce tüzel kişilerin Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Kabahatler Kanunu bakımından ceza sorumluluğuna değinmek yerinde olacaktır.

A. TCK Bakımından Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Kural olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olamaz. 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinde de, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı düzenlenmektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı düzenlendikten sonra ikinci fıkrada, tüzel kişiler bakımından ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç nedeniyle kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki tedbirlerin saklı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmek ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.

Cezaların şahsiliği ilkesi, temel olarak kanunda suç karşılığı olarak öngörülmüş bulunan cezanın sadece suçun failine verilmesini, yalnızca suçun failinin cezadan etkilenmesini ifade etmektedir. Cezaların şahsiliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında *“ceza sorumluluğu şahsidir”* ifadesi yer almaktadır. Bu ilke ile, herkesin kendi eyleminden sorumlu tutulacağı, bir kimsenin başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir¹⁴. Yani suçun maddi unsurunu oluşturan fiilin, bir insan davranışı olması gerekmektedir. Suç oluşturan fiilin tüzel kişinin organları tarafından işlenmesi ve buna rağmen tüzel kişinin bu fiilden dolayı sorumlu tutulması başkasının fiilinden dolayı sorumluluğun kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum ise Anayasa'nın suç ve cezaların şahsiliğinin düzenlendiği 38. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Ancak, özellikle ekonomik, ticari ve sosyal nitelikteki suçlarda, para cezasının uygulanabileceği hallerde tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu bulunduğu

hareket ettiği tespit edilen **gerçek kişiler ve tüzel kişilere** ... idarî para cezası verileceği” hükme bağlanmıştır.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi Mahkemesi, 6.1.2005, E.2001/487, K.2005/2, RG.27.10.2005, S.25979, s.54

kabul edilebileceği yönünde bir eğilim son yıllarda artmaktadır¹⁵. Bu çerçevede, sırf para cezası gerektiren bazı suçlarda tüzel kişilerin idari de olsa ceza sorumluluklarının kabulünde zorunluluk duyulabileceği doktrinde ifade edilmiştir¹⁶. Nitekim, Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesi ile 6362 sayılı SPKn'nun 103/2 maddesinde tüzel kişilere ceza yaptırımını uygulanabileceğini öngören kurallar da bu görüşe paralel düzenlemelerdir¹⁷. Söz konusu düzenlemelerde, esasen ceza hukukuna ait bir ilke olan cezaların şahsiliği ilkesinin, kabahatler hukuku bakımından da kural olarak geçerli olmakla birlikte, kabahatlerin hukuki niteliği nedeniyle katı bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir.

B. Kabahatler Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Kabahatler Kanunu'nda, TCK'dan farklı olarak, tüzel kişiler hakkında idari yaptırım uygulanabileceği esası kabul edilmiştir. Anılan kanunun 8/1 maddesine göre, *“Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş olduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir”*. Bu hüküm nedeniyle, organ/temsilcilik görevi yapan ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin¹⁸ görevi kapsamında işlediği idari suçtan dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 8/1 maddesinde yer alan düzenleme ile, TCK'daki tüzel kişilere ceza uygulanamayacağı ilkesinden ayrılmıştır. Kanun koyucu kabahatler için öngörülen idari yaptırımları, TCK'da suç için öngörülen ceza yaptırımından farklı ve daha niteliksiz görmektedir. Kabahatler Kanunu'nun ifade biçimine bakıldığında, tüzel kişiye muhakkak idari yaptırım uygulanacağı biçiminde mutlak bir anlam çıkarmak mümkün değildir.

Maddenin gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir: *“Tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilmesi, organ veya temsilci sıfatıyla tüzel kişi adına hareket eden ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde istihdam edilen kişi hakkında da idari yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu durumda tüzel kişi ile gerçek kişilere verilen idari para cezasının tahsili açısından müteselsil sorumluluk da kabul edilemez.”*

¹⁵ **KARABULUT**, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 150.

¹⁶ **İÇEL ve diğerleri**, Yaptırım Teorisi, 15-16.

¹⁷ Benzer kural, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 vd. maddelerinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun da 146, 147 ve 148. maddelerinde yer almaktadır.

¹⁸ “Organ” kavramına örnek olarak şirketin yönetim kurulu, “temsilcilik” görevi yapan kişiye örnek olarak şirketin müdürü, organ veya temsilci olmamakla birlikte “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen” kişiye örnek olarak da tüzel kişi tarafından verilen yetkiyle görev yapan satış elemanı verilebilir. **KARAGÜLMEZ**, İdari Para Cezaları, 234.

Anılan madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, kabahat sorumluluğunun esas itibarıyla kabahate konu fiili gerçekleştiren organ veya temsilci niteliğindeki gerçek kişide olduğu, ancak bu kabahat nedeniyle tüzel kişi hakkında da gerçek kişiyle birlikte ayrıca idari yaptırım uygulanmasının mümkün olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Yani böyle bir durumda idari cezayı vermeye yetkili idari makam, cezayı, söz konusu fiili bizzat işleyen organ, temsilci veya hizmetli çalışana vermede bağlı yetki içinde; adına hareket edilen tüzel kişiye vermede ise takdir yetkisi içindedir¹⁹.

Böylece, idari para cezasının niteliği ve ceza hukuku yaptırımlarından farklılığı nedeniyle, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen kabahat nedeniyle bu tüzel kişiye de idari para cezası verilebileceği; ayrıca tüzel kişiye idari yaptırım uygulanmasının, tüzel kişi adına hareket eden (örneğin bir şirketin yönetim kurulu başkanı veya üyeleri ya da şirketin müdürü) kişi hakkında idari yaptırım uygulanmasına engel oluşturmadığı, yaptırım uygulanmasıyla güdülen amacın gerçekleşebilmesi için yaptırımın, ancak hakkında uygulanan kişi üzerinde etkili olmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, işlenen kabahat nedeniyle verilen idari para cezası ile ilgili olarak müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir²⁰.

Kabahatler Kanunu'nun 8/1 maddesinde yer alan ve tüzel kişinin temsilcisinin görevi kapsamında işlediği kabahatten dolayı hem temsilciye hem de tüzel kişiye idari ceza verilebileceğine ilişkin düzenleme Ulusoy²¹ tarafından iki bakımdan eleştirilmektedir. Bunlardan ilki, Kanunda ceza verilecek kişi olarak adına hareket edilen kişinin değil, onun çalışanı, organı veya temsilcisinin belirlenmesinin hakkaniyet ve ceza adaleti yönünden sorunlu olduğudur. İkincisi ise, temsilci/organ/çalışanın fiili nedeniyle hem kendisine hem de adına hareket edilen tüzel kişiye ayrı ayrı ceza verilebilmesinin aynı fiil nedeniyle birden fazla ceza verilemeyeceğine ilişkin *ne bis in idem* ilkesiyle bağdaşmayacağı, bu nedenle de Kanunun anılan maddesinin söz konusu ilkeye aykırılığı nedeniyle Anayasaya uygunluğunun tartışmalı olmasıdır.

2499 sayılı mülga SPKn'nun 47/A maddesinde ise "... **gerçek kişiler ve tüzel kişilere ... idarî para cezası verileceği**" öngörülmüş olup, bu dönemde tesis edilen idari para cezaları incelendiğinde, Kurul'un yukarıda bahsedilen ve Kabahatler Kanunu'ndan kaynaklanan takdir yetkisini, her somut olaya göre bazen şirket tüzel kişiliği, bazen gerçek kişiler olan şirketin yönetim kurulu üyelerinin/yöneticilerinin tamamı ya da bir veya birkaçı hakkında ceza tesis

¹⁹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, 122.

²⁰ KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 151; YURTCAN, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 12.

²¹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, 123.

ederek kullandığı görülmektedir²².

Bu yönüyle Kurul'un söz konusu uygulaması, kabahatler bakımından kusurluluğun esas olması ilkesine de uygunluk arz etmiş, zira Kabahatler Kanunu uyarınca izin verildiği halde, Kurulca aynı anda hem tüzel kişi ve hem de tüzel kişinin yetkilisi gerçek kişi hakkında idari para cezası tesis edilmesi yoluna gidilmemiştir. Bununla birlikte, ilgili düzenlemede yükümlülüğe tabi olan kişi açıkça gösterilmediğinde, kimi zaman şirket tüzel kişiliği, kimi zaman şirketin yönetim kurulu üyeleri hakkında uygulanan idari para cezalarına ilişkin olarak cezanın muhatabının kim olması gerektiği noktasında yargı mercileri tarafından çok sayıda farklı yönde karar alınmıştır²³.

²² Konuya ilişkin olarak, Kurul Karar Organı'nın 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı (mülga) ilke kararında *SPKn'nun 47/A maddesinde 4487 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten (18.12.1999) önceki fiiller için sorumluluğu bulunan gerçek kişiler hakkında işlem yapılması, 18.12.1999 tarihinden sonra işlenen fiiller açısından ise, kural olarak idari para cezasının tüzel kişiler hakkında uygulanması, ancak özellikle fiilin bir veya birkaç kişi tarafından işlendiği tespit edilebiliyorsa, o zaman gerçek kişiler hakkında SPKn'nun 47/A maddesi sayılı gereğince işlem yapılması* öngörülmüştü. Söz konusu Kurul kararıyla, tüzel kişilerin artık idari para cezalarında muhatap olabilecekleri, ancak cezayı gerektirir eylemin tüzel kişinin ortağı, yöneticisi konumunda olan bir ya da birkaç kişi tarafından işlendiğinin tespiti halinde idari para cezasının anılan kişilere verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.
<http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2000&sayi=14&submenuheader=null&ext=.pdf> (Erişim Tarihi.: 30.10.2017)

²³ Örneğin, ana şirket konumunda olan ... A.Ş. tarafından, kömür yıkama ve çıkarma faaliyetlerine ilişkin olarak grup şirketlerinden biri ile yapılan sözleşmelere ilişkin özel durum açıklamasının tam ve zamanında yapılmayarak Seri:VIII, No:39 sayılı Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nin ihlali nedeniyle şirket genel müdürü ve mali işler müdürü için ayrı ayrı idari para cezası verilmesi üzerine genel müdür tarafından açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 24.1.2003 tarih ve E.2002/1059, K.2003/76 sayılı kararı ile; *"...Şirket tüzel kişiliğinin sorumluluğunda olan söz konusu eylemler nedeniyle para cezasının öncelikle adı geçen Şirket adına verilmesi... gerekirken doğrudan sorumlu tutularak para cezasının davacıya verilmesine yönelik işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı..."* gerekçesiyle Kurul işleminin iptaline karar verilmiştir. Anılan karara karşı Kurulca temyiz yoluna başvurulması üzerine, Danıştay 13. Dairesi'nin 25.5.2005 tarih ve E.2005/787, K.2005/2766 sayılı kararı ile; *"...Kurul düzenlemelerine aykırı işlemler nedeniyle Şirkette yönetici olarak sorumluluğu tespit edilen davacı hakkında idari para cezası uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı..."* gerekçesiyle Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin Kurul kararının iptali yönündeki kararının bozulmasına hükmedilmiştir. 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan değişiklikle idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargının görevli kılınmasının ardından gerçekleşen bir başka olayda ise, ... Şirketi genel kurulunun 28.8.2008 tarihli toplantısında alınan kar dağıtım kararının yerine getirilmeyerek Kurulun Seri:IV, No:27 sayılı Tebliği'nin ihlali nedeniyle tüm yönetim kurulu üyeleri için ayrı ayrı idari para cezası tesis edilmesi üzerine, yönetim kurulu üyeleri tarafından Kurul kararına karşı Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi nezdinde açılan davalarda, Mahkemenin 18.1.2011 tarih ve Müt. No:2009/900-901-902 sayılı üç ayrı kararı ile, *"İtirazın reddine"* karar verilmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi'nin anılan red kararlarına karşı Şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından Ağır ceza Mahkemesi

C. 6362 sayılı SPKn Uyarınca İdari Para Cezasının Kim Hakkında Tesis Edileceği Sorunu

6362 sayılı yeni SPKn'da, idari para cezalarının kim hakkında tesis edileceği konusunda eski Kanun döneminde yargı kararlarına yansıyan bazı sıkıntıları aşmak için birtakım yeni düzenlemeler getirilmiş ve esasen Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi, Kanun metnine alarak, Kurul'un yetki alanına belirlilik sağlanmak hedeflenmiştir.

Uygulamadaki sorunları çözmek ve yargının aradığı belirliliği ve açıklığı sağlamak üzere, yeni SPKn'nun 103/2 maddesinde, *“Birinci fıkradaki yükümlülüklere aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra hükmüne göre idari para cezası verilir. Aykırılığın, temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez.”* hükmüne yer verilmiştir. Ancak, söz konusu hüküm, bazı noktalarda yeni sorunlar doğurabilecek gibi görünmektedir.

Getirilen hüküm dikkatlice incelendiğinde, yükümlülükler aykırı davranan özel hukuk tüzel kişinin organ/temsilcisi veya bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin yanında, tüzel kişiye de idari para cezası verilmesinin mutlak kural haline dönüştürüldüğü dikkat çekmektedir. Zira, *“... ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra hükmüne göre idari para cezası verilir”* denilmiş, cümlede *“verilebilir”* ifadesi tercih edilmemiştir. Oysa, yukarıda da açıklandığı üzere, organ/temsilci yahut tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin eylemlerinden aynı anda tüzel kişiyi de sorumlu tutmak cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu tür bir sorumluluk şekli, her zaman isabetli olmamakta, hatta sermaye piyasasında çoğu zaman Şirket kararlarının alınmasına pek fazla etkisi olmayan küçük yatırımcıyı, Şirket karını azaltarak mağdur edebilecek nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, söz konusu düzenleme, Kurul'un idari para cezası tesis ederken sorumluları tespit ederek hakkaniyete uygun karar vermesine yönelik takdir yetkisini de ortadan kaldırmakta, Kurul'u bu tür ihlal durumlarında hem

nezdinde itiraz yoluna başvurulması üzerine, Trabzon 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.1.2011 tarih ve Değişik İş:2011/34, 35, 36 sayılı kararları ile; *“... tebliğ ile temettü dağıtım konusunda zorunluluk getirilen ortaklık, yani tüzel kişi olup, bu zorunluluğa aykırı davranış halinde tüzel kişinin sorumluluğu gerekirken yönetim kurulu üyelerine ayrı ayrı idari yaptırım uygulanmasının yerinde olmadığı kanaatine varılarak itirazın kabulüne karar vermek gerekmiştir.”* gerekçesiyle *“itirazın kabulü”* ile Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararlarının *“kaldırılmasına”* ve Kurulca tesis edilen idari para cezalarının *“iptaline”* karar verilmiştir.

Şirkete hem de organ/temsilci/faaliyet üstlenen kişiye aynı anda ceza vermeye zorlamaktadır.

Bu çerçevede, 6362 sayılı SPKn uyarınca tesis edilecek idari para cezalarına ilişkin uygulamanın yeni mevzuat hükümlerine uygun olarak belirlenmesi ve bu konuda Kurul tarafından daha evvel alınmış kararların gözden geçirilerek mevzuatın sadeleştirilmesini teminen yapılması gerektiği düşünülen değişikliklerle ilgili olarak 26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararı²⁴ alınmıştır. Buna göre,

“6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Kurulca uygulanan idari para cezalarına ilişkin olarak getirilen yeni hükümlerin irdelenmesi neticesinde, idari para cezası uygulamalarında, hukukilik, öngörülebilirlik ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, kesinleşmiş bir yüksek yargı kararına bağlı olarak farklı bir uygulama benimseninceye kadar işbu Kararın ekinde yer alan ‘6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Çerçevesinde Tesis Edilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Uygulama Esasları’nın benimsenmesine ...” ve Kurul Karar Organı’nın 2499 sayılı yasa dönemindeki idari para cezası uygulama esaslarını düzenleyen 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı kararının yürürlükten kaldırılmasına karar verilmiştir.

26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararının ekinde yer alan metnin “A) Hakkında İdari Para Cezası Tesis Edilebilecek Kişilerin Belirlenmesi ve İdari Para Cezası Uygulanmasına İlişkin Genel Prensipler” başlığı altında ise şu ilkeler getirilmiştir:

“a) İdari para cezalarının tesis edilebileceği kişilerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar:

- 1. İdari para cezasını gerektirir fiile ilişkin **yükümlülüğün mevzuatta tüzel kişiye verilmiş olması halinde idari para cezası sadece tüzel kişi hakkında tesis edilecektir.***
- 2. İdari para cezasını gerektirir fiile ilişkin yükümlülüğün mevzuatta gerçek kişiye verilmiş olması ve söz konusu gerçek kişinin ilgili tüzel kişinin organı, temsilcisi veya bu nitelikleri haiz olmasa bile tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında görev üstlenen bir kişi olduğunun tespit edilmesi halinde, **gerçek kişi ve ilgili tüzel kişi hakkında ayrı ayrı idari para cezası tesis edilmesi gerekmekte olup, bu idari para cezalarına ilişkin prosedür hizmet birimlerince ayrı ayrı uygulanacaktır.** Gerçek kişi ile tüzel kişi arasında belirtilen şekilde bir ilişkinin bulunduğu yönünde bir tespitin yapılamaması halinde sadece ilgili gerçek kişi hakkında idari para cezası tesis edilecektir...”*

²⁴ Yayınlanmamış Kurul Kararı.

Söz konusu Kurul kararı ile, kesinleşmiş bir yüksek yargı kararına bağlı olarak farklı bir uygulama benimseninceye kadar, idari para cezasını gerektirir fiile ilişkin yükümlülüğün, mevzuatta tüzel kişiye verilmiş olması halinde idari para cezasının sadece tüzel kişi hakkında tesis edilmesine karar verilmiştir. Yine aynı Kurul kararı ile, idari para cezasını gerektirir fiile ilişkin yükümlülüğün mevzuatta gerçek kişiye verilmiş olması ve söz konusu gerçek kişinin, ilgili tüzel kişinin organı, temsilcisi veya bu nitelikleri haiz olmasa bile tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında görev üstlenen bir kişi olduğunun tespit edilmesi halinde, gerçek kişi ve ilgili tüzel kişi hakkında ayrı ayrı idari para cezası tesis edilmesine karar verilmiştir.

D. Çözüm Önerileri

Kurul düzenlemelerinde ihlalden sorumlu olan kişinin şirket mi yönetim kurulu üyeleri mi olduğu açıkça belirtilmediği müddetçe kim hakkında idari para cezası tesis edileceği sorun oluşturmaya devam edeceği gibi, gerçek kişiye (örneğin yönetim kurulu üyesine) sorumluluğun yüklendiği ve bu gerçek kişinin tüzel kişinin organı/temsilcisi vs. olduğu hallerde her ikisine de idari para cezası uygulanmasının zorunlu olması cezaların şahsiliği ve *ne bis in idem* ilkelerini ihlale devam edecektir. Aşağıda, az önce bahsettiğimiz ve 6362 sayılı SPKn hükümlerine açıklık getirmek amacıyla alınan ilke kararından bağımsız önerilerde bulunulacaktır.

1. Yalnızca gerçek kişi hakkında idari para cezası uygulanabilecek haller

Kurul'un düzenlemelerine tabi bir tüzel kişi söz konusu olduğunda, bu tüzel kişi adına gerçekleştirilen işlemler tüzel kişinin organı niteliğinde olan gerçek kişiler eliyle yürütüldüğünden, tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen kabahat niteliğindeki bir fiilden doğan sorumluluğun esas itibarıyla gerçek kişide olması asıldır. Çünkü, Kurul'un düzenlemelerine aykırı olarak görevlerini yerine getirmeyen, ya da daha genel anlamda ifade edecek olursak, hukuka aykırı davranan, gerçek kişinin kendisidir. Bu nedenle, Kurulca tesis edilen idari para cezalarının, yönetim kurulu üyeleri hakkında verilmesi, anılan kişilerin sorumlulukları gereğidir²⁵. Aksi durumda, yani para cezasının tüzel kişi şirkete verilmesi durumunda bu cezayı ödeyen, şirket ve dolayısıyla ortaklar olacak, şirketin ve dolayısıyla ortakların malvarlığında eksilme meydana gelecek ve bu da nihai olarak ihlalde kusuru olmayan ortakların

²⁵ Nitekim, pay devirlerine ilişkin özel durum açıklamasını gecikmeli olarak yapan şirket yönetim kurulu üyeleri hakkında Özel Durumların Kamuya Açıklanması Tebliğine aykırılık nedeniyle idari para cezası tesis edilmesi üzerine, söz konusu Kurul kararına karşı açılan davada Ankara 10. Sulh Ceza Mahkemesi 13.6.2007 tarih ve 2007/392 Müt. Sayılı kararı ile itirazın reddine karar vermiş ve karar onanmıştır.

cezalandırılması anlamına gelecektir²⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin bölünmesi durumunda ise, kabahat konusu fiilin öncelikle, kendisine görev ve sorumluluk yüklenen üyenin görev alanına ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin, bir yatırım kuruluşunda, iç kontrolden sorumlu olmak üzere yönetim kurulu üyelerinden biri belirlendiğinde, iç kontrol yükümlülüklerine aykırı davranılması nedeniyle uygulanacak olan idari para cezasının bu yönetim kurulu üyesi hakkında tesis edilmesi gerekecektir. Söz konusu durum, kabahat sorumluluğunun esas itibarıyla, kabahate konu fiili gerçekleştiren kişide olmasının bir gereğidir.

Bu çerçevede, özel olarak görevlendirilmiş bulunan yönetim kurulu üyesi dışındaki üyelerin, ilgili üye üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüklerinin bulunduğu gerekçesiyle idari para cezası yaptırımına tabi tutulmaları yahut tüzel kişinin de bu eylemden sorumlu tutulması, başkasının fiilinden sorumluluk anlamına gelecektir. Nitekim, kabahate konu fiili gerçekleştiren (örneğe göre, yatırım kuruluşunda iç kontrol sisteminin düzgün bir şekilde işlemesinden sorumlu olmasına rağmen, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen) üyenin bu fiili nedeniyle diğer yönetim kurulu üyelerinin idari para cezasına çarptırılması, tipik bir başkasının fiilinden sorumluluk halini²⁷ oluşturacaktır. Bu nedenle, idari para cezasından sorumlu tutulması gereken kişi, kabahat konusu fiili işleyen özel olarak görevlendirilmiş yönetim kurulu üyesidir.

Şirket işlerinde murahhas müdür olarak görevlendirilen kişi için de aynı durum söz konusudur. Örneğin, şirketin finansal tablo ve yıllık raporlarının hazırlanmasına ya da kurumsal yönetim ilkelerine uyumuna ilişkin olarak bir murahhas müdür görevlendirildiğinde, anılan yükümlülüklerin ihlalinden doğacak bir idari para cezasından, murahhas müdürün sorumlu olması esastır. Bu durumda da, yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulmamalı, idari para cezası yaptırımı, kabahat konusu fiili gerçekleştiren murahhas müdür hakkında uygulanmalıdır.

²⁶ Konuya ilişkin bir olayda, hakkında idari para cezası uygulanan bir şirket yönetim kurulu üyesi hakkında açıkça, gerek gerçek kişiler hakkında idari para cezası uygulanabileceğine ilişkin eski SPKn'nun 47/A maddesi, gerek Kurul'un, sorumluluğu tespit edilen gerçek kişilere idari para cezası uygulanmasını öngören 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı (mülga) kararına atıf yapılmak suretiyle, Şirket birleşmesine ilişkin hususun Kurul düzenlemelerine aykırı olarak kamuya açıklanmaması konusunda davacı hakkında uygulanan idari para cezasının hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Danıştay 13. D., 16.5.2006 tarih ve E.2005/9293, K.2006/2169 sayılı karar. (Yayınlanmamış karar)

²⁷ Kurulun 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı (mülga) ilke kararı gereğince "*fiilin bir veya birkaç kişi tarafından işlendiğinin tespit edilebildiği durumlarda, tüzel kişi yerine tüzel kişinin gerçek kişi yetkilileri hakkında*" idari para cezası uygulanması isabetli olarak öngörüldüğünden, idari para cezasından sorumlu tutulması gereken kişi, kabahat konusu fiili işleyen özel olarak görevlendirilmiş yönetim kurulu üyesidir.

2. Yalnızca tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanabilecek haller

Mevzuatta, yükümlülüğün açıkça tüzel kişiye verildiği yahut gerçek kişiye verilmekle birlikte ihlalin sorumlusu gerçek kişinin net olarak tespit edilemediği ya da ihlalin tüzel kişinin genel ve sürekli bir uygulaması niteliğinde olduğunun anlaşıldığı durumlarda, idari para cezası doğrudan tüzel kişi hakkında uygulanabilecektir²⁸. Örneğin; sermaye piyasası muhasebe defterinin uzun yıllardır tutulmamış olması durumunda, bu ihlal, sadece belirli bir dönemdeki yönetim kurulu üyelerinin ihmali ile açıklanamayacağından, anılan defterin tutulmaması nedeniyle şirket hakkında idari para cezası uygulanması yerinde olacaktır. Aynı şekilde, ihlale konu fiilin şirket bakımından itiyat haline gelmiş olması, örneğin; özel durum açıklamalarına ilişkin olarak aynı konularda sıklıkla idari para cezasını gerektiren fiillerin gerçekleşmesi durumunda da idari para cezası şirket hakkında uygulanabilecektir.

Tebliğ ve/veya Kurul kararlarının gereğinin genel kurul kararı ile yerine getirilmemesi durumunda da, idari para cezası tüzel kişinin bizzat kendisine uygulanmalıdır. Zira, genel kurul kolektif iradesi, tüzel kişinin bireysel iradesini oluşturmakta ve bu irade ile Tebliğin ve/veya Kurul kararlarının gerekleri yerine getirilmemekte, yükümlülük ihlal edilmektedir. Ayrıca, Kanunla yahut düzenleyici işlemlerle münhasıran genel kurulun yetki ve görev alanına bırakılan konularda genel kurulun Kanuna yahut düzenleyici işleme aykırı bir karar alması genel kurulun kolektif iradesinden oluşan şirket tüzel kişiliğine idari para cezası verilmesini gerektirir, böylece cezayı ödeyen, şirket ve dolayısıyla ortaklar olacak, şirketin ve dolayısıyla ortakların malvarlığında eksilme meydana gelecek, ortaklar hukuka aykırı karar almış olmalarının sonucuna katlanmış olacaktır.

Örneğin, Kurul düzenlemeleri kar dağıtımına ilişkin genel kurul kararının alınmasını zorunlu kıldıysa bu kararın alınmaması, tüzel kişi olan Şirkete idari para cezasını gerektirecektir. Nitekim, temettü dağıtım zorunluluğunun yerine getirilmediği bir olayda, *“Anılan Tebliğ ile, temettü dağıtım hususunda zorunluluk getirilen ortaklık, yani tüzel kişi olup bu zorunluluğa aykırı davranış halinde tüzel kişinin sorumluluğu gerekirken, yönetim kurulu üyelerine idari yaptırım uygulanmasının yerinde olmadığı kanaatine varılarak itirazın kabulüne”*²⁹ karar verilmiş, söz konusu karara itiraz reddedilerek karar kesinleşmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kanımızca 6362 sayılı Kanun’un 103/2 maddesi ile getirilen yeni hükmün lafzi yorumundan çok amaçsal yorumuna gidilerek, önceki Kanun dönemindeki cezaların şahsiliği ve *ne bis in idem*

²⁸ TÜRKOĞLU, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, 3-4.

²⁹ Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 10.6.2011 tarihli ve 2011/624 D. İş sayılı karar.

ilkelerini gözeten uygulama biçimine devam edilip, gerektiğinde ihlalde etkisi olan organ/temsilci/faaliyet üstlenen kişiye, gerektiğinde sadece tüzel kişi şirkete idari para cezası verilerek takdir yetkisi kullanılmalı yahut anılan maddede bu ilkeleri dikkate alan bir değişikliğe gidilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu yeni hükmün nasıl yorumlanacağı, 6362 sayılı Kanunla görevli kılınan idari yargı mercilerinin kararlarına göre belirlenecek olup, tespit edebildiğimiz kadarıyla konuya ilişkin olarak henüz Kanun'un lafzından farklı yönde bir karar alınmamıştır.

3. Kusurlu Davranışın Tespiti

Kurulca idari para cezası tesis edilebilmesi için, hakkında idari para cezası uygulanacak olan gerçek ve tüzel kişinin, SPKn'na dayanılarak yapılan düzenlemelere ve Kurulca alınan kararlara aykırı davrandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hakkında idari para cezası uygulanacak kişinin ihlal niteliğinde bir davranışının bulunması zorunludur. Dolayısıyla, idari para cezası tesis edilebilmesi için Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan genel düzenleme gereğince, kasıt ya da taksir şeklinde ortaya çıkabilecek kusurlu bir davranışın varlığı esastır³⁰. Bu nedenle, tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenen kabahatler söz konusu olduğunda, Kurul tarafından tüzel kişilerin yetkililerinin, kendilerine yüklenen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin ve bu yükümlülükleri yerine getirirken nasıl hareket ettiklerinin, bir başka ifadeyle, bu kişilerin kasıtlı ya da taksirli davranışlarının bulunup bulunmadığının ortaya konarak, idari para cezasının kimler hakkında tesis edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

III. MİKTARIN BELİRLENMESİ

A. Genel Açıklamalar

İdari para cezası yaptırım türünde idare, düzene aykırılık oluşturan davranışı gerçekleştiren kişiye para cezası vermek suretiyle, bireyin sahip olduğu parasal büyüklüğün bir kısmının kamu kaynaklarına aktarılmasını sağlamaktadır³¹. İdare hukuku alanında ortaya çıkan ve sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş olan idari para cezası yaptırımları, maddi açıdan birel işlemler grubunda bulunan öznel (sübjektif) işlem türü içindedir. Çünkü, idari para cezası kararlaştırılırken idare tarafından sübjektif durumlar göz önünde bulundurulmakta ve kararlaştırılan cezalar somutlaştırılmaktadır³².

³⁰ KK'nun 9. maddesinin gerekçesinde, idarî para cezasına karar verilebilmesi için, fiili işleyen kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığının gerektiği ve kabahatler bakımından objektif sorumluluğun kabul edilmediği belirtilmiştir.

³¹ ÇOLAK, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği, 246.

³² ÖZAY, Günışığında Yönetim, 373.

İdari para cezası yaptırımlarının, öznel işlem niteliğini taşıması, diğer bir ifadeyle özel ve kişisel hukuksal durum yaratması nedeniyle, para cezasının verilmesinde idarece bir kısım hususların gözetilmesi gerekmektedir. İdari para cezalarında yaptırımın miktarı, yetkili idare tarafından her olayın özelliklerine göre kişilerin sübjektif durumları gözetilip hesaplanarak ayrı ayrı tespit edilmekte ve bir kez uygulanmakla sona ermektedir³³.

İdari para cezası miktarları farklı kanunlarda farklı esaslar üzerine belirlenmiş olabilir. Kimi zaman para cezasının miktarı maktu olarak belirlenmiş iken, kimi zaman nispi olarak belirlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 17/1 maddesinde de bu husus genel olarak hükme bağlanmış olup, "*İdari para cezası, maktu veya nispi olabilir*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Bazen ise yasada alt ve üst sınırlar belirtilerek, düzeni ihlal eden kişilerin sübjektif durumuna göre alt ve üst sınırlar arasında farklı miktarlar uygulanabilmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 17/2. maddesinde de bu husus ifade edilerek;

" ...

(2) İdari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. ..."

hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümlerle, kanunda alt ve üst sınırı gösterilen idari para cezası miktarının, her olayda işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte dikkate alınarak idarece belirleneceği kuralı getirilmiştir.

B. 6362 Sayılı SPKn Uyarınca Miktarın Belirlenmesi

6362 sayılı yasanın 103/1 maddesinde, "*Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından **yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar** idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı **bu menfaatin iki katından az olamaz***" hükmü öngörülmüş olup, Kanun'da alt ve üst sınırlar³⁴ arasındaki miktarın nasıl belirleneceğine ilişkin özel ölçütler getirilmediğinden, Kabahatler Kanunu'nun 17/2 maddesi, sermaye piyasasındaki idari para cezalarında da genel kanun

³³ OĞURLU, İdari Yaptırımlar, 88.

³⁴ 2017 yılı için Kurul tarafından uygulanacak idari para cezalarında yeniden değerlendirilene oranına göre belirlenen miktar alt ve üst sınırları 27.047-338.088 TL'dir. (<http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2017&no=1>) (Erişim tarihi: 08.11.2017)

olması nedeniyle öncelikle uygulanacaktır. Buna göre, SPKn'da alt ve üst sınırı gösterilen idari para cezasının miktarı, her olayda işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte dikkate alınarak belirlenecektir.

Öte yandan, somut durumu değerlendiren Kurul'un, vereceği para cezasının miktarını belirlemesi, Kurul'un takdirinde bulunmaktadır. İdareye tanınan yetkilerin kullanılması ve verilen görevlerin yerine getirilmesinde yapılacak tüm işlemlerin ve alınacak tüm kararların içeriğini önceden yasalarla saptama olanağı olmadığından, idareye, faaliyetlerinin niteliği gereği takdir yetkisinin tanınması gerektiği doktrin³⁵ ve yargı kararları³⁶ ile kabul görmüştür. Kaldı ki, tanınan yetkilerin fiili uygulayıcısı olarak idarenin, yazılı kuralları somut olaya uygulaması ister istemez bir takdir yetkisini de beraberinde getirmektedir³⁷.

Kurul, 6362 sayılı Kanun yürürlüğe girene dek, 2499 sayılı mülga Kanunun idari para cezalarını düzenleyen 47/A maddesinin uygulamasında bir standart sağlamak ve takdir yetkisini objektif esaslara göre kullanmak amacıyla almış olduğu idari para cezası uygulama esaslarını belirleyen 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı mülga kararında³⁸ açıklanan kriterleri esas alarak ve Kanunun

³⁵ **BALTA**, İdare Hukukuna Giriş, 85; **ÇAĞLAYAN**, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", 174.

³⁶ Danıştay. 5.D., 26.3.1970 tarih, E.1969/4331, K.70/1004, DD, S.1., s.202.

³⁷ **ÖZKAN**, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, 71-72.

³⁸ <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulen/displaybulen.aspx?yil=2000&sayi=14&submenuheader=null&e=.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2017) 12.4.2000 tarih ve 39/562 sayılı mülga kararın "Para Cezası Miktarının Takdiri" başlıklı 5. bölümünde, para cezası verilmesine karar verildiği takdirde, Kurul'un Kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında,

- a) Fiilin önem derecesi,
 - b) Suçun işleniş biçimi,
 - c) Suçun işlenmesinde kullanılan araç,
 - d) Suçun işlendiği zaman ve yer,
 - e) Zararın veya tehlikenin ağırlığı,
 - f) Kastın veya taksirin yoğunluğu,
 - g) Suç sebepleri ve saikleri,
 - h) Suçlunun fiilden sonraki davranışı,
 - i) Suçlunun iktisadi ve sosyal durumu,
 - j) Suçlunun mesleki konumu ve tecrübesi,
 - k) Cezanın sosyal etkisi ve uyarma amacı,
 - l) Fiilin diğer özellikleri,
 - m) Fiilin suçlu açısından tekrerrü oluşturması,
 - n) Fiilin suçlu açısından tekrerrü oluşturmamakla birlikte suçlunun Kurul düzenlemelerine aykırılık hususunda eğilimini yansıtmaması
- gibi kriterleri göz önünde bulundurmak ve gerekçe olarak belirtmek suretiyle takdirini kullanarak para cezası miktarını belirleyeceği ifade edilmişti. Söz konusu kriterler, esasen ceza hukukunda uygulanan ve cezanın somutlaştırılmasında ve bireyselleştirilmesinde göz önünde

belirli bir aralık belirlemek suretiyle açıkça idareye miktarı tespit etmek yönünde tanımış olduğu yetkiden hareketle para cezası miktarını tayin etmekteydi.

Bununla birlikte, yukarıda yer verildiği üzere, 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra idari para cezası uygulanmasına ilişkin hukukilik, istikrar ve öngörülebilirliğin ve Kurul uygulamasının yeni düzene uyumunun sağlanması amacıyla 26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararı alınmış ve Kurul tarafından daha evvel alınan kararların gözden geçirilerek mevzuatın sadeleştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede, söz konusu karar ile 12.4.2000 tarihli ve 39/562 sayılı Kurul kararı yürürlükten kaldırılmış ve karar ekinde idari para cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin olarak şu yeni kriterlere yer verilmiştir:

"... ilgililerin Kurul görevlileri ve çalışanları ile süreç içerisinde olan işbirliği, ilgili hakkında daha evvel aynı ihlal nedeniyle idari para cezası tesis edilmesi, ihlalin önemliliği, ihlalin doğurduğu zararın büyüklüğü, ihlalin gerçekleştirilme şekli, ilgilinin kusurunun yoğunluğu, ilgilinin savunmasındaki samimiyeti, ihlal nedeniyle doğan zararın tazmini ve/veya aykırılığın giderilip giderilmediği, yatırımcıların zarar görüp görmediği, ilgili tarafından elde edilen menfaatin büyüklüğü gibi kıstaslar..."

Anılan Kurul kararı ile, idari para cezası miktarının belirlenmesinde yukarıda yer verilen kıstaslar çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde Kanun ile belirlenen alt limitten uzaklaşılması yoluna gidileceği karara bağlanmıştır.

bulundurulmuş genel ölçütleri tekrarlamakta idi. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın belirlenmesi" başlıklı 61. ve "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62. maddeleri şu şekildedir:

"Cezanın belirlenmesi"

MADDE 61. - (1) Hâkim, somut olayda;

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
- e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
- g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurularak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler."

"Takdiri indirim nedenleri"

MADDE 62. - (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."

Bu nedenle, Kurul hizmet birimlerince Kanun ile belirlenen alt limitten uzaklaşarak idari para cezası tesis edilmesinin talep edilmesi hallerinde bu talebin gerekçelerinin de açıkça belirtilmesinin gerektiği hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla, Kurul tarafından idari para cezası tesis edilirken, ilgililerin sadece Yasanın belirli hükümlerine veya Kurulun belirli düzenlemesine aykırı harekette bulunduğu saptanması yetmemekte, bunun yanında, somut durumun, kendisine düşen görev çerçevesinde objektif değerlendirmesinin yapılarak ve varılan sonuç gerekçelendirilerek para cezası verilmesi gerekmektedir.

C. Değerlendirme ve Çözüm Önerileri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, idarenin kendisine tanınan takdir yetkisini daha objektif olarak kullanmak adına kendisini önceden bağlayıcı nitelikte idari düzenlemeler yapması idare hukukunun temel ilkelerine aykırı kabul edilmediği gibi, bilakis hukuk devleti ve idareye güven ilkeleriyle öngörülebilirlik yönünden idarelerin bu tür uygulamaları idare hukukunda genellikle takdir ve teşvik edilen bir durumdur³⁹.

Bununla birlikte, doktrinde⁴⁰ idari cezalara ilişkin olarak idarelere kanunla verilen takdir yetkisinin idarelerce nasıl kullanılacağına dair bu şekilde önceden yapılan belirlemelerin yer aldığı idari düzenlemelerin mutlaka tüzük veya yönetmelik şeklinde olması ve yönetmeliklerin altındaki (tebliğ, genelge, yönerge, genel esaslar vb.) idari düzenleme formatında olmaması gerektiği; çünkü bu hususta öngörülebilirlik ilkesi esas olduğundan ve hukuk sistemimizde yönetmeliklerin altındaki idari düzenlemeler için Resmi Gazetede yayımlanma gibi genel bir zorunlu idari usul kuralı bulunmadığından, yönetmeliklerin altındaki düzenlemelerin bireyler için yeterince öngörülebilirlik güvencesi sağlamadığı savunulmaktadır.

Bu çerçevede, büyük meblağlı idari para cezalarının tesis edilebildiği sermaye piyasası gibi bir alanda da, temel hak ve özgürlüklere ciddi biçimde etkisi olabilecek bu cezaların uygulama esaslarının ve miktarın takdir edilmesine ilişkin kriterlerin esas olarak Kanunla veya yönetmelikle değil de, hiyerarşik olarak yönetmeliklerden alt düzeyde yer alan Kurul kararı ile belirlenmesi bireyler açısından yasal bir güvence sağlamaktan uzaktır. Nitekim, SPKn'nun 128/2 maddesinde de Kurul'un, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanacağı, Kurul'un kararlarını Resmi Gazete'de veya internet ortamı dâhil uygun vasıtalarla yayımlanmasına karar verebileceği ve düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konacağı hükme bağlanmış olmakla

³⁹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, 69.

⁴⁰ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, 98.

birlikte, sermaye piyasasında idari para cezalarının miktarının Kurulca takdir edilmesinde uygulanacak esaslar, 6362 sayılı Kanuna göre Resmi Gazete’de yayımlanmak zorunda olan tebliğ ile değil bir Kurul kararı ile belirlenmiştir.

Büyük ölçüde Kurul’un takdir yetkisine bırakılan bir alanda hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından problem oluşturan bu durum, ilgili kişi veya kurumların maruz kalacakları idari yaptırımında Kurul’un takdir yetkisinin sık sık sorgulanmasına neden olabilecektir. Zira, hukukumuzda idari işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu da bulunmadığından, ilgiliye tebliğ edilen ve idari ceza içeren Kurul kararı gerekçelendirilmedikçe, ilgili, hangi ağırlatıcı/hafifletici nedenlerle söz konusu somut cezayı aldığını bilemeyecektir. Bu nedenle aşağıda yer verileceği üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesine⁴¹ benzer bir düzenlemenin sermaye piyasası açısından da yapılması ve idari para cezalarını tespit ederken göz önüne alınan kriterlerin esas olarak Kanun’da gösterildikten sonra, ayrıntılandırma işleminin Resmi Gazete’de yayımlanacak bir yönetmelik veya tebliğ gibi ikincil düzenlemeye bırakılması yerinde olacaktır.

Bu noktada para cezasının miktarına ilişkin söz konusu tespit yetkisinin, Kurul tarafından sermaye piyasasına özgü objektif esaslara göre kullanılmasının önemine değinmek gereklidir⁴². Kanımızca, Kanunla getirilecek

⁴¹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un idari para cezalarına ilişkin 16. maddesinin 5, 6 ve 7. fıkraları şu şekildedir:

“...

Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.

Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir. Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.”

Kanunun 16 ncı maddesinin son fıkrasında, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlandığından “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” (RG.15.2.2009, S.27142) çıkarılarak yürürlüğe konmuştur.

⁴² Yukarıda bahsedilen, 2499 sayılı mülga SPKn döneminde Kurul tarafından tesis edilecek idari para cezasının miktarını belirlemek üzere alınan 12.4.2000 tarihli ve 39/562 sayılı mülga karar, sermaye piyasasına özgü kriterler getirmekten çok, ceza hukukunda uygulanan ve cezanın bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulmuş genel ölçütleri tekrarlamaktaydı.

sermaye piyasasına özgü kriterleri esas alarak idari para cezalarının miktarını belirlemek, hem cezaların şeffaf, nesnel, adil ve tutarlı verilmesini hem de ihlali gerçekleştiren ve gerçekleştirme ihtimali olanların caydırılmasını sağlayacaktır. Bu çerçevede, 26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararında yer verilen ölçütlerin yanı sıra,

- ihlalin piyasa üzerindeki etkisi,
- ihlalin yoğunluğu,
- ihlali gerçekleştiren kişinin önceki ihlalleri,
- ihlali gerçekleştiren kişinin sorumluluk derecesi,
- ihlali gerçekleştiren kişinin Kurul ile olan organik bağı (ilişkisi)

idari para cezasının belirlenmesinde sermaye piyasasına özgü ölçütler olarak kullanılabilir. Örneğin, belirli bir ihlali belli bir zaman dilimi içerisinde defalarca tekrar eden kişi ya da bir şirketin sermaye piyasası mevzuatına uyumundan sorumlu murahhas müdürü veya önceden uyarıldığı halde ihlali gerçekleştirmekte ısrarcı olan bir yatırım kuruluşu, üst sınırdan ceza alabilecektir. Yine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un idari para cezalarına ilişkin 16. maddesinde öngörülenlere benzer biçimde,

-ihlalin süresi,

-şirketin/şirket yetkililerinin Kurul'un uyarılarına veya Kurul'a verdikleri taahhütlere uymaması veyahut

-ihlali gerçekleştirdikten sonra ihlalin ortaya çıkarılmasında Kurul'la işbirliği yapılması

gibi ölçütler de, kanımızca idari para cezalarının sermaye piyasasına özgü kriterlere göre ağırlaştırılıp hafifletilmesinde belirleyici olarak kullanılabilir.

Miktarın belirlenmesinde değinilmesi gereken son konu tekerrürdür.

D. Tekerrür

Tekerrür, ceza hukukunda, daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olmuş bir kimsenin, bu mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra kanunda öngörülen süre geçmeden yeni bir suç işlemesi halidir⁴³. Tekerrür, ceza hukukunda mükerrirler bakımından cezanın

⁴³ Diğer bir ifadeyle, tekerrür, ilk ceza kesinleştikten sonra belirli bir süre içerisinde aynı ya da benzer mahiyetteki eylemin tekrarlanması halidir, aynı zamanda bu durumda uygulanacak yaptırımda artış ya da yeni yaptırımı belirleyen bir kurumdur. Burada aynı ya da benzer mahiyetteki eylemin tekrarlayan şahsa *mükerrir* denir. **ÖZBEK**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 609.

(artırılarak veya başka biçimde) kişiselleştirilmesi uygulamalarından birisini oluşturmaktadır. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı yeni TCK'da tekrür uygulaması için önceki cezanın kesinleşmiş olması yeterli sayılmıştır.

Bu müessese, doktrinde bir görüşe göre ceza hukuku ile idari yaptırım hukukunun her iki türünde de ortak bir kurum olarak nitelendirilmiştir⁴⁴. Zira, idari yaptırımları düzenleyen kurallar ve işlemlerin, ceza mevzuatındaki gibi ağırlaştırıcı bir neden olarak tekrürü öngördükleri ve yargı yerlerinin de bu yöndeki uygulamaları hukuka uygun buldukları ifade edilmiştir⁴⁵. Bununla birlikte, doktrinde bir diğer görüş, tekrürün eski TCK'da yer alan cürüm veya kabahat niteliğindeki dar manada suçlardan alınan ceza mahkumiyetleri için söz konusu olabileceğini, bu nedenle, idari suçlar için 765 sayılı eski TCK'nın 81 vd. maddelerindeki tekrür hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır⁴⁶. Ayrıca bu görüşe göre, tekrür hükümlerinin uygulanmasının yargı yetkisinin kullanılmasını gerektireceği ve idari suçlarda idareye böyle bir yetkinin verilemeyeceği de ifade edilmiştir.

İdari para cezası verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde yaptırımın nasıl ağırlaştırılacağına ya da ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağına ilişkin olarak ise Kabahatler Kanunu'nda genel hüküm biçiminde bir tekrür müessesesi düzenlenmemiştir⁴⁷. Bunun nedeni, kanımızca 5237 sayılı yeni TCK'nda, eski TCK'dan farklı olarak⁴⁸ tekrür müessesinin daha farklı düzenlenerek tekrür durumunda cezanın ağırlaştırılmasının değil de, infaz rejiminin değiştirilmesinin (güvenlik tedbiri uygulanmasının) benimsenmiş olmasıdır⁴⁹. Kabahatler Kanunu da esasen eski TCK'da kabahat sayılan ve adli cezaya tabi olan bazı eylemleri, idari ihlal biçimine getirmek ve genel olarak düzenlemek amacıyla çıkarıldığından, Kabahatler Kanunu, yeni TCK'da öngörülen rejime paralel olarak tekrür durumunda cezanın ağırlaştırılacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Öte yandan, Kabahatler Kanunu'nda eylemin

⁴⁴ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 64.

⁴⁵ D., 12.D., 28.11.1967, E.1966/2909; K.1967/1968, Onikinci Daire Kararları, cit, s.110, sıra no:391; D., 12.D., 3.2.1970, E.1968/2704, K. 1970/232, Onikinci Daire Kararları, cit, s.1974, sıra no:630. ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 64.

⁴⁶ KARAGÜLMEZ, İdari Para Cezaları, 40.

⁴⁷ TCK'da tekrür için farklı süreler kabul edilmesine rağmen, genel kanun olma niteliğindeki Kabahatler Kanunu'nda eylemin tekrarıdan kast edilen süreye ve sonuçlarına dair açık düzenleme yapılmaması eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Cengiz OTACI, Türk Kabahatler Hukuku, s.41.

⁴⁸ 765 sayılı eski TCK'nın 81.vd maddelerinde tekrür müessesesi düzenlenmişti.

⁴⁹ 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesine göre tekrür, koşulları gerçekleştiğinde hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olduğu hallerde hapis cezasına hükmolunmayı, tekrür halinde hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesini ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını gerektirir. Yeni TCK uyarınca tekrür hükümlerinin uygulanabilmesi için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

tekerrürü halinde yaptırımın ağırlaştırılmasını yasaklayan bir düzenleme de bulunmadığından, eski TCK döneminde çıkarılan ve hala yürürlükte olan özel kanunlarda eylemin tekerrürü halinde yaptırımın ağırlaştırılmasına ilişkin getirilmiş maddelerin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁰.

2499 sayılı mülga SPKn'da da tekerrüre ve cezanın artırılmasına ilişkin özel hükümler sevk edilmiş olmasına karşın⁵¹, 6362 sayılı yeni SPKn'da tekerrüre ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Bunun nedeni yukarıda da değinildiği üzere, yeni TCK'nın tekerrüre ilişkin yaklaşımına paralel bir düzenleme oluşturmaktır. Bu nedenle, bundan böyle sermaye piyasasında idari para cezası gerektiren bir eylem işlendikten ve ilgisine idari para cezası verildikten sonra, ilk cezanın üstünden ne kadar zaman geçerse geçsin aynı kişi tarafından aynı mahiyetteki ihlalin gerçekleştirilmesi halinde Kurul tarafından söz konusu kişiye tekerrür rejimi uygulanamayacak, Kanun'da öngörülen ceza tekrar uygulanacaktır. Ancak 26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararı ekinde yer verilen ve idari para cezalarının miktarının belirlenmesine ilişkin olarak getirilen kriterler kapsamında "ilgili hakkında daha evvel aynı ihlal nedeniyle idari para cezası tesis edilmesi" ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörüldüğünden Kanun'da yer alan ceza aralığında alt sınırdan uzaklaşarak idari para cezası tesis edilmesi mümkün olacaktır.

Öte yandan, 6362 sayılı SPKn'nun 105/2 maddesinde:

"...

*(2) Bu Kanunda tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilmeye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili hükme göre, ilgili gerçek veya tüzel kişiye **bir idari para cezası** verilir ve verilecek **ceza iki kat artırılır**. Ancak, bu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamaz."*

hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hükümle tekerrür müessesesine benzeyen fakat tamamen farklı koşulları ve sonuçları olan bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, SPKn çerçevesinde tanımlanan bir kabahati Kurul tarafından idari para cezası uygulanana dek birden fazla işleyen gerçek/tüzel kişiye bir idari para cezası verilecek ve verilecek ceza iki kat artırılabilecektir. Hükümle, Kurul'un idari para cezası tesis etmesine dek aynı ihlalin defalarca gerçekleştirildiği durumlar

⁵⁰ Cengiz OTACI, Türk Kabahatler Hukuku, s.41.

⁵¹ Buna göre idari para cezası gerektiren fiillerin tekrarı halinde verilen para cezası iki katı, ikinci ve müteakip tekrarlarda üç katı artırılarak uygulanmaktaydı. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmamaktaydı (2499 sayılı SPKn md.47/A 4.fıkra).

düzenleme altına alınmıştır. Örneğin ara dönem finansal tabloların üst üste defalarca yanlış biçimde kamuya açıklanması yahut halka açık bir şirketteki pay oranı %5'in üstüne çıktığı halde devam eden pay alımlarında Kurul'a ve borsaya bildirimde bulunmayarak Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda (KAP) kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne uyulmaması durumlarında bir idari para cezası verilecek ve verilecek ceza iki kat artırılacaktır. Buradaki iki kat artırmadan maksat, ilgili hakkında belli bir miktar idari para cezası uygulanmasına karar verilmesinin ardından bu cezanın iki katı kadar artırılıp üç kat olarak uygulanmasıdır. Nitekim konuya ilişkin bir kararda bu sonuç şu şekilde ifade edilmektedir:

"...anılan Kanun hükmünde öngörülen 'verilecek cezanın iki kat artırılması' ile 'iki kat ceza verilmesi' kavramlarının birbirinden farklı olduğu, SPK'nun 105 inci maddesi hükmü ile kast edilenin, şahıs hakkında belli bir miktar idari para cezası tesis edilmesinin ardından bu cezanın iki katı kadar artırılarak üç kat olarak uygulanması olduğu anlaşılmaktadır...⁵²"

SPKn'nun 105/2. maddesinde yer verilen bu hüküm, genel nitelikli Kabahatler Kanunu'nda TCK'dakine benzer bir zincirleme suç müessesesi⁵³ getirilmemiş olması nedeniyle sevk edilmiştir. Nitekim, Kabahatler Kanunu, gerçekleştirilen eylemlere verilecek cezada gerçek içtima kurallarını benimsemiş ve 15. maddesinin ikinci fıkrasında *"aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir"* hükmüne yer vermiştir. Ancak, sermaye piyasasında işlenen kabahatlere büyük miktarda idari para cezalarının verilebilmesi nedeniyle, tekrarlanan her bir ihlal için ayrı ayrı ceza verilmesi ve bunların toplamının uygulanması ilgililer için yıkıcı etkiler ve piyasadan silinme sonucu doğurabileceğinden, gerçek içtima kurallarının sermaye piyasasında bertaraf edilmesi piyasanın güvenliği ve işleyişi için bir gerekliliktir. Nitekim, ceza verilene dek aynı fiili defalarca işleyerek sermaye piyasası mevzuatına aykırılıkta ısrar eden kişilere, söz konusu hüküm uyarınca artık tek idari para cezası verilecek fakat bu ceza iki katı kadar artırılarak üç kat olarak uygulanacaktır.

Öte yandan, eski SPKn döneminde, tesis edilen idari para cezası tutarları ile ihlal sonucunda elde edilen menfaat tutarları arasında bir korelasyon kurulmamasının idari para cezalarının caydırıcılığı açısından bir dezavantaj

⁵² Ankara 17. İdare Mahkemesi, 29.12.2014 tarih, E.2014/406, K.2014/144. (Yayınlanmamış karar)

⁵³ TCK'nın 43. maddesinde zincirleme suç şu şekilde düzenlenmiştir:
"(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır."

teşkil ettiği düşünülecek olursa, bahse konu hükmün önemi daha iyi ortaya çıkacaktır. Zira hükümde, kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezası miktarının bu menfaat veya zararın üç katından az olamayacağı belirtilerek, ihlal ile menfaat/zarar tutarları arasında bir korelasyon kurulmuştur.

Burada önemli olan iki husus vardır; bunlardan ilki, birden fazla aynı ihlalin idari yaptırım kararı verilene dek gerçekleştirilmesi durumunda tek bir idari para cezası verileceğinin ve bunun iki kat artırılarak uygulanacağını bundan böyle açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Söz konusu hükümle uygulamadaki sorunlu bir alan açıklığa kavuşturulmuştur. Diğer önemli husus ise, verilecek olan tek bir idari para cezasının hangi miktar üzerinden hesaplanacağıdır. Buna göre, yukarıda yer verdiğimiz kriterler ve özellikle ihlalin yoğunluğu kriteri esas alınarak alt ve üst sınırlar arasında bir miktar belirlenecek ve ihlalin yoğunluğu en üst sınırdan uygulamayı gerektiriyorsa bu miktar iki kat artırılarak ilgiliye üç kat olarak idari para cezası uygulanacaktır. Ancak, söz konusu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı, bu menfaat veya zararın üç katından az olamayacaktır.

IV. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Kurul, idari para cezası uygularken “ölçülülük ilkesini” de göz önünde bulundurmalıdır⁵⁴. Nasıl ki, ceza hukukunda işlenen suç ile verilen ceza arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir orantı bulunması gerekiyorsa, idari yaptırımlar alanında da aynı ilke ve kuralın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁵.

Ölçülülük ilkesi, “*özgürlüğe getirilen sınırlandırmanın, özgürlüğü belirleyen durumla arasında bir orantı bulunması ve getirilen sınırlandırmanın, hak ve özgürlüğün varlığını zedelememesi*”⁵⁶ anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile, kamu düzenini bozan veya bozmaya yönelmiş eylemlere uygulanacak yaptırımın, bu düzeni korumaya veya bozulmuş ise yeniden tesis etmeye yetecek kadar olmasını ifade ettiği belirtilmiştir⁵⁷. Genel olarak idari düzeni ihlal edici eylem ile tatbik edilen yaptırım arasında, doğan zararın ağırlığı ile münasip bir nisbetin bulunması gerektiği de ifade edilmiştir⁵⁸.

Özellikle parasal yaptırımlarda bu ilkenin daha iyi uygulanabilmesi için, sabit miktar değil de, kanunda alt ve üst sınırların belirlenmesinin veya miktarın nisbi

⁵⁴ YASİN, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, 214.

⁵⁵ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 59.

⁵⁶ OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, 33.

⁵⁷ YASİN, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, s.214.

⁵⁸ NAZAROĞLU, Para Cezaları, 104.

olarak belirlenmesinin daha uygun olacağı haklı olarak savunulmuştur⁵⁹. 2499 sayılı eski SPKn md. 47/A'da olduğu gibi, 6362 sayılı SPKn 103/1 maddesinde de alt ve üst sınırlar belirlenerek ihlal hallerinde uygulanan idari yaptırımlarda ölçülülüğe daha iyi hizmet edecek bir düzenleme yapılmıştır⁶⁰.

Kurul'un, para cezasını takdir ederken, ceza tayinindeki etkenleri keyfilikten ve belirsizlikten uzak, toplumsal yarar ve bireysel yarar arasındaki dengeyi gözeten ve sermaye piyasası hukukuna özgü birtakım ölçütlere dayandırması ve gerekçelerini objektif ölçülere dayalı olarak ortaya koyması gereklidir. Takdir yetkisinin, ihlalin ağırlığı ile orantılı ve hakkaniyete uygun kullanılması önemlidir. İdarenin takdir yetkisi açısından ölçülülük denetimi yapılırken, idareden objektif değerlendirme ölçütlerini ortaya koyması istenmekte, bu ölçütler ortaya konulduktan sonraki idare tercihinin ise yargı yerince müdahale edilmemektedir⁶¹.

Ancak, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesine 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkra ile miktara müdahale konusu Sulh Ceza Mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklar için değiştirilmiştir. Buna göre, idarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, sulh ceza mahkemesinin idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebileceği hüküm altına alınmıştır⁶². Söz konusu hüküm uyarınca, 6362 sayılı

⁵⁹ **DONAY**, "Para Cezalarını Artıran Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler", 79.

⁶⁰ Ancak doktrinde, alt ve üst limit arasındaki "makas"ın çok geniş tutulmasının idari faaliyetlerin belirliliği ve öngörülebilirliği ilkesine uygun olmayacağı; bu konuda çok net ve kesin bir oran bulunmamakla birlikte, alt ve üst limit arasında on kattan daha fazla bir oranın belirlenmesinin ölçülülükle bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **ULUSOY**, İdari Yaptırımlar, 126-127.

⁶¹ **ERKUT**, *Hukuka Uygunluk Bloku*, 120. İdari merciilerin kanunlarla kendilerine tanınan para cezası verme yetkisini kullanırken alt ve üst sınırlar arasında tayin edecekleri miktarın takdirinde serbest oldukları ve mahkemeler nezdinde yapılacak itirazların para cezası miktarını değiştirmeyeceği Yargıtay'ın pek çok kararında da vurgulanmıştır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 30.9.1993 tarih E.1993/4942, K.1993/4821 ve 7.12.1989 tarih ve E.1989/8978, K.1989/12087 sayılı kararları.

⁶² Değişikliğin gerekçesinde; idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan sulh ceza mahkemesinin sadece başvurunun reddi veya kabulü yönünde karar verebilmesinin, ortaya bir eksikliği çıkardığı; idarî düzene aykırı fiillerle ilgili olarak kanunlarda idarî para cezasının maktu değil, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle de belirlenebildiği; Kanunda idarî para cezasının alt ve üst sınırlarının gösterildiği kabahatten dolayı somut olayda idarî para cezasına karar verilmesinin gerekmesine rağmen, verilmiş olan idarî para cezasının kabahat fiilinin oluşturduğu haksızlıkla orantılı olmaması halinde, mahkemenin verilen idarî para cezasında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilmesini sağlamak için işbu değişikliğin yapıldığı ifade edilmiştir. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm> (E.T: 18.12.2012)

SPKn yürürlüğe girmeden önce Kurul tarafından alt ve üst sınırlar arasında uygulanan idari para cezası miktarına karşı sulh ceza mahkemesinde itiraz edildiğinde, mahkemenin para cezası miktarını değiştirerek karar verme yetkisi bulunmaktaydı⁶³. 6362 sayılı Kanun'un 105/son maddesi ile Kurul tarafından verilen idari para cezalarına karşı idari yargı görevli kılındığından söz konusu yetki artık ortadan kalkmıştır.

Diğer taraftan, uygulanacak ceza miktarının tayininde bazı durumlarda, idari düzeni ihlal eden eylemin meydana getirdiği zararın boyutuna göre bir tespitin yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁶⁴. Ancak sermaye piyasası bakımından özellikle borsada gerçekleştirilen işlemler sonucu yatırımcılar nezdinde meydana getirilen toplam zararın tam olarak tespiti ve hesaplanması çoğu zaman zor olup; ihlal dolayısıyla elde edilen menfaatin hesaplanması ise daha mümkün bir durumdur. Bu nedenle, Kanun'a veya Kurul düzenlemelerine aykırı davranarak menfaat elde edilmesi durumunda menfaat sağlayanlara uygulanacak idari para cezası miktarının, elde edilen menfaate eş veya menfaatin üzerinde olacağı hükme bağlanmıştır. Nitekim, 6362 sayılı SPKn'nun 103. maddesinin birinci fıkrasında;

*"Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. **Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.**"*

hükmüne yer verilerek, menfaat elde edilmesi halinde bu menfaatin üstünde verilen idari para cezalarıyla caydırıcılığın artırılması hedeflenmiştir. Söz konusu hükmün ölçülülüğe uygun olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber, kanun koyucunun elde edilen menfaatten az miktarda ödenecek bir idari para cezasının caydırıcı olmayacağı ve piyasa bozucu eylemleri önleyemeyeceği saikiyle bu yönde bir hüküm tesis etmiş olabileceğini düşündüğümüzü söylemekle yetiniyoruz.

Öte yandan, 6362 sayılı SPKn'nun 105/2 maddesinde, kabahat oluşturan fiilin birden çok işlenmesi halinde, elde edilen menfaat veya sebep olunan zarara atfı yapılarak idari para cezası miktarının belirlendiği de görülmektedir:

⁶³ Nitekim, bir olayda Sulh Ceza Mahkemesinin itiraz mercii olarak görev yapan Trabzon 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından şirket hakkında Kurulca tayin edilen 114.464 TL'lik idari para cezasının 20.000 TL'ye indirilmek suretiyle uygulanmasına karar verilmiştir. Trabzon 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 25.2.2011 tarihli ve 2011/70 D. İş sayılı kararı.

⁶⁴ ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, 226.

“(2) Bu Kanunda tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilmeye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili hükme göre, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve verilecek ceza iki kat artırılır. Ancak, **bu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde** verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamaz.”

Son olarak, doktrinde savunulan bir görüş de, idari ihlali işleyerek yaptırımla karşılaşan bireyin ölçülülük ilkesi gereği sübjektif durumunun dikkate alınması gerektiğidir⁶⁵. Verilen zararlar orantılı olmakla beraber, özellikle ihlali gerçekleştiren işletmelerle ilgili olarak ödeme gücünün (ekonomik durumunun) dikkate alınması gerekliliği belirtilmiş ve yargıcın itirazla önüne gelen olayda bu özellikler dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Sermaye piyasası ile ilgili olan çeşitli AB düzenlemelerinde⁶⁶ de idari para cezası miktarı belirlenirken ölçüt olarak göz önünde bulundurulmuş bu hususun, sermaye piyasasında her zaman ölçüt olamayacağını düşünmekteyiz; zira ödeme gücü yüksek bir halka açık şirkete daha yüksek miktarda uygulanacak idari para cezası, bu şirketin ortaklarını oluşturan yatırımcıların zararına yol açacak ve ihlalde etkisi olmayan yatırımcıları da ölçüsüz cezalandırmış olacaktır. Bu nedenle ilgilinin sübjektif durumunun dikkate alınmasını savunan söz konusu görüşe sermaye piyasasında daha dikkatle yaklaşılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

V. NE BIS İN İDEM İLKESİ

A. Genel Olarak

Ne bis in idem, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir ceza hukuku ilkesidir⁶⁷. Yani aynı eylem ve aynı kişi hakkında daha önce verilen bir hüküm nedeniyle yeniden yargılama yapılamamasını ve ceza verilememesini anlatır⁶⁸. Ancak doktrinde bu kuralın idari yaptırımlar alanında uygulanmasının sınırlılığı vurgulanmış ve

⁶⁵ OĞURLU, İdari Yaptırımlar, 192.

⁶⁶ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Piyasa Dolandırıcılığı Hakkındaki 596/2014 no'lu Regülasyonu (Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC), md.31. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596> (E.T: 07.11.2017)

⁶⁷ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 35.

⁶⁸ *Ne bis in idem* ilkesi, kesin hükmün önleme etkisini içerdiğinden hukuki güvenlik, kişi özgürlüğü ve sosyal düzen için gerekli olan toplumsal barışa hizmet eder. Çünkü kesin hükümle çözümlenmiş bir uyuşmazlığın tekrar soruşturma konusu yapılması sosyal düzeni bozarak istikrarsızlık meydana getirir. Ayrıca ilkenin hukuk devletiyle de ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü bir eylemden failin iki kez cezalandırılması, aşırı cezalandırma anlamına geleceği için ölçülü değildir. CİHAN/ YENİSEY, “*Ne Bis in Idem İlkesi*”, 219 vd.

bunun başlıca nedeni olarak da, ceza müeyyideleri ile idari yaptırımların ayrı alanlarda, ayrı amaçlara yönelik öngörülmesi gösterilmiştir⁶⁹. Bu nedenle aynı fiil için, ceza yaptırımı yanında idari yaptırım uygulanabileceği⁷⁰ gibi, aynı fiil için niteliği birbirinden farklı olan ayrı idari yaptırımlar da uygulanabilir.

Bu açıdan, ceza yaptırımları üzerinde doğrudan etki yapan ve onları kaldıran af ve benzeri kurumların idari yaptırım uygulanmasını etkilemeyeceği⁷¹, idarenin kendi işlev ve amacına yönelik olarak yetki kullanacağı ifade edilmiştir. Hatta ceza hukuku ile idare hukuku arasındaki ayrılık ve farklılık bir yana, aynı ilkenin idare hukuku içinde dahi sınırlı bir uygulama alanı bulunduğu, idarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı kendisine iki ayrı yaptırım uygulamasının hukuken mümkün olduğu ifade edilmiştir⁷².

Öte yandan, bir başka görüş aynı eylemden dolayı aynı şahsa karşı birden fazla idari yaptırım (hem idari para cezası hem faaliyetten men gibi) uygulanmaması, yaptırımlardan en ağırı ile yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷³. Aşağıda ele alınacağı üzere, bazı yazarlar da, cezai ve idari yaptırımın aynı eylemin konusunu oluşturması halinde **ne bis in idem** kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar⁷⁴. Bu görüşü savunanlara göre, kişiye hem ceza yaptırımı hem de idari yaptırım uygulamak *ne bis in idem* kuralının açık ihlalini oluşturmaktadır. Ancak biz, idari yaptırımlarla ceza yaptırımları arasındaki niteliksel farklılıklardan dolayı *ne bis in idem* ilkesinin ihlalini oluşturmayacağı görüşünü destekleyerek bu karşıt görüşe katılmıyoruz.

B. Ne Bis in Idem İlkesinin Cezai ve İdari Yaptırımlar Arasında Uygulanması

Ne bis in idem ilkesinin idari yaptırımlarla ceza yaptırımları arasında geçerli olmaması, ceza mahkemesi kararı ile idarenin karar verdiği yaptırımın birbirini etkilememesi sonuçlarını doğurmaktadır. Böylece idare ve ceza mahkemesi, aynı olay hakkında birbirinden bağımsız olarak farklı sonuçlara

⁶⁹ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 63. Aynı eyleme karşı birden çok yaptırımın uygulanabilmesi, idari yaptırımların bir tür kolluk önlemi olmasından kaynaklanmaktadır., DİRDİMAN, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)”, 118.

⁷⁰ DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, 610; GÜNDAY, İdare Hukuku, 202; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 63.

⁷¹ “Ceza mahkemesinde beraat etmiş olmasının, ilgiliye daha önceden uygulanmış idari yaptırımın iptalini gerektirmeyeceği hakkında...”D., 8.D., 11.7.1962, E.961/2514, K.962/3378 (ÖZAY, İdari Yaptırımlar, 63, dipnot 153.)

⁷² “Çünkü idari müeyyidelerin tatbikinde, ceza hukukunun aynı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine mütedair kaidesi cari değildir.” DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, 610.

⁷³ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, 45.

⁷⁴ YARSUVAT, Trafik Suçları, 171; KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 185, dnp. 142; ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, 204.

ulaşabilmektedir⁷⁵. İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir ihlalin varlığı halinde, ceza hakiminin hukuksal nitelendirmesi ve sonuçta verdiği karar idari yaptırıma karar verecek olan idari mercii bağlamaz⁷⁶. Bunun nedeni cezai yaptırımın idari yaptırımla tamamlanması isteği yanında, aynı eylemle toplumun genel çıkarlarına ve bununla birlikte özel çıkarlara da verilen zararların engellenmesi isteğidir. Bu durumda aynı kişiye biri idari biri yargısal iki ayrı yaptırım uygulanabileceği gibi, birden çok idari yaptırım da uygulanabilecektir⁷⁷.

İdari yaptırım kararının yargısal denetimi aşamasında, ceza yargılaması sonucunda verilen kararın etkisinin olup olmayacağı Danıştay kararlarında da tartışılmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, bir kişinin ceza hukuku bakımından mahkum olması ya da olmamasının, idari yaptırımlar açısından bağlayıcı olmaması kuralı Danıştay'a göre mutlak olarak anlaşılmamalıdır. Delil yetersizliği nedeniyle verilen bir beraat kararı, idari yaptırım verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı değildir⁷⁸. Fakat bu delil yetersizliği, haklı olarak belirtildiği üzere, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına ilişkin ise idari mercii için bağlayıcı olmamalıdır⁷⁹. Suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğine ilişkin delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmesi durumunda ise beraat kararı idari mercii için bağlayıcı olmalıdır⁸⁰. Ayrıca, beraat kararı, işlendiği sabit olan eylemin kanunda belirtilen suçu oluşturmadığına dayanıyorsa bu karar idari yaptırımı uygulayacak olan makamı bağlamayacaktır, çünkü eylem suçun unsurlarını taşımadığı halde idari yaptırımın unsurlarını taşıyabilir⁸¹.

Yargıtay'ın ise bu konuda farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bir kararında idari yaptırımlarda *ne bis in idem* kuralına uyulması gerektiğini, idari yaptırıma karar verilmişken ikinci bir yaptırıma karar verilmemesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁸². Aksi yöndeki bir kararında ise, birden fazla yasayı ihlal eden eylem hakkında her iki yasanın da uygulanarak birden çok yaptırıma karar verilebileceğini belirtmiştir⁸³.

Fransız hukuk sisteminde ise idari yaptırımlar ile cezai yaptırımların bir arada uygulanabileceği yakın zamana kadar kabul edilmekteyken, Fransız

⁷⁵ GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", 215.

⁷⁶ GÖLCÜKLÜ, "İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", 215.

⁷⁷ OĞURLU, İdari Yaptırımlar, 80.

⁷⁸ D., 10.D., E.1987/2015, K.1987/1721, 27.10.1987, DD., S.70-71, s.550.

⁷⁹ LİVANELİOĞLU, Memur Disiplin Hukuku, 45.

⁸⁰ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, 44.

⁸¹ LİVANELİOĞLU, Memur Disiplin Hukuku, 46.

⁸² Y., 2.C.D., 3.12.1992, E.1992/7632, K.1992/48, Yargıtay Kararları Dergisi, C.19, S.2, 1993, 269-270.

⁸³ Y., 7. C.D., 5.3.1992, E.1991/11419, K.1992/1782, Yargıtay Kararları Dergisi, C.19, S.4, 1993, 624-625.

Anayasa Konseyinin kararlarına göre⁸⁴, oranlılık (ölçülülük) ilkesi uyarınca aynı olay için aynı kişiye Borsa İşlemleri Komisyonu (Commission des opérations de bourse/COB) tarafından verilen idari para cezası ile ceza hukuku bağlamındaki para cezası yaptırımının uygulanmasında, her iki cezanın toplamının, yaptırımlardan herhangi birinin en yüksek miktarını geçmemesi gerektiği kararı verilmiştir⁸⁵. Bu karara göre aslında aynı eyleme iki cezanın uygulanması fiilen önlenmiş olmaktadır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), hakkında idari yaptırım uygulanan kişinin aynı fiilden dolayı ceza davası sonucunda mahkûm olmasını, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak *ne bis in idem* ilkesine aykırı bulduğu da ifade edilmektedir⁸⁶.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Şubat 1991 tarih ve 1 sayılı "İdari Yaptırımlar Hakkında Tavsiye Kararı" da bu ilkeyi idari yaptırım uygulanırken dikkate alınması gereken ilkelerden biri olarak nitelendirmektedir. Kararın 3. maddesinde; bir kişinin aynı eylemden dolayı iki kez cezalandırılmayacağı ve aynı ihlal iki veya daha fazla makama cezalandırma yetkisi veriyorsa, o ihlal için daha önce uygulanan cezayı diğer idari makamların dikkate alacağı belirtilmiştir⁸⁷.

C. Kabahatler Kanunu Çerçevesinde Ne Bis in İdem

Türk hukukunda idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımı uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığına ilişkin doktrinde tartışma doğmuştur. Bazı yazarlar, bu ilkenin idari yaptırımlarla cezalar arasında da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁸. Bu görüşte olanlara göre, düzeni ihlal edici bir eyleme karşı ancak bir müeyyide uygulanmalıdır. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesi de bu görüş doğrultusunda bir düzenleme içermektedir. Anılan Kanunun "İçtima" başlıklı 15. maddesinin üçüncü fıkrasında;

"(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

hükmüne yer verilmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı yasanın 31. maddesiyle değişik 3. maddesinin (b) bendi ise; *"...Kanun'un diğer genel hükümleri, idarî para cezası*

⁸⁴ Fransız Anayasa Konseyi'nin 28 Temmuz 1989 tarihli COB kararı.

⁸⁵ GÜRSEL, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi", 538-539. HÉLENE PAULIAT, *Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi*, 151.

⁸⁶ GÜRSEL, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi", 539.

⁸⁷ KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 168.

⁸⁸ Bu konudaki görüşler için bkz. OĞURLU, İdari Yaptırımlar, 80.

(...) yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır” demek suretiyle “İçtima başlıklı maddeyi idari para yaptırımları bakımından genel hüküm olarak *ne bis in idem* kuralının uygulanmasına ve diğer kanunlardaki idari para yaptırımlarına teşmil edilmesine imkan sağlamıştır.

Dolayısıyla 15. maddenin üçüncü fıkrasında bir eylemin hem kabahat hem de suç oluşturması halinde, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanması öngörülmüştür.

Öte yandan, Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin birinci fıkrasında bir idari suç nedeniyle iki ayrı idari ceza uygulanmasına ilişkin olarak özel bir hüküm sevk edilmiş olup, anılan fıkra şu şekildedir:

“(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.”

Söz konusu fıkroda, aynı fiil nedeniyle mevzuatta iki ayrı idari para cezası öngörülmüşse, bu cezaların her ikisinin de uygulanamayacağı ve sadece biri ve en ağır olanının uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak aynı fiilden dolayı hem idari para cezası hem de diğer bir idari yaptırım öngörülmüşse, hem idari para cezası hem de diğer idari yaptırım aynı anda uygulanabilecektir. Bir diğer deyişle, bir eyleme yasal dayanağı olması halinde bu iki idari yaptırım beraber uygulanabilmektedir⁸⁹. O halde Kabahatler Kanunu idari cezalar için *ne bis in idem* ilkesini kısmi olarak kabul etmekte olup, bir fiil nedeniyle sadece iki ayrı idari para cezası öngörülmüşse bu ilkenin uygulanmasını öngörmekte; fakat aynı fiil nedeniyle örneğin hem idari para cezası hem de lisans iptali öngörülmesi durumunda bu ilkenin uygulanması Kanuna göre mümkün olamayacaktır⁹⁰.

Bu açıklamalar ışığında, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, kanun koyucu *ne bis in idem* kuralının tam olarak geçerli olacağını öngörmüş, eylemin sadece ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesini kabul etmiş, ayrıca kabahat nedeniyle yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Kanunun 15/3 maddesi ceza hukukuna üstünlük tanımakta, aynı eylemin hem suç hem de kabahat olarak kabul edilmesine olanak vermemektedir⁹¹.

⁸⁹ **KARABULUT**, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 166.

⁹⁰ **ULUSOY**, İdari Yaptırımlar, 113-114. Yazar, Kabahatler Kanunu’nun bu yönüyle evrensel ceza hukuku ilkelerine ve dolayısıyla hukukun genel ilkelerine uygun olmadığını ifade etmektedir.

⁹¹ **OTACI**, Türk Kabahatler Hukuku, 40.

Kabahatler Kanunu yürürlüğe girene kadar SPKn'nda idari para cezası gerektiren eylemler hakkında aynı zamanda ceza mahkemesi tarafından da ceza verilmesinin *ne bis in idem* ilkesine aykırı olacağına dair açık bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla bu ilke SPKn'da öngörülen idari para cezalarını kapsamıyordu⁹².

Fakat artık aynı fiil sermaye piyasasında idari para cezası gerektiren bir kabahat iken SPKn'na veya TCK'ya göre de suç teşkil ediyorsa, Kabahatler Kanunu uyarınca sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Yalnızca, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir. Ancak, Kabahatler Kanunu'nun söz konusu 15/3 maddesi uygulamada sorunlar çıkarmaktadır. Çünkü aynı eylem nedeniyle hem ceza davası açılıp hem de idari para cezası uygulandığında, suçtan dolayı ceza verilmesi durumunda önceden Kurulca uygulanan idari para cezası, Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Aynı eylemden dolayı idari para cezasını Kurul'un uygulayacağı, ceza davasını ise ceza mahkemesinin göreceği dikkate alındığında, 15/3 maddesinin uygulanabilmesi için hem yetkili denetim-gözetim otoritesinin hem de ceza mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, idarenin yaptırım uygulamak için ceza davasının açılmasını veya açılmış ise davanın sonuçlanmasını beklemesinin, idari yaptırımların niteliği ile bağdaşmadığı, idari yaptırımın kabahatin işlenmesi halinde yetkili idari makam tarafından gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra gecikmeksizin uygulanması gerektiği, idarenin, yaptırım uygulamak için ceza davasını beklemesinin, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri aksatabileceği ifade edilmiştir. KARABULUT, sayılan nedenlerle bu kuralın değiştirilerek, kabahat dolayısıyla idari yaptırımın uygulanabilmesi için ceza davasının beklenmesinin gerekmediği yönünde bir düzenleme yapılmasını önermektedir⁹³.

Diğer taraftan, olayda oluşan ihlallerden en az birisi SPKn'nda belirtilen bir yaptırımı gerektiriyorsa, bir başka ifade ile idari para cezası idari para cezası gerektiren kabahat niteliğindeyse, Kabahatler Kanunu'nun 15/1 maddesi uygulanacaktır. Buna göre, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilecektir. Bu kabahatlerle ilgili olarak Kanun'da idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

⁹² GÜRSEL, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi", 538.

⁹³ KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 167.

VI. SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmek ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır. Ancak, özellikle ekonomik, ticari ve sosyal nitelikteki suçlarda, para cezasının uygulanabileceği hallerde tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu bulunduğu kabul edilebileceği yönünde bir eğilim son yıllarda artmıştır. Nitekim, Kabahatler Kanunu'nun 8/1 maddesinde yer alan düzenleme ile, TCK'daki tüzel kişilere ceza uygulanamayacağı ilkesinden ayrılmıştır. Buna göre, tüzel kişi adına organ/temsilcilik görevi yapan ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin görevi kapsamında işlediği idari suçtan dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilecektir. Kurulca tesis edilen idari para cezaları incelendiğinde, 6362 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar Kurul'un tüzel kişilere idari ceza verilip verilmeyeceğine ilişkin Kabahatler Kanunu'ndan kaynaklanan takdir yetkisini, her somut olaya göre bazen şirket tüzel kişiliği, bazen gerçek kişiler olan şirketin yönetim kurulu üyelerinin/yöneticilerinin tamamı ya da bir veya birkaçı hakkında ceza tesis ederek kullandığı tespit edilmiştir.

6362 sayılı SPKn'nun 103/2 maddesinde ise, yükümlülükler aykırı davranan özel hukuk tüzel kişinin organ/temsilcisi veya bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin yanında, tüzel kişiye de idari para cezası verilmesi mutlak kural haline getirilmiştir. Oysa, organ/temsilci yahut tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin eylemlerinden aynı anda tüzel kişiyi de sorumlu tutmak cezaların şahsiliği ve *ne bis in idem* ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu tür bir sorumluluk şekli, her zaman isabetli olmamakta, hatta sermaye piyasasında çoğu zaman Şirket kararlarının alınmasına pek fazla etkisi olmayan küçük yatırımcıyı, Şirket karını azaltarak mağdur edebilecek nitelik taşımaktadır. Öte yandan, söz konusu düzenleme, Kurul'un idari para cezası tesis ederken sorumluları tespit ederek hakkaniyete uygun karar vermesine yönelik takdir yetkisini de ortadan kaldırmakta, Kurul'u bu tür ihlal durumlarında hem Şirkete hem de organ/temsilci/faaliyet üstlenen kişiye aynı anda ceza vermeye zorlamaktadır. Kanımızca 6362 sayılı Kanun'un 103/2 maddesi ile getirilen yeni hükmün lafzi yorumundan çok amaçsal yorumuna gidilerek, cezaların şahsiliği ve *ne bis in idem* ilkelerini gözetken uygulama biçimine devam edilip, gerektiğinde ihlalde etkisi olan organ/temsilci/faaliyet üstlenen kişiye, gerektiğinde sadece tüzel kişi şirkete idari para cezası verilerek takdir yetkisi kullanılmalı yahut anılan maddede bu ilkeleri dikkate alan bir değişikliğe gidilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu yeni hükmün nasıl yorumlanacağı, 6362 sayılı Kanunla görevli kılınan idari yargı mercilerinin kararlarına göre belirlenecektir.

Öte yandan, Kanun'da alt ve üst sınırlar arasındaki idari para cezası miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin özel ölçütler getirilmediğinden, Kabahatler Kanunu'nun 17/2 maddesi, sermaye piyasasındaki idari para cezalarında da genel kanun olması nedeniyle öncelikle uygulanacaktır. Buna göre, SPKn'da alt ve üst sınırı gösterilen idari para cezasının miktarı, her olayda işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte dikkate alınarak belirlenecektir. 26.3.2013 tarih ve 10/363 sayılı Kurul kararıyla ise para cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin olarak,

"... ilgililerin Kurul görevlileri ve çalışanları ile süreç içerisinde olan işbirliği, ilgili hakkında daha evvel aynı ihlal nedeniyle idari para cezası tesis edilmesi, ihlalin önemliliği, ihlalin doğurduğu zararın büyüklüğü, ihlalin gerçekleştirilme şekli, ilgilinin kusurunun yoğunluğu, ilgilinin savunmasındaki samimiyeti, ihlal nedeniyle doğan zararın tazmini ve/veya aykırılığın giderilip giderilmediği, yatırımcıların zarar görüp görmediği, ilgili tarafından elde edilen menfaatin büyüklüğü gibi kistaslar" gibi yeni kriterlere yer verilmiştir.

İdarenin kendisine tanınan takdir yetkisini daha objektif olarak kullanmak adına kendisini önceden bağlayıcı nitelikte bu tür idari düzenlemeler yapması, hukuk devleti ve idareye güven ilkeleriyle öngörülebilirlik yönünden takdir ve teşvik edilen bir durum olmakla beraber; yeterli hukuki güvence ve öngörülebilirliği sağlamak üzere bu tür idari düzenlemeler için Resmi Gazetede yayımlanma koşulu olan düzenleyici işlem formlarının kullanılması gereklidir.

Bu çerçevede, büyük meblağlı idari para cezalarının tesis edilebildiği sermaye piyasası gibi bir alanda da, temel hak ve özgürlüklere ciddi biçimde etkisi olabilecek bu cezaların uygulama esaslarının ve miktarın takdir edilmesine ilişkin kriterlerin esas olarak Kanunla veya yönetmelikle değil de, hiyerarşik olarak yönetmeliklerden alt düzeyde yer alan Kurul kararı ile belirlenmesi bireyler açısından yasal bir güvence sağlamaktan uzaktır. Nitekim, SPKn'nun 128/2 maddesinde de Kurul'un, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanacağı, Kurul'un kararlarını Resmi Gazete'de veya internet ortamı dâhil uygun vasıtalarla yayımlanmasına karar verebileceği ve düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konacağı hükme bağlanmış olmakla birlikte, sermaye piyasasında idari para cezalarının miktarının Kurulca takdir edilmesinde uygulanacak esaslar, Kanuna göre Resmi Gazete'de yayımlanmak zorunda olan tebliğ ile değil bir Kurul kararı ile belirlenmiştir.

Hukuki belirlilik bakımından problem oluşturan bu durum, ilgili kişi veya kurumların maruz kalacakları idari yaptırımında Kurul'un takdir yetkisinin sık sık sorgulanmasına neden olabilecektir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesine benzer bir düzenlemenin sermaye piyasası açısından da yapılması ve idari para cezalarını tespit ederken göz önüne alınan

kriterlerin esas olarak Kanun'da gösterildikten sonra, ayrıntılandırma işleminin ikincil düzenlemelere bırakılması yerinde olacaktır.

Ayrıca Kurul'un, para cezasını takdir ederken, ceza tayinindeki etkenleri keyfilikten ve belirsizlikten uzak, toplumsal yarar ve bireysel yarar arasındaki dengeyi gözeten ve sermaye piyasası hukukuna özgü birtakım ölçütlere dayandırması ve gerekçelerini objektif ölçülere dayalı olarak ortaya koyması gereklidir. Takdir yetkisinin, ihlalin ağırlığı ile orantılı ve hakkaniyete uygun kullanılması önemlidir.

Ne bis in idem ilkesinin, idari yaptırımlar alanında uygulanması ise sınırlı olup, bunun başlıca nedeni olarak da, ceza müeyyideleri ile idari yaptırımların ayrı alanlarda, ayrı amaçlara yönelik öngörülmesi gösterilmektedir. Biz de bu çalışmada idari yaptırımlarla ceza yaptırımları arasındaki niteliksel farklardan dolayı aynı eyleme idari ve cezai bakımdan iki ayrı ceza uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesinin ihlalini oluşturmayacağı görüşünü destekledik. Bununla beraber, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı yasanın 31. maddesiyle değişik 3. maddesinin (b) bendi; "...Kanun'un diğer genel hükümleri, idarî para cezası (...) yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır" demek suretiyle "İçtima" başlıklı 15 nci maddeyi de tüm idari para yaptırımları bakımından genel hüküm olarak kabul ettiği için hem suç hem de kabahat oluşturan bir fiil için yürürlükteki hukuk gereği *ne bis in idem* ilkesi uygulanmak zorundadır. Bir diğer ifadeyle Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesi *ne bis in idem* kuralının tüm idari para yaptırımları bakımından uygulanmasına ve diğer kanunlardaki idari para yaptırımlarına teşmil edilmesine imkan sağlamıştır. Böylece bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi gereği kanun koyucu *ne bis in idem* kuralının geçerli olacağını öngörmüş, eylemin sadece ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesini kabul etmiş, ayrıca kabahat nedeniyle yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, anılan Kanunun 15/3 maddesi ceza hukukuna üstünlük tanımakta, sermaye piyasasında gerçekleşmiş olan hukuka aykırı bir eylemin hem suç hem de kabahat olarak kabul edilerek cezalandırılmasına olanak vermemektedir. Artık bir fiil sermaye piyasasında idari para cezası gerektiren bir kabahat iken SPKn'na veya TCK'ya göre de suç teşkil ediyorsa, Kabahatler Kanunu uyarınca sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Yalnızca, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir.

KAYNAKLAR⁹⁴

- BALTA Tahsin Bekir**, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970. (**BALTA**, İdare Hukukuna Giriş)
- CİHAN Erol/ YENİSEY Feridun**, “*Ne Bis İn İdem İlkesi*”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004. (**CİHAN/ YENİSEY**, “*Ne Bis İn İdem İlkesi*”)
- ÇAĞLAYAN Ramazan** İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayıncılık, Ankara, 2006. (**ÇAĞLAYAN**, İdari Yaptırımlar Hukuku)
- ÇAĞLAYAN Ramazan**, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, AÜEHFD, C.VIII, S.3-4, Aralık 2003. (**ÇAĞLAYAN**, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”)
- ÇOLAK Nusret İlker**, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003. (**ÇOLAK**, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği)
- DERDİMAN, R. Cengiz**, “*Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)*”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.6, S.3, Temmuz 1997. (**DERDİMAN**, “*Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)*”)
- DONAY Süheyl**, Para Cezaları, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1971. (**DONAY**, Para Cezaları)
- DONAY Süheyl**, “*Para Cezalarını Artıran Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler*”, Ceza Hukuk ve Kriminoloji Dergisi, C.1, S.2, 1979. (**DONAY**, “*Para Cezalarını Artıran Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler*”)
- DURAN Lütfi**, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964. (**DURAN**, İdare Hukuku Meseleleri)
- ERKUT Celal**, *Hukuka Uygunluk Bloku*, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, 1996. (**ERKUT**, *Hukuka Uygunluk Bloku*)
- ERMAN Sahir** Ticari Ceza Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 1992. (**ERMAN**, Ticari Ceza Hukuku)
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz**, “İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi , C.18, Eylül-Aralık 1963. (**GÖLCÜKLÜ**, “İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”)
- GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003. (**GÖZLER**, İdare Hukuku, Cilt I)

⁹⁴ Yazarların eserlerine yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt II, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004. (**GÖZÜBÜYÜK / TAN**, İdare Hukuku, C.II)

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetmelik Yargısı, 26. Bası, Ankara, 2007. (**GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargısı)

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 6. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003. (**GÜNDAY**, İdare Hukuku)

İÇEL Kayhan, SOKULLU AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih, ÜNVER Yener, Yaptırım Teorisi, 2002, İstanbul. (İÇEL ve diğerleri, Yaptırım Teorisi)

KALABALIK Halil, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2004. (**KALABALIK**, İdare Hukuku Dersleri)

KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008. (**KARABULUT**, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi)

KARAGÜLMEZ Ali, Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005. (**KARAGÜLMEZ**, İdari Para Cezaları)

KUNTER Nurettin, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1986. (**KUNTER**, Ceza Muhakemesi Hukuku)

KUTLU GÜRSEL Meltem, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi", Danıştay 137. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 11 Mayıs 2005. (**GÜRSEL**, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi")

LİVANELİOĞLU Ö. Asım, Memur Disiplin Hukuku, Ankara, 1997. (**LİVANELİOĞLU**, Memur Disiplin Hukuku)

NAZAROĞLU Yavuz, Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri, DD. S. 14-15, 1974. (**NAZAROĞLU**, Para Cezaları)

OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yay., Ankara, 2001. (**OĞURLU**, İdari Yaptırımlar)

OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002. (**OĞURLU**, Ölçülülük İlkesi)

OTACI Cengiz, Türk Kabahatler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. (**OTACI**, Türk Kabahatler Hukuku)

ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yay., İstanbul, 2002. (**ÖZAY**, Günışığında Yönetim)

ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006. (ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı)

ÖZKAN Gürsel, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Ankara, Saydam Matbaacılık, 1995. (ÖZKAN, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi)

PAULIAT H elene, *Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi*, Bağımsız İdari Otoriteler, Alkım Yay., İstanbul, 1998. (PAULIAT, *Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi*)

ŞEN Ersan, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994. (ŞEN, Çevre Ceza Hukuku)

TAN Turgut “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler”, Hukuk Kurultayı, 2004, Ankara Barosu Yayınları/İnsan Hakları 2. (TAN, “İdari Yaptırımlar”)

TÜRKOĞLU Mehmet Selçuk, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu Çerçevesinde İdari Para Cezalarının Kimlere Tesis Edileceği Sorunu ve Konuya İlişkin Kurulumuz Uygulamaları, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara, 2011. (TÜRKOĞLU, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu)

ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013. (ULUSOY, İdari Yaptırımlar)

YARSUVAT Duygun, Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar, İÜHFİM., C. 50, Yıl; 1984, S.1-4, İstanbul, 1984. (YARSUVAT, Trafik Suçları)

YASİN Melikşah, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. (YASİN, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri)

YURTCAN Erdener, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta yayınları, İstanbul, 2005. (YURTCAN, Kabahatler Kanunu ve Yorumu)

BİR TEMEL HAK OLARAK UNUTULMA HAKKI

Right to be Forgotten As a Fundamental Right

Seray NALBANTOĞLU¹

Geliş Tarihi: 05.03.2018

Kabul Tarihi: 14.05.2018

ÖZET

İnternetin hayatımızın her alanına hızlı bir şekilde girmesi ve her türlü verinin saniyeler içerisinde kullanıcılara erişilebilir olması bir takım temel hak ve özgürlükler bakımından yeniden incelemeler yapmayı gerektirmiştir. Özel hayatın gizliliği, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, ifade ve haberleşme hürriyeti, basın hürriyeti gibi birçok hakkın sınırı internet ile birlikte tekrar çizilmiştir. Bu sınır çizilirken ise kişisel veri kavramı ortaya çıkmış ve kişisel verilerin korunması hakkı, unutulma hakkı gibi konular gündeme gelmiştir. Unutulma hakkı, dijital ortamda kişi hakkında bulunan içeriklerin kişinin yapacağı talep üzerine kaldırılması şeklinde tanımlanmış ve hakkın kapsamı Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından incelenmiş ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnternet, unutulma hakkı, temel hak ve özgürlükler, kişisel veri, kişisel verinin korunması, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği, teknoloji

ABSTRACT

Since the Internet has got into every area of our lives quickly and enabled to access all kinds of data by users within few seconds, necessity of re-examination of some fundamental rights and freedoms arisen. The limits of many rights such as the right of privacy, the right to protect and develop one's material and spiritual existence, the freedom of expression and communication, the freedom of the press and so on have been redrawn with the internet. Thus, notions as personal data, right to protection of personal data and right to be forgotten have come to the fore. The right to be forgotten allows individuals to control their online data (identities) by demanding the removal of certain contents and scope of this right is defined by European Union Court of Justice and regulated under General Data Protection Regulation of European Union.

Keywords: Internet, right to be forgotten, fundamental rights and freedoms, personal data, protection of personal data, European Union Court of Justice, European Union General Data Protection Regulation, technology

GİRİŞ

Aristoteles'e göre insan sosyal bir hayvandır. Sosyalleşme ihtiyacı doğrultusunda aile kurmaya, toplumları ve devletleri oluşturmaya başlayan insanlığı bunların ayrılmaz bir parçası haline gelmiş ve toplumda kendisine yer edinme çabasını göstermiştir. Önceleri şehir devletlerinin sınırları dâhilinde var olmaya çalışan insanlığı, teknolojinin gelişmesi ve küreselleşmeyle beraber sosyalleşme alanını genişleterek dünya içerisinde var olma çabası içerisine girmiştir. İnternet sayesinde saniyeler içerisinde binlerce kilometre uzaklıktaki bir kişi, olay veya yer hakkında bilgi edinebilmek ve milyarlarca insanla iletişim kurabilmek mümkün hale gelmiştir. Paylaşılan her türlü içeriğin herkes tarafından çok hızlı bir şekilde erişilebilir olması insanın kendisi üzerindeki

¹ Avukat, nalbantogluseray@gmail.com

hâkimiyeti konusunda ciddi tehditler oluşturmaya başlamıştır. Çünkü bugünün dünyasında kişi, yaptığı bir paylaşımı silmek istese dahi o içerik kişinin bilgisi dahi olmaksızın pek çok farklı platform tarafından çoğaltılarak paylaşılmakta ve sanal ortamda varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bu nedenle özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı, kişinin manevi varlığını geliştirme hürriyeti gibi pek çok temel hak ve özgürlük tehdit altındadır. Bu durumla beraber mevcut hakların kişi maneviyatının parçası olan unsurlar üzerinde hâkimiyet kurma kabiliyetini yeterli ölçüde koruyamadığı anlaşılabilir şekilde sonunda kişisel veri kavramı tartışılmaya başlanmıştır. Bu kavramın kabulü ile birlikte söz konusu verilerin korunabilmesi adına çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmış, 2010 yılında ise bunlara yeni bir boyut kazandırılarak ‘unutulma hakkı’ kavramı ortaya atılmıştır. Bu yazıda internet ve kişi hakları, kişisel veri kavramı ve bunların unutulma hakkı ile ilişkisi, unutulma hakkının tanımı, gelişimi, kapsamı, hukuk düzenlerinin unutulma hakkına yaklaşımı, hakka getirilen eleştiriler ve unutulma hakkının mevcut dijital dünya içerisinde işlevsel bir şekilde varlık gösterip gösteremeyeceği hususları incelenecektir.

1. İNTERNET VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

İnternet, dünya üzerinde mevcut bilgisayarları çeşitli ağlarla birbirlerine bağlayıp söz konusu bilgisayarlar arasında bilginin depolanmasını ve paylaşılmasını sağlayan elektronik bir dil ve kurallar bütünüdür². We Are Social adlı bir dijital pazarlama ajansının Hootsuite iş birliği ile hazırladığı “Digital in 2017 Global Overview” başlıklı rapora göre bugün dünya nüfusunun yarısından fazlası internet kullanmaktadır. Aynı şekilde yine dünya nüfusunun çoğu akıllı telefon sahibidir ve dünyadaki internet trafiğinin büyük kısmı da mobil cihazlardan gerçekleştirilmektedir. Bu veriler 2016 yılı raporu ile karşılaştırıldığında internet kullanan kişi sayısının %10’luk bir artış gösterdiği görülmektedir³. Söz konusu istatistikler dünyanın büyük birçoğunun aktif bir şekilde çevrim içi bulunduğunu ve bu oranın gitgide artmakta olduğunu ispatlamaktadır. Bu sebeplerdir ki, internette yer alan her içerik birçok insan tarafından görülmekte, paylaşılmakta, kopyalanmakta veya kaydedilmektedir. Çalışma prensibi ve niteliği itibarıyla kimseye aidiyeti bulunmayan ve sürekli kontrol altında tutulması mümkün olmayan internet, her türlü paylaşımın yapılmasını mümkün kılmaktadır. Hukuka, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırı içerikler daha sonra çeşitli yöntemlerle engellense dahi bir kere internet ortamına giren bir içeriğin tüm dünya tarafından erişime kapatılması veya internet ortamından kaldırılması pek mümkün görülmemektedir. Hızı ve

² Okan Yüksel, İnternet nedir? Nasıl çalışır? - <http://okanyuksel.com/2016/05/internet-nasil-calisir/>, E.T. 2 Mayıs 2016

³ We Are Social. Digital in 2017: Global Overview- We Are Social, <https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>, E.T. 24 Ocak 2017.

kalıcılığı sebebiyle de kullanıcı paylaştığı içerikler üzerindeki kontrolünü içeriği paylaştığı andan itibaren tabiri yerindeyse kaybetmekte ve içerik internet ortamının bir parçası olarak var olmaya devam etmektedir. Bu nedenle internet doğrudan veya dolaylı olarak özel hayatın gizliliği, basın hürriyeti, haberleşme ve ifade hürriyeti, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlüğü etkilemektedir.

A. Özel Hayatın Gizliliği

Kişinin toplum içerisinde var olma çabasının bir sonucu olarak herkes yaşadığı toplum içerisinde saygın ve onurlu bir şekilde yer almak ister. İnsan onurunun korunması, kişinin topluma açıklanmasını istemediği olumsuz veya utanç verici olayların yayılmasının engellenmesi özel hayatın gizliliği hakkının ortaya çıkışını gerekli kılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) Madde 8 kapsamında herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Benzer bir düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası(Anayasa)'nın 20.maddesinde de yer almaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile kişinin mahremiyetini zedeleyici durumlar çok kolay ortaya çıkmakta ve çok hızlı bir şekilde yayılmaktadır. Bu durum özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında toplumda bir endişe yaratmaktadır. Temelinde özel olanı gizli tutma amacı barındıran bu hak, yine benzer kaygılarla ortaya çıkan kişisel verilerin korunması ve unutulma haklarının temelini oluşturmaktadır.

B. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

Birey, onurlu ve anlamlı bir hayat sürebilmek adına geleceğine yön vermek ve onu geliştirmek ister. İnsan onuru ve anlamlı hayat tanım itibarıyla kişiden kişiye değişiklik gösterebilecek soyut terimlerdir. Bu nedenle kişinin kendince onurlu ve anlamlı olarak nitelendirdiği hayatı sürdürmesi için özgürce kararlarını alma ve geleceğine yön verme serbestisine sahip olması gerektiği inkâr edilemeyecektir. Anayasa'nın 17.maddesine göre "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, internet ortamını serbestçe kullanabilmesi ile doğrudan bir ilişki içerisinde. Ancak kişinin onur, şeref ve haysiyetinin zedelendiği, toplum tarafından hatırlanmasını istemediği olayların yer aldığı içerikler bakımından da söz konusu hakkın ihlali gündeme gelecektir. Dolayısıyla bu hak hem internet kullanımının temelini oluşturmakta hem de bu kullanıma belirli sınırlar çizmektedir.

C. İfade ve Haberleşme Hürriyeti

Birçok kişi tarafından unutulma hakkının, ifade hürriyeti ve bununla ilişkili olarak haberleşme hürriyeti kapsamında ihlaller oluşturacağı yönünde endişeler gündeme getirilmiştir. AİHS Madde 10 "Herkes ifade özgürlüğü

hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar” düzenlemesine yer vermektedir. Benzer bir düzenleme Anayasa’nın 25 ve 26.maddelerinde de öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, herkes ifade hürriyeti kapsamında düşüncelerini ve kanaatlerini serbestçe dile getirme ve haberleşme hürriyeti kapsamında bilgi alma ve bilgi verme haklarına sahiptir. İnternet ise günümüzün teknoloji dünyasında bu kapsamda en aktif kullanılan araçtır. Benzer tespit Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) Times Newspapers Ltd. v. Birleşik Krallık (no: 1 ve 2), (no: 3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009)⁴ kararında “İnternet siteleri, büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. AİHM, 2012 yılında Ahmet Yıldırım-Türkiye davasında da benzer değerlendirmeleri yapmış ve internetin ifade ve bilgi edinme hürriyetinin kullanılmasına yönelik başlıca araçlardan birisi olması sebebiyle bu hakların tamamlayıcı bir unsuru olduğu kanaatine varmıştır⁵⁶. Bu nedenle bir kişinin herhangi bir gerekçe göstermeksizin başkalarının kendisi hakkında paylaştığı içeriğe müdahale ederek bunların silinmesini istemesi mümkün görülmemektedir. Görüldüğü üzere, ifade ve haberleşme hürriyeti ile unutulma hakkı arasında ince bir çizgi vardır. Bir içerik bakımından hangi hakkın üstün tutulması gerektiği ise dikkatle değerlendirilmesi gereken bir husustur.

D. Basın Hürriyeti

Basın hürriyeti, haber, fikir ve düşünceleri, çoğaltıcı araçlarla, serbestçe açıklayabilmek olarak tanımlanabilir⁷. İfade hürriyeti ve haberleşme hürriyeti ile benzer temellere dayanan basın hürriyeti bakımından da unutulma hakkının ihlaller oluşturacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Unutulma hakkının basın hürriyetini zedeleyeceği yönünde yapılan eleştirilere cevaben Lordlar Kamarası Başkanı, Avrupa Birliği İçişleri, Sağlık ve Eğitim Alt Komisyonu Başkanı Usha Prasher bireylerin geçerli ve hukuki içerikleri sadece içeriği

⁴ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı. AİHM İkinci Daire Ahmet Yıldırım v. Türkiye Başvuru No:3111/10. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf>, syf 17, E.T. 18 Aralık 2012

⁵ Aydın Akgül, Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı. [makale] Türkiye Barolar Birliği Dergisi. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1440>, syf 22, E.T. Ocak 2015

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı. AİHM İkinci Daire Ahmet Yıldırım v. Türkiye Başvuru No:3111/10, 2012

⁷ Zeynep Hazar, “Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, sayfa 1528,, E.T. 5 Mayıs 2017

beğenmedikleri gerekçesiyle sildiremeyeceklerini belirtmiştir⁸.

Basının görevi bilgi alma hakkı kapsamında olaylar hakkında doğru ve tarafsız bir şekilde kamuyu aydınlatmaktır. Bu nedenle haber değeri olan ve kamuyu ilgilendiren hususların gerçekleri yansıtır şekilde, hukuka aykırı bir unsur barındırmaksızın habercilik ilkelerine uygun olarak haber yapılması halinde unutulma hakkı kapsamında haberin sildirilmesi mümkün görülmemektedir.

E. Haklar Arasında Dengenin Sağlanması

İncelendiği üzere unutulma hakkı ve yukarıda bahsi geçen temel hak ve özgürlükler temel değerler bakımından birbirine benzerlik gösterebilir dahi bazı durumlarda birbirleriyle çatışmaktadır. Bu çatışmalara yaklaşımın nasıl olması gerektiği konusunda henüz herkes tarafından uzlaşmış kriterler mevcut değildir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri yasalarının ve doktrininin ise unutulma hakkına⁹ yaklaşımı Avrupa Birliği ülkelerinden farklı gelişmiştir. Amerika Birleşik Devletleri, internet üzerinde paylaşılan bu tip verilerin unutulma hakkı kapsamında kaldırılmasını ifade hürriyetini engeller nitelikte bulmuştur¹⁰. Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD) C-131/12 Sayılı Kararında¹¹, kişi mahremiyetini de fazlasıyla önemli bir husus olarak değerlendirmiş ve hak çatışmalarının meydana geldiği hallerde haklar arasındaki dengenin incelenmesi ve olay özelinde değerlendirmelerin yapılması gerektiğini savunmuştur.

Avrupa Birliği'nin haklar arası çatışmalara yaklaşımında AİHS Madde 8 ve benzer düzenlemeler barındıran T.C. Anayasası Madde 20, özel hayatın gizliliği hakkının ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın veya genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda yasal bir düzenleme ile sınırlandırılabilirliğini öngörmüştür. Yine ifade hürriyeti bakımından AİHS Madde 10 uyarınca ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan sınırlandırmaların yasal bir düzenleme ile gerçekleştirilebileceği

⁸ James Crisp. "Right to be forgotten does not trump media freedom, EU claims." Euractiv.com, <https://www.euractiv.com/section/uk-europe/news/right-to-be-forgotten-does-not-trump-media-freedom-eu-claims/>, E.T. 30 Temmuz 2014

⁹ Unutulma hakkı Bölüm 3'te detaylı olarak incelenecektir.

¹⁰ Steven C Bennet, "The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives". 30 Berkeley J. Int'l L, 2012

¹¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı C-131/12 Sayılı Kararı Bölüm 3'te detaylı olarak incelenecektir.

düzenlenmiştir. Belirtilen hakların sınırlandırılması için öngörülen nedenlere baktığımızda kamu yararı, kamu düzeninin korunması, genel ahlak gibi toplumsal menfaatlerin bulunduğu durumlar görülmektedir. Bu kapsamda benzer nedenlerle benimsenen kişisel verilerin korunması hakkı ve unutulma hakkının sınırlandırılması için de kamunun üstün menfaati kıstas olarak belirlenebilecektir.

Genel ahlak, kamu yararı gibi kavramlar net bir tanımlamaları olmaması ve farklı yorumlamalara açık olması nedeniyle söz konusu denge sağlanırken bu gibi kıstasların esas alınmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur¹². Bu görüşlerin temeli unutulma hakkının kapsamına dayanmaktadır. Unutulma hakkı kapsamında içeriklerin silinmesini talep etmek, ancak söz konusu bilgilerin tutulması için geçerli bir hukuki nedenin kalmaması halinde mümkün olacaktır. Bu nedenle hukuki temelin kalmadığı durumlarda herhangi bir kamu yararından bahsedilmesinin mümkün olmayacağı savunulmaktadır¹³.

Kanaatimce, burada önemli olan husus menfaatler dengesinin doğru şekilde kurulması ve değerlendirilmesidir. Kamu yararı, kamunun üstün menfaati, genel ahlak gibi kıstasların konulması tek başına bir sorun teşkil etmemektedir. Önemli olan bu tip kıstasların belirlendiği durumlarda dar bir yorumlamanın esas alınması ve olay özelinde değerlendirmelerde bulunulmasıdır. Zira kamunun üstün menfaati kavramı her olay özelinde değişiklik göstereceği gibi kavram geniş yorumlandığı takdirde söz konusu temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüzce sınırlandırıldığı durumlar kaçınılmaz olacaktır.

2. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kişinin kendisini tanımlamasına yarayan ve mahremiyetini doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren bilgileri üzerindeki kontrol gücünü yitirmesi sebebiyle hukuk, kişisel veri kavramını korumaya ve buna bağlı düzenlemeler yapmaya ihtiyaç duymuştur. Avrupa Birliği tarafından çıkarılan 95/46/EC sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif ("**95/46 EC sayılı Direktif**") kapsamında kişisel veri, kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan nitelikteki her türlü veri olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Buna benzer olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu(KVKK)'nda da kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri kişisel veri olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Bu tanımlar doğrultusunda kişinin adı, soyadı, adresi,

¹² A. Özocak, "Sanal Ortamda Unutulmak Bir Hak Mı?" [Röportaj] Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Dergisi, Ocak 2014

¹³ A. Özocak, Ocak 2014

¹⁴ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>, E.T. 24 Ekim 1995

¹⁵ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, E.T. 07 Nisan 2016

iletişim bilgileri, araç plakası, sosyal güvenlik numarası, fotoğrafı, mesleği, parmak izi, eğitim bilgileri, sağlık verileri, sosyal medya hesapları, banka hesap bilgileri gibi birçok veri kişisel veri kapsamında kabul edilmektedir. Bir verinin kişisel veri olup olmadığını incelerken esas alınması gereken ölçüt söz konusu verinin bireyin kimliğinin tespit edilmesini, onun diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayan bir niteliği haiz olup olmadığıdır.

Kişisel verilerin korunması hakkı özel hayatın gizliliği ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile sıkı ilişki içerisindedir. Bu hakkın korunması, bireyin özel hayatını gizli tutması, kendisine ait bilgiler üzerinde tasarruf imkânını haiz olduğunun güvence altına alınması için son derece önemlidir. Zira birey bu şekilde kendi yaşamını yönlendirme ve buna bağlı olarak kişiliğini geliştirme imkânına sahip olacaktır. Aksi halde kişinin kendisini tanımlayan veriler üzerinde tasarruf imkânı ortadan kalkacak ve bugün AİHS dâhil ve bununla sınırlı olmamak üzere pek çok yasal düzenleme tarafından kabul gören temel hak ve özgürlükler tehlike altına girecektir.

3. UNUTULMA HAKKI VE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN c-131/12 sayılı KARARI

A. Genel Olarak

Eskiden bir bilgiye erişmek için kütüphane rafları arasında saatlerce dolanmak ve zaman harcamak gerekirken şu anda internet vasıtasıyla milyonlarca kişinin yıllar öncesine ait bir bilgiye ulaşması saniyeler almaktadır. Bu kapsamda kişinin geçmişte paylaştığı bir fotoğrafa, hakkında yazılan bir içeriğe kolayca erişilebilmektedir. Böylelikle kişinin bilinmesini istemediği deneyimleri geride bırakması ve geleceğini bu bilgilerden bağımsız olarak şekillendirmesi gitgide zorlaşmaya başlamıştır. Bu endişelerin neticesinde düzenlenmesine ihtiyaç duyulan “Unutulma hakkı”, dijital hafızada yer alan bireylere ait rahatsız edici her türlü kişisel içeriğin, yine bireylerin talebi üzerine bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması/silinmesi olarak tanımlanmıştır. Tanım üzerinde inceleme yapıldığında unutulma hakkının kişisel bir içerik için söz konusu olacağı ve bu içeriğin dijital ortamda var olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kişisel içerik, yazı, görüntü veya ses gibi çeşitli formatlarda olabilecektir, önemli olan bu içeriğin dijital ortamlarda var olmasıdır. Yani mevcut tanım fiziki ortamlarda saklanan kişisel içerikleri kapsamamaktadır. Yine belirtmek gerekir ki, unutulma hakkı kapsamındaki silme işlemi ancak bireyin talebi üzerine gerçekleştirilmektedir. Bireyin kendisi dışında bir üçüncü kişinin talepte bulunması hakkın doğası gereği mümkün görülmemektedir. Bu kapsamda ölen kişi adına mirasçılarının unutulma hakkı kapsamında herhangi bir talepte bulunmasının mümkün olup olmadığı konusu da hala tartışılmaktadır.

B. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-131/12 Sayılı Kararı¹⁶

Unutulma hakkının hukuki mercilerce incelendiği ilk karar ABAD tarafından verilen Costeja González v. Google Inc, Google İspanya kararıdır. Söz konusu karara esas olayda, 5 Mart 2010 gününde Costeja González, La Vanguardia gazetesinin sahibi La Vanguardia Ediciones SL ile Google İspanya ve Google Inc hakkında arama motoruna adını yazdığı zaman sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin La Vanguardia gazetesinin 19 Ocak ve 9 Mart 1998 tarihli haberlerinin çıktığı gerekçesiyle İspanya Veri Koruma Kurumu'na (İVKK)¹⁷ şikâyetinde bulunmuştur. Costeja González, ilk olarak şikâyetinde La Vanguardia gazetesinin söz konusu haberi kaldırmasını veya kendisine ait kişisel verilerin görülemeyeceği bir şekilde haberin düzeltilmesini veya arama motorları tarafından tanınan imkânları kullanarak verilerinin korunması adına belirli araçların kullanılmasını talep etmiştir. İkinci olarak ise, Google İspanya veya Google Inc.'den kendisiyle ilgili kişisel verilerin kaldırılması veya gizlenmesini böylelikle arama sonuçları arasında yer almamasını ve La Vanguardia ile olan bağlantılar içerisinde görülmemesini talep etmiştir. Costeja González, taleplerini hakkındaki işlemlerin yıllar önce tamamen sonuçlandığı ve bunlara yapılan her türlü atfın lüzumsuz/geçersiz olduğu gerekçelerine dayandırmıştır¹⁸.

30 Haziran 2010 tarihinde, İVKK, söz konusu haberin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı talebiyle ihaleye katılımcı sağlamak amacıyla hukuki gerekçelere dayalı bir şekilde yapıldığı gerekçesiyle La Vanguardia'ya ait şikâyeti reddetmiştir. Öte yandan, İVKK Google İspanya ve Google Inc hakkındaki şikâyeti söz konusu arama motorlarında kişisel veri işlendiği gerekçesiyle veri sorumlusu olarak nitelendirmiş ve veri koruma mevzuatı kapsamında kabul ederek değerlendirmeye almıştır. İVKK değerlendirmesi neticesinde Google İspanya ve Google Inc konuyu İspanya mahkemelerine taşımış ve mahkeme görüş bildirmesi için ABAD'a başvurmuştur.¹⁹

ABAD, değerlendirmelerini Avrupa Birliği'nin 95/46 EC sayılı Direktifi kapsamında yaptığı incelemelere dayandırmıştır. Arama motorlarını yaptığı veri işleme faaliyetleri neticesinde veri sorumlusu olarak kabul eden ABAD, Google Inc.'i üye ülkelerden birinde yerleşik olmasa dahi, üye ülke sınırları içerisinde açmış olduğu bir şirket olan Google İspanya aracılığıyla veri işleme

¹⁶ Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=EN>, E.T. 13 Mayıs 2014

¹⁷ Agencia Española de Protección de Datos

¹⁸ Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12, paragraf 14-19, 2014

¹⁹ Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12, paragraf 20, 2014

faaliyetlerini gerçekleştirdiği için 95/46 EC sayılı Direktif kapsamında kabul etmiştir.

95/46 EC sayılı Direktif'in "Veri Kalitesine İlişkin Prensipler" başlıklı 6. maddesi kapsamında Google İspanya ve Google Inc. veri sorumlusu sıfatından hareketle kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde işlenmesi, belirli-açık ve meşru amaçlarla elde edilmesi ve elde edilmiş amacı dışında işlenmemesi, elde edilme ve/veya işleme amaçları ile ilgili tutulması, söz konusu amaçların gerektirdiğinden daha uzun süre saklanmaması, doğru ve gerektiğinde güncel bulundurulması konularında sorumluluk sahibidir. Buna ek olarak veri sorumlusunun veya veriye erişen üçüncü kişilerin meşru menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin de değerlendirmeye alınması ve adil bir dengenin oluşturulması gerekecektir. Bu kapsamda kişisel verilerin *eksik, geçersiz, ilgisiz ve amacı aşan* şekilde tutulmaları; tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlar bakımından gerekmediği müddetçe öngörülen süreleri aşacak şekilde saklanmaları söz konusu ise, veriler ve arama sonuçlarında yer alan bağlantıların kamu yararı gibi özel bir durumun olmadığı hallerde silinmesi gerekeceği değerlendirilmiştir. 95/46 EC sayılı Direktif kapsamında yapılan incelemeler temel alındığında, ABAD, kişilerin belirtilen koşullar kapsamında kişisel verilerini içeren bağlantıların arama sonuçlarından çıkarılmasını arama motorlarından talep etme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.²⁰

Söz konusu karar Google hakkında verilmiş olsa dahi, arama motorlarının tümü için geçerlilik arz etmektedir. Kararın akabinde Google unutulma hakkı kapsamında kendilerine talepte bulunulmasını sağlamak amacıyla form oluşturularak başvuruları kabul etmeye başlamıştır.²¹ Belirtmek gerekir ki, form aracılığı ile yapılan taleplerin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirme Google tarafından gerçekleştirilmektedir.

²⁰ Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12, paragraf 100, 2014

²¹ Google Gizlilik Gereği İçerik Kaldırma Talep Formu'na erişim için bkz. https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&pli=1&authuser=1

C. Unutulma Hakkının Kapsamı

i. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-131/12 Sayılı Kararı ve Madde 29 Çalışma Grubu Kılavuzu Işığında Unutulma Hakkının Kapsamı²²

ABAD unutulma hakkına ilişkin değerlendirmesini 95/46 EC sayılı Direktif'in 6.maddesinde yer alan temel ilkelere dayanarak gerçekleştirmiş ve bu ilkelereki şartları sağlamayan hallerde veri sahibinin talebi üzerine veri sorumlusunun içeriği engelleme, silme veya düzeltme yükümlülüğü bulunduğuna dikkat çekmiştir. ABAD'ın C-131/12 sayılı Kararı (**Karar**), unutulma hakkına dair belirli prensipler belirlese dahi hakkın kapsamının ve Karar'ın uygulanmasının nasıl gerçekleştirileceği konusunda yeterli inceleme yapılmamıştır. Madde 29 Çalışma Grubu, söz konusu belirsizlikleri gidermek adına ilgili kararın uygulanmasına ilişkin bir kılavuz oluşturmuştur.

Kılavuz, Karar'da yer alan temel prensiplere değinmekte, bu prensiplere ilişkin açıklamalar ve yorumlamalar yapmakta ve arama motorlarına ilgili hak kapsamındaki değerlendirmeleri yaparken esas alacakları kriterlere ilişkin bir şablon sunmaktadır. Bu bakımdan kılavuzu 95/46 EC sayılı Direktif doğrultusunda unutulma hakkının kapsamını belirleyen bir metin olarak değerlendirmek mümkündür. Madde 29 Çalışma Grubu, ilk olarak Karar doğrultusunda arama motorlarının 95/46 EC sayılı Direktif Madde 2 kapsamında veri sorumlusu statüsünde olduğunu belirtmiştir. Akabinde ise unutulma hakkına yaklaşım konusunda temel prensiplere bir açıklık getirmeye çalışılmıştır. Unutulma hakkına ilişkin bir talebin mevcudiyeti halinde haklar dengesine ilişkin bir değerlendirmenin yapılması zorunluluk teşkil etmektedir. Haklar çatışmasının bulunduğu durumlarda esas olan, kişi mahremiyetinin arama motorlarının ekonomik menfaati ve üçüncü kişilerin arama motoru vasıtasıyla bilgiye ulaşma hakkından üstün tutulmasıdır. Ancak işlenen verinin doğası, hassasiyeti ve kamunun veriye erişimde menfaati bulunması durumunda yapılan değerlendirmeden farklı sonuçlar çıkması mümkündür. Kamunun veriye erişmesinde üstün menfaati olduğu kanaatine varılan durumlar bakımından listeden kaldırma işleminin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Kararı incelerken de belirtildiği üzere, söz konusu verinin yer aldığı ana kaynağın ve arama motorunun sorumluluğu bakımından değerlendirme birbirinden bağımsız niteliktedir. Bu nedenle ana kaynak üzerinde herhangi bir silme işleminin gerçekleştirilmemesi arama motorlarının unutulma hakkı kapsamında yönlendirilmiş talebi reddetmesini haklı kılar nitelikte değildir. Öyle ki, veri sahibi ana kaynağa başvuru yapma zorunluluğu

²² Article 29 Data Protection Working Party, "Guidelines on the Implementation of The Court Of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Española De Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12", 14/EN WP 225, 26 Kasım 2014

bulunmadan talebini doğrudan arama motoruna yönlendirme imkânına sahiptir. Karar özelinde yer alan en tartışmalı hususlardan biri ise unutulma hakkının coğrafi sınırına ilişkindir. Madde 29 Çalışma Grubu kılavuzunda da yer alan açıklamaya göre hakkın efektif biçimde kullanımı bağlantının sadece AB alan adları bakımından kaldırılması ile sağlanamayacaktır.²³ Bu kapsamda Kılavuza göre söz konusu bağlantıyı kaldırma işlemi tüm alan adları üzerinde uygulanması yerinde olacaktır. Arama motoru, gerçekleştirdiği bağlantı kaldırma işlemleri hakkında kamuyu aydınlatmakla yükümlü değildir. Öyle ki, kimliği belirli bir kişinin unutulma hakkı kapsamında hakkındaki bazı içerikleri kaldırmayı talep ettiğine dair aleni bir açıklama başlı başına bir ihlal teşkil edebilecektir. Bu doğrultuda içeriği oluşturan tarafa dahi yaptığı işlem hakkında bildirimde bulunmaması gerekmektedir. Ancak, unutulma hakkına ilişkin taleplerin değerlendirilmesi için ek bilgi gereken hallerde arama motorunun içeriği oluşturan sorumlu ile söz konusu talebi yönelten kişiye dair bilgileri de içerecek şekilde iletişime geçmesi mümkün görülmektedir.

Kılavuz, Karar kapsamında unutulma hakkına ilişkin prensipleri açıklamasının akabinde arama motorlarına yapacakları değerlendirmelerde esas alabilecekleri kriterlere ilişkin bir şablon da eklemiştir. Yapılan değerlendirmelerde şablonda yer alan kriterlerin birkaçının bulunması halinde unutulma hakkına ilişkin talebin kabul edildiği ve bağlantı kesme işleminin gerçekleştirildiği görülmektedir.

ii. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği (General Data Protection Regulation, “GDPR”) Tabanında Unutulma Hakkının Kapsamı

95/46/EC sayılı Direktif ve yukarıda bahsi geçen incelemeler unutulma hakkı ile benzer sonuçlar doğursa dahi, unutulma hakkı ilk olarak, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği'nin “*Unutulma ve Silinme Hakkı*” başlıklı 17.maddesi ile düzenleme altına alınmıştır^{24,25}. Genel ilkeler konusunda Madde 29 Çalışma Grubu kılavuzunda belirttiğimiz hususlar söz konusu GDPR düzenlemesini de çoğunlukla kapsar niteliktedir.

Düzenlemeye göre kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu verinin elde edilme veya işleme amacının ortadan kalkması, veri sahibi tarafından verilen rızanın geri alınması, verinin işlenmesi için hukuki bir dayanağın bulunmaması, verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, veri sorumlusunun tabi olduğu AB

²³ Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on the Implementation of The Court Of Justice of the European Union Judgment on “Google Spain and Inc v. Agencia Española De Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12”, sayfa 3, 2014

²⁴ General Data Protection Regulation, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>, E.T. 04 Mayıs 2016

²⁵ Hasan Elmalıca, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 2016

veya üye devlet hukuku bakımından kişisel verileri silme yükümlülüğünün bulunması veya verinin madde 8 kapsamında bilgi toplumu hizmeti sunmak amacıyla işlenmesi halinde veri sahibi söz konusu verilerinin silinmesini ve daha fazla işlenmemesini talep etme hakkına sahiptir²⁶. Belirtmek gerekir ki, bilgi alma ve ifade hürriyetinin kullanılması, veri sorumlusunun tabi olduğu hukuk kapsamında söz konusu verileri işleme yükümlülüğünün bulunması, kamu yararının gerektirmesi, veri sorumlusunun resmi bir görevi ifa etmesi, toplum sağlığının korunmasına ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi, kamu yararına, bilimsel veya tarihi araştırmalarda arşivleme amacıyla kullanılması ve hukuki iddiaların oluşturulması, uygulanması veya savunulması durumlarından herhangi birinin söz konusu olduğu hallerde unutulma hakkı dâhilinde talep ileri sürülemeyecektir. Mevcut düzenlemede veri sorumlusunun, unutulma hakkı kapsamında talepte bulunan veri sahibine ait kişisel verileri kamuya açması halinde maliyeti ve teknolojinin elverişli imkânları dâhilinde uygun tedbirleri alma, verileri işleyen diğer veri sorumlularını bilgilendirme ve bu verilere ilişkin bağlantı ve/veya kopya silme sorumluluğu bulunmaktadır²⁷.

GDPR, Costeja González v. Google Inc, Google İspanya kararında tartışılan coğrafi sınıra ilişkin bir netlik sağlamaktadır²⁸. Bu kapsamda Avrupa Birliği tarafından yayınlanan ve C-131/12 sayılı karara ilişkin oluşturulan broşürde de belirtildiği üzere unutulma hakkı özü itibarıyla sadece Avrupa Birliği üye devletleri arasında uygulanır ise hakkın bir işlevi olmayacaktır.²⁹ Bu nedenle Avrupa Birliği'ne üye olmayan bir şirket, Avrupa müşterilerine ilişkin bir hizmet sunumu gerçekleştirmekte ise şirket GDPR'da yapılan yeniliklere tabi olacaktır. Böylelikle ispat yükü karşı tarafa geçmekte, bahsi geçen değerlendirmelerin bu sifattan hareket ile yapılması gerekmektedir.

AB tarafından unutulma hakkının düzenlenmesindeki temel amaç, hakkın dijital dünya için güncelleştirilmesi ve sınırlarının çizilmesidir. Söz konusu düzenleme, özellikle çocuk yaşta verilen rızaların yetişkinlik döneminde kişi üzerinde istemediği bir etkinin oluşmasını önlemeyi hedeflemektedir. Bu kapsamda GDPR açıkça, çocuk yaşta verilen rızalar bakımından kişinin riskleri analiz etmekte yetersizliği esas alınarak unutulma hakkını kullanılabileceğini belirtmektedir³⁰.

²⁶ European Commission, Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf, E.T. 4 Mayıs 2016.

²⁷ Ayşe Nur Akıncı, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Çalışma Raporu 6*, Haziran 2017

²⁸ Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12, 2014

²⁹ European Commission, Factsheet on the "Right to be Forgotten" ruling (C131/12), https://www.inforights.im/media/1186/cl_eu_commission_factsheet_right_to_be-forgotten.pdf

³⁰ European Commission, Factsheet on the "Right to be Forgotten" ruling (C131/12)

D. Unutulma Hakkı'nın Coğrafi Sınırı

i. Genel Olarak

Unutulma hakkının uygulanmasında coğrafi sınırın tespiti en çok tartışılan konular arasında yerini almaktadır. Özellikle Fransa'nın veri koruma otoritesi(CNIL) ve Google arasında yaşanan uyuşmazlık bu kapsamda önem arz etmektedir. Söz konusu olayda, CNIL, Google'a unutulma hakkı kapsamında bağlantının kaldırılmasını talep ettiği bazı sonuçların google.fr ve google.de'den kaldırıldığı ancak google.com'dan kaldırılmadığı ve küresel erişilebilirliğini koruduğu sebebiyle idari para cezası öngörmüştür.³¹ Google ise bu idari para cezasını temyize taşıyarak unutulma hakkının coğrafi sınırı üzerinde bir tartışmayı gündeme getirmiştir. Fransa ise söz konusu uyuşmazlığı yakın zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanı'na taşımıştır. Google uyuşmazlık kapsamında ileri sürdüğü savunmalarda unutulma hakkı ve ifade hürriyeti arasında bir denge kurulması gerektiğini ve bu dengenin sağlanması adına unutulma hakkının küresel bir uygulama alanı olamayacağını ileri sürmüştür. Zira Tayland, Çin, İran gibi ifade hürriyetini kısıtlayıcı yaklaşım benimseyen ülkeler söz konusu coğrafi sınırın genişliğinden yararlanarak ifade hürriyetini mevcut durumdan fazla olumsuz etkileyebilecektir. Buna karşılık CNIL, kişilerin başka ülkede olmasına gerek kalmaksızın IP adında yapacağı bir değişiklik ile söz konusu içeriğe erişim sağlayabileceğini, bu nedenle yerel alanda engellemenin unutulma hakkı kapsamında istenilen sonuca hizmet etmeyeceğini belirtmiştir.³²

Temel olarak, CNIL'in küresel etki edecek bu denli bir kararı alma girişiminde bulunarak Google'a idari para cezası yaptırımını uygulaması diğer devletlerin egemenlik alanı da dâhil olmak üzere temel hukuk prensiplerini de tehdit eden bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun bir adım ötesinde, ABD gibi unutulma hakkını tanımayan ve ifade hürriyetini asli tutan devletler bakımından bu tip bir uygulamanın benimsenmesinin de mümkün olmayacağı savunulmaktadır³³. Ayrıca, her ülkenin internete yaklaşımı ve buna dair benimsediği politikaların farklılığından tek bir kararın küresel uygulama alanı bulması ve her bir yaklaşımla örtüşür etki yaratmasını beklemek ise çoğunluk tarafından mümkün görülmemektedir. Fransa'nın yaklaşımı doğrultusunda ise unutulma hakkının bir anlam ifade edebilmesi için söz konusu bağlantının kişilerin ulaşamayacağı şekilde kaldırılması gerekmektedir.

³¹ CNIL.fr, Right To Be Delisted: The CNIL Restricted Committee Imposes A €100,000 Fine On Google | CNIL", <https://www.cnil.fr/en/right-be-delisted-cnil-restricted-committee-imposes-eu100000-fine-google>, E.T. 24 Mart 2016

³² CNIL.fr, Right To Be Delisted: The CNIL Restricted Committee Imposes A €100,000 Fine On Google | CNIL", 2016

³³ Rcfb.org, Statement CJEU In Google V.CNIL, <https://www.rcfb.org/sites/default/files/2017-11-29-Google-v-CNIL.pdf>, E.T. 29 Kasım 2017

Çünkü tek başına yerel alan adındaki bağlantıyı kaldırma kişiye ilişkin bu bilgiye ulaşılmasının önüne geçemeyecektir. Ancak CNIL'in iddiasına karşılık olarak gelen yorumlamalarda ise bağlantı kaldırmanın amacının ilgili bilgiye hiçbir surette ulaşılmamasını sağlamak değil, sadece ulaşımı güçleştirmektir. Yerel ağdan bağlantıyı kaldırmak, ulaşımı güçleştirme amacına hizmet eden bir yöntem olarak nitelendirilmektedir.

Söz konusu uyumsuzluğu aşmak konusunda Google, 21 Ocak 2016 günü coğrafi engelleme yöntemini kullanmayı teklif etmiştir.³⁴ Bu yöntem, Avrupa sınırlarında bağlantı kaldırma yapmak yerine aramayı yapan kişinin coğrafi konumunu tespit ederek o coğrafi konumdan yapılan aramaları engellemektedir³⁵. Coğrafi engelleme yönteminin unutulma hakkının amacına hizmet etmesini kolaylaştıracak bir yöntem olduğunu savunanlar olduğu gibi bu yöntemi internetin temel prensiplerine aykırı bulanlar da olduğundan konunun uygulanabilirliği tartışmalı bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Coğrafi engellemenin Fransa'nın istediği sonucu vermediği kesin olsa da yerel alanda bağlantı kaldırılmasından daha etkili bir yöntem olacağını kuşkusuz kabul etmek gerekmektedir. Ancak bunun yanında internetin uluslararası alanda erişilebilir olması prensibine aykırılık teşkil ederek sınırlı ve özerk internet (Splinternet) uygulamasına davet niteliği taşımaktadır³⁶. Sınırlı ve özerk internet günümüzde Türkiye, İran, Çin ve Kuzey Kore'de³⁷ kullanılmakta olup bazı içeriklerin veya sitelerin güvenlik duvarıyla engellenmesi şeklinde uygulanmaktadır. Bu tip uygulamalar internetin evrenselliği, bilgiye erişim gücü gibi özelliklerine ters düşmesinin yanında ayrıca ticari yaşama da etki eder nitelik taşımaktadır. İnsanlar bugün interneti dünyanın çeşitli yerlerinde olan olayları, yaşanan gelişmeleri öğrenmek ve bilgiye ulaşmak için kullanmaktadır. Şüphesiz internetin bir kolunu koparıp kesmek ve bu yöntemi farklı içerikler için birçok ülkenin uygulamaya başladığını düşünmek endişe verici durmaktadır.

ii. Değerlendirmeler

Coğrafi sınırın CNIL görüşü ile paralel olarak genişlemesi; ifade hürriyeti, bilgi edinme hakkı, basın hürriyeti gibi birçok hak ve hürriyet bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu bağlamda önceden de bahsettiğimiz gibi unutulma hakkı ve

³⁴ CNIL.fr, Right To Be Delisted: The CNIL Restricted Committee Imposes A €100,000 Fine On Google | CNIL", 2016

³⁵ CNIL.fr, Right To Be Delisted: The CNIL Restricted Committee Imposes A €100,000 Fine On Google | CNIL", 2016

³⁶ Daphne Keller and Bruce D. Brown, "Opinion | Europe's Web Privacy Rules: Bad For Google, Bad For Everyone". https://www.nytimes.com/2016/04/25/opinion/europes-web-privacy-rules-bad-for-google-bad-for-everyone.html?_r=0, E.T. 25 Nisan 2016

³⁷ "Geleceğin İnterneti Splinternet Nedir ? – Lobinter". n.d. Lobinter.Com. <https://lobinter.com/gelecegin-interneti-splinternet-nedir/>

herhangi bir hak ve hürriyet karşı karşıya geldiğinde haklar arasındaki dengenin sağlanması yaklaşımı benimsenmelidir. Bu görüşle aynı doğrultuda, Daphne Keller'ın konu hakkındaki yazısı ölçülülük prensibine dikkat çekmektedir. Söz konusu yazıda 95/46 sayılı Direktif'in 12 ve 14.maddelerini incelemekte ve unutulma hakkının kapsamının olay özelinde makul olanı değerlendirerek belirlenmesi gereken şekilde esnek olduğunu belirtmektedir. ABAD'ın C-131/12 sayılı Kararı'nda unutulma hakkının teknik kapsamını belirlemek için uygulanan prensiplerin coğrafi kapsamı belirlemek için de uygulanabileceği savunulmaktadır³⁸. Mahremiyet kavramı her ne kadar birçok hak ve hürriyete dokunan, korunması elzem bir kavram olsa da haklar arasında dengenin sağlanması her zaman uygulanması gereken bir değerlendirme ölçütü olmalıdır. Haklar dengesi ve buna bağlı olarak ölçülülük prensibi kapsamında ise salt bireyin mahremiyetinin korunması gayesiyle uluslararası hukuk prensipleri, devlet egemenliği, ifade hürriyetinin korunması, internetin doğal yapısının korunması gibi birçok hususun zedelenmesi doğru olmayacaktır. Belirttiğimiz üzere eskiden kütüphane raflarında gezinerek ve araştırarak ulaşılan bilgilere bugün saniyeler içerisinde ulaşma imkânı olması sebebiyle tanınan bu hakkın temelinde bilgiye ulaşılmasını imkânsız kılmak değil, ulaşılmasını zorlaştırmak yer almaktadır. Unutulma hakkının habercilik kapsamında meşru temellerle yer aldığı ana kaynak için kullanılmasının da söz konusu olmayışı, hakkın bu niteliğini vurgular niteliktedir. Bu sebeptir ki, CNIL'in savunduğunun aksine küresel erişim kapsamında bağlantıdan kaldırılması kabul görececek bir yöntem olamayacaktır.

4. UNUTULMA HAKKINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

A. Unutulma Hakkına Getirilen Eleştiriler

Unutulma hakkının kapsamı ve uygulaması bakımından dikkat çeken birçok eleştiri bulunmaktadır. Söz konusu eleştirilerin ilki unutulma hakkına ilişkin yapılan tanımın belirsiz olmasına yöneliktir. Yapılan geniş tanımlama neticesinde hakkın kapsamı, hangi tip verilere uygulanmasının mümkün olduğu gibi çeşitli hususları yeterince açıklanamadığına dikkat çekilmektedir. Bu nedenle tanımın daraltılması gerektiği birçok kişi tarafından belirtilmektedir. Ancak Viviane Reding düzenlemeye ilişkin açıklamalarında söz konusu tanımlamanın gelecek teknolojilere adapte edilebilmesi adına tanımlamanın geniş olmasının gerektiğini belirtmiştir. Reding'in açıklamasına göre söz konusu düzenlemenin otuz yıl kadar bir süre uygulanabilmesi için tanımlamanın açık bir şekilde yapılması ancak piyasa, kamu görüşleri

³⁸ Daphne Keller, "Global Right To Be Forgotten Delisting: Why CNIL is Wrong". <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cn-il-wrong>, E.T. 18 Kasım 2016

gibi değişkenlere adapte olacak kadar da geniş olması gerekmektedir³⁹. Tanımdaki yetersizlik bakımından ortaya çıkan tartışmalardan biri sosyal medyada paylaşılan bir fotoğraf içerisindeki kişilerden birinin unutulma hakkı kapsamında bir talep ileri sürüp süremeyeceği, sürebilecek ise fotoğraftaki diğer kişiler bakımından bu durumun nasıl değerlendirileceği, itiraz haklarının bulunup bulunmadığına yöneliktir. Fotoğraftaki herkesin veri sahibi kategorisinde olduğunu düşündüğümüz zaman hangi veri sahibinin hakkını üstün tutacağımıza ilişkin bir değerlendirmeyi mevcut tanımlama ile yapmak mümkün görülmemektedir⁴⁰.

Bir diğer eleştiri ise, 95/46 EC sayılı Direktif'e yeni bir yorum getirilerek veri sorumlusu tanımlamasının genişletilmesine yöneliktir. Veri sorumlusu kavramının arama motorlarını da içerisine alacak şekilde geniş tanımlanması üzerine İngiliz Lordlar Kamarası söz konusu tanım kapsamında aleni veriyi toplayan her türlü şirketin veri sorumlusu olarak değerlendirilmek durumunda olduğuna dikkat çekmiş ve 95/46 EC sayılı Direktif'in bu kadar geniş yorumlanmaması gerektiği konusunda görüş belirtmiştir⁴¹.

Hakka dair talepler arama motoruna yöneltilmektedir. Bu kapsamda arama motorlarına talepleri değerlendirme ve verilen kararı yerine getirme konusunda bir sorumluluk yüklenmektedir. Arama motorlarının talepleri değerlendirmesi, ilgili kişinin talebinin hakkın kapsamı dahilinde olup olmadığına ilişkin bir sonuca varması demektir. Daha önceden belirttiğimiz üzere unutulma hakkına ilişkin bir talep incelenirken haklar dengesine ilişkin değerlendirmenin yapılması gerekir. Söz konusu düzenleme bu haklar dengesi değerlendirmesini arama motorlarının yapmasını öngörmektedir. Böylece, Google'a ifade hürriyeti benzeri hakların sınırlandırılması ile ilgili olarak bir karar verme sorumluluğu getirilmiştir. GDPR kapsamındaki düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde öngörülen yaptırımların ciddiyeti dikkate alındığında veri sorumlusunun salt yaptırıma tabi olma ihtimalini göze almak istememesi sebebiyle hukuken unutulma hakkı kapsamında silinmesine gerek bulunmayan içerikleri dahi silme ihtimali sisteme dair önemli eleştirilerden biridir. Buna ek olarak halihazırda konu üzerinde bir ekonomik menfaati bulunan arama motorlarının böylesine bir değerlendirmeyi ne kadar objektif

³⁹ Jeffrey Rosen, Symposium Issue, "The Right To Be Forgotten", 64 *Stan.L.Rev.* Online 88., sayfa 92, E.T. 13 Şubat 2012

⁴⁰ Emily Adams Shoor, "Narrowing the Right to Be Forgotten: Why the European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation", 39 *Brook. J. Int'l L.*, sayfa 501-502, 2014

⁴¹ Internet Law — Protection of Personal Data — Court of Justice of the European Union Creates Presumption That Google Must Remove Links to Personal Data Upon Request. — Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos*, *Harvard Law Review* Vol 128:735

gerçekleştirecekleri konusunda da kaygılar mevcuttur⁴². Bunun bir diğer nedeni, veri sorumlusunun söz konusu değerlendirmeyi yapmak adına zamanını ve işgücünü ayırmak istememesi olacaktır. Ayrıca, veri sorumlusu söz konusu içeriğin istisnalar kapsamında olup olmadığını değerlendirirken ayrıca istisnaların kapsamına nelerin dahil olduğuna ilişkin de bir değerlendirme yapmak durumundadır. Bu kapsamda veri sorumlusundan yukarıda bahsi geçen her türlü konuya ilişkin değerlendirme yapmasını beklemek onun omuzlarına gereğinden fazla yük yüklemek olarak nitelendirilmektedir⁴³.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise veri sorumlusunun söz konusu değerlendirmeyi her talep bakımından makul zaman içerisinde sonuçlandırması adına bir sistem oluşturulmasının şart olduğudur. Değerlendirme süreci sadece zaman almamakta, aynı zamanda yeni çalışanların işe alınmasını ve yeni süreçler ile altyapı oluşturulmasını gerektirmektedir. Bu durum da veri sorumluları için ek bir maliyet niteliğindedir. Eleştiriler veri sorumlularına böylesine bir ek maliyet çıkarılmasının makul olmadığı yönünde kendini göstermektedir.

Son olarak söz konusu hakkın internetin ve teknolojinin gelişimi göz önüne alındığında gerçekten hedeflediği amacı gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin şüphelerin de mevcudiyetine dikkat çekmek gerekecektir.⁴⁴ Bundan hareketle hakkın salt dijital ortam için değil fiziki belgeler üzerinde de var olması gerektiğini savunanlar olmuştur.

B. Değerlendirmeler

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında belirtmek gerekir ki, unutulma hakkı diğer temel hak ve özgürlüklerden farklı özellikleri haizdir. Bunun bir nedeni aslında hakkın teknolojinin gelişimiyle beraber insanın içerisinde var olmaya çalıştığı dünyanın değişmiş olmasıdır. Dünyanın değişmesi ile hakların yapılanması da bildiğimiz temel hak ve özgürlükler kataloğundaki haklardan farklılık göstermeye başlamaktadır. Hakka getirilen eleştiriler aslında hakkın bu farklılaşan noktalarından kaynaklanmaktadır. Kanaatimce, teknolojik altyapılar nedeniyle unutulmanın tam anlamıyla mümkün olmadığı dikkate alınırsa⁴⁵ hakkın mutlak bir koruma sağladığı savunulamayacaktır. Ancak bir diğer noktada hakkın tam bir unutulmanın gerçekleşmesini amaçlamadığı, sadece verilere erişimin teknoloji sayesinde fazlasıyla kolay olmasının verdiği zararı azaltmak olduğu kabul edilir ise mevcut düzenlemelerin amacı gerçekleştirmede yeterli olacağı kabul edilebilecektir.

⁴² Hasan Elmalıca, 2016

⁴³ Emily Adams Shoor, 2014

⁴⁴ Konu Bölüm 5'te incelenecektir.

⁴⁵ Konu Bölüm 5'te incelenecektir.

Arama motorlarına yüklenen sorumluluk bakımından ise mevcut düzenlemede değişiklik yapılması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklere haksız müdahalelerin bulunduğu durumlarda mevcut sistemde yargı merciine hakka karşı gerçekleştirilen ihlalin durdurulması konusunda başvuru yapılmaktadır. Mahkeme söz konusu talebi incelerken gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığını tespit eder ise ihtiyati tedbir kararı ile söz konusu eylemi hüküm kesinleşene kadar durdurma hakkına sahiptir. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkemeye başvuru, değerlendirme ve hükmün icrası süreçleri özellikle dijital ortamda gerçekleşen ihlaller bakımından gerekli hızda müdahale edilmesini imkânsız hale getirmektedir. Zira saniyede milyonlarca paylaşımın yapıldığı bir mecrada bu tip bir uygulama ile veri sahibi sonuç elde edinceye kadar verinin farklı platformlara da aktarılması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle hızlı geri dönüşün gerçekleşmesi ve kişinin hakkındaki içerik sebebiyle yaşadığı mağduriyetin sonlandırılması için doğrudan arama motorlarına başvurmak uygulamada daha pozitif sonuçlar doğuracaktır. Fakat bu noktada arama motorlarının katlanmak durumunda olduğu maliyete ve GDPR kapsamında öngörülen cezaların yüksekliğinin arama motorunun adil değerlendirmesini zedeleyici etkiyi haiz olduğuna katılmamak mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu noktalarda bir düzenleme değişikliğine gidilmesi ve bu yükümlülüğü veri sorumlusunda ölçüsüz bir külfet yaratmaksızın icra edebilmelerini sağlayacak kuralların benimsenmesi son derece önemlidir. Buna ek olarak arama motorlarının haklar dengesi kurma hususunda bir karar vermeleri eleştirisinde ise arama motorunun aldığı karara itiraz hakkının bulunduğu ve bu nedenle veri sahibinin salt arama motoru değerlendirmesi sebebiyle bir hak kaybı yaşamayacağını belirtmek gerekecektir.

Hakkın sadece dijital ortamda olmasına ilişkin endişeleri değerlendirecek olursak belirtmek gerekir ki hakkın özü itibarıyla ana kaynakta geçerli ve hukuki şekilde oluşturulan bir içerik için unutulma hakkından söz etmek mümkün değildir. Yine ek olarak unutulma hakkının düzenlenmesindeki amaç teknolojik gelişmelerin yarattığı olumsuz sonuçları engellemek ise fiziki ortamdaki imha edilmesinin bu sonuca hizmet etmeyeceği açıktır. Bu kapsamda hakkın fiziki ortam bakımından da talep edilebilir kılınmasına ilişkin eleştirilere katılmak kanaatimce yerinde olmayacaktır.

5. UNUTULMA HAKKI VE TEKNOLOJİ

A. Genel Olarak

Unutulma hakkına ilişkin en büyük merak noktalarından birisi teknolojinin ve internetin böylesine geliştiği ve yaygınlaştığı bir dönemde hedeflenen mahremiyet korumasının kişiye sağlanmasının mümkün olup olmadığı hususudur. Aslında hakkın kökeni, hızla gelişen internetin özel hayata

vurduğu darbenin etkilerini asgari seviyeye indirmek ve kişiye böylesine teknolojik bir dünyada imajını ve verilerini kontrol imkanını azami seviyede sağlamaktır. Bu tip bir hassasiyetin gerçekleştirilmesinin hedeflendiği noktada herkesin aklına ilk gelen soru bir içeriği internete bir kere koyduktan sonra kaldırmanın mümkün olup olmadığıdır. Dikkat çekmek gerekir ki, unutulma hakkı kapsamında içeriğin kendisi ana kaynaktan silinmemektedir. Arama motorları tarafından içeriğin bulunmasını kolaylaştıracak bağlantıların ortadan kaldırılması söz konusudur. Bu kapsamda değerlendirdiğimizde aslında içerik halen ana kaynak üzerinde internet ortamındaki varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Ana kaynaktan içeriğin kaldırılması söz konusu olsa dahi, internet ortamına giren çoğu içerik gibi kopyalanması, farklı internet siteleri vasıtasıyla kopyalanan verilerle içeriğin internet ortamında varlığını sürdürmesi de mümkündür. Böyle bir durumda arama motorları içeriğin her kopyasını tek tek tespit edip bağlantıyı kesme yükümlülüğü altında bulunmadığından kopya içerikler içeren sitelerin arama motoru vasıtasıyla ulaşılması mümkün görülmektedir. Mevcut dijitalleşme esas alındığında bir içeriğin internette bir daha asla yer almayacak şekilde ortadan kaldırılmasının söz konusu olmadığı ise gözden kaçırılmamalıdır. İçeriğe erişim imkanlarını bir adım ileriye taşırsak belirtilmelidir ki, günümüzde bir ülkenin veya bölgenin dışarısına çıkmaya gerek kalmadan bile internet ayarlarında herkesin yapabildiği bazı değişiklikleri yaparak istenilen bilgiye erişimin sağlanması mümkündür⁴⁶.

Bir diğer tehdit ise internet üzerine giren veriler hakkında arşiv hizmeti ile verilere erişimin mümkün olmasıdır. Keza internetten bir veriye erişilebiliyor olması o içeriğin hala internette bulunabileceğine dair önemli bir göstergedir. Unutulma hakkına bir tepki olarak ortaya çıkan “Hidden From Google”, “Unutulma hakkı sebebiyle çıkarılan, silinen arama sonuçlarının bir listesi” sloganıyla ABAD’ın unutulma hakkına ilişkin kararının ardından Google’ın bu karara uygun bularak arama sonuçlarından çıkardığı linkleri listelemektedir. Bu şekilde dijital hafızada bir kere yer edinildiğinde artık unutulmanın mümkün olmadığını göstermeyi hedeflemektedir.

Loglamalar ve dijital sistemlerin işleyişi açısından bakacak olursak bağlantıyı kaldırmak aslında içeriğin internet ortamında arka planda teknik olarak da olsa var olmasına herhangi bir engel teşkil etmeyecektir. Bu kapsamda veriye erişim engellense dahi bu tip çözümlerle birlikte teknoloji unutulma hakkının gerçekten sonuç doğurmasını engeller nitelikte gelişme göstermektedir. Tüm bu nedenlerle teknolojik gelişmelerin bu hızla devam ettiği durumda unutulma hakkının hedeflenen verim ile sonuç vereceğine inanmak oldukça güçtür. Kanaatimce, teknolojinin hızlanması, yayılması ve gelişmesi unutulma hakkının uygulanmasını her geçen gün zorlayıcı nitelikte sorunlar doğuracaktır.

⁴⁶ Hasan Elmalıca, 2016

Zira milyarlarca insanın her geçen saniye salt akıllı telefonu üzerinden yaptığı veri paylaşımının boyutu dahi bunu destekler nitelikte olacaktır.

B. Değerlendirmeler

Dijital alt yapının işleyişinden de anlaşılacağı üzere internet ortamına giren bir içeriğin sanki hiç girmemişcesine silinmesi konusu oldukça tartışılan bir husustur. Bu kapsamda uzmanlar tarafından çeşitli çözümler önerilmiştir. İçeriklere geçerlilik tarihi verilmesi, verinin kendisini imha etmesi⁴⁷ veya bir sigorta oluşturularak zarar fonlaması yapılması getirilen önerilerden bazılarıdır.⁴⁸ Ancak tüm bu öneriler incelendiğinde hiçbirinin tam olarak sonuç doğurmadığını görmek mümkündür. Buna ek olarak bir diğer öneri ise, içeriklere bir kod verilmesi ve kopyalamaları yapılsa dahi bu kod ile kopyalanması için altyapı oluşturması olabilir. Böylelikle kod üzerinden silme işlemi gerçekleştirilerek kopya içerikler bakımından da bir sonuç oluşabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, halihazırda internet ortamında bulunan her veriye bir kod verilmesi teknik anlamda mümkün değildir, bu nedenle mevcut içerikler bakımından sistem istenilen sonuçları doğurmayacaktır. İnternetin mevcut düzende de oldukça karmaşık ve gelişmiş bir yapı olduğu dikkate alındığında dijital ortamda yüzde yüz çözüm oluşturacak bir sistem olduğunu söylemek kanaatimce mümkün görülmemektedir.

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler neticesinde kişinin mahremiyetinde ve geleceğini özgürce belirleme imkanında ciddi bir azalma meydana gelmiştir. Saniyeler içerisinde dünyanın bir ucundan paylaşılan bir içeriğin diğer ucunda yer alan milyarlarca insan tarafından erişilmesi mümkün kılınmıştır. Kişilerin bu şekilde hızlı ve kalıcı bir dünya içerisinde var olma çabaları ise mahremiyetleri ve geleceklerini belirleme özgürlükleri hakkında duydukları endişeyi azaltmamaktadır. Bu endişeleri kontrol altına almak amacıyla Avrupa Birliği tarafından mevcut düzenlemeler esas teşkil edecek şekilde kabul edilen unutulma hakkı, veri koruması ve mahremiyet konularında yeni atılımlara sebep olacak gibi görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu hak kapsamında yapılması planlanan atılımların gerçekleştirilmesi ancak hakkın kapsamının ve uygulamasının netleşmesi, ceza meblağlarının veri sorumlusunun makul değerlendirmeler yapmasına izin verecek şekilde düzenlenmesi ve teknolojik alanda etkin çözümlerin bulunması ile mümkün

⁴⁷ Mitrou Lilian, Karyda Maris, EU's Data Protection Reform and the Right to be forgotten - A Legal Response to a Technological Challenge?. *5th International Conference of Information Law and Ethics 2012. Corfu-Greece 29-30 Haziran 2012*

⁴⁸ Emily Adams Shoor, 2014

görülmektedir. Aksi halde unutulma hakkı kapsamında elde edilmek istenen fayda oluşmayacağından unutulma hakkının her zaman yakın ilişki içerisinde bulunduğu ifade hürriyeti, maddi manevi varlığı geliştirme hürriyeti, basın özgürlüğü gibi hakların kısıtlanmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Hakkın getirdiği düzen mevcut veri koruma politikaları ile karşılaştırıldığında çok daha geniştir. Hali hazırda diğer haklardan farklı özellikleri haiz olan unutulma hakkının yorumlanması konusunda ise soru işaretleri mevcuttur. Söz konusu tartışmaların böylesine yoğun olması hakkın daha önce var olmamış yeni bir yapıyı haiz olmasındandır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu hakkın yorumlanması konusundaki belirsizlikler ancak uygulamadaki olaylar özelinde değerlendirmeler yapılmaya başlayınca ortadan kalkacaktır. Böylelikle hakka dair getirilen eleştirilerin cevaplanması amaçlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”. [makale] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1440>, Sayfa 11-38, E.T. Ocak 2015.

Akinci, Ayşe Nur, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Çalışma Raporu 6*, Haziran 2017

Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on the Implementation of The Court Of Justice of the European Union Judgment on “Google Spain and Inc v. Agencia Española De Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12”, 14/EN WP 225, 26 Kasım 2014

Bennet, Steven C, “The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives”, *30 Berkeley J. Int’l L*, 2012

Borazan, Mısra. Gizlilik, Bireysel Haklar ve Kişisel Verilerin Korunması. İnet-Tr’15, XX. Türkiye’de İnternet Konferansı 1-3 Aralık 2015, İstanbul Üniversitesi

Case of Ahmet Yildirim V. Turkey (Application No. 3111/10), [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Yıldırım"\],"documentcollectionid2":\["Grandchamber","Chamber"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), E.T. 18 Mart 2013

Crisp, James. “Right to be forgotten does not trump media freedom, EU claims.”, <https://www.euractiv.com/section/uk-europe/news/right-to-be-forgotten-does-not-trump-media-freedom-eu-claims/>, E.T. 30 Temmuz 2014

CNIL.fr, Right To Be Delisted: The CNIL Restricted Committee Imposes A €100,000 Fine On Google | CNIL”, <https://www.cnil.fr/en/right-be-delisted-cnil-restricted-committee-imposes-eu100000-fine-google>, E.T. 24 Mart 2016

Cvria. InfoCuria - Case-law of the Court of Justice, Judgment of the Court C131/12. [online], <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=EN>, E.T. 13 Mayıs 2014

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>, E.T. 24 Ekim 1995

Elmalica, Hasan. “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 2016

European Commission, Factsheet on the “Right to be Forgotten” ruling (C131/12), https://www.inforights.im/media/1186/cl_eu_commission_factsheet_right_to_be-forgotten.pdf

European Commission, Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf, E.T. 4 Mayıs 2016.

“Geleceğin İnterneti Splinternet Nedir ? – Lobinter”. n.d. Lobinter.Com. <https://lobinter.com/gelecegin-interneti-splinternet-nedir/>

General Data Protection Regulation, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>, E.T. 04 Mayıs 2016

Koops, Bert-Jaap, Forgetting Footprints, Shunning Shadows a Critical Analysis Of the “Right to be Forgotten” in Big Data Practice. Vol.8, Sayı 3, Aralık 2011

Keller, Daphne, and Bruce D. Brown, “Opinion | Europe’s Web Privacy Rules: Bad For Google, Bad For Everyone”. *Nytimes.Com*. https://www.nytimes.com/2016/04/25/opinion/europes-web-privacy-rules-bad-for-google-bad-for-everyone.html?_r=0, E.T. 25 Nisan 2016

Keller, Daphne, “Global Right to be Forgotten Delisting: Why CNIL is Wrong”. *Cyberlaw.Stanford.Edu*. <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cnil-wrong>, E.T. 18 Kasım 2016

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun No. 6698), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, E.T. 07 Nisan 2016

Mitrou Lilian, Karyda Maris, EU’s Data Protection Reform and the right to be forgotten - A legal response to a technological challenge?. 5th International Conference of Information Law and Ethics 2012. Corfu-Greece 29-30 Haziran 2012

Internet Law — Protection of Personal Data — Court of Justice of the European Union Creates Presumption That Google Must Remove Links to Personal Data Upon Request. — Case C-131/12, Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos, Harvard Law Review Vol 128:735

Hazar, Zeynep. “Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, 5 Mayıs 2017.

Özocak, A., “Sanal Ortamda Unutulmak Bir Hak Mı?” [Röportaj] *Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Dergisi*, Ocak 2014.

Rcfb.org, Statement CJEU in Google V.CNIL, <https://www.rcfp.org/sites/default/files/2017-11-29-Google-v-CNIL.pdf>, E.T. 29 Kasım 2017

Rolf H. Weber, The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora’s Box?, *JIPITEC* 120., 2011

Rosen, Jeffrey. Symposium Issue, “The Right To Be Forgotten”, *64 Stan.L.Rev. Online* 88., 13 Şubat 2012

Shoor, Emily Adams, “Narrowing the Right to Be Forgotten: Why the European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation”, *39 Brook. J. Int’l L.*, 2014

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı. AİHM İkinci Daire Ahmet Yıldırım v. Türkiye Başvuru No:3111/10., <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf>, E.T. 18 Aralık 2012

We Are Social. Digital in 2017: Global Overview- We Are Social., <https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>, 24 Ocak 2017.

Yüksel, Okan, *İnternet nedir? Nasıl çalışır? - Okan Yüksel*, <http://okanyuksel.com/2016/05/internet-nasil-calisir/>, E.T. Mayıs 2016.

KARAR VERMENİN PSİKOLOJİSİ

Psychology of Decision Making

Alper KÜÇÜKAY¹

Geliş Tarihi: 15.01.2018

Kabul Tarihi: 04.04.2018

ÖZET

Karar verme, üst düzey bilişsel bir süreçtir. Farklı zihinsel ve psikolojik fonksiyonların birlikte çalışması ile ortaya çıkmaktadır. Karar verme, insanın sahip olduğu en önemli yeteneklerden birisi olup insanın düşünce sistematiği içerisinde de önemli bir yere sahiptir. Psikolojik faktörler ve kabiliyetlerle beraber insan beyni düşünme, muhakeme yapma ve karar verme için mükemmel yakın bir kapasite ve donanıma sahiptir. Bu şekilde, karar verme hem psikolojik hem de beyin temelli yaklaşımlarla incelenmiş, karar verme üzerinde etkili olan çeşitli varsayımlar ve değişkenler ile ilgili çalışmalar değerlendirilmiş ve hukukçulara yönelik temel bilimsel bir referans oluşturulmaya çalışılmıştır. Aynı zamanda hem psikoloji hem de hukuk literatüründen faydalanarak ortak bir zeminde çok yönlü bir farkındalık sağlamak amaçlanmıştır. Karar verme süreci çok sayıda faktör tarafından etkilenmektedir. Karar verme her ne kadar tüm insanların sahip olduğu bir yetenek olsa da zorlukları, çok boyutlu olması, mesuliyeti ve sonuçları bakımından, meslekleri gereği üst düzey karar verme yetkisine sahip hâkimler açısından daha çok önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karar Verme, Muhakeme, Düşüncenin Yapısı, Karar Vermenin Nörobilimsel Temelleri, Psikolojik Boyutlar, Liderlik Psikolojisi, Hâkimlerin Nitelikleri

ABSTRACT

Decision making is a high level cognitive process. It takes place when different mental and psychological functions work together. It is one of the most important skills of human beings, and a significant place in the systematization decision making. Human brain has the capacity for perfection, and it also has the potential reasoning. In this sense, the process of decision making has been analyzed with a psychology based approach. This study aims to constitute an essential scientific reference for judges. At the same time this study has aimed to raise multiple awareness in forming a common ground by benefiting both from psychology and law literature. Decision making is far more crucial for judges who have the responsibility to make crucial decisions.

Keywords: Decision Making, Reasoning, Frame of Mind, Neuroscience of Decision Making, Psychological Dimensions, Psychology of Leadership, Qualifications of Judges

GİRİŞ

Bu makale ile karar verme ve muhakeme süreçleri konusunda genel olarak yargı çalışanlarına bilişsel bir perspektif sunmak amaçlanmaktadır. Hukukun bu eşsiz ve derin boyutuna psikolojinin katkısının, olumlu neticeler sağlayacağı düşünülmüştür.

¹ Psikolog, ODTÜ Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, alperk@metu.edu.tr

Karar verme, ekonomi, siyaset bilimi, hukuk ve başka birçok disiplinin araştırma konusu olmuştur. Psikoloji de karar verme süreci ile ilgilenen bilim dallarından birisidir. Karar verme davranışının yüksek değerde olması, diğer insanları da etkileyebilmesi ve hukukçuların bu işi en iyi, yetkin ve adil bir şekilde yapabilme kabiliyetini haiz olması ayrı bir önem taşımaktadır. Özellikle de hâkimler bir karar verici olarak mühim bir bilişsel süreç olan karar verme ve muhakemeyi işleri gereği sürekli yapmaktadırlar.

Hukuk ve psikoloji arasında yaklaşık bir asırdır süren bir etkileşim söz konusudur. Nitekim Amerikan Psikologlar Birliği bu iki disiplin arasında işbirliği oluşmasına büyük katkılar sağlamıştır. Aynı şekilde bu süre zarfında ABD'deki birçok organizasyonun da bu ilişkiye yönelik çalışmalar yaptığı görülmüştür.²

Psikologlar uzun yıllar boyunca insanların nasıl karar ve hüküm verdiklerini öğrenmeye çalışmışlardır. Psikolojik yaklaşımlar ile araştırmalar hâkimlerin düşünce, davranış, kararları açısından onlara bilgi ve bakış açısı sağlayabilmektedir. Bu şekilde araştırmacılar yargısal tercihleri, kararları ve yargısal davranışları anlamaya çalışmışlardır. Hâkimler görev ve sorumlulukları gereği karar alırken gerçeği ortaya çıkarmayı, adaletli olmayı hedefler ve bunu sahip oldukları zekâ, aldıkları hukuk eğitimi ve yargısal pozisyonları ile yerine getirmeye çalışırlar. Tabi ki hukuki tecrübeleri de bu konuda onlara çok fazla yardım ve destek sağlamaktadır. Bu nedenle hâkimlerin karar verme mekanizmaları diğer insanlardan farklılık arz etmektedir.

Hukuksal düşünce literatürde şu ifadelerle tanımlanmaya çalışılmıştır: bireysel bir vakada / olguda adaleti arayıp sağlama kabiliyeti, özeleştirel bakabilme ve karşısındaki kişinin bakışını görebilme kapasitesi, doğruluğu tahlil etme ve açıklığa kavuşturma eğilimi, gerçeklere ulaşabilme ve anlayabilme yeteneği. Şüphesiz tüm bu yetenek ve özellikler hukukçunun muhakeme becerisini diğer insanlardan farklılaşmış bir şekilde daha iyi ve yerinde kullanmasını sağlayacaktır. Temel olarak bir hukukçunun ortalama bir insandan daha eğitilmiş, daha kıvrak ve daha motive halde olduğu belirtilmektedir.³

Muhakeme, bir sonuca varmak için bilgilerin bağdaştırılıp analiz edilmesi olarak tanımlanabilir. Bu geniş tanımla birlikte muhakeme algı, bellek, öğrenme, duygu, düşünce, motivasyon gibi psikolojik kavramları da barındırmaktadır. Bu bilgilere sahip olmakla birlikte muhakemenin halen psikoloji bilimi tarafından tam ve net bir şekilde tanımlanması kolay değildir.⁴

² Lawrence S. Wrightsman, "Judicial Decision Making - Is Psychology Relevant", American Psychology Association, New York, 1999, s. 147-151

³ David Klein, Gregory Mitchell, The Psychology of Judicial Decision Making, Oxford University Press, New York, 2010, s. 107

⁴ Keith Stenning, Michiel van Lambalgen, "Reasoning Logic and Psychology", Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science, 2010, Volume 2, Issue 5, s. 555

Düşünme sürecinin doğasını belirleyen psikolojik faktörler göz önünde bulundurulmadıkça karar verme süreci hakkındaki bilgiler eksik kalacaktır.⁵ Bu nedenle makalede karar verme süreci ile ilgili olarak psikolojik, nörobilimsel, yargısal, liderlik / yöneticilik ve kişisel özellik boyutları ele alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

I. KARAR VERMENİN PSİKOLOJİK BOYUTLARI

Karar vermenin psikolojik analizinin, bilhassa da yargısal karar vermenin analizinin hâkimler açısından verimli olabileceği düşünülmektedir.

Bu bölümde karar verme konusuyla ilgili ağırlıklı olarak bilişsel ve sosyal psikolojinin yaklaşımları hakkında bahsedilecektir. Bilişsel yaklaşıma göre bilişsel süreçler uyarıcı (yeni bir dosya / vaka) ile yanıtın (hâkimin görüşü / kanaati) arasında adeta bir vasıtaadır. Sosyo - bilişsel kuramcılar, her bir insanın çeşitli şemalara (şema: yeni olayların yorumlanmasında kullanılan, eski tecrübelerden elde edilen bilgi dağarcığı) sahip olduklarını ve bu şemaların insanlarla, konularla, nesne ve soyut kavramlarla ilgili olduklarını ifade etmişlerdir. Bu yaklaşıma göre yeni bilgiler, ilgili eski şemalar temelinde eşleştirilebilir, hatırlanır, yorumlanır. Bununla birlikte bilgilerin işleme, yorumlama sürecinde tutumların da etkili olduğu, tutumların bir “bilgi filtresi” olarak çalıştığı gözlenmektedir. Yani kişilerin sahip olduğu tutumlar düşünce ve karar verme sürecinde şemalarla birlikte etki göstermektedir. Bu yaklaşımlar yoluyla bir hâkimin bireysel olarak karar verme süreci; düşünceyi biçimlendirme ve ifade etme, hâkimin düşüncesi üzerinde etkili olan durumlar, kararın yargısal sonuçları olarak üç boyutta incelenebilir.⁶

Kunda, gerekçeli muhakeme kavramından bahsetmektedir ve gerekçelerin, izlenim oluşturma, kanıtları değerlendirme ve karar vermede rol oynadığını ifade etmektedir. Kesin veya olası sonuçlar muhakeme üzerinde bir motivasyon kaynağı oluşturmaktadır.⁷ Kesinlik, buna yönelik inanç ile stratejiler en uygun kanaatleri meydana getirirken, yöneltmiş ya da olası amaçlar arzu edilen bir düşüncenin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.⁸ Bu yaklaşımın sınırlılıkları mevcuttur ve altında yatan prensipler tam olarak anlaşılamadıysa da karar verme süreçlerini etkilediği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

⁵ Cenkan Sağır, “Karar Verme Sürecini Etkileyen Faktörler ve Karar Verme Sürecinde Etğın Önemi: Uygulamalı Bir Araştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, s. 1-198

⁶ Wrightsman, s. 22-23

⁷ Ziva Kunda, “The Case for Motivated Reasoning”, Psychological Bulletin, 1990, 108-3, s. 480-498

⁸ Kunda, s. 481-482

Bilişsel algoritmalar (çözüm yolları) incelendiğinde muhakeme yapmayı etkileyen; olasılıkların hesaplanması, mantığa uygunluk, tutarlılık, psikolojik uygunluk, hızlı olma ihtiyacı, gerçeğe uygun net ve hatasız çıkarımlar yapma ihtiyacı gibi psikolojik faktörlerle karşılaşılmaktadır. Psikolojik mekanizmaları kullanarak daha az sürede daha doğru çıkarımların yapılması mümkün olmakta ve aynı zamanda rasyonel ve mantıklı kararlar da bu yollar kullanılarak verilebilmektedir.⁹

Hisler insan düşüncesi üzerinde önemli rol oynarlar.¹⁰⁻¹¹ Araştırmalar göstermiştir ki duyguların derecesi ve tesir düzeyi, karar verme üzerinde kimi zaman zararlı kimi zaman da faydalı değişimlere yol açmaktadır. Duygular düşüncelerin içeriğini ve derinliğini değiştirip motivasyonu harekete geçirerek karar verme mekanizmaları üzerinde etki göstermektedir.¹² Bununla birlikte kişinin zaman içinde değişimi ve kişi - durum arasındaki etkileşim de hâkimin gerçekleri algılama ve yorumlaması üzerinde etkili olabilmektedir.¹³ Duyguların, düşünceler ve kararlar üzerindeki etkinliği başka açılardan da araştırılmıştır. Ekonomi ile alakalı seçimler ya da görece maddi unsurlara yönelik kazanma - kaybetme alternatiflerine sahip tercih aşamalarında insan zihni muhakemeyi bir kenara bırakarak daha pratik ve kısa yollar izleyerek karar verme eğilimindedir. Bu süreçte düşünsel bazda daha az çaba sarf edilir ve daha otomatik kararlar verilebilir (1. Tip düşünme). Daha yoğun düşüncelerin devreye girdiği, daha karmaşık ya da üst düzey kararların alınımında ise zihin ve beyinde daha farklı bir süreç meydana gelmektedir. Konsantrasyon, dikkat gibi bilişsel aktiviteler bu süreçte devreye girmektedir.¹⁴ Hızlı, otomatik ve daha az enerji sarf ederek alınan kararlar sezgisel olarak nitelendirilmektedir. Yargısal karar verme ile ilgili araştırmalarda hâkim kararlarının sezgilerden etkilendiği bununla birlikte diğer düşünce stili (2. Tip düşünme) olan üzerinde kafa yorma ve daha detaylı düşünme şeklinde karar vermeye yönelik becerilerinin de olduğu tespit edilmiştir. Sezgisel karar verme hız ve çaba açısından avantajlı olması sebebiyle kullanışlı bir seçenek gibi görünse de Kahneman'a göre ciddi ve sistematik hatalara da yol açabilmektedir. Ayrıca bazı durumlarda

⁹ Gerd Gigerenzer, Daniel G. Goldstein, "Reasoning The Fast and Frugal Way: Models of Bounded Rationality", *Psychological Review*, 1996, Volume 103, No 4, s. 650-669

¹⁰ Joseph P. Forgas, *Feeling and Thinking: The Role of Affect in Social Cognition*, New York, Cambridge University Press, 2000

¹¹ Caroline J. Charpentier, Jan-Emmanuel De Neve, Xinyi Li, Jonathan P. Roiser, Tali Sharot, "Models of Affective Decision Making: How Do Feelings Predict Choice?", *Psychological Science*, 2016, Volume 27 (6), s. 763-775

¹² Jennifer S. Lerner, Ye Li, Piercarlo Valdesolo, Karim S. Kassam, "Emotion and Decision Making", *Annual Review of Psychology*, 2015, 66, s. 799-823

¹³ Wrightsman, s. 24

¹⁴ Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Strauss, and Giroux, 2011, s. 20-22

sezgisel verilen kararların hatalı ve adaletsiz neticelere yol açarak diğer insanları olumsuz yönde etkileyebileceği belirtilmiştir.¹⁵ Bu bilgilerin yanı sıra tip 2 tarzı düşünme kurallara dayalı, rasyonel, analitik, kontrollü, anlamaya ve belirgin çıkarımlara dayalı ve bilinçli bir süreçtir.¹⁶ Hatalı düşünme tarzlarının ve / veya ön yargıların yüksek düzeyde bir bilinç durumuna da ihtiyaç duymadığı ifade edilmiştir. Özellikle de duygusal eğilimler içeren ön yargılar ya da önceki düşünceleri temel alan yanılğı içeren düşünceler karar verme süreçlerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir.¹⁷ Bu konularda psikolojik teoriler, nörobilimsel çalışmaların da katkılarıyla ilerlemektedir. Bunların yanı sıra olay ya da durum ile ilgili açıklık - netlik, memnuniyet, kişi ya da durum üzerinde kontrol veya denetim, dikkat - motivasyon, kişiden beklenen çaba gibi psikolojik faktörler karar verme sürecinde ayrı ayrı rol oynamaktadır.¹⁸

Bilgi işleme sisteminde dikkat, bilgilerin seçimi aşamasında devreye giren işlemdir. Farkına varma veya bilincine erme durumu bilgilerin kısa süreli bellek (working memory) sistemine geçmiş olmasına bağlıdır. Bu geçiş aktif ya da pasif şekillerde olabilir. Pasif dikkatte uyarıcılar belleğe herhangi bir çaba olmaksızın geçer, kişinin bilinçli bir seçim yapması söz konusu değildir. Aktif dikkatte duygusal bilgilerden bazıları, bireysel nedenler veya görevin bir gereği olarak seçilir ve bilgiler kısa süreli belleğe geçer. Burada hangi bilgilerin depolanacağına (ve sonrasında kullanılabilmesine) karar vermek gerekmektedir. Karar verme işlemi ise genellikle kişinin bilinçli ve istemli olarak

¹⁵ Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich, "Blinking on The Bench: How Judges Decide Cases", Cornell Law Faculty Publications, 2007, Paper 917, s. 1-43

¹⁶ Keith E. Stanovich, Richard F. West, "Individual Differences in Reasoning: Implications for The Rationality Debate?", Behavioral And Brain Sciences, 2000, 23, s. 645-665

¹⁷ Antoine Bechara, **Antoine Bechara**

Department of Neurology, Division of Behavioral Neurology and Cognitive Neuroscience, University of Iowa College of Medicine, Iowa City, IA 52242, USA

Search for other works by this author on:

Oxford Academic

PubMed

Google Scholar

Hanna Damasio, **Hanna Damasio**

Department of Neurology, Division of Behavioral Neurology and Cognitive Neuroscience, University of Iowa College of Medicine, Iowa City, IA 52242, USA

Search for other works by this author on:

Oxford Academic

PubMed

Google Scholar

Antonio R. Damasio, "Emotion, Decision Making and The Orbitofrontal Cortex", Cereb Cortex, 2000, 10 (3), s. 295-307

¹⁸ Jane So, Chethana Achar, DaHee Han, Nidhi Agrawal, Adam Duhachek, Durairaj Maheswaran, "The Psychology of Appraisal: Specific Emotions and Decision Making", Journal of Consumer Psychology, 2015, 25, 3, s. 359-371

yaptığı bilişsel bir davranıştır. Uzun süreli bellekte depolanan bilgiler kodlanır, özümser, yeniden organize edilerek zenginleştirilir, zaman içinde değiştirilir ve farklı bilinç düzeylerinde işlemlere tabi tutulur. Sonrasında gerektiğinde bilgiler bellekten geri çağrılarak tekrar kullanılır. Üst düzey bilişsel işlemler ise belleğin hatırlama sürecinin farkında olması (neleri kolay neleri zor hatırlıyorum, hangi stratejilerle en iyi sonucu elde ediyorum vb.), bilgilerin farkında olunmasını (neleri biliyorum, neleri bilmiyorum, ne oranda doğru hatırlarım vb.) içerir. Bilişsel - davranışsal psikolojide üst düzey bilişsel işlemler, denetler, izler, yönetir, uygun ve amaca yönelik davranışların yapılmasını sağlar.¹⁹ Planlama, esnek düşünme, problem çözme, dürtü kontrolü, kavram oluşturma, mantıksal analiz ve soyut düşünme gibi diğer üst düzey bilişsel işlemler de beynin ön lob kısımları (prefrontal korteks) tarafından yürütülmektedir.²⁰ Beynimize ulaşan uyarılar (duyusal bilgiler) üç fazda bilinç sürecini meydana getirir: ilk olarak beyinde duyuşsal bölgelerin aktivasyonu yaklaşık 100 ms (milisaniye) alır. 200 ms civarında uyarılar dikkat kontrol mekanizması ile önceki bileşenlerle (parçalarla) ilişkilendirilir. Buraya kadar halen bilinç öncesi otonom bir süreç izlenmektedir. Yaklaşık 300 ms den itibaren uyarılar aşına ya da benzer örneklere göre analiz edilir, karşılaştırılır ve birleştirilir. Bu şekilde bilinçli bilgi işleme süreci başlayıp ilerlemiş olmaktadır.²¹ Üst düzey bilişsel süreçler ile karar verme arasında çok mühim bağlantılar bulunmaktadır. Bilişsel performans, odaklanılan konu ya da olay bazında ilgili olmayan uyarıları eleyip ilgili olanlara odaklandıkça artış göstermektedir. Böylelikle karar verme mekanizmasının işi de kolaylaşmaktadır.²²

Analiz etme yeteneği güçlü bir bilişsel araçtır. İnsan bilinçli analiz yapabilen tek canlıdır. Analizi 'şeylerin' yapısını ve bu yapıya katılan unsurları görmek için kullanırız. Zamanın sürekliliğini de parçalara ayırıştırıp geçmiş, şimdi ve gelecek gibi kavramlar oluşturabilmekteyiz. Kendimiz ve ötekiler gibi düşünceler de geliştirebilmekteyiz. Ne denli çok analiz edersek o denli anladığımızı hissedimiz. Analiz ettiğimiz sürece denetleyebildiğimizi düşünürüz. Analiz parçalara ayırmak sentez ise parçaları yerine koymak suretiyle bütünlüğe ulaşmaktır. Sentez nesnelere saf ve sağlıklı halini görmemize katkıda bulunur. Sentez düşünce becerisini kazanmak – ki bu, analitik düşünceden daha zordur - nesnelere olduğu gibi görebilmemiz anlamına gelmektedir. Bu iki tür düşünsel yetinin insan düşünce sistematığında özel bir yeri vardır.²³

¹⁹ Sirel Karakaş, Kognitif Nörobilimler, Bölüm 1, MN Medikal & Nobel, Ankara, 2008, s. 12-23

²⁰ Julie A. Alvarez, Eugene Emory, "Executive Function and The Frontal Lobes: A Meta - Analytic Review", Neuropsychology Review, 2006, Volume 16, Issue 1, s. 17-42

²¹ Thilo Hinterberger, "The Science of Consciousness – Basics, Models, and Visions", Journal of Physiology – Paris, 2015, 109, s. 143-151

²² Fabio Del Missier, Timo Mäntylä, Wändi Bruine de Bruin, "Executive Functions in Decision Making: An Individual Differences Approach", Thinking & Reasoning, 2010, 16: 2, s. 69-97

²³ Nancy C. Andreasen, Cesur Yeni Beyin, Çeviren: Yıldırım B. Doğan, Okuyan Us Yayın, İstanbul,

Olasılık teorisine göre, öngörülen ya da beklenen neticelere ait veriler karar verme mekanizmalarında etkilidir. Özellikle de sonuçları sayısal verilere ya da olasılıklara dayalı, riskli veya seçenekli tercih işlemleriyle karşı karşıya kalan kişi, verebileceği kararların sonuçlarında neler kazanıp kaybedeceğine dair ihtimalleri düşünüp hesaplamaktadır; analizine göre seçim ya da karar aşamasına geçmektedir. Sonuca dair durumlar açısından kesinlik, olasılık ve olabilirlik düzeyleri karar vermede etkindir. Her bir sonucun oluşturacağı değer, düşünceler üzerinde bir ağırlık oluşturmaktadır. Muğlak sonuçlar ya da belirsizlikler düşüncelerin ağırlığını azaltmaktadır. Sonuç olarak beklentilerimiz ve bunlara dair olasılıklar düşüncelerimiz ve karar verme davranışımız üzerinde etki göstermektedir.²⁴

Stres ve karar verme arasındaki ilişkiye baktığımızda ise şu tespitlere ulaşmaktayız: orta seviyedeki stres herhangi bir zararlı etki ortaya çıkarmazken, yüksek düzeyde uzun süreli stres hem beyinsel hem de zihinsel aktiviteler üzerinde çalışmalarını bozucu etki göstermektedir ve böylece karar verme üzerinde etkili olmaktadır. Kronik stres, çeşitli hormon seviyelerinin değişimine yol açmakta ve buna yönelik olumsuz psikolojik sonuçları da ortaya çıkarmaktadır. Strese eşlik eden olumsuz duyguların kişide olumsuz duygu duruma da yol açtığı ifade edilmektedir. Tüm bunlarla birlikte araştırmalara göre stresli ve yüksek riskli kararlar almada cinsiyetler arasında bir farklılık gözlenmiştir. Erkeklerde risk arayışına yönelim daha yüksek orandayken kadınlarda daha düşük düzeydedir. Bu bağlamda yapılan birçok araştırma göstermiştir ki riskli kararlar alırken içinde bulunulan üzüntülü duygu durum yüksek riskli seçimlere yönlendirirken, endişeli duygu durumda düşük riskli seçeneklerde yoğunlaşmaya eğilim artmaktadır. Kısacası duyguların risk değerlendirme ve buna yönelik kararlar verme üzerindeki etkileri bulunmaktadır.²⁵

Bilgi, karar verme için temel ve gerekli bir koşuldur. Dikkat de önemli bir kaynaktır ve karar verme üzerinde önemli bir role sahiptir.²⁶ Bellek ile karar verme arasında da bir ilişki mevcuttur. Geçmiş deneyimlerimizin üzerine geleceğe yönelik arzu, beklenti, olay, tepki ve sonuçları ekleyebilmemiz ve öğrenme yeteneğimiz için hafıza ve bellek gereklidir. Önceki anı ya da tecrübemize dayanmayan kararlar vermek genel anlamda zor görevlerdir.

2003, s. 43-44

²⁴ Daniel Kahneman, Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, 1979, Volume 47, No 2, s. 263-291

²⁵ Elizabeth A. Phelps, Karolina M. Lempert, Peter Sokol-Hessner, "Emotion and Decision Making: Multiple Modulatory Neural Circuits", *Annual Review of Neuroscience*, 2014, 37, s. 263-287

²⁶ Denis Bouyssou, Didier Dubois, Marc Pirlot, Henri Prade, "Human Decision: Recognition Plus Reasoning", *Decision Making Process: Concepts and Methods - Chapter 4*, 2009, s. 157-197

Belleğimizden çağırıp kullandığımız bilgiler ise nispeten işimizi kolaylaştırmakta, çıkarımlarımızı hem daha kesin hem de daha rahat oluşturmamıza olanak sağlamaktadır. Bilgiyi toplama, hatırlama ve seçici dikkat becerisi gibi bellekle yakın irtibatı bulunan bilişsel işlevler bu açıdan önemli psikolojik faktörler olarak gösterilebilir.²⁷ Karar verme eğilimleri genel olarak bellekle ilişkilidir. Şu anki düşüncelerimizi oluşturmak ve kullanışlı hale getirebilmek için geçmişte öğrendiğimiz bilgileri kullanma eğilimine sahibizdir. Ancak geçmiş bilgiler ve deneyimlerimiz karar verme konusunda yanılgılara da yol açabilmektedir. Bundan dolayı kesinlik içermeyen, varsayımlara dayalı geçmiş bilgi ve verilere dikkat etmek gereklidir. Ayrıca iyimserlik ve aşırı özgüven, hatalı karar verme eğilimlerine yol açabilecek diğer psikolojik faktörlerdir.²⁸ Hâkimler hem esas bakımından hem de etik açıdan doğru olan kararlara ulaşmak için gayret gösterirler. Ön yargılar ve geçmişe dayalı hatalı kanılar ise bu perspektiflere karşı potansiyel zarar verici etkilere sahip olabilirler.²⁹ Arzu edilen ve beklenen durum, kişinin yanılgı ve ön yargılardan uzak davranabilmesidir. Keza hâkimler de profesyonel kimlikleri gereği problemlerin çözümünde tarafsız hakemlerdir. Ancak insan zekasının komplike olması nedeniyle bilinçaltı ve ön yargı içeren durumların varlığını tam anlamıyla engellemenin zorlukları da bulunmaktadır.³⁰

Karar verme süreci üzerinde sosyal çevre de etkilidir. Etkili kararlar alabilmek için, pek çok kaynaktan elde edilen bilgilerin entegrasyonu gerekmektedir, bu özellikle de faydalı ipuçları ve işaretler ile sosyal ortamdan edinilen bilgilerle sağlanabilmektedir. Sosyal uyaranlar, duygusal ifadeler de karar verme üzerinde etki gösterebilmektedir.³¹

Sağlıklı bir zihin için temel gereksinim rahatlık ve konsantrasyon sağlayacak koşulların bulunmasıdır. Stresi de olumlu yönde kullanabilmek esastır. İş gerginlikleri, uzun çalışma süreleri, iş tatminsizliği ve olumsuz fiziksel koşullara sahip çalışma mekânlarının kardiyovasküler (kalp - damar ile ilgili) hastalıklar ve zihin sağlığı ile bağlantıları olduğu bilinmektedir. Bu sebeple stres azaltıcı yöntem ve mekânların geliştirilmesi, psikolojik danışmanlık gibi uygulamaların rahatlatıcı ve stresi azaltıcı etkileriyle birlikte sağlık açısından da katkıları artırılabilir. Sağlıklı iş yerlerinin çalışanın sağlığı ve mutluluğunun yanı sıra kurumsal performansı üzerinde de faydaları tespit edilmiştir. Sağlıklı

²⁷ Elke U.Weber, Eric J. Johnson, "Mindful Judgment and Decision Making", Annual Review of Psychology, 2009, 60, s. 53-85

²⁸ Kylie Burns, "Judges, 'Common Sense' and Judicial Cognition", Griffith Law Review, 2016, 25:3, s. 319-351

²⁹ John F. Irwin, Daniel L. Real, "Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity", McGeorge Law Review, 2010, Volume 43, s. 1-20

³⁰ Irwin ve Real, s. 9-10

³¹ Bruno B. Averbeck, Brad Duchaine, "Integration of Social and Utilitarian Factors in Decision Making", Emotion, 9, 2009, s. 599-608

çevrede olan bir çalışanın daha saygılı ve adaletli davranacağı ve çalışacağı düşünülmektedir.³² Psikolojik açıdan sağlıklı iş yerlerinin bireysel uyumu ve sonrasında buna bağlı olarak kurumsal - kültürel uyum, lider davranışları ve iş ortamına uyum davranışlarını artırdığı; sonuç olarak iş performansı açısından yüksek seviyelere ulaşip bunu sürdürme eğilimlerine yol açtığı belirtilmiştir. Tüm bu açılardan iş yerinde psikolojik sağlığın önemini vurgulamak yerinde olacaktır.³³

Birçok durumda kendi muhakememize güvenebilmekte ve diğer insanların verdiğimiz cevaplara inanıp inanmadığına bakmadan bunu yapabilmekteyiz. Burada geçmişe dayalı kendimize ait inanç ve bilgiler rol oynamaktadır. Kendine güvenerek verilmekte olan beyanlar da karşıdaki insanlar üzerinde daha net ve inandırıcı etki göstermektedir. Örneğin bir duruşma esnasında tanığın verdiği ifadelerin netlik derecesi (şüpheli ya da kararsız ifadelere kıyasla) karar verici üzerinde ona göre bir etki gösterebilir. Ne yazık ki bu yaklaşımlara rağmen, kendine aşırı güvenin hafıza üzerinde her zaman için bir doğruluğun göstergesi olduğu da söylenemeyeceğinden dolayı bu husus gözden kaçırılmamalıdır.³⁴

Farkındalık ve ön yargılardan uzak durmanın karar verme davranışı üzerinde olumlu motivasyon sağlayan etkilerinden bahsedilmektedir. Genel anlamda bir yargılama sürecine katılanların ve (varsa) izleyenlerin adaletin sağlandığı görüşüne sahip olması, mahkemeye saygı ile itibar göstermesi beklenmektedir; bunun da farkındalığı artırarak verilecek kararlar sayesinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Farkındalığın ise düşünce, duygu ve eylemlerin gözlenerek sağlanabileceği belirtilmiştir. Farkındalığı artmış kişilerin karar verme durumlarında yüksek bir odaklanma, dikkat ve derin düşünme açısından kabiliyetli olduklarından da bahsedilmiştir. Neticede farkındalık temelli tekniklerin yargısal karar alma mekanizmalarına olumlu etki sağladığını düşünebiliriz.³⁵ Nitekim farkındalık ve bilinç, beyinde bilgi işleme süreçlerinde etkin bir faz ve role sahiptir.³⁶ Bilincin en açık ve net fonksiyonlarının başında ise planlama ve karar verme gelmektedir.³⁷

³² Farah Rashid Siddiqui, Afshan Shahid, "Promoting Healthy Workplaces - Health Pledges Initiative at North Kirklees Primary Care Trust, NHS, England", The Journal of The Pakistan Medical Association, 2012, 62 (10), s. 1028-1032

³³ Derek Mowbray, "Psychologically Healthy Workplaces", 2014, <http://www.mas.org.uk/publications.html>

³⁴ John Dunlosy, Janet Metcalfe, Metacognition, Sage Publications, Amerika, 2009, s. 118

³⁵ Tess M. S. Neal, Eve M. Brank, "Could Mindfulness Improve Judicial Decision Making?", Monitor on Psychology, 2014, Judicial Notebook, Volume 45, No. 3, Print version: page 26

³⁶ Zoltan L. Torey, "Background to The Brain: The Identity of Consciousness", The Consciousness Mind, Kısım 2, The MIT Press, Amerika, 2014

³⁷ Nicholas Humphrey, "Consciousness as Art", Scientific American, Summer 2017, Volume 26, No. 3, s. 7

II. KARAR VERMENİN NÖROPSİKOLOJİK VE NÖROBİLİMSEL BOYUTLARI

Nörobilim çalışmalarında, hücre, hücre grupları ve beyin bölgelerinin işleyişi incelenirken nöro görüntüleme ya da beyin görüntüleme (beyin bölgelerini, yapılarını ve hücrelerini görüntüleme) araçları kullanılır. Beyin görüntüleme teknikleri (MR, PET, SPECT, MRS gibi) duygu ve düşüncelerin görselleştirilmesi ile ölçülmesine ve birçok konuyu araştırmaya, öğrenmemize katkı sağlamaktadır. Bu çalışmalar ve teknikler, düşünce süreçleri sırasında beynimizde ne gibi değişiklikler meydana geldiği açısından bizlere de bir farkındalık sağlamaktadır. Bu disiplinler arası farkındalık, temel olarak tıp, psikoloji, fizyoloji, biyoloji gibi bilimlerin ortak noktalarında aydınlanmamıza yardımcı olmaktadır. Beynimizin belirli bölgeleri ve bu bölgeler arasındaki ilişkiler karar verme ve muhakeme gibi üst düzey düşünsel süreçlerden sorumludur. Sonuçta karar vermenin zihin ve beyinde nasıl işlediği konusunda bir analiz imkânı nörobilimsel faaliyetlerle sağlanabilmektedir.

Normal, sağlıklı insan beyni, karışık ve hayranlık uyandırıcı bir organdır. Her insanın sadece kendine ait olmak üzere özellikli becerilere sahip bir beyni vardır. İnsan beyni adeta bir mühendislik şaheseridir; az yer kaplayan, özlü, güçlü ve sürekli değişip güncellenebilen, milyarlarca bilgiyi aynı anda işleyebilme becerisine sahip bir organdır.³⁸ Beyin aynı zamanda dinamik bir yapıya sahiptir. Dış dünyadan yönelen uyarılarla an be an değişebilmektedir. Beyin esnektir, gelişimi her bir birey için ve ona özgü fiziksel ve ruhsal yaşantılardan etkilenir. Bazı değişimler öğrenmeyi de doğurmaktadır. Ruhsal ve / veya biyolojik nitelikli çevresel uyarılarla karşılaşmalar beyinde değişikliklere yol açmakta ve eyleme bağlı öğrenme gerçekleşmektedir. Her insan farklı ruhsal ve fiziksel yaşantı içerisinde ve bu şekilde beyin yapıları da değişebilir. Beyni iyi eğitebilmek için doğru eylemleri seçmek önemlidir. Bu ilke çocuklukta olduğu kadar erişkinlikte ve yaşlılıkta da geçerlidir.³⁹

Uсталıklı teknikler bize muhtelif beyin bölgelerinin birbirleriyle nasıl bağlantılı olduğunu göstermekte, sinir hücreleri irtibatına dair daha detaylı diyagramlar sağlamak ve böylelikle anatomik devrelerin haritasını verebilmektedir. Beyinde dağılımı olan nörokimyasal devrelere ait haritalar sayesinde sinir hücrelerinin uyarıldığını ya da kapatıldığını, sinyallerin nasıl oluştuğunu, bununla ilgili haberleşmeyi bilebilmekteyiz.⁴⁰ Yapılan araştırmalara göre karar verme davranışı ile önceki bilgilerin güçlendirilmesi ya da tekrar gözden geçirilmesi, beyinde prefrontal korteks ve bellek işlevlerinden sorumlu talamus arasındaki nöronal aktivite ile tespit edilmiştir. Yani düşüncelerimizi

³⁸ Andreasen, s. 61

³⁹ Andreasen, s. 69-72

⁴⁰ Andreasen, s. 386-387

önceki bilgilerle ilişkilendirme ve / veya bağdaştırma işlemlerinde beynimizin yukarıda bahsedilen ilgili bölgeleri aktifleşmektedir. Burada önemli olan, bulguların önceki bilgiler üzerine dikkat etme ve buna göre karar verme konusunda beynimizin nasıl çalıştığına dair ipuçlarını ortaya çıkarmasıdır.⁴¹

“İyi” bir karar almak, sonuçlarının belirsiz olduğu bir durumlara karşılaştığımızda da mümkün olabilir. Bazı düşünceler açık ve net iken bazıları zorlu ve karmaşık aynı zamanda sonuçta elde edilebilecek kazanç ya da ödül yüksek olabilir. Bu değişkenlere rağmen her bir kişinin düşünce yapısı farklıdır ve farklı kararları ortaya çıkarabilir. Olasılıklar ve elde edilecek ödüller (kazançlar) karar mekanizmalarını etkilemektedir. Bu süreçler esnasında beyinde ise birçok farklı bölge devreye girmektedir: anterior cingulate korteks, medial prefrontal korteks, orbitofrontal korteks, nucleus accumbens ve substantia nigra gibi. Bu beyin bölgeleri düşünce ve karar verme esnasında aktifleşerek kan akışı ve nöronal aktivitelerle sorumluluklarını yerine getirmektedirler.⁴²⁻⁴³ Karar verme sürecinde kritik rol oynayan orbitofrontal korteks tek başına bu görevi yerine getirmemektedir. Karar verme, periferik sinir sistemi, somatosensory / insular sistem, amigdala gibi beyin bölgelerini içeren geniş çapta kortikal ve alt kortikal parçaların işleyişi ile ortaya çıkmaktadır.⁴⁴

Zürich Üniversitesi’nden Rudorf ve Hare (2014) yaptıkları araştırmada karar verme sürecinde beynin en aktif hale gelen bölgelerini tespit edebilmişlerdir. Bu araştırma göstermiştir ki bir kişi hem çeşitli alternatifler arasından karar verme ihtiyacı yaşarken hem de genel olarak karar verme durumlarında beynin dorsolateral ve ventromedial prefrontal korteks bölgeleri nöronal etkileşime geçerek bu süreçte önemli bir rol oynamaktadır (Şekil A ve B).⁴⁵ Nörobilimsel açıdan, düşünce süreçleri ve çeşitli opsiyonlar arasından seçimler yapabilmekle ilgili beyin bölgesinin ventromedial prefrontal korteks olduğu belirlenmiştir. Bahsedilen bu beyin bölgelerinin ayrıca kısa süreli bellek, bilişsel esneklik ve çeşitli bağlamlar ışığında karar verme davranışı gibi faaliyetler esnasında

⁴¹ L. Ian Schmitt, Ralf D. Wimmer, Miho Nakajima, Michael Happ, Sima Mofakham, Michael M. Halassa, “Thalamic Amplification of Cortical Connectivity Sustains Attentional Control”, *Nature*, 2017, 11; 545 (7653), s. 219-223

⁴² Alan G. Sanfey, “Decision Neuroscience: New Directions in Studies of Judgment and Decision Making”, *Current Directions in Psychological Science*, Volume 16, No. 3, s. 151-155

⁴³ Nasir Naqvi, Baba Shiv, Antoine Bechara, “The Role of Emotion in Decision Making: A Cognitive Neuroscience Perspective”, *Current Directions in Psychological Science*, 2006, Volume 15, No. 5, s. 260-264

⁴⁴ Antoine Bechara, “The Role of Emotion in Decision-Making: Evidence from Neurological Patients With Orbitofrontal Damage”, *Brain and Cognition*, 2004, 55, s. 30-40

⁴⁵ Sarah Rudorf, Todd A. Hare, “Interactions Between Dorsolateral and Ventromedial Prefrontal Cortex Underlie Context - Dependent Stimulus Valuation in Goal-Directed Choice”, *Journal of Neuroscience*, 2014, 34 (48), s. 15988 –15996

etkin bir rol oynadıkları beyin görüntüleme sistemleri ile tespit edilmiştir.⁴⁶ Ventromedial prefrontal korteks bölgesinin bilişsel ve duygusal bilginin entegrasyonundan, amigdala bölgesi ile nöronal ağlar bağlantıları yoluyla işbirliği yaparak özellikle riskli konularda kararlar almadan sorumlu oldukları düşünülmektedir.⁴⁷ Beyindeki bu iki bölgeyle ilgili olarak yapılan farklı çalışmalarda empati duygusu, eşitlik ve adil olma gibi psikolojik değişkenlerle de ilişkili oldukları görülmüştür. Bu bölgelerdeki nöronal aktiviteler göstermiştir ki diğer insanlarla ilgili kararlar alırken empati kurma ve durumunu göz önüne alma (sosyal kararlar alma), karşılıklılık esasına dayalı düşünme, adaletli dağıtımlar yapma gibi davranışlarla bu beyin bölgeleri ilişkilidir. Beyindeki anterior cingulate korteks bölgesinin (Şekil C) ise öğrenme, davranışlarımızı kontrol etmeye zemin hazırlayan bilgilerin kullanılması, doğru seçimler yapabilmek için önceki deneme ya da tecrübeleri değerlendirme, geleceğe ait düşüncelere rehberlik etme gibi süreçlerde fonksiyonları mevcuttur.⁴⁸ Daha birçok nörobilimsel değişkenin bu konularla bağlantılı olduğu ve detaylı çalışmaların sürdüğü ifade edilmiştir.⁴⁹ Her ne kadar empati ve duyguların karar verme üzerindeki rolü üzerine bahsedilse de iyi bir hâkimin duygularını yönetebilen hatta bunun da ötesinde gerektiğinde duygularını devre dışı bırakabilen bir kişi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Duyguların beyin ve psikoloji üzerindeki muhtemel etkilerini minimum seviyede tutmak için konuya odaklanarak ve şuurlu bir bilişsel değerlendirmeye yönelerek profesyonel bakışı yakalamak mümkün görünmektedir. Hatta duygusal uyaranlara karşı nötralize olmanın bellek ve bilişsel kapasiteyi artıracığı ifade edilmiştir.⁵⁰

⁴⁶ Ana Carolina Saraiva, Louise Marshall, "Dorsolateral – Ventromedial Prefrontal Cortex Interactions During Value - Guided Choice: A Function of Context or Difficulty?", *Journal of Neuroscience*, 2015, 35 (13), s. 5087-5088

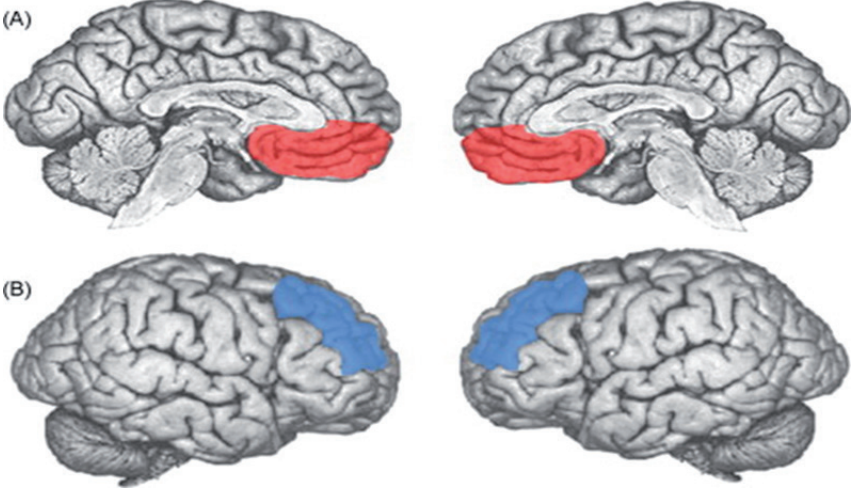
⁴⁷ Joshua A. Weller, Irwin P. Levin, Baba Shiv, Antoine Bechara, "Neural Correlates of Adaptive Decision Making for Risky Gains and Losses", *Psychological Science*, Volume 18, Number 11, s. 958-964

⁴⁸ Steven W. Kennerley, Mark E. Walton, Timothy E. J. Behrens, Mark J. Buckley, Matthew F. S. Rushworth, "Optimal Decision Making and The Anterior Cingulate Cortex", *Nature Neuroscience*, 2006, Volume 9, N. 7, s. 940-947

⁴⁹ James K. Rilling, Alan G. Sanfey, "The Neuroscience of Social Decision Making", *Annual Review of Psychology*, 2011, 62, s. 23-48

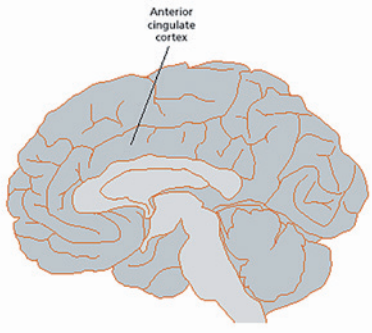
⁵⁰ Terry A. Maroney, "Emotional Regulation and Judicial Behavior", *California Law Review*, Volume 99, s. 1481-1552

Karar verme süreçlerinde etkin rol oynayan beyin bölgeleri: Şekil A ve B⁵¹



Şekil A. Beyinde Ventromedial Prefrontal Korteks Bölgesi (Kırmızı renkle işaretlenmiş bölge) ortadan kesitli – yandan görünüm

Şekil B. Beyinde Dorsolateral Prefrontal Korteks Bölgesi (Mavi renkle işaretlenmiş bölge) yandan görünüm



Şekil C. Beyinde Anterior Cingulate Korteks bölgesi ortadan kesitli – yandan görünüm⁵²

⁵¹ Koenigs Michael, Grafman Jordan, "The Functional Neuroanatomy of Depression: Distinct Roles for Ventromedial and Dorsolateral Prefrontal Cortex", Behavioural Brain Research, 2009, 201, s. 239–243

⁵² Edward Awh, William J. Gehring, "The Anterior Cingulate Cortex Lends a Hand in Response Selection", Nature Neuroscience, 1999, 2, s. 853 – 854, DOI:10.1038/13145

Anderberg ve Ark.'nın yaptığı araştırma sonuçlarına göre, açlığın karar vermeyi engellediği, açken mide tarafından salgılanan ghrelin hormonunun karar verme ve dürtüsellik üzerinde olumsuz etkiler meydana getirdiği ortaya çıkmıştır.⁵³

Birçok alkollü içecek bilinç üzerinde dramatik etkiler meydana getirmektedir ve kişinin muhakeme gücünü bozmaktadır. Alkol, nitroz oksit ve benzodiazepin öğrenme üzerinde azımsanamayacak derecede zararlı etkiler gösterirken kafein ise bazen olumlu bir etki gösterebilmektedir.⁵⁴

Aşırı yorgunluk, tükenmişlik ve aşırı iş yükünün performans düşüklüğüne yol açtığı bilinmektedir. Ayrıca uyku yoksunluğu da olumsuz bir etkendir. Vücuttaki kan şekeri oranı üzerine de araştırmalar mevcuttur; hatta uzun süregelen duruşmalar arasında hâkimlerin yerinde molalar vererek kan şekeri takviyesi alması ve yemek ihtiyaçlarını gidermesi dahi önerilmektedir. Performansı artırabilmek için göreve odaklanmanın, kapsamlı, muhakeme ederek düşünmeye çalışmanın fayda sağlayacağından hareketle, bu süreci olumsuz etkileyebilecek psikolojik ve biyolojik değişkenlerin kontrol altına alınması gerekmektedir.⁵⁵

Stres ve karar verme arasındaki ilişki ve bu ilişkinin nörobilimsel temeli de birçok araştırmaya konu olmuştur. Sürekli ve artmış yoğunlukta stresin beyin karar vermede etkili bölgelerinden birisi olan prefrontal korteks bölgesinin performansında bozucu etkilere yol açtığı bilinmektedir. Stresin olumsuz etkileri bu bölgenin yanı sıra ilişkide olduğu diğer sistemik beyin bölgelerini de olumsuz yönde etkilemektedir.⁵⁶

Bazı bilişsel süreçlerin, ön yargıların ve tahminlerin hukukçuların karar vermeleri üzerinde etkileri olduğu tespit edilmiştir. Geçmiş ön yargılar, geleceğe yönelik beklentiler, kanıta dayanmayan öngörüler ve bazı bilişsel yanılgılara (özellikle de sonucu biliyor olma beklentisi ya da yanılgısı) sebep olabilecek tahminlerin zihinsel karar mekanizmaları üzerinde olumsuz etkiler oluşturabileceğinden bahsedilmiştir. Nitekim konulara ve olaylara bu tarz yaklaşımlar yanlış kararlara yol açabilmektedir. Ancak hukuk profesyonellerinin bahsedilen hususlara dikkat ederek bu bilişsel hatalara düşmemeleri ve muhakeme konusunda diğer uzmanlara göre daha ileri bir seviyede olmaları

⁵³ Rozita H. Anderberg, Caroline Hansson, Maya Fenander, Jennifer E. Richard, Suzanne L. Dickson, Hans Nissbrandt, Filip Bergquist, Karolina P. Skibicka, "The Stomach - Derived Hormone Ghrelin Increases Impulsive Behavior", *Neuropsychopharmacology*, 2015, 41 (5), s. 1199-1209, DOI: 10.1038/npp.2015.297

⁵⁴ Dunlosy ve Metcalfe, s. 99

⁵⁵ Pamela Casey, Kevin Burke, Steve Leben, "Minding The Court: Enhancing The Decision Making Process", *International Journal For Court Administration*, 2013, s. 1-10

⁵⁶ Phelps ve ark. s. 267-268

beklenmektedir. Bunların yanı sıra hâkimlerin problemlerle karşılaştıklarında çok yönlü bakış açısı kullanarak daha iyi kararlar alabileceği ifade edilmiştir. Hâkimlerin kişisel duygu, tutum ve ön yargılarını bir kenara koyarken diğer yandan kanıtlar, gerçekler ve hukuksal ölçütlerden faydalanarak kararlarına ulaşmaları tavsiye edilmektedir.⁵⁷ Ön yargıların, muhakeme ve karar verme üzerinde tahmin etme hatalarına yol açtığı bilinmektedir ve mümkün olduğunca ön yargıdan uzak bırakılan bir zihnin karar verme yeteneği geliştirilebilmektedir.⁵⁸

III. KARAR VERME SÜRECİNDE HUKUKİ BOYUTLAR

Genel anlamda yargılama süreci, bir vakadaki gerçekleri analiz etmeye, yasanın seçimine ve uygulanmasına bağlıdır. Süreç aslında karmaşık olmakla birlikte sayısız derecede seçim yapma ihtiyacı gerektirir. Bu seçimleri yapmak bir ilim olduğu kadar aynı zamanda bir sanattır.⁵⁹

Hukuki anlaşmazlıkların hükme bağlanması kuşkusuz karar vermeye bağlıdır. Bu sebeple psikolojik bakış açısına göre yargısal karar verme doğal olarak hukuki olmayan karar verme süreçlerinden farklıdır. Karar verici olarak hâkim farklı kararların muhtemel getireceği sonuçları düşünürken bunun yanı sıra önceki hükümlere itibar edip onlara uyabilir.⁶⁰ Ayrıca olayla ilgili iddia, kanıt ve verilerin ne kadar sağlam olduğu ve ne kadar sağlam olması gerektiği karar vermede önemli bir faktördür. Özellikle de kanıtlarla desteklenen iddia ve düşünceler karar vermeyi kolay ve hızlı hale getirmektedir. Hâkimin elde edebildiği kanıt ve bulguları değerlendirip karar sürecine geçmesi gerekmektedir. Değerlendirmeler düşünceye dönüşürken kanun süzgeçlerinden de geçmektedir. Bu evrede psikolojik - zihinsel süreçler devrededir. Kanıtların yeterli olup olmamasının harekete geçmek için bir eşik olduğu düşünülmektedir.⁶¹ Bu eşğin aşılması şüphelerin de aşılması ile muhakemenin netice veren bir şekilde sonlanmasını sağlamaktadır. Hukuk uzmanları genel olarak adaletli karar verme açısından şu noktada birleşirler: ilk ve öncelikli olarak hukukla içi içe geçmiş ilkeler üzerinden tercih yapma arzusunda olmak. Onlar birçok görüşü hukuksal ilkeleri araştırın – arayan

⁵⁷ Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich, "Inside The Judicial Mind", Cornell Law Faculty Publications, 2001, Paper 814, s. 778-830

⁵⁸ Carey K. Morewedge, Haewon Yoon, Irene Scopelliti, Carl W. Symborski, James H. Korris, Karim S. Kassam, "Debiasing Decisions: Improved Decision Making With a Single Training Intervention", Behavioral and Brain Sciences, 2015, Volume 2 (1), s. 129-140, DOI: 10.1177/2372732215600886

⁵⁹ Arach Amoko, "The Art of Decision Making in Trial Courts", A Paper Presented At The January 2016 Annual Judges Conference, s. 1-9

⁶⁰ Klein ve Mitchell, s. 123

⁶¹ Klein ve Mitchell, s. 166

kararlı ve azimli kişilerdir. Hâkimler diğer insanların beklentilerini etkileyecek vakalarda seçimleri yapabilen, karar verme kabiliyetinin farkında olan stratejik aktörlerdir.⁶² Hâkimlerin dış etkiler kadar, içsel etkilere, yani kişisel değer yargıları ve eğilimleri ile yakınlık duyduğu kişi ve oluşumlara karşı bağımsız ve tarafsız olması oldukça önemlidir. Hâkimin her türlü etkiden sıyrılarak karar vermesinin yanı sıra kararlarının ön yargısız ve tarafsız bir biçimde verildiği konusunda toplumda kesin bir kanaatin de oluşması gerekir.⁶³

Maddi gerçeğe hâkim, hükümde ifade ettiği doğru psikolojik yargıyla ulaşmaktadır. Yargı / hüküm, vakaların ve hukukun doğru değerlendirilmesine uygun olmalıdır. Hâkimler hükme varırken, kendi doğru inançlarını ve kendi hukuk bilgilerini temel alırlar. Karar verme sürecinin nihai sonucu olan hüküm, gerçeklik ve hukuki yönleri açısından doğru olmalıdır ve muhakeme usulünün düzenli yönetilmesinden doğmalıdır. Edinilen bilgiler hâkimin somut olayın gerçeğini tam olarak kavramasına yardım edecektir. Gerçeği tam olarak kavrayan hâkim ise arzu edilen sonuca yani, makul bir karara ulaşabilir.⁶⁴ Sağlıklı ve adaletli bir karar verme, hâkimin gerçek olayla alakalı her bilgiyi değerlendirip yorumlamasına bağlıdır.⁶⁵

Şüphesiz hukuki karar verme, önceki davaları ve hukuk doktrinlerini referans almaya dayalı olmaktadır. Benzer vakalar arasındaki gözlemler de bunlara ek olarak karar vermede etkilidir. Köklü ya da sağlaştırılmış hukuki normlar da karar verme eğilimlerini şekillendirmektedir.⁶⁶

Hâkimin alabileceği kararlar sadece olaya ve kanunlara göre değil aynı zamanda yargılama usullerine de bağlıdır. Bazı dürtüler ve durumların da hâkimlerin kararlarını değiştirebildiği öne sürülmüştür. Örneğin görevle alakalı atama ve seçilmelerin olup olmaması, davalara diğer meslektaşlar ile ya da yalnız bakma gibi durumlar düşüncelerin değişimine sebep olabilmektedir. Ayrıca üst düzey mahkemeler, temyiz mahkemeleri ve yerel mahkemelerde çalışan hâkimlerin de kararlarında farklılıklar görülebilmektedir. Mahkemeler arasında ilişkiler ve hiyerarşi kararlar üzerinde etkili olabilmektedir.⁶⁷

⁶² Lee Epstein, Jack Knight, *The Choices Justices Make*, CQ Press, Washington, 1998, s. 9-17

⁶³ Zerrin Güngör, “Danıştay Başkanı ile Söyleşi”, *Akademi & Kürsü*, 2017, Sayı 2, s. 9

⁶⁴ Abdullah Dinçkol, “Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu”, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyum Kitabı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 172-187

⁶⁵ Susanne Marie Schmittat, Birte English, “If You Judge, Investigate! Responsibility Reduces Confirmatory Information Processing in Legal Experts. *Psychology*”, *Public Policy, and Law*, 2016, 22 (4), s. 386-400

⁶⁶ Tracey E. George, Lee Epstein, “On The Nature of Supreme Court Decision Making”, *The American Political Science Review*, 1992, Volume 86, No. 2, s. 323-337

⁶⁷ Pauline T. Kim, Margo Schlanger, Christina L. Boyd, Andrew D. Martin, “How Should We Study District Judge Decision - Making?”, *Washington University Journal of Law & Policy*,

Ayrıca karar vermenin en önemli boyutlarından birisi özgür iradeyle elde edilmesidir. Baskı, zorlama, etkileme gibi unsurlardan uzak olarak özgür bir şekilde alınan kararlar tam olarak karar vericinin gerçeği yansıtmasına zemin hazırlayabilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın yargı ile ilgili 3. Bölümü, Genel hükümler ve altında yer alan Mahkemelerin bağımsızlığı konusunu içeren 138. maddesine göre, "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" düzenlemesi ile yargı bağımsızlığı anayasa ile güvence altına alınmıştır.⁶⁸ Bağımsızlık, emir almama ve özgür olma demektir. Bağımsız olmayan bir hâkimden tarafsız bir karar vermesi beklenemez. Hâkimin bağımsızlığı, muhakeme dışı hiçbir etki altında kalmamakla elde edilir.⁶⁹ Centel'e göre ayrıca, yargılama sonunda verilen hükmün adil olması ve tarafları tatmin edebilmesi için, hâkim belli niteliklere sahip bulunmalıdır. Bu nitelikler, hâkimin bağımsızlığı ile tarafsızlığıdır.⁷⁰ Avcı'nın bahsettiğine göre ise hâkimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmaları, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri gerekir (Mecelle, m.1799).⁷¹ Adalet dağıtanlar, yani hâkimler, ne kadar gözleri kapalı olursa, yani çözdükleri uyuşmazlıkların taraflarına ne kadar yabancı olurlarsa o kadar doğru ve isabetli karar verirler.⁷² Tüm bunlarla birlikte, nasıl yargılayacağımız kim olduğumuzla alakalı olup kendimizi ve dünyayı nasıl değerlendirdiğimize ve anladığımızı bağlıdır.⁷³

Tecrübe süresinin artmasıyla birlikte hâkimlerde gözlenebilecek liderlik vasıfları da ayrı bir karakteristik özellikler bütünüdür. Bununla birlikte yönetsel becerilerin de bir hâkimde olması beklenebilmektedir. Ayrıca işleriyle ilgili konularda diğer kişilerle iletişim kurarken resmi, seviyeli ve dikkatli olmalarının gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁴ Liderlik kabiliyetleri ve iletişim becerileri değerlendirilmesi gereken bir diğer boyuttur.

2009, Volume 29 Empirical Research on Decision - Making in The Federal Courts, s. 83-112
⁶⁸ 9/11/1982 tarihli, 17863 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır. T.C. Anayasası, Üçüncü Bölüm (Yargı), I. Genel hükümler, A. Mahkemelerin bağımsızlığı, Madde 138

⁶⁹ Nur Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, 1996, İstanbul, s. 5-6

⁷⁰ Nur Centel, "Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri", s. 1, <http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>

⁷¹ Mustafa Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 27, s. 51

⁷² H. Hilmi Özdemir, "Hâkim ve Savcılarda Bulunması Gereken Nitelik ve Yeteneklerle, Tutum ve Davranışlar", Yargıtay Dergisi, 2002, Cilt 28, Sayı 3, s. 261-280

⁷³ Daniel J. Solove, "Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking", Law & Literature, 1997, 9:2, s. 173-227

⁷⁴ Kim ve Ark., s. 83-112

IV. LİDERLİK PSİKOLOJİSİ VE YÖNETSEL KABİLİYETLER

Liderlik özelliklerinin yeterince anlaşılması kişilerin insanları nasıl etkilediği ve etkilendiği, nasıl yönlendirdiği ve kurum - çalışan arasındaki ilişkilerin idrak edilebilmesine olanak tanıyabilmektedir. Çalışma psikolojisi ve sosyal psikoloji, liderlik ve yöneticilik özelliklerini psikolojik yaklaşımla anlamaya yardımcı olan bilim dallarıdır. Bu kısımda liderlik psikolojisinin hâkimler açısından fayda sağlayacak özelliklerine değinilmeye çalışılacaktır. Özellikle de karar verme bakımından hâkimin sahip olabileceği bazı liderlik ve yönetsel özellikler duygu, düşünce ve davranış üçlemesi üzerinde olumlu yönde farklılıklar oluşturabilir.

Hâkimlerin yargısal rolü ile liderlik ve yönetsel rolü örtüşmektedir. Hâkimler tecrübeleri ve uzmanlıkları gereği zaten bir lider ve yöneticidir. Kurumun işleyişini kavrama, diğer insanlarla iletişim, insanları yönetme ve kendini yönetme gibi konular liderlik ve yönetim pozisyonunu kullanmasına ve geliştirebilmesine olanak sağlamaktadır.⁷⁵

Sosyal etki, diğer insanları değişime ya da etkilemeye yönelik bir girişim olarak tanımlanabilir. Güç ise diğer insanların tutum, inanç (düşünsel bazda) ve davranışlarını değiştirme kabiliyeti ya da kapasitesidir. Çeşitli güç tipleri bulunmaktadır; kişinin güvenilirliği, alanındaki uzmanlık düzeyi ve bilgisi yumuşak bir güç sağlarken otoritesi, ödüllendirme ve cezalandırma kabiliyetlerinin ise daha sert bir gücü ortaya çıkarabileceğinden bahsedilmektedir.⁷⁶ Liderliğin tanımından çıkarım yaptığımız takdirde özellikle sosyal etki meydana getirme gücünden bahsedilebilir. Burada bahsedilmekte olan liderlikte, kurumsal bir güç ve bu lideri izleyen ya da takip eden bir kitle de söz konusudur.⁷⁷ Liderler pozisyonları gereği astları ile etkileşim içindedir, ödül ve ceza yetkisini kullanabilir ve diğer insanlar üzerinde stres oluşturan kararlar verebilmektedirler. Liderlik, klişeleri yineleyip durmanın ötesinde bir iştir. Ayrıca, yönetmek motivasyonu anlamış olmayı da içermektedir.⁷⁸

Karar verme ile liderlik arasında var olan bir bağlantıdan söz edilebilir. Liderlik vasıfları arasında kişisel kararlar ve değerler açısından zor kararları alabilmek, takdir etmek yer almaktadır. Bu açıdan duygular, tercihler, kişisel değerler ve tecrübe gibi faktörlerin karar verme sürecinin arkasında yattığı ifade edilmiştir.⁷⁹ İyi bir lider, bireysel olarak değişime açık, sadece konuyu,

⁷⁵ Kay Evans, "A Story of Leadership and Management Development: How The Judicial College in England and Wales Supports Modern Judges in Their Roles As Leaders and Managers", *Questione Giustizia*, 2016, 1, s. 1-7

⁷⁶ Daniel Levi, *Group Dynamics for Teams*, Sage Publications, USA, 2007, s. 128-131

⁷⁷ E. Kevin Kelloway, Julian Barling, "Leadership Development as An Intervention in Occupational Health Psychology", *Work & Stress*, 2010, Volume 24, No. 3, s. 260-279

⁷⁸ Jolanta Aritz, Robyn Walker, Peter Cardon, Zhang Li, "Discourse of Leadership: The Power of Questions in Organizational Decision Making", *International Journal of Business Communication*, 2017, Volume 54 (2), s. 161-181

⁷⁹ Anne M. Hornak, Regina L. Garza Mitchell, "Changing Times, Complex Decisions: Presidential

olayı anlayabilen değil aynı zamanda konuyla ilgili kararlarını bağdaştırabilen kişidir. Şartları derinlemesine kavrayabilme, tutarsızlık ve karmaşıklıklarla yüzleşerek karar verme yeteneğine sahip olma liderlerin özelliklerindedir. Liderlerin kararları, yönettikleri ekip üyelerinin düşünceleri ve amaçları üzerinde de etki göstermektedir. Benzer durumlar yöneticiler – müdürler için de geçerlidir; karar verme davranışları sorumlulukları adına anahtar bir rolü oluşturur, grupların kararları üzerinde etki gösterir. Verdikleri kararların kalitesi, ekiplerindeki kişilerin düşüncelerinin kalitelerini de belirlediği için lider ve yönetici kişiliklerin karar verme becerileri önem arz etmektedir.⁸⁰

Liderlik ile ilgili farklı araştırmalarda ise liderlik psikolojisi ile alakalı bazı kişilik özellikleri ve kabiliyetlerin şunlar olduğu gösterilmiştir: kufayet (ustalık), iletişim becerisi, kontrol etme, vefa, çabuk kavrayabilme, adaletli olma, karar verme, davranışsal tutarlılık ve güven. Özellikle de güven duygusunun lider karakterinde kişiler arası ilişkiler temelinde yönetimsel psikoloji bakımından çok önemli bir yer tuttuğu gözlenmektedir.⁸¹ Bu kişilik özelliklerinin yanı sıra farklı bazı özelliklerin de liderlerde bulunabileceği görülmüştür. Mesela stratejik planlama, güçlü ve zayıf yönleri görebilme, güç ve mevki elde etmeyle birlikte mütevazılıktan kopmama, aceleci davranmama, disiplin. Lider bir kişilik olan Hun imparatoru Atilla'nın kararlılık konusundaki görüşlerinden birkaçı şöyledir: karar vermenin özelliği, doğru işi yapma isteğidir. Sorumluluk taşıyan kararların oluşturulması zordur. Karar vermede cesaretin kılavuzu sağduyudur. Mükemmel karar çok azdır. En iyi kararlar, mantıklı seçenekler arasından sağduyuya en yakın olanıdır. Zamanlama karar verme için çok önemlidir. Bazen en iyi kararlar sorunun gerektirdiği duygusallığa kapılmadan verilir. Kendine güven kararlılıkta çok önemlidir.⁸² Atilla'nın komutanlarına liderlik ile ilgili tavsiyelerinden birisi ise şöyledir: bir komutan asla şansa güvenmez; geleceğini çok çalışmaya, enerjisine ve olumlu davranışlarına bağlar.⁸³ Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki yüksek enerji seviyesi, strese dayanıklılık, duygusal olgunluk, doğruluk ve kendine güven gibi bazı kişisel özelliklerin liderlik başarısı ile ilişkili görüldüğü ifade edilmiştir. Ancak, liderlik başarısına temel oluşturan bu kişilik özellikleri kadar başarıyı devam ettirmenin de önemli olduğu belirtilmiştir.⁸⁴

Values and Decision Making”, Community College Review, 2016, Volume 44 (2), s. 119–134

⁸⁰ David J. Snowden, Mary E. Boone, “A Leader’s Framework for Decision Making”, Harvard Business Review, 2007, Volume 85, Issue 11, s. 1-9

⁸¹ C. Shawn Burke, Dana E. Sims, Elizabeth H. Lazzara, Eduardo Salas, “Trust in Leadership: A Multi - Level Review and Integration”, The Leadership Quarterly, 2007, 18, s. 606–632

⁸² Wess Roberts, Hun İmparatoru Atilla'nın Liderlik Sırları, İstanbul, 1989, s. 64-66

⁸³ Roberts, s. 135

⁸⁴ Paul M. Muchinsky, Psychology Applied to Work, Sixth Edition, Wasworth / Thompson Learning, USA, s. 138

Liderler gruplarını yönlendirirken ikna edici özelliklerinden yararlanırlar. Gücün dayandığı bir diğer temel ise bilgidir. Genelde kabul edilmiş olan yargı, gücün bilgi olduğudur. Ancak burada önemli olan nokta sahip olunan bilginin değeridir. Başkalarının değer verdiği, önemli kabul ettiği, görece az bulunur nitelikte ve ikame edilmesinin zor olduğu konular güç ve liderliği etkilemektedir. Öte yandan güce sahip olmak kadar bu gücü kullanmayı bilmek de önemlidir. Kurumlarda sadece pozisyondan kaynaklanan güce dayanan bireyler resmi liderlerdir, yani yöneticilerdir. Bazı kişiler ise sahip oldukları özellikler ya da grup veya ekip üyeleri tarafından bazı özelliklere sahiplermiş gibi algılandıkları için grup ve üyelerini etkileyebilmektedirler. Kısaca yönetici, grubundaki bireyleri etkileme hakkına sahip olan ve bu hakkı atandığı pozisyondan alan kişi iken, lider grubundaki kişileri etkileyebilme becerisi olan kişidir. Lider aynı zamanda içinde bulunduğu yapıyı harekete geçirebilme potansiyeli mevcut olan kişidir.⁸⁵

Liderlik açısından entelektüel kapasite seçkin bir performans ortaya çıkarmaktadır. Büyük resmi görme, uzun vadeli bir bakış – vizyon sahibi olma gibi bilişsel kabiliyetler de önemlidir. Bunların yanı sıra IQ (zekâ katsayısı) ile EQ (duygusal zekâ) üstün performans sağlayan teknik becerilerdir ve liderlerde bu beceriler üst seviyededir. Ayrıca sağlıklı liderler kendini gözlemleyip analiz etme konusunda çok hünerlidirler.⁸⁶

Kararların lider karakterli yöneticiler tarafından verildiğinin farklı parametreler açısından göstergeleri, kişinin kurumsal olarak sahip olduğu gücü yansıtmaları ve / veya kullanmalarının yanı sıra kararlarının ikna ediciliği, açık ya da net olması ve hünerini göstermesi olarak ifade edilmiştir. Dava konuları ne olursa olsun daha kesin - net bir yönetim tekniği mahkemelerin daha kıymetli karar verme anlayışlarının ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Kısacası yönetsel eğilimler ve yaklaşımlar, özellikle de yüksek mahkeme çevrelerinde, hem meslektaş karar verici kişilerin etkinliği bazında hem de genel anlamda karar verme stratejileri ve anlayışları üzerinde etkili olabilmektedir.⁸⁷

V. HÂKİMLERİN NİTELİKLERİ

Bazı hâkimler zaman içerisinde çeşitli listeler derleyerek görevlerini yaparken göstermeleri gereken özellikleri sıralamışlardır. Devitt' in sıraladığı özelliklerden bir kısmı şunlardır: kibar olmak, sabırlı olmak, saygıdeğer / haysiyetli olmak, tembel olmamak, hiçbir davayı önemsiz görmemek, seri

⁸⁵ Azize Ergeneli, Örgüt ve İnsan, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2006, s. 207-210

⁸⁶ Alexander B. Aikman, "The Need for Leaders in Court Administration", s. 10-15, <https://nacmnet.org/sites/default/files/images/NeedForLeaders.pdf>

⁸⁷ Joseph Daniel Ura, Carla M. Flink, "Managing The Supreme Court: The Chief Justice, Management, and Consensus", Journal of Public Administration Research And Theory, 2016, Volume 26, No. 2, s. 185-196

olmak, sağduyulu / akliselim olmak...⁸⁸ Nadeau, iyi bir hâkimin sahip olması gereken özelliklerden bahsetmiştir, bunlardan bazıları: kibir olmaksızın kendine güven, kararlılık, sağduyulu olmak, mutedillik, hata yapmaktan çekinmemek, sorumluluk sahibi olmak...⁸⁹ Hâkimlerin tüm bu özelliklerin yanı sıra şüphesiz adil sıfatını taşıması ve gerçeğe ulaşma çabasını gösterecek sabırda bulunması en çok önem arz eden vasıflardandır.

Bir hukuk profesörü olan Gavison ise akademik bir bakış açısı ile hâkimlerde gözlenmesi beklenen bazı önemli yeteneklerin şunlar olabileceğinden bahsetmiştir: gerçeğe yönelme sorumluluğu, yargılama sürecini etkin ve saygın bir şekilde yürütebilmek, vakalarla ilişkili kanunları saptayabilecek hukuki yetkinlik, temel bir hukuki muhakeme ve yorumlama kabiliyeti, sağlam temelli bir adalet anlayışı, basiretli bir karar verme kabiliyeti ile gecikmeksizin karar alabilmek, verdiği kararların ikna ediciliğini ve nasıl gerekçelendireceğini iyi bilmek...⁹⁰

Solum ise hukuki erdemlerden ölçülü olma, cesaret, mizaç, zekâ ve bilgelik / feraset olarak bahsetmektedir. Solum bu erdemlere ek olarak olumlu etki sağlayabilecek olan üç bakış açısını da şöyle sıralamıştır: yargı tarafsızlığı, yargı güvenilirliği / doğruluğu, hukuki bakış / tasavvur.⁹¹ Solum'un bu tanımları özellikle de tarafsızlık ve güvenilirlik ilkeleri üzerinde bilhassa durulmasının hukukçulara büyük fayda sağlayacağı anlaşılmıştır. Solum ayrıca iyi bir hâkimin sahip olması gereken yargısal özellikleri ise şöyle sıralamıştır: dürüst, ağır başlı, yürekli, iyi huylu, tarafsız, gayretli, dikkatli, zeki, bilgili, yetenekli, hakkaniyetli ve bilge.⁹² Bunlara ek olarak nitelikli bir hâkimde olması arzulanan bazı yetkinlikler arasında şunlar sayılmaktadır: hukuk bilgisi çok yüksek, derinlemesine hukuk araştırmaları yapabilen; hakkaniyetli, mantıklı ve açık / net kararlar yazabilme becerisine sahip olmak.⁹³

Kutsal kitaplar, milletlerarası metinler ve bazı ülkelerin hukuk metinleri çerçevesinde bir hâkimde olması gereken bazı vasıfları şu şekilde tespit etmek mümkündür: vicdan sahibi olmak, nezaketli olmak, ahlaklı olmak, bağımsızlık, tarafsızlık, bilgili olmak, dürüst olmak, özenli olmak, insan haklarına saygılı

⁸⁸ Edward J. Devitt, "Ten Commandments for The New Judge", American Bar Association Journal, 1979, 65, s. 574-576

⁸⁹ Joseph P. Nadeau, "What It Means to Be a Judge", Judges' Journal, 2000, 39, s. 35

⁹⁰ Ruth Gavison, "The Implications of Jurisprudential Theories for Judicial Election", Selection, and Accountability, Southern California Law Review, 1987-1988, Volume 61, s. 1623-1624

⁹¹ Lawrence B. Solum, "A Tournament of Virtue", Florida State University Law Review, 2005, 32, s. 1365-1400

⁹² Solum, s. 1385

⁹³ Manjur Hossain Patoari, Mohammad Hasan Murad, Salahuddin Mahmud, "The Desired Qualities of a Good Judge", Academic Journal of Interdisciplinary Studies, MCSER Publishing, Rome - Italy, 2014, Volume 3, No 1, s. 97-103

olmak, doğruluk ve tutarlılık, adaletli olmak. Bu vasıflar, bir hâkimde olması gerekenlerin en önemlileridir. Bunları sınırlandırmak ve hepsi bu kadardır demek mümkün değildir. Zamana göre, bu vasıflar farklı kavramlarla ifade edilebilir ve bunlara ilaveler olabilir.⁹⁴

Mecelle’de ise hâkimin nitelikleri sıralanırken, onun hakîm (bilgin), fehîm (zeki), müstakîm (doğru), emîn (güvenilir), mekîn (temkinli) ve metîn (dayanıklı) olması, fıkîh meselelerine ve yargılama usulüne vâkıf ve davaları onları uygulayarak sonuçlandırmaya muktedir bulunması şartı aranmış, böylece kadılığın bilgi, sanat ve yüksek bir karakter işi olduğu belirtilmiştir (m. 1792-1794).⁹⁵

VI. HUKUKİ KARAR VERMEDE ETKİLİ OLAN DİĞER DEĞİŞKENLER

Hâkimin adil veya etik bir biçimde yargılama yapmayı, adaletin tecelli etmesini sağlamayı istemesi gerekir. Bu isteme ya da irade onda yoksa adalete giden yol - rastlantılar dışında - daha baştan kapanmış olur. Hâkimin böyle bir iradesi, doğru karar verme ya da adil olma iradesi varsa ve bunun için gerekeni yapmaya hazırsa bu durumda aşılması gereken başka aşamalar vardır. Ama hâkim bunu yapacak bilgisel donanıma ve düşünme / değerlendirme becerisine sahipse adil olması pekâlâ mümkündür.⁹⁶

Olaylara ait detaylar ve duruma has diğer özellikler yargısal fikirleri etkilemektedir ancak hâkimlerin mahkemelerdeki izlenimlere yönelik tahminleri ve davranışların sebeplerini anlayabilme kabiliyetleri de farklılık gösterebilmektedir. Kimi psikologlar bu perspektife göre farklılıkları “bilişsel stil” kavramıyla açıklamaya çalışmaktadırlar. Kişilerin uyarınları algılama, bilgiyi işleme ve problemler hakkında düşünme üzerine istikrarlı bir tarzı olduğuna işaret etmektedir. Bireysel farklılıklar bilişsel stillerin de ayrı işlenmesine ve sonuçta hâkimler ve kararlar arasında potansiyel farkların da meydana gelmesini sağlamaktadır.⁹⁷

Birçok avukatın davasını kazanma açısından sergilediği davranışsal karakteristiği, özellikle de sempatiklik, dürüstlük ve güvenilirlik özellikleri hâkim tarafından değerlendirilmektedir. Avukatın savunması, iddialarını ifade etmesi, ortaya koyması ve bu iddiaların doğruluğu o avukatın tutumu olarak nitelendirilmektedir.⁹⁸ Avukatın duruşma esnasında sergilediği bu tutumun

⁹⁴ Recep Akcan, “Hâkimin Vasıfları”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s. 299

⁹⁵ Akt. Avcı, s. 46

⁹⁶ Harun Tepe, “‘Yargı Etiği’ ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?”, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu Kitabı, 2017, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 56, s. 108

⁹⁷ Klein ve Mitchell, s. 279-280

⁹⁸ Jessica D. Findley, Bruce D. Sales, The Science of Attorney Advocacy, American Psychological Association, Washington, 2012, s. 13

hâkimin karar verme süreci üzerinde bir etki oluşturabileceği düşünülmelidir. Özellikle de sempatik tavırların ve güvenilirlik boyutunun etkisinin yüksek olduğu düşünülmektedir. Amerikan mahkemelerinde duruşma esnasında avukatın tavırlarının izlendiği, göz önüne alındığı; çeşitli kritik durumlar yaşansa dahi avukatın saygısını bozmamasının tavsiye edildiği ve karar vericilerin de bu yönde beklentilerinin olduğu ifade edilmiştir. Nitekim Amerikan hukuk literatürü göstermektedir ki jüri eğer avukatı dürüst olarak algılasa avukatın karar vericiyi ikna konusunda başarısı da artmaktadır.⁹⁹ Dürüstlüğe yapılan bu vurgulamanın aslında etiğin de bir konusu olarak düşünebiliriz. Etik açıdan dürüstlük karşılıklı güveni artırır ve bu durum yargısal süreçler üzerinde de geçerlidir. Mamafih mahkemelerin politika ve kamuoyu üzerinde de büyük bir rol oynadığı söylenebilir. Belirlemelere göre hukuki açıklamalar, yükümlülükler, anayasal kararlar gibi mahkemelerin dâhil olduğu konuların Amerika'da tüm halk üzerinde potansiyel bir etki gösterdiği saptanmıştır. Bazı davalara ait kararlar demokrasiyi kuvvetlendirip vatandaşlık haklarını koruyabilirken bazı kararlar da kamusal tartışmalara yol açıp demokrasiyi zayıflatıcı etkilere yol açabilmektedir. Mahkemeler ve verdikleri kararların politik, ekonomik ve kültürel güçlerle bir etkileşimi söz konusudur.¹⁰⁰ Temel olarak bir mahkemenin gücü ise kararları ya da davaları karara bağlamasıyla görülür ki bu gücü sağlamak kolay bir işlem değildir.¹⁰¹

Adalet tavrı, davranış ve hükümlerde doğru olmaktır. Hakka göre hüküm vermek, hak sahibine hakkını vermek, haksızları terbiye etmektir.¹⁰² Dürüstlük ve doğruluk ise ahlaki birer erdemdir, her insanda gözlenmesi beklenen özelliklerdir ve tabii ki hukukçular için de çok önem arz etmektedir. Karar verici olarak hâkimlerin dürüst olması ve doğruluktan ayrılmaması gerekmektedir. Solum, erdemli olmanın yargısal mükemmelliğin bir gerekliliği olduğundan bahsetmektedir.¹⁰³ Avcı ise makalesinde, “bilgi, kuvvet ve feraset sahibi hâkim, objektif delillere bağlı kalarak yargı faaliyetinde bulunmalıdır.” ifadesini kullanmıştır.¹⁰⁴

Eğer yargıyı meslek edinenler dürüst değilse yargılama yapmış sayılmayacaktır. Bu durum yargıya olan güveni zedeler...¹⁰⁵ İş etiği küresel bir kavram olup dürüstlük, güven, eşitlik ve insan hakları iş etiğinin evrensel nitelikleridir. Aynı zamanda etik ve ahlak konusu iş dünyasında verimlilik ve

⁹⁹ Findley ve Sales, s. 15-16

¹⁰⁰ Gerald N. Rosenberg, “The Impact of Courts on American Life”, The Judicial Branch, Oxford University Press, Kısım 3 / 11, New York, 2005, s. 280-283

¹⁰¹ David M. Dorsen, “Federal Court Jurisdiction”, Henry Friendly – Greatest Judge of His Era, Chapter 22, The Belknap Press of Harvard University Press, Amerika, 2012, s. 318

¹⁰² Pelin Çift, Ahmet Şimşirgil, Adalet Ustaları, Destek Yayınları: 878, İstanbul, 2017, s. 13

¹⁰³ Solum, s. 1365-1400

¹⁰⁴ Avcı, s. 42

¹⁰⁵ İbrahim Akın, Tansu Akın, Yargı Etiği, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2014, s.122

başarı gibi iki önemli boyutu etkileyen faktörler olarak da görülmektedir. Bu açıdan etik ve ahlak vicdan ile birlikte çalışan ve düşüncelerimiz üzerinde etkili olan önemli manevi unsurlar olarak görülmektedir.¹⁰⁶

Japon hukukunda yapılmış olan araştırmalara göre politik konularla alakalı hassas kararlar zaman zaman karar vericiler üzerinde kariyerlerine yönelik baskılar meydana getirebilmektedir. Politikanın hukuk üzerindeki etkilerine rağmen hâkimlerin Japon Anayasası ve diğer kanunlara bağlı kalarak, kendi bağımsız vicdanları üzerinden uygulamalara yönelmeleri beklentisi beyan edilmektedir. Japonya'da 1889 Anayasası'na göre imparatorluk dönemlerinde modern döneme göre hâkimlerin daha az bağımsız oldukları ifade edilmektedir. Bu eski dönemlerde yargı üzerinde politik ve idari çeşitli manipülasyonlar etkili olmuştur. Hâkimlerin bağımsızlığı konusunda özellikle 1990'lardan sonra olumlu yönde değişimler gözlenmeye başlanmış durumdadır. Nitekim bağımsız karar verebilmenin politik kültür unsurları ve bunların etkileri ile olan ilişkisi son derece mühimdir.¹⁰⁷ Daha kaliteli kararların verilebilmesi, daha iyi bir yargı sürecinin işletilebilmesi için teknik ve profesyonel yetkinlik, hâkimliğe seçim usulleri ve bunların yanı sıra yargısal erdem kavramının da üzerinde durulması faydalı olacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁸

Amerikan hukukunda yer alan bazı yaklaşımlar içerisinde hâkimlerin karar almasında etkili olan faktörlerin bulunduğu belirtilmiştir. Bir yaklaşıma göre geleneksel hukuk muhakemesinde geçmiş yargısal yapılara bağlılığın kararlar üzerinde etkili olduğunu göstermekteyken diğer bir yaklaşıma göre hâkimler kamuoyu, yerel tutum ile değerler, yasama ve yürütme organları gibi faktörlerden etkilenebilmektedir. Ayrıca, şu koşulların bulunduğu durumlar hâkimlerin kararları üzerinde etki gösterebilmektedir:

1. İki tarafı da eşit ölçüde zorlayan ya da çelişkili hukuki deliller bulunduğu,
2. Konu hukukun yeni bir alanı içerisinde olduğunda ya da emsal olmadığında,
3. Hâkimlerin kanun yorumcusu olmaktan ziyade kendilerini kanun oluşturuca olarak görme eğilimine sahip olduklarında.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Alper Küçükay, "İş Etiği Eğitimi: Veriler ve Değerlendirme (yayımlanmamış) Raporu", Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 2016, Ankara, s. 1-14

¹⁰⁷ J. Mark Ramseyer, Eric B. Rasmusen, *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*, University of Chicago Press, Chicago, 2013, s. 125-170

¹⁰⁸ Kate Malleson, Peter H. Russel, *Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World*, University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division, Toronto, 2006, s. 431

¹⁰⁹ Dunlosy ve Metcalfe, s. 328

Hâkimlerin karar vermesini etkileyebilecek diğer bir unsur motivasyondur. İçsel motivasyon, hâkimin iyi bir işi başarmasına yönelik gösterdiği çaba neticesinde sağladığı tatmindir. İçsel motivasyon dış motivasyon tarafından da pekiştirilebilir; işinde başarı gösteren hâkimin daha çok saygı ve popülerite kazanması buna bir örnek oluşturmaktadır.¹¹⁰ Brezilya hukuk sisteminde yapılan araştırmalara göre, birçok hâkimin gösterdikleri çalışma performansının sosyal yararlılığı sayesinde motive oldukları ifade edilmiştir. Bazı ifadelerle göre karar verme, “insanları dinleme”, “çatışmaları muhtemel en iyi yol ile çözüme kavuşturma”, “sosyal adalet” ve “sosyal fayda” kavramlarıyla bağdaştırılmıştır. Bu bakımdan psikolojide geçmekte olan “yardım etme davranışı” bir motivasyon kaynağı olarak sayılmaktadır. Kısmen de olsa bazı hakimlerin yürüttükleri yargısal görevler açısından motivasyon kaynağının prestij, ücret, terfi ve yaşam tarzına yönelik avantajlar gibi konular olduğuna dikkat çekilmiştir. Bunlara ek olarak profesyonel iyi bir hâkimin psikoloji, sosyoloji, ekonomi, yönetim ve politika gibi konulardan anlamasının faydalı olabileceğine işaret edilmiştir.¹¹¹

Yargıda karar verme süreçlerini etkileyen diğer bir unsur dosya üzerine düşen zamandır. Her bir dosya için gösterilen dikkatin yetersiz kalması hem üst düzey hem de ilk derece mahkemelerde problem teşkil etmektedir. Dosyalar üzerine daha çok zaman tanınabilmesi, üzerine düşünülmesi olumlu etki sağlayabilir.¹¹² Zaman baskısının karar verme üzerinde olumlu olmayan etkiler meydana getirdiği bilinmektedir. İş yoğunluğu ile birlikte zamanın getirdiği kısıtlamalar ile oluşan bir nevi bilişsel meşguliyet durumunun, hâkimleri daha kolay ve hızlı olan sezgisel kararlar vermeye yönlendirdiği düşünülmektedir.¹¹³ Zaman baskısının sıklıkla idealin ya da vasatın altında kararlar çıkmasını tetikleyen büyük bir mesele olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴

Herhangi bir değişken ya da faktör iyi bir kararın ortaya çıkmasını garanti etmemektedir. En önemli faktörlerden birisi kişilik özellikleridir.¹¹⁵ Yüksek derecede olgunluk ve özsaygıya sahip hâkimlerin tutumları ile kararları arasında güçlü bir bağ olduğu belirtilmiştir. Kişinin sahip olduğu ahlak duygusu, kültürel geçmişi, inanç, yaş, eğitim gibi sübjektif faktörler de karar verme üzerinde etkilidir. Bu farklı kişisel potansiyel ön yargı unsurları ve

¹¹⁰ Klein ve Mitchell, s. 20

¹¹¹ Adalmir Oliveira Gomes, Tomas Aquino Guimaraes, Eda Castro Lucas De Souza, “Judicial Work and Judges’ Motivation: The Perceptions of Brazilian State Judges”, Law & Policy, 2016, Volume 38, No. 2, s. 162-176

¹¹² Klein ve Mitchell, s. 293-294

¹¹³ Akt. Guthrie ve ark., Gilbert, supra note 46, at s. 179 (“The busyness - induced undercorrection of dispositional inferences is now a well-established and widely replicated phenomenon.”)

¹¹⁴ Guthrie ve ark., s. 35

¹¹⁵ Klein ve Mitchell, s. 295

aralarındaki etkileşimden bağımsız kararlar verebilmek ise oldukça zordur. Ön yargı ve hatalı bakış açılarından kurtulmanın çaresi olarak da şuurlu ya da bilinçli olmanın gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁶ Olgunluk ve şahsiyetli olmanın aynı zamanda bir liderlik vasfı olarak da kabul edildiği görülmüştür.¹¹⁷

Yargısal kararlar açısından karar verme süreçlerinde ön yargılı olmak, inatçılık, hastalık, yorgunluk vb. düşünce ve etkenlerin yeri olmamalıdır. Hâkimin doğruluğu nesnel ve hukuka uygun karar vermesinde yatar. Hâkim; sanıktan, kamuoyundan, çevreden, toplumsal katmanlardan, siyasal karar ve kanılardan etkilenmemelidir.¹¹⁸

Anayasamızda da hâkimlerin, savcılarının görevlerini yaparken önce anayasa, kanunlar ve hukuka bağlı bir vicdani kanaatle görevlerini yapacakları ifade edilmektedir. Bu açıkça göstermektedir ki yargı görevini yapanların Anayasa, yasa ve hukuk dışında herhangi bir kişi, düşünce ile inançla bağlı olmaksızın sadece anayasa, yasa ve hukuka bağlı vicdani kanaatleri ile hareket etmeleri, isabetli karar vermeleri üzerinde etkilidir.¹¹⁹

Karar verme bilişsel bir süreçtir. Yargısal davranış ve motivasyon hakim'in düşüncelerini şekillendiren birbiriyle ilişkili olan unsurlardır. Karar vericileri yargısal düşünce ve davranışları bağlamında ele almak onları anlamamız açısından fayda sağlayacaktır.¹²⁰ Hâkimlerin verdikleri kararlar nelerdir, kararları nasıl vermektedirler ve kararlarını haklı çıkartacak kaynaklar nelerdir; bu açılardan yapılacak daha detaylı değerlendirmeler bu konu üzerinde daha derin ve kapsamlı katkılar sağlayacaktır.

SONUÇ

Yukarıda bahsi geçen tüm yargısal ve psikolojik süreçlere ait bilimsel yaklaşımlar bizlere değerli bilgiler sunmaktadır. Şüphesiz karar vermenin bilişsel boyutta sadece burada yer alan tanım ve açıklamalarla sınırlı kalacağını düşünemeyiz. Çünkü karar verme insanın sahip olduğu temel bir özelliktir ve birçok değişken bu süreç üzerinde etkili olabilmektedir. Aynı zamanda öznellik içermesi sebebiyle de bu aktif ve üst düzey zihinsel süreçler için tarafımızın belirli bir formül üretme amacı da yoktur. Sadece şu ana kadar yapılmış

¹¹⁶ Donald C. Nugent, "Judicial Bias", Cleveland State Law Review, 1994, Volume 42, Issue 1, s. 1-60

¹¹⁷ Harry Levinson, Liderlik Psikolojisi, Çeviren: Dinç Tayanç, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 122-125

¹¹⁸ Özdemir, s. 273

¹¹⁹ Kenan İpek, "Sempozyum Açılış Konuşması Metni", Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu Kitabı, 2017, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 56, s. 26

¹²⁰ Lawrence Baum, "Motivation and Judicial Behavior: Expanding the Scope of Inquiry", Working Paper Presented at the Workshop on Exploring the Judicial Mind, University of Virginia, 2007, s. 1-33

araştırma ve analizler ele alınıp hukukçular için bir farkındalık oluşturma ve idrak artırma açısından çeşitli değerlendirmeler yapma; farklı ülkelerin literatüründe yapılan değerlendirmeler de ortaya konmaya çalışılmıştır. Belki de birçok hâkimin zaten doğal olarak ortaya koyduğu karar verme davranışına psikolojik bir bakış açısıyla katkılar sunulmaya çalışılmış, çok boyutlu analizler yapılabilmesi için bir zemin oluşturulmak istenmiştir.

Her ne kadar karar vermenin psikolojik boyutları olabildiğince bilimsel yaklaşımlarla ele alınmaya çalışılsa da konuyu netleştirmeye yönelik çok daha fazla araştırmanın yapılması gereklidir. Hukuki karar verme konusunda yeterince teori, çalışma ve veri bulunmamaktadır. Psikolojinin hukuka olan katkısını daha iyi ortaya koyabilmesi adına düşünülerek yazılan bu makalede çeşitli boyutlardan insanın düşünce yapısına, karar verme sürecine ve bu süreci etkileyen faktörlere yer verilmiştir. Üst düzey bir bilişsel özellik olan karar verme aynı zamanda insanın sahip olduğu en önemli özelliklerden birisi olması açısından da çok önem taşımaktadır. Bununla birlikte keskin bir görüş ile doğrudan ısrar etmek adil kararların ortaya çıkmasında önemli bir husustur.

Adil ve hâkim sıfatlarının tezahürü karar vermenin biyolojik ve psikolojik süreçlerin bir sonucudur. Gerçekte hakikatin tek olduğu bilincinden hareketle, gerçeğe ve hakikate ulaşma amacıyla sağlıklı ve başarılı kararların alınmasının, mesleki saygınlık ile kaliteyi artıracığı ve adaleti tesis edeceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Aikman Alexander B., "The Need for Leaders in Court Administration", s. 10-15, <https://nacmnet.org/sites/default/files/images/NeedForLeaders.pdf>

Akcan Recep, "Hâkimin Vasıfları", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s. 271-300

Akın İbrahim, Akın Tansu, Yargı Etiği, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2014

Alvarez Julie A., Emory Eugene, "Executive Function and The Frontal Lobes: A Meta - Analytic Review", *Neuropsychology Review*, 2006, Volume 16, Issue 1, s. 17-42

Amoko Arach, "The Art of Decision Making In Trial Courts", A Paper Presented at The January 2016 Annual Judges Conference, s. 1-9

Anderberg Rozita H., Hansson Caroline, Fenander Maya, Richard Jennifer E., Dickson Suzanne L., Nissbrandt Hans, Bergquist Filip, Skibicka Karolina P., "The Stomach Derived Hormone Ghrelin Increases Impulsive Behavior", *Neuropsychopharmacology*, 2015, 41 (5), s. 1199-1209, DOI: 10.1038/npp.2015.297

Andreasen Nancy C., Cesur Yeni Beyin, Çeviren: Yıldırım B. Doğan, Okuyan Us Yayın, İstanbul, 2003

Aritz Jolanta, Walker Robyn, Cardon Peter, Li Zhang, “Discourse of Leadership: The Power of Questions in Organizational Decision Making”, International Journal of Business Communication, 2017, Volume, 54 (2), s. 161–181

Avcı Mustafa, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 27, s. 33-58

Averbeck Bruno B., Duchaine Brad, “Integration of Social and Utilitarian Factors in Decision Making”, Emotion, 2009, 9, s. 599–608

Awh Edward, Gehring William J., “The Anterior Cingulate Cortex Lends a Hand in Response Selection”, Nature Neuroscience, 1999, 2, s. 853 – 854, doi:10.1038/13145

Baum Lawrence, “Motivation and Judicial Behavior: Expanding The Scope of Inquiry”, Working Paper Presented at The Workshop on Exploring The Judicial Mind, University of Virginia, 2007, s. 1-33

Bechara Antoine, “The Role of Emotion in Decision-Making: Evidence From Neurological Patients With Orbitofrontal Damage”, Brain and Cognition, 2004, 55, s. 30–40

Bechara Antoine, Damasio Hanna, Damasio Antonio R., “Emotion, Decision Making and The Orbitofrontal Cortex”, Cereb Cortex, 2000, 10 (3), s. 295-307

Bouyssou Denis, Dubois Didier, Pirlot Marc, Prade Henri, “Human Decision: Recognition Plus Reasoning”, Decision Making Process: Concepts and Methods - Chapter 4, 2009, s. 157-197

Burke C. Shawn, Sims Dana E., Lazzara Elizabeth H., Salas Eduardo, “Trust in Leadership: A Multi - Level Review and Integration”, The Leadership Quarterly, 2007, 18, s. 606–632

Burns Kylie, “Judges, ‘Common Sense’ and Judicial Cognition”, Griffith Law Review, 2016, 25:3, s. 319-351

Casey Pamela, Burke Kevin, Leben Steve, “Minding The Court: Enhancing The Decision Making Process”, International Journal For Court Administration, 2013, s. 1-10

Centel Nur, Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul, 1996

Centel Nur, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, s.1-4, <http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>

Charpentier Caroline J., Neve Jan-Emmanuel De, Li Xinyi, Roiser Jonathan P., Sharot Tali, "Models of Affective Decision Making: How Do Feelings Predict Choice?", *Psychological Science*, 2016, Vol. 27(6), s. 763–775

Çift Pelin, Şimşirgil Ahmet, Adalet Ustaları, Destek Yayınları: 878, İstanbul, 2017

Devitt Edward J., "Ten Commandments for The New Judge, *American Bar Association Journal*", 1979, 65, s. 574-576

Dinçkol Abdullah, "Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu", *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyum Kitabı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 172-187

Dorsen David M., "Federal Court Jurisdiction", Henry Friendly – Greatest Judge of His Era, Chapter 22, The Belknap Press of Harvard University Press, Amerika, 2012

Dunlosy John, Metcalfe Janet, *Metacognition*, Sage Publications, Amerika, 2009

Epstein Lee, Knight Jack, *The Choices Justices Make*, CQ Press, Washington, 1998

Ergeneli Azize, Örgüt ve İnsan, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2006

Evans Kay, "A Story of Leadership and Management Development: How The Judicial College in England and Wales Supports Modern Judges in Their Roles As Leaders and Managers", *Questione Giustizia*, 2016, 1, s. 1-7

Findley Jessica D., Sales Bruce D., *The Science of Attorney Advocacy*, American Psychological Association, Washington, 2012

Forgas Joseph P., *Feeling and Thinking: The Role of Affect in Social Cognition*, New York, Cambridge University Press, 2000

Gavison Ruth, "The Implications of Jurisprudential Theories for Judicial Election", *Selection, and Accountability*, *Southern California Law Review*, 1987-1988, Volume 61, s. 1623-1624

George Tracey E., Epstein Lee, "On The Nature of Supreme Court Decision Making", *The American Political Science Review*, 1992, Volume 86, No. 2, s. 323-337

Gigerenzer Gerd, Goldstein Daniel G., "Reasoning The Fast and Frugal Way: Models of Bounded Rationality", *Psychological Review*, 1996, Volume 103, No. 4, s. 650-669

Gomes Adalmir Oliveira, Guimaraes Tomas Aquino, De Souza Eda Castro Lucas, "Judicial Work and Judges' Motivation: The Perceptions of Brazilian State Judges", *Law & Policy*, 2016, Volume 38, No. 2, s. 162-176

Guthrie Chris, Rachlinski Jeffrey J., Wistrich Andrew J., "Blinking on The Bench: How Judges Decide Cases", *Cornell Law Faculty Publications*, 2007, Paper 917, s. 1-43

Guthrie Chris, Rachlinski Jeffrey J., Wistrich Andrew J., "Inside The Judicial Mind", *Cornell Law Faculty Publications*, 2001, Paper 814, s. 778-830

Güngör Zerrin, "Danıştay Başkanı ile Söyleşi", *Akademi & Kürsü*, 2017, Sayı 2, s. 9

Hinterberger Thilo, "The Science of Consciousness – Basics, Models, and Visions", *Journal of Physiology – Paris*, 2015, 109, s. 143–151

Hornak Anne M., Mitchell Regina L. Garza, "Changing Times, Complex Decisions: Presidential Values and Decision Making", *Community College Review*, 2016, Volume 44 (2), s. 119–134

Humphrey Nicholas, "Consciousness as Art", *Scientific American*, Summer 2017, Volume 26, No. 3, s. 4-9

Irwin John F., Real Daniel L., "Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity", *McGeorge Law Review*, 2010, Volume 43, s. 1-20

İpek Kenan, "Sempozyum Açılış Konuşması Metni", *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu Kitabı*, 2017, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 56

Kahneman Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Strauss, and Giroux, 2011

Kahneman Daniel, Tversky Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, 1979, Volume 47, No. 2, s. 263-291

Karakaş Sirel, *Kognitif Nörobilimler, Bölüm 1*, MN Medikal & Nobel, Ankara, 2008

Kelloway E. Kevin, Barling Julian, "Leadership Development as An Intervention in Occupational Health Psychology", *Work & Stress*, 2010, Volume 24, No. 3, s. 260-279

Kennerley Steven W., Walton Mark E., Behrens Timothy E. J., Buckley Mark J., Rushworth Matthew F. S., "Optimal Decision Making and The Anterior Cingulate Cortex", *Nature Neuroscience*, 2006, Volume 9, No. 7, s. 940-947

Kim Pauline T., Schlanger Margo, Boyd Christina L., Martin Andrew D., “How Should We Study District Judge Decision Making?”, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2009, 29, s. 82-112

Klein David, Gregory Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, New York, 2010

Kunda Ziva, “The Case for Motivated Reasoning”, *Psychological Bulletin*, 1990, 108-3, s. 480-498

Küçükay Alper, “İş Etiği Eğitimi: Veriler ve Değerlendirme (yayımlanmamış Raporu)”, *Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Ankara*, 2016, s. 1-14

Lerner Jennifer S., Li Ye, Valdesolo Piercarlo, Kassam Karim S., “Emotion and Decision Making”, *Annual Review of Psychology*, 2015, 66, s. 799-823

Levi Daniel, *Group Dynamics for Teams*, Sage Publications, USA, 2007

Levinson Harry, *Liderlik Psikolojisi, Çeviren: Dinç Tayanç, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul*, 2008

Malleson Kate, Russel Peter H., *Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World*, University of Toronto Press, Scholarly Publishing Division, Toronto, 2006

Maroney Terry A., “Emotional Regulation and Judicial Behavior”, *California Law Review*, Volume 99, s. 1481-1552

Michael Koenigsa, Jordan Grafman, “The Functional Neuroanatomy of Depression: Distinct Roles for Ventromedial and Dorsolateral Prefrontal Cortex”, *Behavioural Brain Research*, 2009, 201, s. 239–2

Missier Fabio Del, Mäntylä Timo, Bruin Wändi Bruine de, “Executive Functions in Decision Making: An Individual Differences Approach”, *Thinking & Reasoning*, 2010, 16: 2, s. 69-97

Morewedge Carey K., Yoon Haewon, Scopelliti Irene, Symborski Carl W., Korris James H., Kassam Karim S., “Debiasing Decisions: Improved Decision Making With a Single Training Intervention”, *Behavioral and Brain Sciences*, 2015, Vol. 2(1), s. 129–140, DOI: 10.1177/2372732215600886

Mowbray Derek, “Psychologically Healthy Workplaces”, 2014, <http://www.mas.org.uk/publications.html>

Muchinsky Paul M., *Psychology Applied to Work*, Sixth Edition, Wasworth / Thompson Learning, USA

Nadeau Joseph P., “What It Means to Be a Judge”, *Judges’ Journal*, 2000, 39, s. 35

Naqvi Nasir, Shiv Baba, Bechara Antoine, "The Role of Emotion in Decision Making: A Cognitive Neuroscience Perspective", *Current Directions in Psychological Science*, 2006, Volume 15, No. 5, s. 260-264

Neal Tess M. S., Brank Eve M., "Could Mindfulness Improve Judicial Decision Making?", *Monitor on Psychology*, 2014, *Judicial Notebook*, Volume 45, No. 3, Print version: s. 26

Nugent Donald C., "Judicial Bias", *Cleveland State Law Review*, 1994, Volume 42, Issue 1, s. 1-60

Özdemir H. Hilmi, "Hâkim ve Savcılarda Bulunması Gereken Nitelik ve Yeteneklerle, Tutum ve Davranışlar", *Yargıtay Dergisi*, 2002, Cilt 28, Sayı 3, s. 261-280

Patoari Manjur Hossain, Murad Mohammad Hasan, Mahmud Salahuddin, "The Desired Qualities of a Good Judge", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, MCSER Publishing, Rome - Italy, 2014, Volume 3, No. 1, s. 97-103

Phelps Elizabeth A., Lempert Karolina M., Sokol-Hessner Peter, "Emotion and Decision Making: Multiple Modulatory Neural Circuits", *Annual Review of Neuroscience*, 2014, 37, s. 263-287

Ramseyer J. Mark, Rasmusen Eric B., *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*, University of Chicago Press, Chicago, 2013

Rilling James K., Sanfey Alan G., "The Neuroscience of Social Decision-Making", *Annual Review of Psychology*, 2011, 62, s. 23-48

Roberts Wess, Hun İmparatoru Attila'nın Liderlik Sırları, İstanbul, 1989

Rosenberg Gerald N., "The Impact of Courts on American Life", *The Judicial Branch*, Oxford University Press, Kısım 3 / 11, New York, 2005

Rudorf Sarah, Hare Todd A., "Interactions Between Dorsolateral and Ventromedial Prefrontal Cortex Underlie Context-Dependent Stimulus Valuation in Goal-Directed Choice", *Journal of Neuroscience*, 2014, 34 (48), s. 15988 –15996

Sağır Cenkan, "Karar Verme Sürecini Etkileyen Faktörler ve Karar Verme Sürecinde Etiğin Önemi: Uygulamalı Bir Araştırma", Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, s. 1-198

Sanfey Alan G., "Decision Neuroscience: New Directions in Studies of Judgment and Decision Making", *Current Directions in Psychological Science*, Volume 16, No. 3, s. 151-155

Saraiva Ana Carolina, Marshall Louise, “Dorsolateral–Ventromedial Prefrontal Cortex Interactions during Value - Guided Choice: A Function of Context or Difficulty?”, *Journal of Neuroscience*, 2015, 35 (13), 5087-5088

Schmitt L. Ian, Wimmer Ralf D., Nakajima Miho, Happ Michael, Mofakham Sima, Halassa Michael M., “Thalamic Amplification of Cortical Connectivity Sustains Attentional Control”, *Nature*, 2017, 11;545(7653), s. 219-223

Schmittat Susanne Marie, English Birte, “If You Judge, Investigate! Responsibility Reduces Confirmatory Information Processing in Legal Experts. *Psychology*”, *Public Policy, and Law*, 2016, 22 (4), s. 386-400

Siddiqui Farah Rashid, Shahid Afshan, “Promoting Healthy Workplaces - Health Pledges Initiative at North Kirklees Primary Care Trust, NHS, England”, *The Journal of The Pakistan Medical Association*, 2012, 62 (10), s. 1028-1032

Snowden David J., Boone Mary E., “A Leader’s Framework for Decision Making”, *Harvard Business Review*, 2007, Volume 85, Issue 11, s. 1-9

So Jane, Achar Chethana, Han DaHee, Agrawal Nidhi, Duhachek Adam, Maheswaran Durairaj, “The Psychology of Appraisal: Specific Emotions and Decision-Making”, *Journal of Consumer Psychology*, 2015, 25-3, s. 359–371

Solove Daniel J., “Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking”, *Law & Literature*, 1997, 9:2, s. 173-227

Solum Lawrence B., “A Tournament of Virtue”, *Florida State University Law Review*, 2005, 32, s. 1365-1400

Stanovich Keith E., West Richard F., “Individual Differences in Reasoning: Implications for The Rationality Debate?”, *Behavioral And Brain Sciences*, 2000, 23, s. 645–665

Stenning Keith, Lambalgen Michiel van, “Reasoning Logic and Psychology”, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science*, 2010, Volume 2, Issue:5, s. 555-567

T.C. Anayasası, Üçüncü Bölüm (Yargı), I. Genel hükümler, A. Mahkemelerin bağımsızlığı, Madde 138

Tepe Harun, “Yargı Etiği’ ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?”, *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu Kitabı*, 2017, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 56, s. 108

Torey Zoltan L., “Background to The Brain: The Identity of Consciousness”, *The Consciousness Mind*, Kısım 2, The MIT Press, Amerika, 2014

Ura Joseph Daniel, Flink Carla M., “Managing The Supreme Court: The Chief Justice, Management, and Consensus”, Journal of Public Administration Research And Theory, 2016, Volume 26, No. 2 s. 185–196

Weber Elke U., Johnson Eric J., “Mindful Judgment and Decision Making”, Annual Review of Psychology, 2009, 60, s. 53-85

Weller Joshua A., Levin Irwin P., Shiv Baba, Bechara Antoine, “Neural Correlates of Adaptive Decision Making for Risky Gains and Losses”, Psychological Science, Volume 18, Number 11, s. 958-964

Wrightsmann Lawrence S., Judicial Decision Making - Is Psychology Relevant, American Psychology Association, New York, 1999

ÇİN HALK CUMHURİYETİ'NDE ÇAĞDAŞ İDARE HUKUKU İLKELERİ¹

Contemporary Administrative Law Principles in People's Republic of China

Abudureyimu YILIAER² - Armando ALIU³

Geliş Tarihi: 19.02.2018

Kabul Tarihi: 02.07.2018

ÖZET

Bu çalışmanın amacı genel olarak idare hukukunun temel ilkelerinin niteliğini, yapısını ve önemini incelemek ve daha spesifik olarak Çin Halk Cumhuriyeti'nde Çağdaş İdare Hukuku İlkelerini tartışmaktır. Araştırmanın hedefi idare hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde Çin Çağdaş İdare Hukuku Esas ve Usul İlkeleri'nin ayrıntılı bir şekilde açıklamaktır. Bu bağlamda, Çin Çağdaş İdare Hukuku İlkeleri, kanunilik ilkesi, uygunluk/makuliyet ilkesi, uygun usul ilkesi, kullanışlılık ve verimlilik ilkesi, dürüstlük ve güvenilirlik ilkesi, iktidar ve sorumluluk ilkesini kapsamaktadır. Bu ilkeler; (1) anayasa ve idare hukuku arasındaki bağlantı noktasıdır; (2) idare hukukunun oluşturulmasına rehberlik etmektedir; (3) idare hukukunun işleyişi için teorik bir çerçeve oluşturur; ve (4) yargı denetiminin son savunma hattıdır. Bu çalışmada, Çin İdare Hukuku'nun sınırlı idari yetki yöntemi ile etkili idari gücü yönteminin ortasında bir denge sağlandığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukukunun Temel İlkeleri, Çin Halk Cumhuriyeti, Çin Çağdaş İdare Hukuku İlkeleri

ABSTRACT

The aim of this study is to examine the importance, structure and attribute and more specifically argue contemporary administrative law principles in People's Republic of China. The objective of the investigation is to clarify in detail the Basic and Procedural Principles of Chinese Contemporary Administrative Law in frame of the fundamental principles of administrative law. In this context, Chinese Contemporary Administrative Law Principles encapsulate principle of legality, conformity/reasonableness principle, appropriate procedure principle, usefulness and productivity principle, honesty and reliability principle, government and reliability principle. These principles; (1) are the linking point between administrative law and constitution; (2) guide for the creation of administrative law; (3) establish a theoretical framework for the functioning of administrative law; (4) are the final advocacy line for judicial supervision. In this study, it was found out that China Administrative Law provides a balance between the method of limited administrative competence and the method of effective administrative power.

Keywords: Fundamental Principles of Administrative Law, People's Republic of China, Chinese Contemporary Administrative Law Principles

¹ Bu çalışma İstanbul Ticaret Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı Yayın, Araştırma, Proje Koordinasyon Kurulu (YAPKO)'nun 18-2017/27 numaralı proje protokol kodu ve "Çin Halk Cumhuriyeti İdare Hukuku ve ÇHC'nin Ticari Başarısına Etkileri: Türkiye için Dersler/Öneriler" başlıklı proje kapsamında hazırlanmıştır.

² İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü, Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku Bölümü, Doktora Öğrencisi, E-posta: aliyarlaw@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2706-252X>

³ İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü, Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku Bölümü, Doktora Öğrencisi, E-posta: armando.aliu@istanbulticaret.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3630-2516>

Giriş

Çağdaş idare hukukunun dağınık, çok değişken özellikleri, “Birleştirilmiş Hukuk Prensipleri”ne aykırıdır. İdare hukukunun temel ilkeleri, bu çelişkiyi hafifletmenin yollarından biri olarak görülmektedir. İdare hukukunun temel ilkeleri, modern yönetim gücünün temel işlevleri ve temel kurallarını esas alarak düzenlenen ilkelerdir. Bir başka deyişle, yürütme gücü ile sivil haklar, yürütme gücü ile yargı gücü ve yürütme gücü ile yasama gücü arasındaki ilişkiyi yönlendiren temel davranış kurallarıdır.

Çağdaş idare hukukunun temel ilkeleri bir yönüyle, çağdaş idare hukukunun yasama amacını temsil ederken öbür yönüyle çağdaş idare hukukunun temel sistemini temsil etmektedir. Bu nedenle, çağdaş idare hukukunda idare hukukunun temel ilkeleri diğer herhangi bir norm veya kuramla değiştirilemez.

Bu çalışmanın birinci bölümünde öncelikle Çin Çağdaş İdare Hukuku'nun temel ilkelerinin niteliği ve yapısı ele alınmıştır. Ardından ikinci bölümde temel ilkelerin önemi vurgulanmıştır. Üçüncü bölümde, çağdaş idare hukukunun temel ilkeleri, üç farklı bakış açısı ile ele alınacaktır. Bu bağlamda, hukuk disiplininde genel olarak kabul edilen kanunilik ilkesi, hukuka uygunluk ilkesi, uygun prosedür ilkesi, kullanılabilirlik ve verimlilik ilkesi, dürüstlük ve güvenilirlik ilkesi, iktidar ve sorumluluk ilkesi incelenmiştir. Son olarak, akademisyenlerin, etkin yönetim gücüne odaklanan ilkeler ve sınırlı idari yetkisine odaklanan ilkeler ile ilgili farklı görüşlerine yer verilmiştir.

1. İDARE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİNİN NİTELİĞİ VE YAPISI

İdare hukukunun amacı, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi için idari işlemleri standartlaştırmaktır. İdare hukukunun temel ilkeleri, bu amaca ulaşmanın teorik aracıdır.⁴

İdare hukukunun temel ilkelerini ele almadan önce, temel ilkeler kavramı üzerinde durulmasında fayda vardır. Kelime anlamıyla temel ilke, “Anayasada öngörüldüğü üzere hukukun temel değerlerini yansıtan, tüm hukuk sistemine veya çeşitli hukuk dallarına uygulanabilir ilke”dir. İdare hukukunun temel ilkesi, idare hukuku normlarının uygulanmasına rehberlik eden, daha geniş ve soyut bir ilkedir.⁵

⁴ Yang Dengfeng, “İdari Yasal İlke ve Yasal Kapsamı行政法定原则及其法定范围”, Zhongguo Xianzheng Wang,中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://law.cnki.net/yfzg/wenxian%5C-renwu%5C02%5C%E8%A1%8C%E6%94%BF%E6%B3%95%E5%AE%9A%E5%8E%9F%E5%88%99%E5%8F%8A%E5%85%B6%E6%B3%95%E5%AE%9A%E8%8C%83%E5%9B%B4.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01.2018), s. 109.

⁵ Wei Yong, “İdare Hukukunun Temel İlkeleri, 试论行政法的基本原则”, Zhongguo Xianzheng Wang, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=1256>, (Erişim Tarihi: 02.12. 2017), s. 1.

İdare hukukunun temel ilkeleri yazılı şekilde olabileceği gibi yazıya dökülmemiş de olabilir. Yasal normların boşlukları olduğu gibi ortak bir felsefe de hukuk eksikliğini telafi edebilir. Hiçbir idare hukuku uygulaması temel ilkeler ile çatışmamalıdır. İdare hukukunun temel ilkeleri yalnızca idare hukukunun gerekçeli statüsünü yansıtmakla kalmayıp aynı zamanda idare hukukunun fiili statüsünü de yansıtmaktadır. Bununla birlikte, idare hukukunda, hükümet ve vatandaşlar arasındaki ilişkinin gerçekliği, yürütme ve vatandaşlar arasındaki ilişki dışında olmamalıdır. Ayrıca, idare hukuku, gerçekliğin standartlaştırılması, geliştirilmesi sorumluluğunu da üstlenmek zorundadır.

1.1. İdare Hukuku İlkelerinin Niteliği

İdare hukukunun temel ilkesinin birinci niteliği, diğer belirli kural ve ilkelere yol açan bir tür “temel norm” olmasıdır. İkinci olarak, idare hukukunun temel ilkesi, idare hukukunun temel değerlerini temsil eden oldukça soyut bir tanımlamadır. Üçüncü olarak, idare hukukunun temel ilkesi, idari ilişkilerin genel düzeyini belirleyen ve düzenleyen genel bir norm niteliğindedir. Dördüncü olarak, idare hukukunun temel ilkesi, yalnızca tüm idari yasa uygulama faaliyetlerini yönlendirmek ve düzenlemekle kalmaz aynı zamanda idare hukukunun tüm yasama eylemlerini yönlendirir ve yeniden düzenler. Beşinci olarak, idare hukukunun temel ilkeleri, sadece idare hukukunun mevzuatı ve kolluk kuvvetleri için genel bir rehberlik fonksiyonu sunmakla kalmaz aynı zamanda bazı durumlarda idari işlemlere ve idari uyumsuzluklar için doğrudan uygulanır.

1.2. Çağdaş İdare Hukuku'nun Temel İlkelerinin Mantıksal Yapısı

Etkili ve kısıtlanmış kamu gücü oluşturmak çağdaş idare hukukunun temel sorunudur. Ayrıca, etkili ve kısıtlanmış kamu gücü oluşturmada çağdaş idare hukukunun temel ilkelerini oluşturmak mantıksal açıdan bir başlangıç noktası teşkil etmektedir.

1.2.1. Verimli Kamu Gücü

Geleneksel idare hukuku, idari yasa ile yürütme erkini kontrol eden, insan haklarının koruyucusu ya da yürütme organının mevcudiyetini düzenleyen yönetici araçtır. Bu nedenle, idare hukukunun geleneksel düşünce tarzında, yürütme otoritesi egemen konuma sahip olmayıp, belirli bir amaca ulaşmak için bir araç olarak kullanılır.⁶ Modern toplumda, hükümet yalnızca bireysel hakların koruyucusu değil, aynı zamanda bireysel hakların savunucusudur. Hükümetin bu görevi yerine getirmesinin temel önceliği, etkin bir idari

⁶ Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi, 现代行政法基本原则之重构”, (Çevrimiçi) <http://s.yingle.com/w/xz/366396.html>, (Erişim Tarihi: 02.12. 2017), s. 60.

güce sahip olmasıdır. İdari etkinlik, özellikle modern toplumda idari gücün yapıtaşdır.

1.2.2. Sınırlı Kamu Gücü

İnsanın zaaflarından dolayı yürütme gücü sınırlı olmalıdır. Bu idare hukukunun her zaman kabul edip uyduğu temel bir inançtır. İnsan haklarının korunması için yasama ve yürütme sırasının belirlenmesi büyük önem taşır. Ayrıca, bu uygulamanın “*Kıta Avrupası Hukuk Sistemi (Civil Law Legal System)*” hukuki uygulamaları üzerinde çok olumlu bir etkisi olmuştur.⁷ Çin İdari Ceza Kanunu m.9’a göre “kişisel hürriyeti sınırlayan çeşitli idari cezalar sadece kanunla koyulabilir. İdari organların bu çeşit cezaları düzenleme yetkisi yoktur.”

Ayrıca bu anlamda “kontrol yasası” neredeyse idare hukuku ile eş anlamlı hale gelmiştir.⁸ “*Anglosakson Hukuk Sistemi’nde (Common Law Legal System)*” idare hukukunun ilk anlamı şudur: “Hükümet gücünü kontrol etme hukuku”⁹ Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde kanuni idare, mevzuatın kısıtlaması ve idare mahkemelerinin kontrolü altındadır. İdari makam, idari organların yetkisi dahilinde yasa ile uyumlu olmayı incelemektedir.¹⁰ Bu nedenle, çağdaş idare hukuku altındaki yürütme gücü bir tür sınırlı devlet iktidarı olmalıdır.

Başka bir deyişle, çağdaş idare hukukunun temel ilkeleri şu gereklilikleri yansıtmalıdır: (1) güç kısıtlamaları; (2) hakların korunması; (3) verimliliği; ve (4) uygunluğudur.

İdare hukukuna “Dinamik Anayasa” da deniliyor. Bu nedenle, güç kısıtlamaları ve hakların korunması, idare hukukunun gerekli anımsatıcılarıdır. Yukarıdaki dört gereklilikten yola çıkarak, idare hukukunun temel ilkesi olarak “kanuni idare, makul yönetim, uygun usuller, verimli/kullanışlı, dürüst/güvenilir ve sorumlu idare” ilkesinin tanımlanabileceği görülmektedir.

Kanunilik ilkesi ile iktidar ve sorumluluk ilkesi, güç sınırlaması kategorisine dahildir: Uygunluk/makul ilkesi, uygun usul ve dürüstlük ve güven ilkesi, hakların korunması kategorisine aittir. Diğer yandan, kullanışlı ve verimlilik ilkesi ise etkinlik kategorisine aittir.¹¹

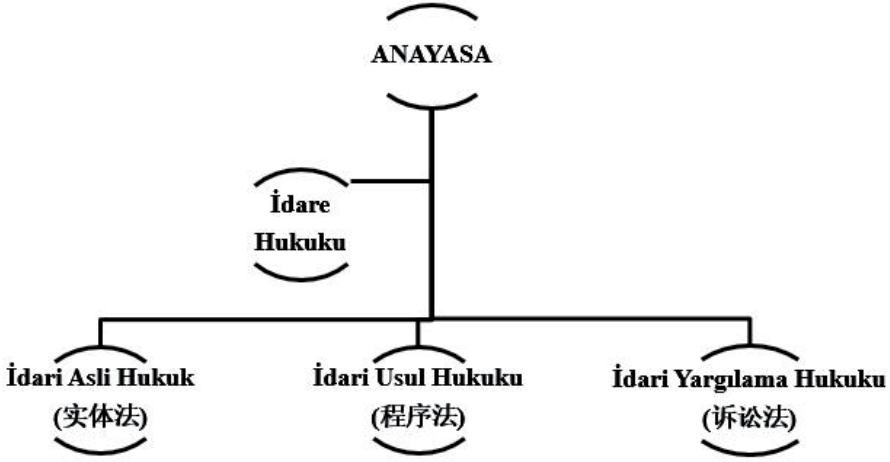
⁷ Peng Xiaoxia, “İdare Hukukunda Yasal Tutuculuk İlkesi Üzerine (论行政法上的法律保留原则)”, Xingzheng Luntan, 行政论坛 2010-2 (第17卷, 总第98期, (Çevrimiçi), <http://202.120.224.199/picture/article/247/9b/13/5c928929483fb2c5639de7864281/03266512-c295-4180-88a3-fb418892029e.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 65.

⁸ Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi”, age., s. 60.

⁹ Willian Wade, “Administrative Law”, [英]威廉•韦德《: 行政法》, 楚剑译, 中国大百科全书出版社1997年版, s. 5.

¹⁰ Hamlet Maoler, “Administrative law”, [德]哈特穆特•毛雷尔《: 行政法学总论》, 高家伟译, 法律出版社 2000年版, s. 103.

¹¹ Wei Yong, age., s. 2.



Şekil 1: Dinamik Bir Anayasa Olarak İdare Hukuku'nun Alt Disiplinleri

İdare hukuku “dinamik bir anayasa” olarak üçe ayrılabilir: İdari Asli Hukuk, İdari Usul Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku (bkz Şekil 1). İdari Asli Hukuk ile çözülmesi gereken sorun, yürütmenin gücü, diğer bir deyişle, yürütme organları ne yapabilir sorusunun cevabıdır. İdari Usul Hukuku ile çözülmesi gereken sorun, yürütme organlarının yetkilerini nasıl uygulamaları gerektiği ve yürütme makamlarının bunu nasıl gerçekleştirdiği ile ilişkilidir. İdari Prosedür Yasası, vatandaşları kurtarma prosedürüdür. Dolayısıyla, yürütme organlarının yanlışlarını düzeltme yoludur.¹²

2. İDARE HUKUKU TEMEL İLKELERİNİN ÖNEMİ

İdare hukuku temel ilkelerinin geleneksel normları “Kontrol Hakları” ve “Güvenlik Hakları”dır. Ancak modern toplumun sürekli gelişimi ve insanların ideolojik düzeyinin iyileştirilmesi ile gerçek anlamda yararlı olan standartlara sahip yasal ilkeler gözden geçirilmelidir.¹³ Bu açıdan idare hukuku temel ilkelerinin önemi aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

2.1. Temel İlkeler Anayasa ve İdare Hukuku Arasındaki Bağlantı Noktasıdır

Anayasa ve idare hukuku arasındaki ilişkinin perspektifinden bakıldığında, anayasa idare hukukunun temeli ve önceliğidir. İdare hukuku anayasanın

¹² Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi”, age., s. 60.

¹³ Huang Jinqiao, Ceng Ying, “Çin’de Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerini Oluşturmanın Önemi ve Kriterleri, 现代我国行政法基本原则的重要性与确立标准探讨”, Fazhi Yu Shehui, 法制与社会 2014.5, s. 261.

somut olarak uygulanması niteliğindedir. Aynı zamanda, idare hukukunun uygulanması da anayasanın geliştirilmesi için teşvik edici bir role sahiptir.¹⁴

İdare hukukunun temel ilkeleri hukuki değer ve yasal normların bir düzenlemesi ve yasal etkinin yoğunlaşma noktasıdır. Modern toplumun gelişmesi sürecinde, anayasa, iyi bir insan davranışı standardı olarak ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda, anayasa, insanlar için kalkınma yönünün belirlenmesine olanak tanımaktadır. İdare hukuku'nun temel ilkeleri, anayasa ve idare hukukunun birbirine bağlı olmasını sağlayan önemli bir noktadır. İdare hukukunun önemi, temel olarak, kanunun işlevsel yönlerine yansıtılmakta olup, idare hukukunun etkileri hakkında kapsamlı bir anlayışa sahiptir. Anayasanın idare hukukuna dayanan bu tür yönetim modeli, idare hukuku ile birbirine bağımlı bir ilişki oluşturmaktadır.¹⁵

Ayrıca, yürütme yetkisinin ihlali durumunda yürütme organları, organların kuruluş kanunu veya anayasa içerisinde belirtilen icra makamlarının görev tanımları ile ilgili hükümleri meşru sebep kabul ederek hareket edememektedir. Bu çerçevede, kesinlikle yasaya uygun bir temel bulunmalıdır.¹⁶

Çin'de, idari olmayan alanların idaresinin tüm ilkeleri anayasaya tabidir. Kanunlar arasındaki sinerji, sürekli temas ve gelişme yoluyla, anayasa ve idare hukuku daha mükemmel bir hale getirilebilir, insanların davranışlarını daha iyi düzenleyebilir ve sosyal uygarlığın inşasını teşvik edebilir.¹⁷

2.2. Temel İlkeler İdare Hukuku'nun Oluşturulmasına Rehberlik Eder

İdare hukukunun temel ilkerinin ana unsuru, tüm idare hukukunun yönlendirilmesinde ve uygulanmasında etkin rol oynamalıdır.¹⁸ Birleştirilmiş bir sosyal yönetim modeli elde etmek ve insanların birleşik yönetimini gerçekleştirmek için bir kanun oluşturmalıdır. İdare hukukunun temel ilkesi, birleşik düzen yönetimi için standartlar ve normlar oluşturur. Bu formüle ve gözden geçirme ilkesine dayanarak, idare hukukunun daha iyi uygulanmasını sağlayabilir.¹⁹

Çağdaş idare hukukunun ortaya çıkışı ile birlikte, "Kanuni İdare İlkesi" ve "Yasal Rezervasyon İlkesi" ortaya çıkmaya başlamış ve her zaman idari eylemi

¹⁴ Pan Jinmei, "Anayasa ve İdare Hukuku Arasındaki İlişki Açısından Hayatta Kalma Hakkının Korunması Hakkında从宪法与行政法关系的角度谈生存权的保护", *Intelligence, 法学视野*, s. 15.

¹⁵ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 261.

¹⁶ Huang Xuexian, "İdare Hukukunda Yasal Tutuculuk İlkesi Üzerine Bir Araştırma (行政法中的法律保留原则研究)", *Zhongguo Faxue, 中国法学*2004-05, s. 48.

¹⁷ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 261.

¹⁸ Peng Xiaoxia, age., s. 68.

¹⁹ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 262.

yönlendirmiştir. Bununla birlikte, modern dönemlerde idare hukuku büyük değişiklikler geçirmiştir.²⁰ Peki, idare hukuku ilkeleri, idare hukuku yasama faaliyetlerini nasıl etkiler?

Her şeyden önce, sadece anayasanın ruhunu değil, aynı zamanda idare hukukunun da değerini yansıtmalıdır. Aynı zamanda idari yasanın insanların zihnindeki etkisini derinleştirecektir. İdare hukukunun temel ilkeleri, idare hukukunun nihai etkisini tam olarak belirler. İdare hukukunun uygulanabilirliğini arttıracak ve yasal kurumların belirli bir hukuk sistemini tanımlamasını sağlayacaktır. İdare hukukunun temel ilkeleri, idare hukuku kurallarının oluşturulmasına da rehberlik etmektedir. Böylece, kurduğu hukuk kurallarının gerçek sosyal yönetim için daha iyi uygulanması sağlanır. Bu standardizasyon ilkesi, idare hukuku ve yönetim çabalarının değerini en üst düzeye çıkaran kanunlar çerçevesinde hareket eder.²¹

2.3. Temel İlkeler İdare Hukuku'nun İşleyişi için Teorik Bir Çerçeve Oluşturur

“Eski yasalar” Sosyalist Devrim'in seliyle yıkılmadan önce, idare hukukunun teorik çerçevesi ve kavramsal sistemi Japon yasalarını temel almıştır. 1980 yılındaki idare hukukunun revize edilmesiyle Çin Halk Cumhuriyeti'nin kütüphanelerinde ve arşivlerinde bulunan hukuk yazıları değerli bir miras haline gelmiştir.²²

Modern toplumun gelişim süreci, toplumda birçok yasadışı olayı yavaş yavaş ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, insanların davranışlarını düzenlemek için sağlam bir hukuk sistemi kurulmalıdır. Bunun önemli bir parçası da idare hukuku alanındadır. İdare hukukunun temel ilkeleri, idare hukukunun uygulanması için teorik bir çerçeve sağlamaktadır. Böylece, halkın yönetiminde daha iyi rol oynayabilmesi mümkündür.²³

İdare hukuku ilkeleri, idari işlemlerin ne şekilde ve nasıl yapılacağı konularında rehberlik etmektedir. İdare hukuku düzenlenmesinin amacı, makul bir idare hukuku sistemi oluşturmak için “İdari İlişkiler” ve “İdari İlişkilerin Denetimi” olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Buna ek olarak, bu ayırım ve tespit, aynı zamanda genel idare hukuku ilkelerinin, Çin İdare Hukuku'nun artık vazgeçilmez bir parçası olduğunu vurgulamaktadır.²⁴

²⁰ Huang Xuexian, age., s. 49.

²¹ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 262.

²² Ying Songnian, “Çin idare Hukuku 60 yıl中国行政法学60年”, Xingzheng Faxue Yanjiu, 行政法学研究2009-04, s. 62.

²³ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 262.

²⁴ Bao Wanchao, “İdare Hukuku Dengesi Teorisinin Karşılaştırmalı Bir İncelemesi 行政法平衡理论比较研究”, Fazhi Yu Shehui 法制与社会 2014-26 (Çevrimiçi) <http://vod6.pkudl.cn/>

Toplumun ilerlemesine paralel olarak idare hukukunun gelişmesiyle yönetim biçimi de değişebilmekte ve olumsuz bir görünümünden olumluya doğru bir dönüşüme uğrayabilmektedir. Bu alanda, hakların uygulama kapsamı belirlenmiş ve genişletilmiştir. Şimdilik, bu ilkelere nasıl başvurulacağı ve nasıl verimli şekilde çalışacağı hususları üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Bu sebeple, idare hukukunun genel ilkeleri, uygulamada herkes için adeta bir rehber niteliğindedir.²⁵

2.4. Temel İlkeler Yargı Denetiminin Son Savunma Hattıdır

Çin “İdari Usul Kanunu” hükümlerine göre “*Halk Mahkemeleri, idari davaları ele alır ve belirli idari düzenlemelerin hukuka uygun olup olmadığını inceler.*” Bu hüküm, idari davaların hukuka uygunluk incelemesi ilkesinin Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku davasından farklı olduğunu; idari davalarda, “Yargı Gücü (Adli İktidar)” ile “Yürütme Gücü” arasındaki temel sınırı ve seviyesini belirler.²⁶

Yargı denetimi sırasında idare hukukunun temel ilkelerine dayanarak bireylerin haklarının gözden geçirilmesini, adaletin ve “istisnai durum kuralları”nın azaltılmasını sağlar. İdare hukukunun temel ilkesi, adalete uygun işlem ve eylemlerin tesisi yönünde idarenin hareket etmesini sağlamaktır. Bunun yanında bu ilkeler, hukuk sistemini ve hukukun etkisini geliştirme bakımından önemli rol oynamaktadır.²⁷

3. ÇİN ÇAĞDAŞ İDARE HUKUKU’NUN TEMEL İLKELERİ NELERDİR?

Hukuk devletinin bir gereği olarak “İdarenin Kanuniliği İlkesi”, idarenin her zaman hukuka bağlı kalma zorunluluğu ve insan hakları ihlallerinin, hataların ve hukuka aykırılıkların giderilmesi idare hukukunun temel sorunlarıdır. İdare hukukunun temel ilkeleri, yurtiçinde ve yurtdışındaki idare hukuk çevreleri tarafından farklı açılardan özetlenmiştir.

3.1. İdare Hukuku’nun Temel İlkeleri

İdare hukukunun temel ilkesi idare hukukunun esasını yansıtan ve idare hukukunun yöntemini ve uygulanmasını yönlendiren temel ilkedir. Çin İdare Hukuku’nun temel ilkeleri, idari içtihat teorisine ilaveten devletin yasama belgelerinden ve politika belgelerinden türetilmiştir. Merkezi hükümetin

xzgj/xzfx/contents/thesis/the_007_01.pdf, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 3.

²⁵ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age, s. 262.

²⁶ Zhu Qing, “İdare Hukuku Kapsamında Memur Haklarından Kaçınma Araştırması 行政法视角下的公务员权利救济研究”, (Çevrimiçi) <https://www.sinoss.net/uploadfile/2017/0419/20170419070701862.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 7.

²⁷ Huang Jinqiao, Ceng Ying, age., s. 262.

yayınladığı “*Hukuki İdare için Uygulama Özeti*”ne göre, Çin İdare Hukuku’nun temel ilkeleri başta kanunilik, yasal yönetim, makul yönetim ilkesi, güven ve koruma ilkesi ve yüksek verimlilik ilkesi olarak sayılmaktadır.²⁸ Bununla birlikte daha detaylı ayrımlar da vardır.

Örneğin, “Çin Çağdaş İdare Hukuku İlkeleri”ni “esas ilkeler” ve “usul ilkeleri” olarak ikiye ayıran çalışmalar da vardır. Bu ayrıma göre genel olarak sözkonusu ilkeler adlarıyla Tablo 1’de verilmiştir.

Tablo 1: Çin Çağdaş İdare Hukuku İlkeleri

Çin İdare Hukuku’nun Esas İlkeleri	Çin İdare Hukuku’nun Usul İlkeleri
1. “ <i>Kanuna Uygun İdare</i> ” İlkeleri	1. <i>Hukuka Uygun İşlem İlkesi</i>
2. <i>İnsan Haklarına Saygı Gösterme ve Koruma İlkeleri</i>	2. <i>İdari Açıklık İlkesi</i>
3. <i>İhlalin Geçersizliği İlkesi</i>	3. <i>İdari Adalet İlkesi</i>
4. <i>Hukuka Güven İlkesi</i>	4. <i>İdari Eşitlik İlkesi</i>
5. <i>Orantılılık İlkesi</i>	

Çin’de idare hukukunun gelişimine göre, idare hukukunun şu iki temel ilkesine özel önem verilmesi gerektiği düşünülmektedir: (1) İdarenin Kanuniliği İlkesi; ve (2) Hukuka Uygunluk İlkesi. Burada öncelikle “İdarenin Kanuniliği İlkesi” ile başlanacak ve idarenin hukuk standartları içinde kalmasını sağlayacak onlarca ayrı ilke ve usul kuralına ise bu çalışma kapsamında kısaca değinilecektir.

3.1.1. Kanunilik İlkesi (合法行政原则)

Kanunilik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmazlarından. Hukuk devleti kavramının ortaya çıkışı, Aristo dönemine kadar geri götürülebilir. Aristoteles, takdir yetkisini keyfilik olacağı gerekçesiyle dışlayıp takipçilerini, takdir yetkisine dayanan ancak her zaman hukukun üstünlüğü içinde seçimin olabileceğini ifade etmiştir.²⁹

İdare hukukunda “hukukun üstünlüğü” ifadesi oldukça önemli bir rol oynamaktadır. İdari makamların rastgele/keyfi işlem ve eylemlerine karşı halkı korumayı idare hukuku ve idari yargı sağlamaktadır. “Hukukun üstünlüğü” ifadesi, hukuk ilkelerine dayanan bir hükümet anlamına gelen “*la principle de*

²⁸ Wang Ying, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi 重构现代行政法基本原则的探讨”, Hubei Hanshou Daxue Xuebao, 湖北函授大学学报 (2017) 第30卷第7期总第197期, s. 68.

²⁹ Ranjan, Vivek, “Rule of Law and Modern Administrative Law”, (November 12, 2010), s. 1.

legalite" (Fransız Hukuk Devleti) sözcüğünden türetilmiştir. En basit şekliyle, "hukuk devleti" terimi, ana konularda kuralların belirlendiği bir ülkede işlemektedir. Temel olarak, insanlığın dış faaliyetlerini düzenleyen ve adaletin uygulanmasında devlet tarafından tanınan ve uygulanan bir kural veya ilke anlamını taşımaktadır.³⁰

İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna uygun olmalı hem de kanunla verilen yetki çerçevesinden çıkmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, idarenin işlem ve eylemleri kanuna dayanmalı ve aynı zamanda kanuna aykırı da olmamalıdır. Bundan kasıt, idarenin güç kullanırken bu gücü bir hukuki kaynağa dayanmadan keyfi olarak kendiliğinden kullanamamasıdır. Esasen, idareye yetki veren bir kanunun olması gerektiği anlamına gelmektedir.

İdare hukukunda yetkisizlik asıldır. Yani idare kendiliğinden bir yetkiye sahip değildir. İdare kendi kendine vazife ve yetki (selahiyet) çıkartamaz; ancak bir alanda yetkilendirilen idare o alanda yetki kullanabilir. Dolayısıyla tüzel kişilik meselesinde olduğu gibi bir idare ancak faaliyet alanıyla sınırlı faaliyet gösterebilir. Yetkisizlik asıl olduğu için mutlaka ona yetki veren bir düzenlemeye, bir kanuna ihtiyaç vardır. Bu anlamda, yetki de çoğu zaman kanunu gerektirir. Kanuna dayanmayan bir yetki olamaz.

İdarenin kanuna uygunluğunda ise idarenin yaptığı faaliyet kanuna aykırı olmamalıdır. Dolayısıyla, idarenin yetkisi vardır ama bu yetkisini kanuna aykırı kullanamayacaktır. Kanun, idarenin yetkisinin hem temelidir hem de ihlal edemeyeceği şartları belirleyen son halkadır. Dolayısıyla, idare hukukunda kanunilik ilkesi çokça üzerinde durulan bir ilke olarak önem taşımaktadır.

Çin İdare Hukuku'nda kanunilik ilkesi, idari kurumların mevcut durumun hukuka uygunluğunun sağlanmasını ve idarenin kanunların belirlediği çerçevenin sınırları içinde kalmasını gerektirmektedir.

3.1.1.1. Yürütme Faaliyetleri Yürürlükteki Kanunlara Uymak Zorundadır

İlk olarak, idari organlar tarafından yürütülen idari işlemler, ister soyut nitelikteki düzenleyici idari işlemler isterse birey-özel idari işlemler olsun (抽象行政行为和具体行政行为) kanunla çelişki içinde olmamalıdır. İkinci olarak, yürütme makamları mevcut etkin kanun ve yönetmelikleri aktif olarak uygulamalıdır.

³⁰ Aberham Yohannes, Desta G/Michael, "Administrative Law", Prepared under the Sponsorship of the Justice and Legal System Research Institute (2009), (Çevrimiçi) <https://chilot.me/wp-content/uploads/2011/06/administrative-law.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 53.

3.1.1.2. Yürütme Organları Faaliyetlerini Kanunların Belirlediği Çerçeve Gerçekleştirmelidir

Yürütme organları ile muhatap kişi (行政相对人, administrative counterpart) arasındaki ilişkide; birincisi, idari organlar tarafından alınan idari önlemlere, kanunlarda açıkça izin verilmiş olmalıdır. Bu izne, görev ve yetkinin hukuk ile belirlenmesi denilebilir. İdare hukukunda yürütme ve muhatabı olan kişiler hakkında uygulanabilir kurallar da farklıdır. İhlal standartlarının değerlendirilmesi de farklıdır. İdare, kanuna dayanmayan bir idari önlem alamaz. Kişiler ise açık bir şekilde kanunlarca yasaklanmayan faaliyetlerde serbesttir. İkincisi, bir yasama hükmünün izni olmaksızın, bir idari organ, herhangi bir olumsuz idari işlem yapamaz (idari ceza uygulamak veya tipik bir örnek olarak zorlayıcı önlemler/zecri tedbirler).³¹

3.1.2. Uygunluk/Makuliyet İlkesi (合理行政原则)

Karar verme konsepti idare hukukunun ana konularından biridir. Takdir hakkı teriminin, tüm vatandaşları dahil ederek hedeflerine ulaşması nedeniyle, idarenin kanunlarla kendisine verilen görevlerini, idari fonksiyonun amacına, keyfi olmayan araçlarla ulaşmayı seçmesi anlamına gelir. İdare takdir yetkisini kullanarak, bir dizi çözümler arasından en uygun olanını seçebilir, ancak makuliyet ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Bu ilke, idari karar verme sırasında ve kararların dava sırasında yargı tarafından değerlendirilirken kamu yararı ve özel yararların değerlendirilmesi arasında korunması gereken mantık ilişkisini ifade etmektedir. Bununla birlikte, bu değerlendirmede bir taraftan kamu yararının en üst düzeye çıkarılması gerekmektedir. Ancak öte yandan, birbirleriyle çelişen özel çıkarların da tamamen tehlikeye atılmaması amaçlanmaktadır.³²

“Makuliyet İlkesi”, idari kararların akla uygun/rasyonel olması ve özellikle takdiri idari faaliyetler için geçerli olan idare hukuku ve yönetim alanında önem taşımaktadır. Burada rasyonellik, asgari bir sebeple, idari karara atıfta bulunarak, sıradan normal bir insanın bu kararı makul bulacağını ifade etmektedir. İdarenin kararlarının bu ilkeye göre bilimsel adalet ve toplumsal etiğe uygun olması gerekmektedir.³³

Makuliyet ilkesi, idare hukukunun altı ana ilkesinden biridir. İdari organların sadece yasaların gereklerini yerine getirmesini değil, aynı zamanda kaynak tahsisine en uygun sonuca ulaşmasını da gerektirmektedir.³⁴

³¹ “İdare Hukukunun Altı Temel İlkesi - İdare Hukuku Beyannamelerinin Teorik Kaynakları, 行政法的六大基本原则——行政法论述题的理论来源”, (2017-6-19) (Çevrimiçi) http://www.law-lib.com/sk/sikao_view.asp?id=25650, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 1.

³² Shishir Lamichhane, “Administrative Law-Fundamental Principles of Administrative Law”, Nepal Law Campus, 20/04/2015, s. 3.

³³ Wei Yong, age., s. 2.

³⁴ Sun Qinglin, “İdare Hukukunun uygunluk/makul ilkesi, 探究行政法之合理行政原则”, Faz-

Çin Merkezi Komitesi'nin "İdarenin Kanunla Yürütülmesinin Uygulanmasına İlişkin Özet" kararında da, "Uygun/Makul Yönetim" ile ilgili aşağıdaki ölçütler belirlenmiştir:

Takdir hakkının kullanılması yasal olmalıdır. İlgisiz faktörlerin etkileşimi ortadan kaldırılmalı; alınan tedbirler ve önlemler gerekli ve uygun olmalıdır. Yürütme yetkilileri, idarelerinde idari amaçları uygulamak için çeşitli yollar benimseyebilirlerse de, tarafların haklarına ve çıkarlarına en faydalı olan yöntemi seçmelidir.»³⁵

Aslında burada tanımlanan ilke açıkça "ölçülülük ilkesi"dir ve İngiliz Hukuku'nda da makullük testi adıyla uygulanagelmektedir.³⁶ Bu temel fikir de demokratik fikirler çerçevesinde diğer ülkelerde de yansımakta, ancak Almanya'nın başını çektiği Kıta Avrupası Ülkeleri, bu içeriği zenginleştirerek ve tam bir teorik yapıyla derinleştirerek geliştirilmiştir. Fransız Devrimi'nin etkisinde 18. yüzyılın sonlarında, Almanya'da gerektiğinde adli beyanın bir dizi halinde, ilkelerin kişisel özgürlüklerinin sınırlayıcı etkisi vurgulanmıştır. Bu konuya aşağıda "orantılılık" konusunda değinilecektir. Buna göre, "uygun yönetim ilkesi", "idarenin adil ve eşit olması ilkesi"ni, "ilgili faktörleri dengeleme ilkesi"ni ve "orantılılık ilkesi"ni kapsamaktadır.³⁷

3.1.2.1. İdarenin Adil ve Eşit Olması İlkesi

"Eşitlik, kanun önünde eşitlik ya da tüm sınıfların olağan kanun mahkemeleri tarafından yönetilen halkın olağan yasalara eşit şekilde boyun eğdirilmesi anlamına gelir. Yukarıdaki ifadenin bir anlamı, hükümet eylemlerinin yasallığı konusundaki uyuşmazlıkların, yürütmeden bağımsız yargıçlar tarafından kararlaştırılmasıdır." Bir idari organ, idari işlem ve eylemleri yürütürken, adalet ve eşitlik ilkesine uygun davranmalıdır (Ibid).

3.1.2.2. İlgili Faktörleri Dengeleme İlkesi

Dengeleme ilkesi ile takdir hakkının kullanılmasında mevcut faktörleri göz önünde bulundurarak kanuniliğin korunmasına çalışılır. Bunun anlamı, ilgisi olmayan faktörlerin etkileşimine izin vermemek ve dışlamak gerektiğidir.

hi Yu Shehui, *法制与社会*, 2016/36, s. 3.

³⁵ Yang Dengfeng, "Makullük ilkesinden orantılılık ilkesine, 从合理原则走向统一的比例原则", *Zhongguo Xianzheng Wang*, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=12115>, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 2.

³⁶ Chris Hilson, "Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence", 9 *Eur. Pub. L.* 125 (2003).

³⁷ Zhou Yunfan, "İdare Hukukunun Makul İlkeleri İçindeki Orantılılık, 行政法中的合理原则與比例原则", (Çevrimiçi) <http://www.hi138.com/falv/xingzhengfa/200609/138094.asp>, (Erişim Tarihi: 15.11. 2017), s. 3.

Örneğin, vergi kanunlarını uygulayan ilgili memurlar, tarafların idari yaptırıma karşı sundukları savunmalarından dolayı daha ağır cezalar veremezler (Ibid).

3.1.2.3. Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesinin temel anlamı, idari organın kanunların öngördüğü idari amaçların gerçekleştirilmesinde ve idari düzenlemedeki eşdeğerlerinin (muadillerinin) meşru hak ve menfaatlerini göz önünde bulundurmasıdır.³⁸ Orantılılık ilkesinde temel içerik, kamu yararını sağlamaya çalışırken idarenin makul ve düzgün davranması olmalıdır. Başvurulan sınırlama araçları ile ulaşılmak istenen amaçlar arasındaki denge halkın ve ailelerin çıkarlarına karşı olmamalı ve en fazla kişiyi gözetecek şekilde olmalıdır.³⁹

Devletler kendilerini kamusal hayatın yeni alanlarına daha çok dahil ettikçe ve yurttaşların devletin yönetim şekline daha fazla uyumlu olmasıyla idari ve cezai düzenlemelere duyulan ihtiyaçlarda, toplumsal refahın artırılmasında ve bireysel özerkliğin daha çok görünür hale gelmesinde bazı gerilimler kaçınılmaz olarak açığa çıkmaktadır. Orantılılık ilkesi yasal düzende ortaya çıkan bazı haklar ile çıkarlar arasındaki çatışmaların çözülmesinde kullanılan bir araçtır. Orantılılık ilkesi, bireysel hakların kamu yararı ile çeliştiği durumlarda kullanılmaktadır.⁴⁰

3.1.3. Uygun Usul İlkesi (程序正当原则, Due Process)

İdare hukukunun varlığı, kamu gücünün sınırlandırılmasının sağlanmasını ve özel hakların idare karşısında korunmasını esas almaktadır. İdare hukukunun etkin bir şekilde kullanılması için, işlemlerinin meşruiyeti vazgeçilmezdir ve “uygun prosedür” de idare hukukunun adaletini garanti eden önemli bir güçtür. Ekonominin gelişmesiyle birlikte, İngiliz Hukuku’nda yargının temelini oluşturan “*Due Process*” konusunda da gelişmeler olmuştur. İhtiyaçları savunan ilke, buna göre orijinalliği korunarak geliştirilmelidir. Bununla birlikte, insanların hakları ve çıkarları güvence altına alınmalıdır.⁴¹

³⁸ Sun Qinglin, age., s. 2.

³⁹ Zhou Yunfan, age., s. 3.

⁴⁰ Aliu Armando vd., “Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Göç Yönetişimi, Yetkilendirme, Yetki İkamesi ve Ölçülülük İlkesi”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Cilt 5, Sayı 3, 2017, s. 101.

⁴¹ Zhang Wencao, “İdare Hukuku Açısından Uygun Prosedür İlkesinin İncelemesi”, *行政法视域下的正当程序原则探讨*, Fazhi Yu Shehui, *法制与社会*, 2016.28, s. 2.

3.1.3.1. İdari Açıklık İlkesi

İdarenin kanuni ve kurumsal şeffaflığı, idare hukukunun kanuna uygun şekilde uygulanması için şarttır ve hesap verebilir bir hukuki ve siyasi sistemin kurulması için bir ön şart olarak görülebilir. Bununla birlikte, şeffaflığın birden fazla anlamı ve olgusu vardır. İlk olarak dar bir yorumla, asgari bir açıklık süreci, belgelere erişim ve resmi önlemlerin yayınlanmasına atıfta bulunmak olarak görülebilir. Daha geniş anlamda ise, şeffaflık bir hukuk sisteminin bütünü için yapısal bir ilkedir.⁴²

Devlet sırlarını ilgilendiren ve devlet sırlarını içeren kişisel sırlar ve ticari sırlar haricinde idari organlar, vatandaşların idari faaliyetleri bilme haklarını gerçekleştirmek için idari uygulamaları açık bir şekilde uygulamalıdır. İdari şeffaflık, kanunlara uygun olarak idarede hayati bir rol oynamaktadır. İdari şeffaflık, sadece Dünya Ticaret Örgütü'nden kaynaklı bir şart değil, aynı zamanda “Şiddetli Akut Solunum Yolu Sendromu (Severe Acute Respiratory Syndrome – SARS)” döneminde idari şeffaflık şart olmuştur.⁴³

3.1.3.2. Halkın Kararlara Katılımı İlkesi

Yürütme organları önemli hüküm veya kararlar verdiğinde, vatandaşların, tüzel kişilerin ve diğer kurumların görüşlerini dinlemelidir. Özellikle, haklarında olumsuz kararlar verilenlerin açıklamalarını ve savunmalarını dinlemelidir. Buna idare hukukunda “dinlenme hakkı (听证)” da denilmektedir.

3.1.3.3. Kaçınma İlkesi

Kamu görevlileri görevlerini yerine getirmeli, idari muhatap ile herhangi bir çıkar ilişkisinden kaçınmalıdır. Herhangi bir ilişkiden dolayı idari faaliyetin adil şekilde yürütülmesine engel olunmamalı ve böyle bir durumda idari faaliyetler başka bir memur tarafından yürütülmelidir.

3.1.4. Kullanışlılık ve Verimlilik İlkesi (高效便民)

3.1.4.1. İdari Verimlilik İlkesi

İdari verimlilik ilkesinin iki temel içeriğinden birincisi, kamu görevlilerinin yasal yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak, ihmali veya idari faaliyet sırasında işlerin yarım kalmasını (kısmen yapılmasını) yasaklamak, kanunlarda düzenlenen zaman sınırlarına uyulmasını takip etmek verimliliği sağlayan

⁴² Wang Xiaoye, Yao Sha, “Mahkemenin Uluslararası Ticari Tahkim Yargısı Üzerine, 论法院对国际商事仲裁的司法审查范围”, (Çevrimiçi) <https://www.sinoss.net/uploadfile/2016/0419/20160419102915677.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01.2018), s. 15.

⁴³ Zou Keyuan, “Administrative Reform and Rule of Law in China”, the Copenhagen Journal of Asian Studies, 24/2006, s. 14.

araçlardandır. Kanuni zaman sınırlaması mantıksız gecikmeleri yasaklamakta ve engel olmaktadır. Çünkü hizmetin yapılmasının gecikmesi idari haksızlığın ve idari ihlalin bilinen bir yansımasıdır.

3.1.4.2. Tarafların İşlerini Kolaylaştırma İlkesi

Tarafların idari faaliyetlerdeki usule ilişkin yükünün arttırılması, yasalar tarafından yasaklanan bir idari eylemdir. Uluslararası ticarete yönetim, taraflar üzerindeki usule ilişkin yükü uygun olmayan bir şekilde geciktirmekte ve arttırmakta ve aynı zamanda hükümet tarafından kurulan ticareti engeller biçimde değerlendirilmektedir.

3.1.5. Dürüstlük ve Güvenilirlik İlkesi (诚实守信)

3.1.5.1. İdari Bilgilerin Gerçekliği İlkesi

İdari bilgilerin gerçekliğinin sağlanması gerekmektedir. İdari organlar tarafından açıklanan bilgiler doğru ve güvenilir olmalıdır. İdari bilgilerin yanlış olduğu durumlarda, yanlış bilgilerden dolayı gerçek kişi veya tüzel kişilerin uğradığı zararlar idari organlarca tazminat ödenerek karşılanmalıdır. Bu ilke idare hukukunun halk arasındaki güvenilirliğini sağlayan temel ilkeler arasında yer almaktadır.

3.1.5.2. Hukuki Güvenlik ve Güvenin Korunması İlkesi

İdari organlar kanuna uygun sebep ve gerekçeler olmadan ve kanuna dayalı idari işlemler olmaksızın, yürürlükteki idari işlemleri ve izinleri içeren kararlarını geri alamaz veya değiştiremez. Örneğin, bir idari izin veya ruhsatın verilmesinden sonra dayanak olan yasalar, kurallar ve düzenlemelerin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması veya idari lisansın verilirken dayanılan kurallarda objektif değişiklikler yapıldığında, idari organlar kanuna uygun şekilde kamu yararı gözetilmek kaydıyla idari izin veya ruhsatı değiştirebilir veya geri alabilir. Fakat, bu halde de bu geri alma veya değiştirme işlemlerinden dolayı vatandaşlar, tüzel kişiler veya diğer kuruluşlar maddi zarar görürlerse, idare, kanunlara göre tazminat ödemelidir.⁴⁴

Esas ilke, idari ruhsat ve izinlerin geri alınamamasından kaynaklanır. Fakat, kamu yararına uygun olan ihtiyaçlara göre özel şartlar oluşmuşsa, bunlar geri çekilebilir. Bununla birlikte, lisans alan kişiye verilen zarar, yine de tazmin edilmelidir.

44 Çin İdari lisans yasası: 《行政许可法》规定，公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。

Esasen, hukuki güvenlik ve güvenin korunması ilkesi, vatandaşların, tüzel kişilerin ve diğer örgütlerin, idari organa olan güvenine dayanarak edinmiş oldukları veya edinebilecekleri menfaatleri korumayı amaçlanmaktadır. Bu nedenle, idari organ, vatandaşın bağlı olduğu idari ve yasal düzeni sık sık ve kolaylıkla değiştirmemelidir. Veya idari organın düzenlemelerdeki değişiklikler sonrasında mağdur olanlara makul tazminat ödemesi gerekmektedir. İdare hukuku ve kamu düzeninin korunması ile idari istikrarı sağlamak için, kamusal yararı ile üyelerin meşru yararları aynı anda gözetilmelidir. Günümüz idare hukukunda hukuki güvenlik ve güvenin korunması ilkesinin, bireyin menfaatleriyle ve kamu menfaatlerini dengelemek ve seçmek şeklinde anlaşılmalıdır.

3.1.6. İktidar ve Sorumluluk İlkesi (权责统一)

Sorumlu Yönetim İlkesi: İdari organ yasadışı veya yanlış bir şekilde görev ve yetkilerini kullanırsa, kanunlar uyarınca hukuki ve mali sorumluluğu da üstlenmektedir.

3.2. Etkin Yönetim Gücüne Odaklanan Çağdaş İdare Hukuku'nun Üç Temel İlkesi

3.2.1. İdari Etkinlik Varsayım İlkesi (Hukuka Uygunluk Karinesi)

İdari etkinlik varsayımı, idari organlar tarafından yapılan idari düzenlemelerin, işlem ve eylemlerin hatalı veya haksız olsa dahi iptallerine kadar geçerli oldukları anlamına gelmektedir. Tüm organlar ve gerçek ile tüzel kişiler bu ilkeye saygı göstermelidir. İlgili organlar ve bireyler, yükümlülüklerini idari işlemlerle yerine getirmelidir. Bu temel ilkenin oluşturulması sosyal kalkınma için gerekli olan olağan düzene dayanmaktadır.⁴⁵

İdari etkinlik varsayımının hukuki önemi, idari kurumların idari eylemler yoluyla düzeni sağlamalarıyla ilgilidir. Yürütme makamlarının kamu düzenine karşı davranışları durdurmak için ellerinde etkili ve kalıcı araçları olmadığında muhtemelen kamu düzeni çökecektir.

3.2.2. İdarenin Takdir Yetkisi

Bir anlamda, idari kalkınma süreci takdir yetkisini genişletme sürecidir. Çünkü değişen şartlara göre, yürütme organlarının uzmanlığını ve deneyimini kabul edip yetki vermek bazen kanunun gerçekleştirilmesi için gereklidir.⁴⁶

İdarenin takdir yetkisi, diğer ifadeyle idarenin inisiyatif üstlenme ilkesi,

⁴⁵ Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi", age., s. 64.

⁴⁶ Huang Xuexian, age., s. 49.

idari organların, idarenin genel prensipleri veya kanun maddeleri tarafından verilen yetki kapsamı içinde ve olay bazında bireysel vakalara uygulamak için tercihler arasında en uygun olanını seçme hakkını ifade etmektedir. Bu temel ilkenin oluşturulması, yazılı kanunların doğal olarak sınırlı kalmasına ve hayatta karşılaşılabilecek her olayı düzenleyememesine dayanmaktadır.⁴⁷

Yönetim organlarının davranışı, takdir yetkisi dahilinde makul ve adil olmalıdır. Takdir yetkisi hiç bir şekilde, yürütme organları veya kamu görevlileri tarafından keyfi olarak yorumlanmamalıdır. Ancak, yasalar tarafından öngörülen değer standartlarına uygun olarak uyumlu ve gönüllü bir takdir yetkisinin verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁴⁸

Takdir yetkisi ilkesinin hukuki anlamı, idari gücün verimli bir şekilde kullanılabilmesi için idari usuller yoluyla idarenin takdir yetkisini düzenlemesidir. Bu ilke, maddi idare hukukundaki yetki içeriğinde yer almaktadır. Ancak, daha da önemlisi, idari usul hukukunda, idarenin takdir yetkisinin uygulanmasına yansıtılmaktadır.⁴⁹

3.2.3. Yargı Denetiminin Sınırlılığı İlkesi

Modern toplumun karmaşıklığı, tüm ülkelerin kanun koyucularının, yürürlüğe koydukları yasaların toplumun ihtiyaçlarını tam olarak karşılayacağına yönelik güveninin sarsılmasına sebep olmaktadır. Sonuç olarak, kanun koyucular katı kuralcılık anlayışını değiştirmekte ve yasa normlarının daha dinamik olması için yasaları takdir hakkı vererek esnetip yönlendirmektedirler.⁵⁰

Dünyadaki yargı denetim sistemlerinin çoğunluğu anayasal metinlere dayanmaktadır. Çin, İsrail, İzlanda, İskandinav ülkeleri ile Hong Kong, Makao bölgelerinde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen yargı denetimi, adli uygulamalar yoluyla idarenin işlem ve eylemleri üzerinde "idari yargı denetim sistemi" kurulmuştur.⁵¹

⁴⁷ Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi", age., s. 65.

⁴⁸ Huang Xuexian, age., s. 49.

⁴⁹ Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi", age., s. 65.

⁵⁰ Zhang Jiansheng, "Yargıda İncelemenin Sınırlı İlkeleri Üzerine 论司法审查有限原则", Xingzheng Faxue Yanjiu, 行政法学研究 1998-02, s. 1.

⁵¹ Zhang Qianfan, "Yargı Gözden Geçirme ve Demokrasi - Ortak Yaşamda Çatışmalar? 司法审查与民主——矛盾中的共生体?", (Çevrimiçi) <http://www.iolaw.org.cn/pdf/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E5%AE%A1%E6%9F%A5%E4%B8%8E%E6%B0%91%E4%B8%BB%E2%80%94%E2%80%94%E7%9F%9B%E7%9B%BE%E4%B8%AD%E7%9A%84%E5%85%B1%E7%94%9F%E4%BD%93.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 1.

Yargı erki, idari yetkilerin kullanılmasının denetimi, idari yetkilerin ve müdahalelerin kapsamının kanuni sınırlar içinde tutulması ve yürütme erkinin kamu düzeninin sağlanması ve bunun kontrolü için kullanılması anlamına gelmektedir.⁵² Bu temel ilkenin oluşturulması, herhangi bir ülkede idari işlemler sisteminin kurulması için ön şartın, yürütme gücünün kamu düzenini sağlama ve denetlenebilmesine bağlıdır.

Yargı denetiminin kapsamını incelemek ve tartışmak, birden çok değerlerin dengelenmesi ve gerçekleştirilmesi için çok önemlidir. Yargı denetiminin kapsamı geniş olduğu için idarenin işlem ve eylemlerinin yerindeliliğinin gerçekleştirilmesini olumsuz yönden etkilemektedir. Ancak diğer taraftan, yargı denetimi çok dar olduğunda ise, adil yargılanma teminatına uygunluk sağlanamayacaktır.⁵³ Aşırı derecede bir denetim halinde ise, idare, karar almakta ve kararlarını yürütmekte zorlanacaktır.

Yargı denetiminin sınırlılığı ilkesinin yargısal önemi, adli etkinlikle ilgili temel normları yargı erki ve yürütme erki arasında denge kurulması ve yargı denetimi yapılması şeklinde belirlendiği gerçeğidir. Dolayısıyla, heterojen bir devlet gücüyle, yürütme erkinin sınırlaması kısıtlanmış olur. Sonuç olarak, yargı erki ve yürütme erkinin içinde yer alan idari fonksiyonun denetlenmesiyle "kazan-kazan" sonucu elde edebilmektedir.⁵⁴

3.3. Sınırlı İdari Yetki Bakımından Çağdaş İdare Hukuku'nun Üç Temel İlkesi

3.3.1. İdari Yetkilerin Kanun İle Belirlenmesi

İdare hukukunun temel ilkesi, bu alanın en baskın analitik araçlarını sağlayan idare hukuku felsefesidir. Akademik çevreler şimdiye kadar alanın içeriği ve yapısı hakkında farklı görüşler ileri sürseler de, kanuni sınırlar idare hukukunun vazgeçilmez temel ilkelerinden ilki olmuştur. Ancak, Çin hukuk ortamında, idare hukukunun temel ilkelerini geliştirmek için kanuni dayanak ilkesinin temelini oluşturan idari otoritenin hukuk ile belirlenmesi ilkesi ileri sürülmelidir.⁵⁵

⁵² Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi", age., s. 65.

⁵³ Wang Xiaoye, Yao Sha, age., s. 1.

⁵⁴ Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi", age., s. 65.

⁵⁵ Yang Dengfeng, "İdari Yasal İlke ve Yasal Kapsamı行政法定原则及其法定范围", Zhongguo Xianzheng Wang, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://law.cnki.net/yfzg/wenxian%5C-renwu%5C02%5C%E8%A1%8C%E6%94%BF%E6%B3%95%E5%AE%9A%E5%8E%9F%E5%88%99%E5%8F%8A%E5%85%B6%E6%B3%95%E5%AE%9A%E8%8C%83%E5%9B%B4.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.01. 2018), s. 91.

İdari otoritenin kanuniliği ilkesi, idari organ tarafından uygulanan icra gücünün kanun tarafından verilmesi ve bir bölge dışından herhangi bir idari yetkinin meşruiyet taşımaması anlamına gelmektedir.⁵⁶ Halkın kişisel ve mülkiyet haklarına hakim olabilecek olan anayasal yürütüme erki altındaki idari fonksiyon, halkı temsil eden kurumlar aracılığıyla kanunlarla verilmelidir.

Kanuni idare ilkesinin altında, yürütme gücünün sınırlı olduğu ve yetkilerinin sayma yoluyla belirlendiği ve idarenin organlarına, idari fonksiyonu kullanmak için yetki sınırlarının çerçevesinin belirlenerek açıklığa kavuşturulması yatmaktadır. Yürütme organının düzenleme gücüne sahip olsa da, bu düzenlemeler normlar hiyerarşisinde üst kademedeki kanunlar tarafından verilen yürütme gücünün sınırlarını daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaktadır. Yürütmenin bu düzenlemeleri şekli olarak tam bir “yasa” gibi görünseler de yasa oldukları anlamına gelmemekte ve bunlar sürekli olarak yasaya tabi olmak zorundadır. Böylece, idari otoritenin belirlenmesi bu temel ilkenin ruhunu oluşturmaktadır.

İdari kanun ve yönetmeliklerin normatif işlevlerine, yerel yasa ve yönetmeliklere, otonom yönetmeliklere, bireysel düzenlemelere, idari faaliyetlerdeki yerel yönetmeliklere ve idari yasa ilkelerine dayanarak yasayı daha iyi ele alabilmek için idari otoritenin hukuk ile belirlenmesi ilkesine önem verilmelidir.⁵⁷

3.3.2. İdari Prosedürlerin Geçerliliği İlkesi

İdari prosedürlerin geçerliliği ilkesi, uygun idari usullerin oluşturulması yoluyla yürütme yetkisini düzenlemek anlamına gelmektedir. Ayrıca, idari prosedürlerin geçerliliği ilkesi, icra makamlarını, hedeflerine ulaşmada daha iyi önlemler almaya yönlendirerek, idari işlemin idari makamdaki kabul edilebilirlik derecesini yükseltmektedir.⁵⁸

Dikkat edilmesi gereken nokta, idari prosedürlerin geçerliliği ilkesi, doğru olan değer ölçüsünü kaybettiği takdirde, idari organlar kendi menfaatleri için çalışan korkunç bir devlet aletine dönüşebilmektedir. İdare hukukunda, şu anda kullanılan idari makamlara verilen vekaleten yasa çıkarma yetkisi (düzenleme yetkisi), idari kurumların denetlemede bir eksiklik olarak görülebilmektedir. Bazı kurumlar idari gücünü korumak için kendi yararlarına odaklanarak düzenlemeler yapabilmektedir.

⁵⁶ Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi”, age., s. 66.

⁵⁷ Yang Dengfeng, age, “İdari Yasal İlke ve Yasal Kapsamı行政法定原则及其法定范围”, s. 109.

⁵⁸ Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi”, age., s. 67.

İdari prosedürlerin geçerliliği ilkesinin hukuk felsefesi açısından önemi ise, idarenin muhatabı olan bireylerin, yürütme erki tarafından keyfi olarak desteklenebilecek nesneden, bağımsız hukuki statüye sahip bir konuma dönüşüyor olmasıdır. İdarenin muhatabı olan bireylerin idari prosedürleri denetlemesi ve kontrol etmesi ile idari prosedürlerin geçerliliğinin sağlanmasında harici bir güç olarak nitelendirilebilir.

İdari prosedürlerin geçerliliği ilkesinin tarifine göre, bireyler artık yürütme erkinin belirlenmiş amaçlarına ulaşmak için araç olarak kullanılamaz. Aksine, yürütme erki “insan onuruna” saygı göstermek zorundadır.

Modern hukuki usullerle sağlanacak asgari usuller adalet ihtiyacından en az üç maddeyi içermelidir. Bunlar; usuli tarafsızlık, usule katılım ve usuli açıklıktır. Usuli tarafsızlık, usul işlemlerinin hukuki sonuçlarını belirleyen adli makamların tarafsız olması ve davaya taraflardan herhangi bir önyargı veya ayrımcılık yapılmadan bakılması gerekliliğidir. Bu, tüzel kişinin, sürecin hukuki sonuçlarını belirleyen yasal işleminin “geçerlilik” şartıdır. Usule katılım, çıkarları veya hakları doğrudan usul hukuku sonuçlarıyla etkilenebilecek olan tüzel kişilerin hukuki işlemlere anlamlı bir şekilde katılma ve yasal sonuçların oluşumu üzerindeki etkilerini ve sonuçlarını ortaya koyma fırsatını bulma sürecidir. Bu, yasal işlemlerin hukuki sonuçlarını kabul eden tüzel kişiliklerin “meşruluğunun” şartıdır. Usuli açıklık ise, yasal prosedürün her aşamasında, taraflar ve kamuoyu tarafından görülebilecek bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu, yasal işlemin kendisinin tamamı için asgari bir gerekliliktir.⁵⁹

3.3.3. Çoklu Denetimin Gerekliliği İlkesi

Çoklu denetimin gerekliliği ilkesi yürütme erkinin tam anlamıyla kontrol edilebilmesi için bir dizi yasal mekanizma kurulması ve yürütme yetkisinin kullanılmasının kanunun belirlediği süreyle uyumlu olmasının sağlanması anlamına gelmektedir. Çoklu denetimin gerekliliği ilkesi, “*Modern İdari Hizmetlerin Karmaşıklığı ve Volatilite*”sinden kaynaklanmaktadır.⁶⁰

Çoklu kontrolün gerekliliği ilkesinin hukuk felsefesi açısından önemi ise, geleneksel idare hukukundaki denetim mekanizmasının, modern idarenin gelişim ihtiyaçlarını karşılayamadığı dikkate alınarak çözüm üretilmesidir. Böylece, yürütmenin baştan sona icra sürecinde birden fazla denetim mekanizması oluşturularak çağdaş idare hukukunun korumasındaki temel hedefi olan “insan hakları”na odaklanması sağlanmaktadır.

⁵⁹ Zhou Youyong, “İdare Hukukunun usulüne uygun işlem ilkesi行政法的正当程序原则”, Xueshu Shuping, 学术述评, 中国社会科学2004-04, s. 121.

⁶⁰ Zhang Jiansheng, “Modern İdare Hukukunun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi”, age., s. 70.

Sonuç ve Değerlendirme

Bu çalışmada, Çin İdare Hukuku'nun temel ilkelerinin niteliği ve yapısı hukuki açıdan incelenmiş olup, konu ile ilgili farklı görüşlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, idare hukuku ilkelerini anlamak için temel ilkelerin nasıl bir niteliğe ve yapıya sahip olduğu vurgulanmıştır. Verimli idari güç yöntemi ile sınırlı idari güç yönteminin ikili yapıya sahip olduğu açıklanmıştır.

İdare hukuku ilkelerinin önemi açısından anayasa ile olan bağlantısına değinilmiştir. İdare hukuku, yasama eylemine rehberlik etmekle beraber bütün idari eylemler için teorik bir çerçeve hazırlamaktadır. En önemli noktalardan biri de yargı denetiminin son halkası olarak, adaletin sağlanmasında önemli rol oynamasıdır.

Genel olarak bakıldığında Çin İdare Hukuku'nun ilkeleri farklı perspektiflerden farklı sonuçlar meydana getirmektedir. Genel kabul edilen ilkeler ise kanunilik ilkesi ve uygunluk ilkesi başta olmak üzere uygun usul ilkesi, kullanılabilirlik ve verimlilik ilkesi, dürüstlük ve güvenilirlik ilkesi, iktidar ve sorumluluk ilkesi olarak sayılabilir. Bu ilkeler, Çin İdare Hukuku'nun temel ilkeleri niteliğindedir.

Esasen, idare hukuku ilkelerine odaklanıldığında, kanunilik ilkesi, uygunluk/makuliyet ilkesi, uygun usul ilkesi, kullanılabilirlik ve verimlilik ilkesi, dürüstlük ve güvenilirlik ilkesi, iktidar ve sorumluluk ilkesi, idari etkinlik varsayım ilkesi (hukuka uygunluk karinesi), yargı denetiminin sınırlılığı ilkesi, idari yetkilerin kanun ile belirlenmesi kuralı, idari prosedürlerin geçerliliği ilkesi, çoklu denetimin gerekliliği ilkesi gibi çağdaş idare hukuku ve kamu yönetimi ilkelerinin Çin İdare Hukuku tarafından benimsendiği ve kullanıldığı görülmektedir.

Yukarıda sayılan temel ilkeler dışında, etkin yöntemi ve sınırlı idari yetki yöntemi şeklinde iki bakış açısından bakıldığında, idare hukukunun diğer birtakım ilkeleri ortaya çıkmaktadır. Bu akademik tartışmalar çerçevesinde, Çin İdare Hukuku'nun sınırlı idari yetki yöntemi ile etkili idari gücü yönteminin ortasında bir denge sağlandığı görülmektedir.

KAYNAKLAR

Aberham Johannes & Desta G/Michael, (2009), "Administrative Law", Prepared under the Sponsorship of the Justice and Legal System Research Institute, (Çevrimiçi) <https://chilot.me/wp-content/uploads/2011/06/administrative-law.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Aliu Armando, Oğurlu Yücel, Özkan Ömer, Öztürk İlyas & Aliu Dorian (2017), "Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Göç Yönetişimi, Yetkilendirme, Yetki İkamesi ve Ölçülülük İlkesi", Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, Cilt 5, Sayı 3, ss. 95-107.

Bao Wanchao, "İdare Hukuku Dengesi Teorisinin Karşılaştırmalı Bir İncelemesi 行政法平衡理论比较研究", Fazhi Yu Shehui 法制与社会 2014-26 (Çevrimiçi) http://vod6.pkudl.cn/xzgl/xzfx/contents/thesis/the_007_01.pdf (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Hamlet Maoler, "Administrative Law", [德]哈特穆特·毛雷尔《：行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版

Huang Jinqiao & Ceng Ying, "Çin'de Modern İdare Hukuku'nun Temel İlkelerini Oluşturmanın Önemi ve Kriterleri, 现代我国行政法基本原则的重要性与确立标准探讨", Fazhi Yu Shehui, 法制与社会 2014.5 上

Huang Xuexian, "İdare Hukuku'nda Yasal Tutuculuk İlkesi Üzerine Bir Araştırma 行政法中的法律保留原则研究, Zhongguo Faxue, 中国法学 2004-05(Çevrimiçi) <http://jpkc.fudan.edu.cn/picture/article/247/9b/13/5c928929483fb2c5639de7864281/bca7fd3e-5f9d-4e4b-842a-36fe25cbabea.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

"İdare Hukuku'nun Altı Temel İlkesi - İdare Hukuku Beyannamelerinin Teorik Kaynakları, 行政法的六大基本原则——行政法论述题的理论来源" (2017-6-19), (Çevrimiçi) http://www.law-lib.com/sk/sikao_view.asp?id=25650 (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Pan Jinmei, "Anayasa ve İdare Hukuku Arasındaki İlişki Açısından Hayatta Kalma Hakkının Korunması Hakkında 试从宪法与行政法关系的角度谈生存权的保护", Intelligence, 法学视野 (Çevrimiçi) <http://www.cnki.com.cn/Article/CJFDTotal-FBZX201801130.htm> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Peng Xiaoxia, "İdare Hukuku'nda Yasal Tutuculuk İlkesi Üzerine 论行政法上的法律保留原则", Xingzheng Luntan, 行政论坛 2010-2 (第17 卷, 总第98 期, (Çevrimiçi) <http://202.120.224.199/picture/article/247/9b/13/5c928929483fb2c5639de7864281/03266512-c295-4180-88a3-fb418892029e.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Ranjan, Vivek, "Rule of Law and Modern Administrative Law", (November 12, 2010). (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1761506> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1761506> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Shishir Lamichhane, "Administrative Law-Fundamental Principles of Administrative Law", Nepal Law Campus, 20/04/2015, s. 3.

Sun Qinglin, "İdare Hukuku'nun uygunluk/makul ilkesi, 探究行政法之合理行政原则", Fazhi Yu Shehui, 法制与社会, 2016.36.

Wang Xiaoye & Yao Sha, "Mahkemenin Uluslararası Ticari Tahkim Yargısı Üzerine 论法院对国际商事仲裁的司法审查范围", (Çevrimiçi) <https://www.sinoss.net/uploadfile/2016/0419/20160419102915677.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2018)

Wang Ying, "Modern İdare Hukuku'nun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi 重构现代行政法基本原则的探讨", Hubei Hanshou Daxue Xuebao, 湖北函授大学学报(2017) 第30卷第7 期总第197 期.

Wei Yong, "İdare Hukuku'nun Temel İlkeleri, 试论行政法的基本原则", Zhongguo Xianzheng Wang, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=1256> (Erişim Tarihi: 02.12. 2017)

Willian Wade, "Administrative Law", [英]威廉·韦德《：行政法》，楚剑译，中国大百科全书出版社 1997 年版.

Yang Dengfeng, "İdari Yasal İlke ve Yasal Kapsamı 行政法定原则及其法定范围", Zhongguo Xianzheng Wang, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://law.cnki.net/yfzg/wenxian%5Crenwu%5C02%5CE8%A1%8CE6%94%BF%E6%B3%95%E5%AE%9AE5%8E%9F%E5%88%99%E5%8F%8AE5%85%B6%E6%B3%95%E5%AE%9AE8%8C%83%E5%9B%B4.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Yang Dengfeng, "Makulluk İlkesinden Orantılılık İlkesine 从合理原则走向统一的比例原则", Zhongguo Xianzheng Wang, 中国宪政网 (Çevrimiçi) <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=12115> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Ying Songnian, "Çin İdare Hukuku 60 yıl 中国行政法学60年", Xingzheng Faxue Yanjiu, 行政法学研究 2009-04.

Zhang Jiansheng, "Modern İdare Hukuku'nun Temel İlkelerinin Yeniden İnşa Edilmesi, 现代行政法基本原则之重构, (Çevrimiçi) <http://s.yingle.com/w/xz/366396.html> (Erişim Tarihi: 02.12. 2017)

Zhang Wencao, "İdare Hukuku Açısından Uygun Prosedür İlkesinin İncelemesi, 行政法视域下的正当程序原则探讨", Fazhi Yu Shehui, 法制与社会 2016.28.

Zhang Qianfan, “Yargı Gözden Geçirme ve Demokrasi - Ortak Yaşamda Çatışmalar? 司法审查与民主——矛盾中的共生体? ”, (Çevrimiçi) <http://www.iolaw.org.cn/pdf/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E5%AE%A1%E6%9F%A5%E4%B8%8E%E6%B0%91%E4%B8%BB%E2%80%94%E2%80%9494%E7%9F%9B%E7%9B%BE%E4%B8%AD%E7%9A%84%E5%85%B1%E7%94%9F%E4%BD%93.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Zhang Jiansheng, “Yargıda İncelemenin Sınırlı İlkeleri Üzerine 论司法审查有限原则”, Xingzheng Faxue Yanjiu, 行政法学研究 1998-02.

Zhou Youyong, “İdare Hukuku'nun usulüne uygun işlem ilkesi 行政法的正当程序原则”, Xueshu Shuping, 学术述评, 中国社会科学2004-04.

Zhou Yunfan, “İdare Hukuku'nun Makul ilkeleri içindeki orantılılık, 行政法中的合理原则与比例原则, (Çevrimiçi) <http://www.hi138.com/falv/xingzhengfa/200609/138094.asp>, (Erişim Tarihi: 15.11. 2017)

Zhu Qing, “İdare Hukuku Kapsamında Memur Haklarından Kaçınma Araştırması 行政法视角下的公务员权利救济研究”, (Çevrimiçi) <https://www.sinoss.net/uploadfile/2017/0419/20170419070701862.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01. 2018)

Zou Keyuan, “Administrative Reform and Rule of Law in China”, the Copenhagen Journal of Asian Studies, 24/2006.

POLİS KARAKOLUNDA MÜDAFİ İLE GÖRÜŞME VE MÜDAFİDEN YARARLANMA HAKKININ AİHM’NİN İBRAHİM VE DİĞERLERİ/ BİRLEŞİK KRALLIK KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

An Evaluation of the Right to Access to Lawyer in Police Custody in the Light of the ECtHR’s Decision of İbrahim and Others v UK

Ergül ÇELİKSOY¹

Geliş Tarihi: 04.01.2018

Kabul Tarihi: 17.05.2018

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında, polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafî yardımından faydalanma hakkına dair *Salduz/Türkiye* ve devam eden davalarda belirlemiş olduğu prensiplerine önemli açıklamalar getirmiştir. Mahkeme, *Salduz* prensiplerinin iki aşamalı bir değerlendirme gerektirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca, uzun bir süredir belirsiz olan hakkın sınırlandırılabilmesi için gerekli olan zorunlu sebeplerin neler olduğunu açıklamıştır. Türkiye, Ceza Muhakemesi Kanununun kabulü ve 2014 yılında Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan değişiklikle birlikte polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafî yardımından faydalanma hakkında önemli gelişmeler göstermiştir. Bu makalede, Türkiye’nin polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafî yardımından faydalanma hakkı bakımından AİHM ile ne ölçüde uyumlu olduğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Müdafî ile görüşme hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, ifade, sorgu, soruşturma, *İbrahim ve Diğerleri*, *Salduz*, AİHM, Türkiye, İngiltere, CMK, TMK

ABSTRACT

In *İbrahim and Others v UK*, the European Court of Human Rights (the ECtHR) has clarified the principles on the right to access to lawyer in police custody set up in *Salduz v Turkey* and the subsequent case-law. In *İbrahim and Others v UK*, the ECtHR stated that the *Salduz* principles require a two-stage test of assessment. In addition, it made a clarification of the meaning of compelling reasons which had been unclear for a long. With the creation of new Criminal Procedure Law in 2005 and the 2014 amendment in the Anti-Terror Law, Turkey has taken important steps in the recognition of the right to access to lawyer in police custody. Even though Turkey seems to be in compliance with the ECtHR in the recognition of the right, there are some deficiencies in the law concerning the restriction procedure of the access to lawyer. The purpose of this paper is to discuss to what extents Turkey is in accordance with the standards on the right to access to lawyer in police custody prescribed by the ECtHR.

Keywords: Right to access to lawyer, police interrogation, *İbrahim and Others*, *Salduz*, ECtHR, Turkey, United Kingdom

¹ Doktora Öğrencisi, Nottingham Üniversitesi, İngiltere. E-posta: ergul.celiksoy@nottingham.ac.uk

1. Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) *Salduz/Türkiye*² kararında polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkına dair oldukça önemli prensipler getirmiştir. Mahkeme, bu kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) madde 6(3)(c) kapsamında şüpheli ve sanıkların *kural olarak* polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma haklarının olduğunu belirtmiştir. Müdafî ile görüşme hakkı yalnızca hakkın kısıtlanmasını gerektiren zorunlu sebeplerin (*compelling reasons*) varlığı halinde sınırlandırılabilir. Mahkemenin *Salduz* kararı, Avrupa genelinde müdafiden yararlanma hakkının polis karakolundaki şüpheliler tarafından kullanılması açısından bir dönüm noktası olarak değerlendirilmiş³ ve karar üzerine birçok Avrupa ülkesinde akademik çalışmalar yapılmıştır.⁴

AİHM henüz *Salduz* kararını vermeden önce 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) yürürlüğe girmiştir. CMK ile birlikte şüpheli ve sanığa soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu yönüyle, AİHM'nin müdafiden yararlanma hakkından dolayı Türkiye aleyhine ihlal bulduğu pek çok dava CMK öncesi döneme aittir. Fakat, CMK' un kabulü, şüpheli veya sanıkların soruşturma evresinde müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkı dolayısıyla ortaya çıkan tüm sorunları ortadan kaldırmamıştır. Terörle Mücadele Kanunu (TMK) soruşturma evresinde terör suçlarından dolayı şüpheli veya sanık olanların bu haktan yararlanmalarına önemli ölçüde kısıtlamalar getirmekteydi. CMK ve TMK arasında bu fark 2014 yılında TMK' da yapılan değişiklikle ortadan kaldırılmış ve terör suçlarından dolayı gözaltına alınan ya da tutuklanana da CMK

² *Salduz/Türkiye*, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 36391/02, 27 Kasım 2008

³ AİHM'nin Sözleşmenin 6(3)(c) maddesindeki müdafiden yararlanma hakkına dair *Salduz/Türkiye* kararı literatüre Mahkeme'nin "Salduz Doktrini" olarak geçmiştir. bk. COPE, Ed et al, 'Chapter 2 The European Convention on Human Rights and the Right to Effective Defence' in CAPE, Ed et al (eds), *Effective Criminal Defence in Europe* (Intersentia 2010), s. 39

⁴ bk. HODGSON, Jacqueline, 'From the Domestic to the European : An Empirical Approach to Comparative Custodial Legal Advice' in Jacqueline E Ross and Stephen C Thaman (eds.), *Comparative Criminal Procedure* (Edward Elgar Publishing 2016); JACKSON, John, 'Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer' in Renaud Colson and Stewart Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (Cambridge University Press 2016); JACKSON, John, 'Responses to Salduz : Procedural Tradition , Change and the Need for Effective Defence' *The Modern Law Review*, Vol.76(6), 2016, pp.987-1018; GIANNOULOPOULOS, Dimitrios, 'Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence in France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance' *Criminal Law Forum*, Vol.24(3), 2013, pp.291-329; GIANNOULOPOULOS, Dimitrios, "'North of the Border and Across the Channel ": Custodial Legal Assistance Reforms in Scotland and France' *Criminal Law Review*, Vol.5, 2013, pp.369-384

tarafından tanınan müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır.⁵

Fakat, *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık*⁶ davasında Mahkeme; polis karakolunda müdafii ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkı üzerine *Salduz* ve devam eden kararlarında oluşturduğu prensiplerine dair çok önemli bazı açıklamalar getirmiştir. Ayrıca, uzun bir süredir belirsiz kalmış olan hakkın sınırlandırılmasına imkân tanıyan zorunlu sebeplerden (*compelling reasons*) ne anlaşılması gerektiğini de tespit etmiştir. Mahkeme, *Salduz* prensiplerinin iki aşamalı bir test gerektirdiğini ifade etmiştir.⁷ Birinci aşamada, bir davada, polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasına imkân veren zorunlu sebeplerin olup olmadığı tespit edilecektir. İkinci aşama ise tüm yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi ve müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasının yargılamanın genel olarak adilliğini etkileyip etkilemediğine dairdir (*overall fairness assessment*).⁸ *İbrahim ve Diğerleri* kararıyla birlikte, AİHM, soruşturma evresinde müdafii ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkının kullanılması ve sınırlandırılmasına dair kapsamlı bir çerçeve çizmiştir.

Türkiye'nin soruşturma evresinde müdafiden yararlanma hakkı bakımından CMK' un kabulü ve 2014 yılında TMK' da yapılan değişiklikle birlikte önemli adımlar atmış olmasına rağmen, AİHM tarafından belirlenmiş olan standartlarla tam olarak uyumlu olduğu söylenemez. AİHM, oturmuş içtihatlarında polis karakolunda müdafii ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkına dair genel prensipleri çizmiş olmakla birlikte, *İbrahim ve Diğerleri* kararıyla uzun süredir çözümlenmemiş olan hakkın sınırlandırılması meselesini de ete kemiğe büründürmüştür.⁹ Dolayısıyla, bu makalenin amacı, Türkiye'nin AİHM tarafından genel çerçevesi belirlenmiş olan polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkına dair son olarak *İbrahim ve Diğerleri* kararıyla getirmiş olduğu yeni standartlarla ne ölçüde uyumlu olduğunu tartışmaktır. Bu amaçla, makalenin ikinci bölümünde Mahkeme'nin *İbrahim ve Diğerleri* kararı tartışılacak, Mahkeme tarafından *Salduz* prensiplerine getirilen açıklamalar değerlendirilecek ve polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkına dair getirilmiş olan yeni prensipler açıklanacaktır. Üçüncü bölümünde, polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının Türk hukukunda nasıl ele

⁵ bk. 21/2/2014 Tarihli, 6526 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde 19

⁶ *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 50541/08, 50571/08, 50573/08 ve 40351/09, 13 Eylül 2016

⁷ bk. *İbrahim ve Diğerleri* § 257

⁸ ibid

⁹ RAMOS, Vânia Costa, 'The Rights of the Defence According to The ECtHR: An Illustration in the Light of A.T. V. Luxembourg and the Right to Legal Assistance', *New Journal of European Criminal Law*, Vol.7(4), 2016, pp.397-417, s. 407

alındığı, hakkın tanınması için ne gibi adımlar atıldığı ve Türkiye'nin hangi noktalarda AİHM ile uyumlu olduğu değerlendirilecektir. Dördüncü bölümde, polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkı bakımından Türk hukukundaki eksik hususlar tartışılacaktır. Son bölümde ise, müdafî yokluğunda alınmış olan ifadenin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda, polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının sağlamış olduğu koruma bakımından Türkiye'nin niçin AİHM'den bir adım önde olduğu açıklanacaktır.

2. *İbrahim Ve Diğerleri Kararı*

Salduz kararında, Mahkeme *kural olarak* şüphelilerin ilk ifadelerinin alınması anından itibaren müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkından faydalanabileceklerini hükme bağlamıştır.¹⁰ Daha sonraki kararlarında, Mahkeme polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkına ilişkin pek çok meseleyi ele almış ve aşamalı olarak hakkın tanınması ve uygulanması üzerine önemli bir içtihat oluşturmuştur.¹¹ Örneğin, *Dayanan/Türkiye* kararında, etkili bir hukuki destek sağlanabilmesi için şüphelinin gözaltına alınır alınmaz müdafî ile görüşme hakkından faydalanabileceği ifade edilmiştir.¹² Fakat, polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkı zorunlu sebeplerin varlığı halinde geçici olarak sınırlandırılabilir.¹³ Mahkeme bazı kararlarda zorunlu sebeplerin bulunmadığını belirtmesine rağmen,¹⁴ *İbrahim ve Diğerleri* davasına kadar, bu zorunlu sebeplerin neler olduğu ve polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkının sınırlandırılma prosedürüne açıklık getirmemiştir.¹⁵

AİHM, *İbrahim ve Diğerleri* davasının esasına geçmeden önce, polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkı üzerine getirmiş olduğu *Salduz* prensiplerinin açıklanmasına ihtiyaç olduğunu

¹⁰ *Salduz* § 55

¹¹ JACKSON, John / SUMMERS, Sarah, *The Internationalisation of Criminal Evidence : Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* (Cambridge University Press 2012), Chapter 8; HODGSON, Jacqueline, "Safeguarding Suspects" Rights in Europe: A Comparative Perspective' *New Criminal Law Review*, Vol.14(4), 2011, pp.611-665, ss. 656-663.

¹² *Dayanan/Türkiye*, AİHM İkinci Daire, Başvuru No: 7377/03, 13 Ekim 2009

¹³ *Salduz* § 55

¹⁴ Örneğin, Ukrayna'ya karşı Mahkeme önüne getirilmiş olan bazı davalarda, AİHM davanın maddi içeriğinde müdafî ile görüşme hakkının sınırlandırılması için herhangi bir zorunlu sebep olmadığına karar vermesine rağmen, bu zorunlu sebeplerin neler olabileceğine değinmemiştir. bk. *Zamferesko/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 30075/06, 15 Kasım 2012; *Afanasyev/ Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 48057/06, 15 Kasım 2012; *Khayrov/Ukrayna* AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 19157/06, 15 Kasım 2012; *Yevgeniy Petrenko/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 55749/08, 29 Ocak 2015

¹⁵ *İbrahim ve Diğerleri* kararının detaylı bir incelemesi için bk. ÇELİKSOY, Ergül, 'İbrahim and Others v. UK: Watering Down the *Salduz* Principles', *New Journal of European Criminal Law*, 2018, Vol.9(2), pp.229-246

belirtmiştir.¹⁶ Mahkeme, *Salduz* prensiplerinin iki aşamalı bir değerlendirme gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁷ İlk aşamada, bir davada polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanmasını gerektirecek zorunlu sebeplerin olup olmadığı değerlendirilecektir. İkinci aşamada ise, yargılama bir bütün olarak ele alınıp müdafî ile görüşme hakkına getirilen sınırlamanın başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilecektir. Dolayısıyla, ilk aşama sadece müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkını kısıtlamak için zorunlu sebeplerin olup olmadığının tespiti ve soruşturma evresi ile ilgilidir. Fakat, ikinci aşama, yargılamanın bütününe kapsayan bir değerlendirmedir.

Zorunlu sebeplerden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak, Mahkeme aşağıdaki tespiti yapmıştır:

Eğer bir hükümet, bir davada cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla alınması gereken acil bir ihtiyacın varlığını ikna edici bir şekilde ispatlarsa, bu Sözleşmenin 6. maddesindeki amaçlar için gerekli olan hukuki tavsiye edinme (hakkını) kısıtlamayı gerektirebilecek zorunlu sebeplerin varlığı anlamına gelebilir.¹⁸

Bu ifadeden, Mahkeme'nin polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkının kısıtlanabilmesi için yalnızca bir tane zorunlu sebebin varlığını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkı sadece cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların önlenmesi için acil bir ihtiyacın varlığı halinde kısıtlanabilir. Dolayısıyla, taraf devletler başka herhangi bir nedeni polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanması için zorunlu sebep olarak ileri süremez ve hakkı kısıtlayamaz.

Bir diğer önemli husus ise, eğer bir davada zorunlu sebepler yoksa, fakat yine de müdafî ile görüşme hakkı kısıtlanmışsa bu durumun doğrudan bir ihlale yol açıp açmayacağı meselesidir. Mahkeme, zorunlu sebeplerin yokluğunun kendiliğinden adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmayacağına hükmetmiştir.¹⁹ Bir başka deyişle, zorunlu sebeplerin yokluğunda bile Mahkeme kısıtlamanın müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkını ihlal ettiğine karar vermek yerine, yargılamayı bir bütün olarak değerlendirip, genel olarak adil yargılanma hakkının bu sınırlamadan dolayı ihlal edilip edilmediğine bakacaktır.²⁰ Bir davada zorunlu sebeplerin varlığı ya da yokluğunun sadece Mahkeme tarafından yapılacak olan yargılamanın

¹⁶ *İbrahim ve Diğerleri* § 257

¹⁷ *ibid*

¹⁸ *ibid* § 259 (Çeviri yazara aittir)

¹⁹ *ibid* §§ 263-265

²⁰ ÇELİKSOY, 2018, ss.239-241

genel değerlendirilmesinde alınacak tavır açısından etkisi olacaktır.²¹ Şöyle ki, eğer davada zorunlu sebepler yoksa, Mahkeme yargılamanın adilliği değerlendirmesinde oldukça katı bir inceleme yapacaktır.²² Eğer hükümet zorunlu sebeplerin varlığını gösteremezse, bir bütün olarak yapılacak olan yargılamanın adil olup olmadığı değerlendirilmesinde tartı Sözleşmenin 6 (1) ve (3) (c) maddelerinin ihlal edildiği yönünde olacaktır. Ayrıca, hükümet polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkına getirilen sınırlanmanın niçin adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini ikna edici bir şekilde kanıtlamalıdır.²³ Dolayısıyla, zorunlu sebeplerin yokluğu halinde müdafî ile görüşme hakkı kısıtlanırsa, bu kısıtlamanın şüphelinin veya sanığın adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine dair ispat yükü taraf devletlerin üzerinde olacaktır.

İkinci aşama ile ilgili olarak, Mahkeme'nin yargılamanın adilliğine dair genel bir değerlendirme yapacağı belirtilmişti. Bu aşamada, Mahkeme birçok faktörü hesaba katarak sınırlandırmanın adil yargılanmayı ihlal edip etmediğini değerlendirecektir. Bu faktörlerden bazıları şunlardır: (a) başvuranın durumunun özellikle zayıf ve hassas olup olmadığı; (b) soruşturma evresinde ve mahkemede delillerin kabul edilebilirliğine dair hukuki çerçeve; (c) başvuranın delillerin güvenilirliğini sorgulama fırsatına sahip olup olmadığı; (d) delillerin güçlü, güvenilir ve doğru olup olmadığı ve onların hukuka uygun elde edilip edilmediği; (e) elde edilen ifadelerin doğası ve onların aniden geri çekilip çekilmediği ya da değiştirilip değiştirilmediği; (f) ileri sürülen delillerin kullanımı ve özellikle onların tutuklama açısından önemi; (g) herhangi bir suçluluk değerlendirilmesinin profesyonel bir hakim tarafından yapıp yapılmadığı; (h) söz konusu suçun araştırılması ve cezalandırılmasındaki kamu yararının önemi.²⁴

Mahkeme *Salduz* prensiplerine yönelik bu açıklamaları yaptıktan sonra *İbrahim ve Diğerleri* davasındaki başvuranların durumunu değerlendirmiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi bu davada Mahkeme ilk defa müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılabilmesi için gerekli olan zorunlu sebepler (*compelling reasons*) meselesini ele almıştır. Bu nedenle, konunun etraflıca anlaşılması için *İbrahim ve Diğerleri* davasının maddi içeriğini kısaca özetlemekte fayda vardır.

2005 yılında Londra'da çok sayıda can kaybı ve yaralanmalara sebep olan dört tane intihar saldırısı meydana gelmiştir. Bu saldırılardan iki hafta sonra

²¹ SOO, Anneli, 'Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the Others v. the UK (13th of September 2016)' *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.25(4), 2017, pp.327-346, s. 335; RAMOS, 2016, s. 415

²² *İbrahim ve Diğerleri* § 264

²³ ibid

²⁴ ibid § 274

dört tane daha bombalı saldırı gerçekleştirilmek istenmiş, fakat başarılı olunamamıştır. Başarısız olan bu dört bomba saldırısının şüphelisi olarak *Ibrahim ve Diğerleri* davasının ilk üç başvurusu gözaltına alınmıştır.²⁵ Terör eylemleri dolayısıyla ortaya çıkabilecek can ve mal kaybını önlemek ve henüz yakalanmamış olan diğer şüphelilerin uyarılmasına engel olmak amacıyla başvuruçuların ifadelerinin acil bir şekilde alınması gerektiğinden, gözaltına alınmalarının hemen akabinde, başvuruçular avukatları ile görüştürülmeden ve avukatlarından herhangi bir hukuki tavsiye almalarına izin verilmeden polis tarafından ifadelerinin alınmasına başlanmıştır.²⁶ Başvuranlar, müdafilerinin yokluğunda alınan ifadelerini de içeren delillere dayanılarak tutuklanmıştır.

Dördüncü başvuran ise ilk başta gözaltına alınmamış, ama polis tarafından potansiyel bir tanık olabileceği için bilgisine başvurulmak üzere karakola davet edilmiştir. Tanık olarak dinlenirken, kendisini suçlayıcı açıklamalar yapmaya başlamıştır.²⁷ Bu esnada, tanık ifadesine başvuran polis, kendisini suçlayıcı ifade veren başvuranın ifadesine devam edip etmeme yönünde talimat almak için amiri ile görüşmüştür. Fakat, gelen talimat doğrultusunda, başvurana müdafiden yararlanma hakkı da dahil diğer adil yargılanma hakları bilgilendirilmeden ve müdafinin yokluğunda tanık ifadesinin alınmasına devam edilmiştir. Tanık ifadesi tamamlandıktan sonra, dördüncü başvuruçuda da gözaltına alınmış ve daha sonra tutuklanmıştır.

Bu davada, başvuruçular polis karakolunda ilk ifadeleri alınırken müdafinin yokluğu ve hukuki tavsiye alma haklarının geçici olarak kısıtlanması ve müdafinin yokluğunda alınan ifadelerin mahkemede delil olarak kabul edilmesinin Sözleşmenin 6(1) ve (3)(c) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Dolayısıyla, AİHM bu davada, başvuranların polis karakolunda müdafinin yokluğu ve ifadeleri alınırken müdafiden yararlanma haklarına getirilen kısıtlamalarda Londra'da yaşanan terör eylemlerinin zorunlu sebep oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir.

Mahkeme ilk üç başvuran açısından polis karakolunda müdafinin yokluğu ve hukuki tavsiye alma hakkının kısıtlanması bakımından zorunlu sebeplerin mevcut olduğuna karar vermiştir.²⁸ Bu sonuca, Londra'da 2005 yılında art arda

²⁵ bk. 'Terrorist suspects' procedural rights: Case Comment', *European Human Rights Law Review*, 2017, 1, ss. 75-79, internet erişim adresi: <goo.gl/LsyZZk> erişim tarihi 29.12.2017; Ayrıca bk. 'Ibrahim and others v United Kingdom (App. Nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09) [2016] All ER (D) 57 (Sep)', *Criminal Law & Justice Weekly*, Vol.180 No.36, internet erişim adresi: <goo.gl/hW3X3f> erişim tarihi 29.12.2017.

²⁶ ZANDER, Michael, 'Do It by the Book' *Criminal Law and Justice Weekly*, Issue:36, 2016, p.650.

²⁷ SEET, Matthew, 'Suspected Terrorists and the Privilege Against Self-Incrimination', *The Cambridge Law Journal* Vol.74(2), 2015, pp.208-211/50571/08, 50573/08, and 40351/09

²⁸ *Ibrahim ve Diğerleri* §§ 276-279

meydana gelen terör eylemlerinin cana, özgürlüğe ya da fiziki bütünlüğe karşı oluşabilecek tehlikelerin engellenmesi için acil olarak önlem alınmasına ihtiyaç duyulması gereğinden hareketle ulaşmıştır. Bir başka ifadeyle, Londra'daki terör saldırıları ve devam eden terör tehlikesi müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanması için zorunlu sebep olarak değerlendirilmiştir. İkinci aşamada yapılan yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı değerlendirmesi de ilk üç başvurucu için olumlu olmuştur.²⁹ Bu yüzden, Mahkeme ilk üç başvurucu açısından bir ihlal bulmamıştır.

Dördüncü başvuranın durumu ile ilgili olarak, Londra'da yaşanan terör olayları istisnai bir durum teşkil etmesine rağmen Mahkeme zorunlu sebebin oluşmadığına hükmetmiştir. Çünkü, dördüncü başvuran kendini suçlayıcı ifade vermeye başladığı anda tanık statüsünden şüpheli statüsüne geçirilmesi gerekirken, İngiliz otoriteleri dördüncü başvurana, onun avukattan yararlanma hakkının olduğu ve statüsünün değiştiği hakkında bilgi vermemişler ve tanık ifadesine devam etmişlerdir.³⁰ Bu durum, başvuranın polis karakolundaki resmi statüsünde meydana gelen değişikliği reddetmek anlamına gelmektedir. Yani, İngiliz otoriteleri dördüncü başvuranın resmi statüsünün şüpheli olarak değişmesini reddetmiş ve böylece onu bilgilendirilme yükümlülüğünden kurtulmak istemiştir. Ancak, Mahkeme İngiliz hukukunda böyle bir işleme olanak tanıyacak yasal bir düzenleme olmadığını tespit etmiştir.³¹ Bu yüzden, Mahkeme müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasında genel kriterlerden birisi olan ve karar veren makamlara rehberlik etmesi için gerekli olan yasal dayanağın İngiliz hukukunda bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme İngiliz hükümetinin dördüncü başvuranın polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasında zorunlu sebebin bulunduğunu ispat edemediğine ve bu yüzden başvuranın hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³²

3. Polis Karakolunda Müdafiden Yararlanma Hakkı ve AİHM

Müdafiden yararlanma hakkı adil yargılanma hakkının önemli bir sacayağı olarak görülmektedir. Fakat, bu hak, anayasada açıkça ve ayrı bir madde olarak düzenlenmemiştir. Anayasanın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilmektedir. Ancak, anayasa "adil yargılanma" hakkından ne anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir detay vermemiştir. Anayasadaki bu boşluk Anayasa Mahkemesi

²⁹ ibid §§ 280-294

³⁰ ibid § 299

³¹ ibid

³² ibid §§ 295-300

tarafından doldurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucu önüne gelen bir davada, “Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme’nin “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi” gerektiğine hükmetmiştir.³³ Dolayısıyla, müdafiden yararlanma hakkının anayasa tarafından koruma altına alınmış olduğu açıktır.

Müdafiden yararlanma hakkına dair açık düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 149. maddesinde yapılmıştır. CMK madde 149’a göre, şüpheli ve sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Şunu belirtmekte fayda var ki, Türkiye soruşturma evresinde müdafiden yararlanma hakkını *Salduz* kararından önce düzenlemiştir.³⁴ Kanunda açıkça müdafiden yararlanma hakkının soruşturma evresinin her aşamasında faydalanabileceği düzenlendiği için, şüphelilerin gözetimine alınmaları ile birlikte bu haktan faydalanabilmeleri gerekmektedir.³⁵ Bu yönüyle düzenleme AİHM içtihatlarıyla uyumlu gözükmektedir.³⁶

Brusco/Fransa kararında, AİHM şüphelinin ifadesi alınırken müdafinin yardımından faydalanabileceği ve müdafinin ifade sırasında hazır bulunabileceğine hükmetmiştir.³⁷ CMK madde 147 (1) (c), şüphelinin veya sanığın ifadesi ya da sorgusu alınırken, müdafilerinin ifade ve sorgu esnasında hazır bulunabileceğinin kendilerine bildirilmesini hükme bağlamıştır. Ayrıca, madde 149 (3)’e göre, “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.” Böylelikle, şüpheli veya sanık eğer isterlerse, müdafileri ifade ve sorgu esnasında hazır bulunabilmesi AİHM’nin içtihatlarıyla paraleldir. Fakat, şüpheli ve sanık soruşturma evresinde en fazla üç tane avukat yardımından faydalanabilecektir.³⁸

³³ *Onurhan Solmaz Başvurusu*, Başvuru No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26/3/2013, internet erişim için: <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a95a9fb7-ef02-4b50-a826-7d9a6188ca3f?wordsOnly=False>> erişim tarihi 29/12/2017; Ayrıca bk. YILDIRIM, Akif, Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu), *TAAD*, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016) ss. 333-376, s. 335

³⁴ ALTIPARMAK, Kerem, ‘İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2013/6 *Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması- İzleme Raporu*’, İnternet Erişim Adresi: <<http://www.aihmiz.org.tr/>> erişim tarihi 30/12/2017

³⁵ Ayrıca bk. DEMİRBAŞ, Timur, ‘Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik’, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:4, Ağustos 2007, ss. 79-95

³⁶ AİHM; şüphelilerin gözetimine alınır alınmaz müdafinin ifade ve görüşme hakkından faydalanabileceklerini ifade etmiştir. bk. *Dayanan/Türkiye* § 32

³⁷ *Brusco/Fransa*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 1466/07, 14 Ekim 2010 § 45

³⁸ CMK 149(2)

AİHM, müdafiden yararlanma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için şüphelilerin adil yargılanma haklarının varlığı ve doğası ile ilgili bilgilendirilmeleri gerektiğini pek çok kararında belirtmiştir. Müdafiden yararlanma hakkının etkin kullanılabilmesi için şüpheli ve sanıkların müdafî seçme hakları ile ilgili bilgilendirilmesine ek olarak, susma hakkı ve kendilerini suçlayıcı ifadeye zorlanmama imtiyazı hakkında da bilgilendirilmeleri gerekmektedir.³⁹ Çünkü, susma hakkı ve kendilerini suçlayıcı ifadeye zorlanmama imtiyazı adil yargılanma hakkının özünü oluşturmaktadır.⁴⁰ AİHM, müdafiden yargılanma hakkı ve susma hakkı ile kendilerini suçlayıcı ifadeye zorlanmama imtiyazı arasında oldukça önemli bir bağlantı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, herhangi bir prosedürün uygulanmasından dolayı şüphelilerin kendilerini suçlayıcı ifadeye zorlanmama imtiyazının ve susma hakkının özünü etkilemesine karşı polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının etkili bir önlem olduğunu *Salduz* kararında açıkça belirtmiştir.⁴¹ Müdafiden yararlanma hakkı ile susma hakkı arasındaki bağlantının önemi Kanada Yüksek Mahkemesinin bir kararında şu şekilde gösterilmiştir:

Müdafiden yararlanma hakkı ile susma hakkı (...) ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlıdır. Birisi diğerini desteklemektedir; (bu destek) özellikle gözaltındaki ifadeye ve daha da önemlisi ısrarlı bir şekilde susma hakkını kullanmak istediğini belirten bir şüphelinin müdafiden yararlanma hakkının, şüpheli üzerinde tam bir kontrole sahip olan ve şüpheliden bir itiraf elde etmek çabasıyla ifadeyi amansızca sürdüren polis memuru tarafından sistematik olarak reddedilmesi halinde (daha da önem kazanmaktadır).⁴²

Bu ifade Kanada Yüksek Mahkemesinin *R/Sinclair* kararında azınlık görüşüne aittir. Müdafiden yararlanma hakkı ve susma hakkına ilişkin bu karardaki azınlık görüş "*gözaltı ifadesi kapsamında, bu haklardan birisine sahip olmadan diğerine sahip olunamayacağını*" açıkça belirtmiştir.⁴³ Aslında bu haklar arasındaki bağlantının önemi 1960'lı yıllarda Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, 1966 yılındaki *Miranda/Arizona* kararında, şüphelilerin hem susma hakları hem de müdafî ile görüşme hakları ile ilgili bilgilendirilmeleri gerektiğine dair tarihi kararını vermiştir. Bu davadan sonra, bu haklar; şüphelilerin *Miranda*

³⁹ ŞAHİN, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1* (Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2017) s.264

⁴⁰ BERGER, Mark, 'Self-Incrimination and the European Court of Human Rights : Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence', *European Human Rights Law Review*, Vol.5, 2007, pp.514-533, s.517.

⁴¹ *Salduz* § 54

⁴² *R/Sinclair* [2010] 2 SCR 310 § 124, per Fish, Abella and LeBel JJ. (Çeviri yazara aittir)

⁴³ *ibid*

hakları olarak ifade edilmeye başlamıştır.⁴⁴ Bu bakımdan, CMK' un 147 (1) maddesinin (c) ve (e) alt fıkraları önemlidir. Bu madde ile, ifadeleri alınırken şüphelilerin ve sanıkların müdafiden yararlanma hakları ve susma hakları ile ilgili kendilerine bilgilendirme yapılacağı garanti altına alınmaktadır. Ayrıca, anayasanın 38. maddesi ile "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye" zorlanamayacağı koruma altına alınmıştır.

Fakat, uygulamada şüpheli ve sanıklara müdafii ile görüşme ve müdafii yardımından faydalanma hakkı da dahil diğer adil yargılanma haklarının bilgilendirilmesinin etkin bir şekilde yerine getirilmediği yapılan çalışmalarla tespit edilmiştir.⁴⁵ Elveriş, uygulamada bu haklarının polis tarafından bilgilendirilmesinde, şüphelilerin ekonomik ve sosyal statüleri ve eğitim seviyelerinin etkili olduğunu ifade etmiştir.⁴⁶ Dolayısıyla, susma ve müdafiden yararlanma haklarının bilgilendirilmeleri bakımından Türkiye kanun üzerinde AİHM ile uyumlu gibi gözükmesine rağmen uygulamada durumun aksi yönde olması, bu hakların icra edilmelerini de etkileyecektir. Nitekim, sanıkların müdafii ile temsil edilme oranlarının oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir. Jahic/Elveriş' in yapmış oldukları çalışma, 2007 yılında İstanbul Ceza Mahkemelerinde müdafii ile temsil edilenlerin oranının yalnızca %10 olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁷ Her ne kadar polis karakolunda müdafiden yargılanma hakkının uygulamadaki yansımalarına dair bir veri yoksa da bu oranın mahkemelerdeki müdafii ile temsil edilme oranından fazla olması muhtemel gözükmemektedir. Oysa ki, bazı Avrupa ülkelerinde şüpheli ve sanıkların polis karakolunda müdafii talep etme oranının Türkiye ile kıyaslandığında oldukça yüksek olduğu görülecektir. Mesela, İngiltere ve Galler'de gözaltına alınan şüphelilerin %50'si müdafii talep ederken,⁴⁸ Fransa'da bu oran %35 ile %50 arasındadır.⁴⁹

⁴⁴ *Miranda/Arizona* (384 U.S. 436 1966); *Salduz/Türkiye ve Miranda/Arizona* davalarının başarılı bir incelemesi için bk. Laar TAHM Van de and Graaff RL De, 'Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?', *European Human Rights Law Review*, Vol.3, 2011, pp.304-317

⁴⁵ Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu, Ceza Mahkemeleri Öneriler Listesi, 2005, Madde No: 77, 88 ve 117 Aktaran JAHİC, Galma / ELVERİŞ, İdil, 'Müdafiliğe İlişkin Bir Değerlendirme: Değişen Kanunlar, Değişmeyen Sonuç', *TBB Dergisi*, Sayı:90, 2010, ss.165-194, s. 170

⁴⁶ ELVERİŞ, İdil, "Chapter 11 Turkey" in CAPE, Ed et al (eds), *Effective Criminal Defence in Europe* (Intersentia 2010), s.510

⁴⁷ JAHİC/ ELVERİŞ, 2010, s.180

⁴⁸ SKINNS, Layla, 'The Right to Legal Advice in the Police Station: Past, Present and Future', *Criminal Law Review*, 2011, Issue:1, pp.19-39; PLEASANCE, Pascoe / KEMP, Vicky / BALMER, Nigel J., 'The Justice Lottery? Police Station Advice 25 Years on from PACE', *Criminal Law Review*, January 2011, Issue:1, pp.3-18

⁴⁹ BLACKSTOCK, Jodie et al., *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions* (Cambridge: Intersentia 2014), s.97

Bir diğer önemli husus, şüphelinin müdafî seçimi ya da şüpheliye müdafî atanmasıdır. CMK madde 150 (1)'e göre, şüpheli ve sanığın kendilerine bir müdafî seçmeleri istenecek, eğer müdafî seçebilecek durumda değilse, bu yöndeki istemleri halinde kendilerine bir müdafî görevlendirilecektir. Ayrıca, eğer şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan bir soruşturma ve kovuşturma söz konusu ise şüpheli ve sanığın istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilecektir.⁵⁰ Ancak, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesi ile müdafî görevlendirilmesi sonucu ortaya çıkan avukatlık ücreti yargılama giderleri kapsamına alınmış ve mahkum olan sanıktan geri alınması hükme bağlanmıştır. Bu durum savunma özgürlüğü ile bağdaşmayan hukuka aykırı bir uygulama olarak değerlendirilmiştir.⁵¹

Müdafî görevlendirilmesi, soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin istemi üzerine şüphelinin gözaltına alındığı yargı çevresinde bulunan Baro tarafından yapılmaktadır.⁵² Kocaoğlu, Ankara Barosu'na kayıtlı olan ve müdafîlik görevlendirilmesi nöbeti tutan avukatlar hakkında önemli bir istatistik çalışması yapmıştır. Buna göre, meslekte kıdemi yüksek olan —beş yıl ve üzeri— avukatların müdafîlik görevlendirilmesindeki oranı (%13), meslek yaşı düşük olan —beş yıldan daha az— avukatların oranından (%87) oldukça düşüktür.⁵³ Buradan doğrudan doğruya, baro tarafından görevlendirilen avukatların daha az tecrübeli olduğu ya da etkili bir hukuki hizmet veremediği sonucu çıkarılamasa da AİHM'nin müdafiden yararlanma hakkının etkili ve pratik olması gerektiği yönündeki hükmü ışığında değerlendirilmesinde fayda vardır. AİHM, savunma avukatlarının kalitesi ve yeterliliğini avukat ve müvekkil arasındaki bir ilişki olarak değerlendirmiş ve şüpheli veya sanık tarafından seçilmiş olan avukatların işlerinden ileri gelen şikayetlerden dolayı taraf devletlerin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.⁵⁴ Fakat, Mahkeme etkili bir savunma yapılmasında müdafinin muvaffakiyetsizliği açıksa ya da bu durum taraf devletlerin dikkatine getirilmişse, taraf devletlerin müdahalede bulunmak zorunda olduğuna karar

⁵⁰ CMK 150(2); Ayrıca bk. KOCASAKAL, Ümit, 'The Role of Defense Counsel in Turkish Criminal Procedure', *Law & Justice Review*, Year:7, Issue:12, June 2016, ss. 121-136

⁵¹ DÜLGER, Murat Volkan, 'Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, ss. 41-76, s.67

⁵² CMK 156

⁵³ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, 'Ankara Barosu Ölçeğinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Barodan Müdafî Görevlendirilmesi Sistemini Ele Alan İstatistiksel Bir Araştırma ve Değerlendirme', *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/ 2, ss. 32-41

⁵⁴ *Artico/İtalya*, AİHM, Başvuru No: 6694/74, 13 Mayıs 1980 § 36; *Kamasinski/Avusturya*, AİHM, Başvuru No: 9783/82, 19 Aralık 1989 § 65

vermiştir.⁵⁵ Müdafî görevlendirilmesinde Türk Hukukundaki duruma dair önemli bir tespit hâkim, savcı ve avukatlarla yaptığı mülakatlar sonucunda Elveriş tarafından ortaya konulmuştur. Elveriş, ceza hukuk sistemindeki bu üç aktörün de müdafî görevlendirmesi ile Baro tarafından atanan avukatların etkili hizmet sağlayamadığı görüşünde olduklarını ifade etmiştir.⁵⁶ AİHM'nin bu konudaki yaklaşımı dikkate alındığında, özellikle görevlendirilen müdafinin görevlerini yerine getirmesindeki aksaklıkların hâkim ve savcılar tarafından fark edilmesi halinde, bu duruma müdahale edilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla, özellikle müdafî görevlendirilmesi halinde, müdafilerin görevlerini etkili ve pratik bir şekilde icra etmeleri açısından devletin sorumluluğunun devam ettiği söylenebilir.

4. Türk Hukukundaki Eksik Hususlar

Türkiye aleyhinde, daha önceki yıllarda — özellikle TMK' un 10. maddesinden kaynaklı olarak— polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkı çerçevesinde çok fazla ihlal kararı verilmiştir. Türkiye'nin hakkın tanınması ve şüpheli ve sanık tarafından icrası açısından AİHM ile uyumlu olmak yolunda 2014 yılında TMK' da yapılan düzenleme oldukça önemlidir. Bu düzenleme ile, soruşturma evresinde müdafiden yararlanma hakkının icra edilmesinde terör suçlarından şüpheli ve sanık olanlar ile diğer suçlardan şüpheli ve sanık olanlar arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır.⁵⁷

Fakat, 3/10/2016 tarihli, 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile müdafî ile görüşme hakkının bazı suçlar bakımından kısıtlanabileceği hükmü getirilmiştir. 676 sayılı KHK ile CMK' un 154 maddesine eklenen fıkra şu şekildedir;

Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.

Polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkının mutlak bir hak olmadığı ve bu hakka sınırlandırmalar getirilebileceği yukarıda açıklanmıştır. AİHM de polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının bir iz düşümü olan müdafî

⁵⁵ *Imbrioscia/İsviçre*, AİHM, Başvuru No: 13972/88, 24 Kasım 1993, Başvuru No: 13972/88 § 41; Ayrıca bk. VAN PUYENBROECK, Laurens / VERMEULEN, Gert, 'Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the Eu', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.60(4), 2011, pp.1017-1038, s. 1023

⁵⁶ ELVERIS, 2010, s.508

⁵⁷ bk. dipnot 3

ile görüşme hakkının kısıtlanabileceği ifade etmiş ve *İbrahim ve Diğerleri* kararında hakkın kısıtlanabilmesi için uyulması gereken genel çerçeveyi çizmiştir.

CMK madde 154(2)'e göre, bazı suçlar bakımından gözaltına alınan şüphelilerin müdafî ile görüşme hakkı 24 saat süre ile kısıtlanabilmektedir ve kısıtlanma devam ettiği müddetçe şüphelilerin ifadesi alınamayacaktır. Bu yönüyle, AİHM tarafından belirtilen, sınırlamanın geçici olması gerekliliği sağlanmış gözükmektedir. Kısıtlama talebini Cumhuriyet Savcısının yapacak olması ve hâkimin karara bağlaması da her bir davanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekliliğiyle uyumludur.

Türk Ceza Muhakemesi hukukunda temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran koruma tedbirleri açısından 'yasallık', 'geçicilik', 'araç oluş', 'gecikmede tehlike', 'görünüşte haklılık', 'ölçülülük' ve 'bir karara dayanma' gibi dikkate alınması gereken bir takım ortak ilkelerin olduğu doktrinde kabul edilmiştir.⁵⁸ CMK'nın 154(2) maddesine dayanarak müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanmasını talep eden cumhuriyet savcısı ve talebi değerlendirip karara bağlayacak olan hakim bu genel prensipler ışığında hareket etmelidir. Fakat, bu prensiplere uygun bir şekilde hareket edilmiş olsa dahi, müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkına getirilecek sınırlandırmayı düzenleyen CMK' un 154(2) maddesinin, AİHM' nin söz konusu hakkın kısıtlanması için *İbrahim ve Diğerleri* kararında öngördüğü prensiplerle tam olarak uyumlu olduğu söylenemez.

Söyle ki; AİHM, *İbrahim ve Diğerleri* davasında, polis karakolunda müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkının *sadece* cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla acil bir ihtiyacın varlığı halinde kısıtlanabileceğine karar vermiştir.⁵⁹ CMK madde 154(2)' ye göre, kısıtlama Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine, hâkim kararıyla verilebilecektir. Burada, Cumhuriyet Savcısının hangi nedenlerden dolayı böyle bir kısıtlama isteyebileceği kanunda gösterilmemiş, istemin uygun olup olmadığı hâkimin taktirine bırakılmıştır. Oysa ki, AİHM, cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkması önlemek amacıyla acil bir ihtiyacın varlığı dışında herhangi bir sebepten dolayı müdafî ile görüşme hakkının *kısıtlanamayacağını* belirtmiştir.⁶⁰ AİHM'ye göre, polis karakolunda şüpheliler tarafından dışarıya bilgi sızdırılması riskinden dolayı *bile* müdafî ile görüşme hakkı *kısıtlanamaz*.⁶¹

⁵⁸ bk. SAHİN ss.268-271

⁵⁹ bk. sayfa 5

⁶⁰ ÇELİKSOY, 2018. s.235

⁶¹ *İbrahim ve Diğerleri* § 259

Ayrıca, *İbrahim ve Diğerleri* davasında AİHM, zorunlu sebeplerin varlığının tek başına polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının kısıtlanması için yeterli olmadığına, ayrıca bazı genel kriterlere de uyulması gerektiğine hükmetmiştir.⁶² Bunlar; (i) polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasına sadece istisnai durumlarda izin verilmesi, geçici olarak uygulanması ve her davanın kendi spesifik durumu dikkate alınarak karar verilmesi; (ii) zorunlu sebeplerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde, müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılması için bir yasal dayanak olup olmadığı; (iii) eğer varsa, bu yasal dayanağın karar veren makamlara rehberlik etmesi açısından sınırlandırmaların kapsam ve içeriği gösterip göstermediği; (iv) zorunlu sebeplerin varlığı açısından her davanın ayrı ayrı değerlendirilmesi. Mahkeme müdafii ile görüşme hakkının kısıtlanabilmesi için zorunlu bir sebebin mevcut olup olmadığını değerlendirirken yukarıdaki genel kriterleri de dikkate alacaktır.

Nitekim *İbrahim ve Diğerleri* davasında AİHM, Londra'da yaşanan terör olaylarının maddi olarak hakkın kısıtlanması için zorunlu sebep oluşturduğunu kabul etmesine rağmen, sadece zorunlu sebeplerin maddi olarak varlığının hakkın kısıtlanması için yeterli olmadığını, ayrıca bunların kanunda yazılı olmasını ve karar verici otoritelere yeterli derecede rehber olacak şekilde düzenlenmiş olmasının gerektiğini ifade etmiştir. Bu şu anlama gelmektedir: Cumhuriyet Savcısı; cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkması önlemek amacıyla acil bir ihtiyacın varlığını iddia ederek şüphelinin müdafii ile görüşme hakkının kısıtlanmasını talep etse ve hâkim de bu talebi haklı bulsa dahi, böyle bir kısıtlama sebebi kanunda yazılı olmadığı için AİHM bunu hakkın kısıtlanabilmesi için gerekli olan zorunlu sebep olarak kabul etmeyecektir.

Bu durum *İbrahim ve Diğerleri* davasında yaşanmıştır. İngiliz hukukunda kısıtlama sebeplerini gösteren ve kısıtlamalara karar veren otoritelere yeterli derecede rehberlik eden düzenlemeler mevcut olduğu için ilk üç başvurucu açısından zorunlu sebeplerin gerçekleştiği kabul edilirken,⁶³ dördüncü başvurucu açısından aynı sonuca ulaşılmamıştır. Bunun nedeni, tanık olarak ifadesi alınırken statüsü şüpheliye değişen birisinin, şüpheli haklarını kullanmasına engel olacak şekilde statüsünde böyle bir değişikliğin polis tarafından reddedilmesini düzenleyen yasal bir dayanağın İngiliz hukukunda mevcut olmayışıdır.⁶⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, dört başvurucunun da Londra'da 2005 yılında meydana gelen terör olayları dolayısıyla işlem görmesidir. Mahkeme, *maddi olarak* Londra'daki durumun

⁶² ibid § 258

⁶³ ibid §§ 276-279

⁶⁴ ibid § 299

müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanabilmesi için zorunlu sebep teşkil ettiğini kabul etmiştir. Fakat, İngiliz hukukunda ilk üç başvuranın müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanması yönünde yasal düzenleme yeterli olmuşken, dördüncü başvuran açısından maddi olarak müdafî ile görüşme hakkını kısıtlamayı gerektirecek zorunlu sebebin oluşmamasından değil, yasal düzenleme eksikliğinden dolayı ihlal bulunmuştur.

Türk hukukunda polis karakolunda müdafî ile görüşme hakkını kısıtlama sebeplerinin ne olduğu yönünde bir eksiklik söz konusudur. Bu eksiklik, AİHM ile uyumlu olacak şekilde, müdafî ile görüşme hakkının sadece *cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkması önlemek amacıyla acil bir ihtiyacın varlığı halinde* kısıtlanabileceği kanunda açıkça belirtilerek ortadan kaldırılmalıdır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli husus ise CMK madde 154(2)'in sadece bazı suçlar için müdafî ile görüşme hakkına kısıtlama getirmesidir. Bu yönüyle, CMK madde 154(2)'de sayılan suçların kapsamı dışında kalan suçlardan dolayı gözaltına alınan şüpheliler ile maddede sayılan suçlardan dolayı işlem gören şüpheliler arasında müdafî ile görüşme hakkının icra edilebilmesi açısından bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Fakat, AİHM terör suçlarında dahi minimum adil yargılanma haklarından taviz verilemeyeceğini belirtmiştir. *İbrahim ve Diğerleri* davasında, AİHM aşağıdaki tespiti yapmıştır;

Bireylerin teröre katıldıkları yönünde haklarında oluşan şüpheden dolayı adil yargılanma haklarında yumuşatma yapılması söz konusu olamaz. Mahkeme, bu zorlu zamanlarda bile, taraf devletlerin insan haklarına ve hukuk kurallarına bağlılıklarını —Sözleşmedeki diğer haklarla birlikte— Sözleşmenin 6. Maddesinde yer alan minimum garantilere saygılı olacağını garanti ederek göstereceklerinin son derece önemli olduğunu düşünmektedir.⁶⁵

Paragraftan da anlaşıldığı üzere, taraf devletlerin terör suçlarıyla mücadele ederken bile Sözleşmede yer alan —müdafî ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkı da dahil— minimum adil yargılanma haklarına saygılı olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu; müdafî ile görüşme hakkına kısıtlama getirilemeyeceği anlamına gelmemekle birlikte, suç tipleri ya da suçun ağırlığı dolayısıyla adil yargılanma haklarının yumuşatılmaması gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla, yukarıda yapılan değerlendirmeler de dikkate alındığında, kısıtlamanın hangi suç tipleri açısından yapılabileceğinden ziyade, müdafî ile görüşme hakkını getirilecek kısıtlamanın gerekçesinin *kesin ve net* bir şekilde belirlenmesi gerekir.

⁶⁵ ibid § 252 (Çeviri yazara aittir)

5. Türkiye AİHM'nin Bir Adım Önüne Geçti / AİHM Bir Adım Geri Gitti

AİHM, *Salduz* kararında, müdafii ile görüşmeden ve müdafii yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınmasının ve bu ifadenin şüpheliyi tutuklamak için kullanılmasının, şüphelinin savunma haklarına telefi edilmez bir şekilde zarar vereceğini belirtmiştir.⁶⁶ Buradaki tartışmalı husus, böyle bir durumda şüphelinin müdafiden yararlanma hakkının ihlal edilip edilmediğidir. *İbrahim ve Diğerleri* davasında, Mahkeme, bu prensibin “*katı ama mutlak bir kural olmadığını*” belirtmiştir.⁶⁷ Mahkeme; müdafinin yokluğunda alınan ifadenin şüphelinin tutuklanmasında kullanılmasının, yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken hususlardan bir tanesi olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, müdafii yokluğunda alınan ifade şüphelinin tutuklanmasında kullanılsa bile, bu durum —kendiliğinden— müdafiden yararlanma hakkının ihlali olmayacaktır. Nitekim Mahkeme *İbrahim ve Diğerleri* kararı sonrası bakmış olduğu davalarda *Salduz* davasında benimsemiş olduğu müdafinin yokluğunda alınan ifadenin tutuklamaya esas alınamayacağı içtihatı yerine *İbrahim ve Diğerleri* davasındaki belirlemiş olduğu iki aşamalı testi uygulamış ve yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmiştir.⁶⁸

Mahkemenin bu yaklaşımı, *Salduz* prensiplerinin yumuşatılması ve müdafiden yararlanma hakkında elde edilmiş olan kazanımlara dair bir geri adım olarak değerlendirilmiştir.⁶⁹ Her ne kadar Mahkeme, yargılamanın adillığının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve müdafii yokluğunda alınan ifadenin şüphelinin tutuklanmasında kullanılması sonucu ortaya çıkacak olan telafi edilemezliğin adil yargılanma açısından nihai bir sonuç olmadığı görüşünde olsa da hakimler Sajó ve Laffranque' a göre, “*bu delil, tutuklama için bir kez kullanıldıktan sonra yargılamanın adillliği yönünde başka bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır*”.⁷⁰ Bu yüzden, AİHM'nin *İbrahim ve Diğerleri* davasında, müdafii yokluğundan alınan ifadenin dava dosyasından çıkarılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüşü önemli tartışmalara neden olmuştur.

Kanaatimizce, *İbrahim ve Diğerleri* davasında, AİHM *Salduz* prensiplerinde bir yumuşama yapmıştır. Söyle ki, Mahkeme, *Salduz* sonrası kararlarında, müdafinin yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınması ve bu ifadenin tutuklamada kullanılması halinde müdafiden yararlanma hakkının ihlal

⁶⁶ *Salduz* § 55

⁶⁷ *İbrahim ve Diğerleri* § 260

⁶⁸ *Sitnevskiy and Chaykovskiy/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 48016/06 ve 7817/07, 10 Kasım 2016; *Loboda/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 8865/06, 17 Kasım 2016; *Artur Parkhomenko/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 40464/05, 16 Şubat 2017; *Zherdev/Ukrayna*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 34015/07, 27 Nisan 2017

⁶⁹ bk. ÇELİKSOY, 2018; ayrıca bk. SOO, 2017, s. 334

⁷⁰ *İbrahim ve Diğerleri*, Hakimler Sajó ve Laffranque' un karşıt görüşü § 11 (vurgu yazara aittir)

edileceğine hükmetmiştir. Örneğin, *Pishchalnikov/Rusya* kararında, başvuranın 15 ve 16 Kasım 1998 tarihlerinde müdafî yokluğunda alınan ifadesinin tutuklamada delil olarak kullanılması başvuranın yargılamasını olumsuz bir şekilde etkilediği için müdafî ile görüşme ve müdafî yardımından faydalanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷¹ Ayrıca, nispeten yakın tarihli *A.T./Lüksemburg* kararında AİHM açıkça müdafî yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınması halinde, bu ifadenin dava dosyasından çıkarılması gerektiğini belirtmiştir.⁷² Dolayısıyla, AİHM'nin *İbrahim ve Diğerleri* davasında müdafî yokluğunda alınan ifadenin dava dosyasından çıkarılması gerektiği yönünde bir işleme gerek olmadığı yönünde kararı, müdafiden yararlanma hakkı üzerine *Salduz* ve devam eden kararlarında oluşturmuş olduğu prensiplerde bir geri adım olarak değerlendirilebilir.⁷³

Bu noktada, Türk hukukunda müdafinin yokluğunda kolluk tarafından şüphelinin ifadesinin alınıp alınmayacağıın tespiti gerekmektedir. Eğer CMK madde 154(2)'ye göre, müdafî ile görüşme hakkına bir kısıtlama getirilmişse, zaten şüphelinin ifadesi kısıtlama devam ettiği sürece alınamayacaktır. Dolayısıyla, müdafî yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınması, şüphelinin müdafî ile görüşme hakkına kısıtlama getirilmesinden kaynaklanmamaktadır. Hukukumuzda müdafî yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınması hali, ancak CMK madde 150 (1)'e göre kendisinden bir müdafî seçmesi istenmesine rağmen, şüphelinin bir müdafiden faydalanmak istemediği zaman mümkündür. Bu durum, yalnızca zorunlu müdafilik gerektirmeyen hallerde söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak, zorunlu müdafilik gerektirmeyen hallerde, CMK 150(1)'e göre şüphelilerin kendilerine müdafî seçmemesi ve bir müdafî görevlendirilmesi isteminde de bulunmamaları halinde kolluk tarafından müdafî yokluğunda ifadeleri alınabilecektir.

Bu aşamadan sonra CMK madde 148(4)'ün koruması devreye girmektedir. CMK madde 148(4)'e göre; "Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz". Maddenin lafzından, soruşturma evresinde müdafî yokluğunda alınan ifadenin tutuklama kararı verilmesinde kullanılabilmesi için, bu ifadenin şüpheli tarafından hâkim huzurunda doğrulanması gerektiği açıktır. Aksi taktirde, müdafî yokluğunda alınan ifade tutuklama için delil olarak kullanılamayacaktır. Bu yönüyle, konu hakkında Türk hukukundaki düzenleme şüpheli ve sanıklara AİHM'den daha fazla koruma sağlamaktadır. Bu yüzden, Türkiye'nin polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkı bakımından AİHM'nin bir adım önüne geçtiği söylenebilir.

⁷¹ *Pishchalnikov/Rusya*, AİHM Birinci Daire, Başvuru No: 7025/04, 24 Eylül 2009

⁷² *A.T./Lüksemburg*, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 30460/13, 9 Nisan 2015

⁷³ bk. *İbrahim ve Diğerleri*, Hakimler Sajó ve Laffranque' un karşıt görüşü § 11

6. Sonuç

AİHM, *Salduz* kararında şüphelilerin *kural olarak* polis karakolunda müdafii ile görüşme ve müdafii yardımından yararlanma haklarının olduğunu kabul etmiştir. Bu hak, sadece zorunlu sebeplerin (*compelling reasons*) varlığı halinde kısıtlanabilir. Zorunlu sebeplerin neler olabileceği ve hakkın kısıtlanması prosedürünü *İbrahim ve Diğerleri* davasında açıklanmıştır. Mahkeme, *İbrahim ve Diğerleri* kararında, *Salduz* prensiplerinin iki aşamalı bir değerlendirmeye tabi tutulmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. İlk aşama, müdafii ile görüşme hakkının kısıtlanabilmesi için zorunlu sebeplerin olup olmadığına dair bir değerlendirme iken, ikinci aşama yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı ile ilgilidir.

Türkiye, şüpheli ve sanıkların polis karakolunda müdafii ile görüşme ve müdafii yardımından yararlanma hakkı ile ilgili önemli adımlar atmıştır. Özellikle, 2014 yılında TMK' da yapılan değişiklikle şüpheli ve sanıkların hangi suçlardan dolayı işlem gördüklerine bakılmaksızın, müdafii ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkını icra edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu yönüyle, Türkiye genel anlamda AİHM ile uyumlu görünmektedir. Fakat, hakkın sınırlandırılması bakımından Türk hukukunda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Özellikle, hakkın sınırlandırılabilmesi için AİHM tarafından işaret edilen zorunlu sebepler kanunda düzenlenmemiştir. Bu durumda, pratikte zorunlu sebep varlığı kabul edilse bile, kanunda düzenleme yapılmadığı için AİHM nezdinde hakkın sınırlandırılması açısından zorunlu sebep olarak kabul edilemeyecektir.

Bir diğer önemli husus ise, AİHM'nin *İbrahim ve Diğerleri* kararında şüphelinin müdafiden yararlanma hakkının sağlamış olduğu korumada geri adım atmış olmasıdır. Mahkeme, müdafii yokluğunda şüphelinin ifadesinin alınması ve bu ifadenin tutuklamada kullanılmasının doğrudan müdafiden yararlanma hakkını ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Fakat, CMK madde 148(4)'e göre, müdafii yokluğunda kollukça alınan ifade hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla, Türkiye bu düzenleme ile, polis karakolunda müdafiden yararlanma hakkı bakımından AİHM' den daha fazla koruma sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem, 'İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2013/6 Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması- İzleme Raporu', İnternet Erişim Adresi: <<http://www.aihmiz.org.tr/>> erişim tarihi 30/12/2017

BERGER, Mark, 'Self-Incrimination and the European Court of Human Rights : Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence', *European Human Rights Law Review*, Vol.5, 2007, pp.514-533

BLACKSTOCK, Jodie et al., *Inside Police Custody: An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions* (Cambridge: Intersentia 2014)

ÇELİKSOY, Ergül, '*İbrahim and Others v. UK: Watering Down the Salduz Principles*', *New Journal of European Criminal Law*, 2018, Vol.9(2), pp.229-246

COPE, Ed et al, 'Chapter 2 The European Convention on Human Rights and the Right to Effective Defence' in CAPE, Ed et al (eds), *Effective Criminal Defence in Europe* (Intersentia 2010)

DEMİRBAŞ, Timur, 'Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik', *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:4, Ağustos 2007, ss. 79-95

DÜLGER, Murat Volkan, 'Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, ss. 41-76

ELVERİS, Idil, 'Chapter 11 Turkey' in Cape E and others (eds), *Effective Criminal Defence in Europe* (Intersentia 2010)

HODGSON, Jacqueline, 'From the Domestic to the European : An Empirical Approach to Comparative Custodial Legal Advice' in Jacqueline E Rossa and Stephen C Thaman (eds.), *Comparative Criminal Procedure* (Edward Elgar Publishing 2016)

HODGSON, Jacqueline, "'Safeguarding Suspects" Rights in Europe: A Comparative Perspective' *New Criminal Law Review*, Vol.14(4), 2011, pp.611-665

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios, 'Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence in France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance' *Criminal Law Forum*, Vol.24(3), 2013, pp.291-329

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios, "'North of the Border and Across the Channel": Custodial Legal Assistance Reforms in Scotland and France' *Criminal Law Review*, Vol.5, 2013, pp.369-384

JACKSON, John, 'Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer' in Renaud Colson and Stewart Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice* (Cambridge University Press 2016)

JACKSON, John, 'Responses to Salduz : Procedural Tradition , Change and the Need for Effective Defence' *The Modern Law Review*, Vol.76(6), 2016, pp.987-1018

JACKSON, John / SUMMERS, Sarah, *The Internationalisation of Criminal Evidence : Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* (Cambridge University Press 2012)

JAHİC, Galma / ELVERİŞ, İdil, "Müdafilığe İlişkin Bir Değerlendirme: Değişen Kanunlar, Değişmeyen Sonuç, *TBB Dergisi*, Sayı:90, 2010, ss.165-194

KOCAOĞLU, Serhat Sinan, 'Ankara Barosu Ölçeğinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Barodan Müdafî Görevlendirilmesi Sistemini Ele Alan İstatistiksel Bir Araştırma ve Değerlendirme', *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/ 2, ss. 32-41

KOCASAKAL, Ümit, 'The Role of Defense Counsel in Turkish Criminal Procedure', *Law & Justice Review*, Year:7, Issue:12, June 2016, ss. 121-136

Laar TAHM Van de and Graaff RL De, 'Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?', *European Human Rights Law Review*, Vol.3, 2011, pp.304-317

PLEASENCE, Pascoe / KEMP, Vicky / BALMER, Nigel J., 'The Justice Lottery? Police Station Advice 25 Years on from PACE', *Criminal Law Review*, January 2011, Issue:1, pp.3-18

RAMOS, Vânia Costa, 'The Rights of the Defence According to The ECtHR: An Illustration in the Light of A.T. V. Luxembourg and the Right to Legal Assistance', *New Journal of European Criminal Law*, Vol.7(4), 2016, pp.397-417

SKINNS, Layla, 'The Right to Legal Advice in the Police Station: Past, Present and Future', *Criminal Law Review*, 2011, Issue:1, pp.19-39

SOO, Anneli, 'Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the Others v. the UK (13th of September 2016)' *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.25(4), 2017, pp.327-346

SEET, Matthew, 'Suspected Terrorists and the Privilege Against Self Incrimination', *The Cambridge Law Journal* Vol.74(2), 2015, pp.208-211/5071/08, 50573/08, and 40351/09

ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1* (Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2017)

VAN PUYENBROECK, Laurens / VERMEULEN, Gert, 'Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the Eu', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.60(4), 2011, pp.1017-1038

YILDIRIM, Akif, 'Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)', *TAAD*, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016) ss. 333-376

ZANDER, Michael, 'Do It by the Book' *Criminal Law and Justice Weekly*, Issue:36, 2016

İnternet Kaynakları

'Terrorist suspects' procedural rights: Case Comment', *European Human Rights Law Review*, 2017, 1, ss. 75-79, internet erişim adresi: <goo.gl/LsyZZk> erişim tarihi 29.12.2017

'İbrahim and others v United Kingdom (App. Nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09) [2016] All ER (D) 57 (Sep)', *Criminal Law & Justice Weekly*, Vol.180No.36, internet erişim adresi: <goo.gl/hW3X3f> erişim tarihi 29.12.2017.

Davalar

AİHM

Afanasyev/ Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 48057/06, 15 Kasım 2012

Artico/İtalya, AİHM, Başvuru No: 6694/74, 13 Mayıs 1980

Artur Parkhomenko/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 40464/05, 16 Şubat 2017

A.T./Lüksemburg, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 30460/13, 9 Nisan 2015

Brusco/Fransa, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 1466/07, 14 Ekim 2010

Dayanan/Türkiye, AİHM İkinci Daire, Başvuru No: 7377/03, 13 Ekim 2009

İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 50541/08, 50571/08, 50573/08 ve 40351/09, 13 Eylül 2016

Imbrioscia/İsviçre, AİHM, Başvuru No: 13972/88, 24 Kasım 1993

Kamasinski/Avusturya, AİHM, Başvuru No: 9783/82, 19 Aralık 1989

Khayrov/Ukrayna AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 19157/06, 15 Kasım 2012

Loboda/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 8865/06, 17 Kasım 2016

Pishchalnikov/Rusya, AİHM Birinci Daire, Başvuru No: 7025/04, 24 Eylül 2009

Salduz/Türkiye, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 36391/02, 27 Kasım 2008

Sitnevskiy and Chaykovskiy/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 48016/06 ve 7817/07, 10 Kasım 2016

Yevgeniy Petrenko/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 55749/08, 29 Ocak 2015

Zamferesko/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 30075/06, 15 Kasım 2012

Zherdev/Ukrayna, AİHM Beşinci Daire, Başvuru No: 34015/07, 27 Nisan 2017

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi

Miranda/Arizona 384 U.S. 436 (1966)

Kanada Yüksek Mahkemesi

R/Sinclair [2010] 2 SCR 310

Anayasa Mahkemesi

Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26/3/2013, internet erişim için: <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a95a9fb7-ef02-4b50-a826-7d9a6188ca3f?wordsOnly=False>> erişim tarihi 29/12/2017

