

ISSN:1309-6826



T Ü R K İ Y E
A D A L E T A K A D E M İ S İ

T Ü R K İ Y E A D A L E T A K A D E M İ S İ D E R G İ S İ

Temmuz 2015 - Sayı 22 - Yıl: 6

22

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.

www.taa.gov.tr

2015



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

22

YIL:6, SAYI:22, TEMMUZ 2015

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN

Hâkim

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK

Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel 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, genel editör 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 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf 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 1 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 iki 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*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taa.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ** 1
İdeoloji/İdeolojik Kişilik Olgusunun Olumsuzluğu Üzerine
A Study on Negatives of Ideology and Ideological Identity
- ◆ **Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA – Ar. Gör. Murat ARABACI**.....59
Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve
Müdafilığe İlişkin Problemler
*The Importance and Legal Status of the Defence Counsel
under Criminal Procedural Law and Practical Problems*
- ◆ **Doç. Dr. Selim KILIÇ**91
Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım
A Philosophical Perspectives on Animal Rights in Modern Society
- ◆ **Yrd. Doç. Abdullah AVŞAR – Erdem OKDEMİR
Semra Savaş KETEN – Hakan ÖNAY**123
Meşru Savunmada Orantılılık ve Durdurucu Güç Kavramı
Proportionality in Self-Defense and the Concept of Stopping Power
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Aslı Bayata CANYAŞ**.....133
Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Kabul Edilemez
Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği
*The Finality of Unacceptable Application and Accelerated Assessment
Decisions Regulated in the Law on Foreigners and International
Protection*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL – Kadir DELİGÖZ**169
F Klavye İle Q Klavyenin Ergonomik Açından
Karşılaştırılması ve Erzurum Adliyesi Uygulaması
*Comparison from Ergonomic Aspects of F Keyboard with
Q Keyboard and Implementation Erzurum Courthouse*

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI**187
Türk Hukukunda Öngörülen Son Değişiklikler İtibariyle
Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Faydalanma Koşulları
*Recent Changes in Turkish Law Intended to Benefit
From The Foreign Service Debt Conditions*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Selin SERT**217
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında
Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri
*Package Tour by Contract 6502 Announcement About
the Consumer Protection Law Provisions*
- ◆ **Dr. Cengiz APAYDIN**241
Ulaşım Müdahale Ederek ve
Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları
*The Crimes of Intentionally Jeopardizing the Traffic Safety Through
Intervention to Transportation and Unsafely Driving of Vehicle*
- ◆ **Dr. Ergin ERGÜL**.....299
İslamofobi Olgusu Bağlamında Terörle Mücadele Dili ve Politikaları
Counter-Terrorism Language And Policies In The Context Of Islamophobia
- ◆ **Dr. Hüseyin TURAN – Muharrem İlhan KOÇ**.....337
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda Sağlık Nedeniyle
Tebdir Uygulaması
*Constitutional Court's Implementation of the Injunction
by Reason of Health in the Individual Application*
- ◆ **Dr. Tolga ŞİRİN**361
Kanunlar İhtilafı ve Anayasa Yargısı
Conflict of Laws and Constitutional Jurisdiction
- ◆ **Arş. Gör. Dr. Emin KOÇ**395
Gıda Güvenliği ve Kamu Sağlığının Korunması
Food Safety and Protection of Public Health

- ◆ **Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU**427
Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından
Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı
*Electronic Evidence (E-Evidence) Concept from the perspective
of Evidence Law in Criminal Prosedure*
- ◆ **Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM**.....455
Kişinin Hatırasına Hakaret
An insult to a Person's Memories
- ◆ **Banu Fatma GÜNARSLAN**495
Değer Artış Payı Alacağı ve Katılma Alacağında Zamanaşımının
Tabi Olduğu Süreler
*Duration That Period of Limitation is Subjected
to in Value Added Share and Participation Receivables*
- ◆ **Savaş YİGEN**527
Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı Gemilere Tanınan Ayrıcalıklar
*The Privileges of Those Vessels Registered in Turkish International Ship
Registry*
- ◆ **Semih YUMAK**.....549
Kriminoloji ve Ceza Hukuku: Hukuk Fakültelerinde
Kriminoloji Öğretiminin Faydaları ve Türkiye'deki Güncel Durum
*Kriminologie und Strafrecht: Die Vorteile der kriminologischen Lehre
an den Juristischen Fakultäten und die aktuelle Lage in der Türkei*
- ◆ **Sümeyye KOCAMAN**585
Türk Borçlar Kanununun 66. Maddesi Çerçevesinde
Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu
*The Liability of the Employer in the Framework of 66th
Article of Turkish Code of Obligations*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

İDEOLOJİ / İDEOLOJİK KİŞİLİK OLGUSUNUN OLUMSUZLUĞU ÜZERİNE

A Study on Negatives of Ideology and Ideological Identity

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ *

ÖZET

Kesin bir tanımı yapılamamakla birlikte “ideoloji” kavramı günümüzde daha çok olumsuz bir anlamsal niteliğe bürünmekte ve düşünce ya da eylemlerinde objektif değil de, kendi kalıplaşmış ön yargılarına göre davranan, gerçekliği tanımayan, dünyayı yalnızca kendi ideleri ve tasarımlarına göre algılayıp biçimlendirmek isteyen kişi “ideolog/ideolojik kişilik” olarak adlandırılmaktadır. İdeolojik kişiliğin en önemli ruhsal karakteristik özelliklerinden bir tanesi, onun başka bir ideolojiyi savunan kimseleri düşman olarak görmesidir.

Modern kapitalizmin egemen olduğu ve bir sömürü aracı olarak kullanıldığı günümüz dünyasında siyaset ve hukuk ikilisinin tek bir ideoloji çatısı altında birleştirildiği ve işlevselleştirildiği söylenebilir. İdeoloji olgusu aracılığıyla toplumsal yaşama ve dünyaya kendi çıkarları doğrultusunda yön ve biçim vermek isteyen güç ve odaklar, küreselleşme/teknolojik gelişmeler/kitle iletişim araçları vb. çağdaş imkân ve vasıtalar yoluyla bu amaçlarına büyük oranda ulaşmış durumdadırlar. İdeolojilerin/ideoloji olgusunun, çağımız dünyasında Batı Emperyalizminin bir sömürü aracı olarak işlevselleştirildiği ve kullanıldığı gerçeği inkâr edilemez.

Bu çalışmada ele alınan anlamıyla ideoloji olgusu çerçevesinde insanlık tarihi boyunca gerçekleşen “vukuatlar” üzerine biraz düşününce, insan, Jean Dufour’un dediği gibi, “ideolojinin tadında bir acılık buluyor” doğrusu. Tarihsel ve çağdaş bağlamda reel/olgusal olarak bakıldığında tüm ideoloji ve ideolojik fenomenlerin, Paul Dimitriu’nun trajik ifadesiyle “ilim ve felsefenin aksine mutlakçı, müsamahasız; aynı imanı paylaşan müminleri, inananları ve mezhep ihtilafları olan; aktif, militan, emperyalist” bir işlevsel özellik taşıdıklarını vurgulamak durumundayız.

Anahtar Kelimeler: İdeoloji, İdeolojik Kişilik, Meşrulaştırma, Etik Değerler, Sosyo-Politik Egemenlik.

* Bingöl Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, agurbuz@bingol.edu.tr

ABSTRACT

Nowadays, the concept of ideology, although not having a certain definition, is generally associated with a negative meaning. A person, self-centered not being objective on his opinions and acts, moreover, acting upon his bias, is called having an “ideological identity” or simply as an “ideologue”. An ideologue perceives the existence/life based on his ideas alone, and do not acknowledge any other actuality. An ideologue sees the other people supporting different ideologies as the enemy, the principal characteristic of the ideological identity.

In today’s world, where modern capitalism dominates the economy and is used as the exploitation tool, one can argue on that politics and the law have become allies and function under the same ideological aim. Power centers employ the ideology phenomenon to aim redesign of the social life and World according to their desires. By exploiting the globalization, technological advances, social media, etc., the power centers mostly achieve their goal. Without argument, in today’s world, ideologies and the ideology phenomenon are employed as an exploitation tool by the western imperialism.

Thinking on the events that have happened throughout the history of humanity, ideology in the concept of this study has a bitter taste, as Jean Dufour says. In this regard, as Paul Dimitriu indicates on the contrary to the science and philosophy, all ideologies and ideological phenomena are rigid and intolerant, and have devotees, yet divided into different sects, also are activist and imperialistic.

Key Words: Ideology, Ideological Identity, Legalization, Ethical Values, Social-Political Hegemony.



I. GİRİŞ

Jean Bruller Vercors’un anlatımıyla, kadim zamanlardan beridir kabul edile gelen görüş ve değerlendirmeleri karşılaştırmaktan, bir araya getirip benzer ve ortak vurgularını teslim etmekten öte bir şey değildir amacımız. Bir sır çözmek, bilinmeyi açıklamak niyetinde değiliz; ama bilinenleri karşılaştırmak ve bir araya getirmekle evrensel hakikati gün ışığına çıkarabiliriz belki ve bu hakikat uzun zamandır biliniyor sanıldığı halde gerçekte saklı kaldığı için daha da göz alıcı bir ışık ve aydınlık saçabilir.¹

¹ Jean Bruller VERCORS, İnsan ve İnsanlar (çeviri: S. Eyüboğlu, A. Erhat, V. Günyol), 3. Baskı,

Bu çalışmanın asıl amacı, ideoloji üzerine yapılmış olan ve tükenmek bilmeyen tartışmalar konusunda bilgi vermek ve onlara eşlik etmek değildir. Kesin bir tanımı yapılamamakla birlikte “ideoloji” kavramı günümüzde daha çok olumsuz bir anlamsal niteliğe bürünmekte ve düşünce ya da eylemlerinde objektif değil de, kendi kalıplaşmış ön yargılarına göre davranan, gerçekliği tanımayan, dünyayı yalnızca kendi ideleri ve tasarımlarına göre algılayıp biçimlendirmek isteyen kişi “ideolog/ideolojik kişilik” olarak adlandırılmaktadır.² Bu çalışmada olumsuzlanan “ideoloji” kavramı “*varlığa, yaşama, eşya ve olaylara dair tartışılmaz ve mutlak kabul içeren hazır dogmatik sosyal inanç içerikleri ve bu inanç içeriklerinin belirli bir sosyo-politik gaye uğruna araçsal işlev görmesi*” anlamında; “ideolojik kişilik” kavramı da bu ideoloji tanımı doğrultusunda “*belirlenmiş sosyo-politik gayeler uğruna, tartışılmaz mutlak dogmatik inanç kalıplarına dayalı maddi ve kültürel oluşum/organizasyona bağımlı ve onun direktifinde olan kişi/kurum*” anlamında ele alınmakta ve kullanılmaktadır.

Terim/kavram olarak “ideoloji” -Eski Yunan filozoflarından Platon’un “ide/ideal” kavramını çağrıştırmak ya da ona dayanmakla birlikte- son yüzyıllardan itibaren ortaya çıkmış olsa da; aslında bu çalışmada kullanıldığı anlamıyla “ideoloji” ve “ideolojik insan” içerik/anlam/öz olarak tüm insanlık tarihi boyunca var olmuş ve var olmaya da devam edecektir. Çünkü bu anlamda ideoloji, zaman/mekân/nitelik olarak ne biçimde olursa olsun tüm toplumlar açısından toplumla birlikte, toplumsal yaşamla birlikte ortaya çıkar ve bu görünümüyle reel anlamda bir “evrensellik/insanlık (insana dair olma)” özelliği taşır.

II. ETİMOLOJİK VE TARİHSEL BAĞLAMDA İDEOLOJİ

Bilindiği gibi, 18.yüzyılın sonlarından itibaren kullanılmaya başlanan “ideoloji” kelimesi, ilk başlarda, etimolojik anlamına yakın olarak “amacı fikirleri, bunların köken ve niteliklerini incelemek olan bir bilim” anlamını taşıyordu.³ “İdeoloji” teriminin buna yakın tanımlarından birisi de “ideal ya da soyut

İstanbul, s.10.

² Vecdi ARAL, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları (HFTS), Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 204.

³ Paul DIMITRIU, “İdeolojilerin Çöküşü”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 64-83, (içinde) s. 66. Bu kelime, ilk kez 1796 yılında, Pozitivizmin akıl babalarından Fransız düşünür Destutt de Tracy tarafından, “İdeolojinin Unsurları Üzerine Deneme” adlı eserinde kullanılmıştır.

tahliller ve kurgusal teorilendirmeler” oluşudur ve bu anlamda kullanılması, 19.yüzyıl Batılı felsefecilerin büyük çoğunluğunun ortak ve temel karakteristik özelliklerinden birisini oluşturmaktadır.⁴ Daha sonraları, aşamalı bir biçimde “reel olgulara tekabül etmeyen, soyut fikirler üzerine boş/soyut analiz ve tartışmalar”, “bir siyasi partiye ilham veren doktrin”, “tarihsel/politik dünyanın toptan tevil/yorumlanma sistemi”, “müstakil bir hayatı olan ve münhasıran kendi kanunlarına tabi bir fikirler toplama”⁵ gibi anlamlarda da kullanılan “ideoloji” kavramının yerine zaman zaman, daha esnek ve müphem bağlamda “dünya görüşü”⁶ sözcüğü de kullanılmıştır.

Fenomenolojik açıdan ideoloji olgusunun insanlık tarihindeki oluşum/gelişim süreçleri irdelendiğinde şu tespiti yapmak mümkündür. İdeolojik düşünsel içerikler ilk başlarda belirli önder(ler) tarafından dile getirilip savunulmakta ve zamanla bu ideolojik düşünce içerikleri sistematize bir biçimde gelişip yayılmakta ve tüm varlığa/yaşama ilişkin genel ve temel kalıplar biçimini almaktadır. Özellikle bu ideolojik içerikleri ortaya koyan önder(ler) sonrası zamandan başlayarak, bu ideolojik düşünsel içerikler artık giderek içerik ve anlam olarak sabitleşip kalıplaşmakta ve –orijinal vazedicileri hayatta olmadıkları için- tartışılıp yorumlanarak geliştirilemez bir görünüm almakta ve süreç içerisinde, kullandığımız anlamda ideoloji halini almaktadır.

“İdeolojik kişilik” kavramı aslında “insan kişiliği tipolojisi” bağlamında değerlendirilebilecek bir isimlendirmedir. Fenomenolojik bir irdeleme bize insanlık yaşam tarihinde farklı insan kişiliği tiplerinin mevcut ve geçerli olabildiğini göstermektedir; *vital insan, ekonomik insan, hedonist insan, teorik insan, estetik insan, etik insan* gibi.⁷ Tüm bu insan kişiliği tiplerinde, *tek yanlı olma, yaşamın ve değerlerin belli bir yönü ve boyutuyla aşırı, sapkın bir biçimde bağımlı olma durumu* geçerli ve söz konusu olmaktadır. İnsanın değer bilincinin

⁴ Henry D. AIKEN, *The Age of Ideology*, The New American Library, Inc. New York, 1956, s. 13-14.

⁵ DIMITRIU, s. 66-67.

⁶ Almanca “weltanschauung” sözcüğünün karşılığı olarak. Bu konuda bkz: Cemil MERİÇ, *Sosyoloji Notları (SN)*, Yayına Hazırlayan: Ümit Meriç Yazan, 2. Baskı, İstanbul 1993, s. 296-302; ARAL (HFTS), s. 202-207; Yasin CEYLAN, “Hukuk İle Dünya Görüşü Arasındaki İlişki”, *HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 19.Kitap, İstanbul, 2010 (İçinde) , s. 195-197, s. 195.

⁷ ARAL (HFTS), s. 86-88.

kapasitesi, kapsamı ve işleyim biçimi ile bağlantılı olan bu durum, değerlerin insan tarafından kavranıp kabullenilmesinin, doğası ve insanın sonlu bir varlık olması gereği bazı sınır ve tahditler içermesinden de kaynaklanmaktadır. Tüm bu tek yanlı insan kişiliği tiplerinin karşısına, teorik ve pratik tüm değerleri algılayıp benimseyen bir insan idesi “homo universalis”in konulabileceği söylenebilir.⁸ “İdeolojik kişilik” isimlendirmesi ile de aslında bir bakıma “ideolojik insan” tiplemesi kastedilmiş olmaktadır. İdeolojik kişilik/ideolojik insan, varlığa ve değerlere yalnızca kendisine empoze edilmiş olan tek yanlı ve zorbacı/ mutlakçı bir bakış açısıyla yaklaşan bir insan tipini yansıtmaktadır.

III. İDEOLOJİ KAVRAMININ TEMEL UNSURLARI

“İdeoloji” kavramının belirgin karakteristik özelliklerinin neler olduğuna bakıldığında şunlar söylenebilir:⁹ İdeolojinin temel/kökensel özelliği, onun insanın haklı olma/hükmetme ihtirasından doğmuş olmasıdır. Bu noktada önemle dikkat edilmesi gereken ince husus, ideolojinin bu özelliğinin, insanın hakikate/hakka/adalete yönelik bir “ihtirasını” değil fakat salt haklı olma, üstün olma, hükmetme arzu ve ihtirasını ifade ettiği hususudur. İdeoloji sayesinde, ideolojik kişi, kendi gözünde ve onun gibi düşünüp hareket eden başkalarının gözünde “haklı/kıymetli” oluverirken aynı zamanda böyle bir haklılık ve kıymetliliği kabul etmeyenleri kullanabilecek, saf dışı bırakabilecek ve bütün bunları yaparken kendisini haklı bulabilecektir. İdeoloji ve ideolojik kişilik bu yönüyle pragmatiktir. İdeolojik kişi ya da ideolog, doğru olduğunu ileri sürdüğü şeyi objektif olarak deneyimlemeye pek yanaşmaz, olgular içinden yalnızca kendi işine gelenleri ve iddialarına destek olarak kullanabileceklerini seçerek alır. Onun gayesi, var olduğunu farz ettiği şeyin asılsız olup olmadığına ilişkin hakikati bulup kabul etmek değil –aksine kendi doğrularından kuşku duymasına yol açabilecek hiçbir hakikati görmek ya da duymak istemez-, kendisinin doğru ve haklı olduğuna habire başkalarını inandırmaya, ikna etmeye çabalamaktır. İdeoloji bu yönüyle tümüyle bir aklileştirme, rasyonalize etme, mantık-sallaştırma faaliyetidir. Benimsenen her davranış/tutum/yaklaşım/fikir man-

⁸ ARAL (HFTS), s. 88.

⁹ Jean-William LAPIERRE, “İdeoloji Nedir?”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umr-an Yayınları, Ankara (İçinde), s. 6-35.

tıksal açıdan insicamlı, ahlaksal açıdan kabul edilebilir bir konuma yükseltilir. Her ideoloji kutsal olanı aklıleştirir, akli kutsallaştırır ve bu şekilde yaşamak için sebepler koyar ortaya. Aynı zamanda başkalarını ezmek, yok etmek için de sebepler bulur. Bu nedenle tüm ideolojilerin açık ya da gizil olarak “katil ruhlu, fetihçi, kan kokar”¹⁰ özellikte oldukları söylenebilir.

İdeoloji toplumsal bir olgudur aynı zamanda. Bir ideoloji yalnızca ve tümüyle bireysel bir kurgulama/uydurma olarak görülemez. Bir ideoloji, sosyal bir sınıf/zümrenin kendine özgü yanını/hususiyetlerini ortaya koyduğu, başkalarından ayrıldığı ya da başkalarıyla ters düştüğü ortak tasavvurların bütünüdür. Aynı zamanda kendi çapında parçal/nisbi bir sistemin bütününe oluşturan bu özgün tasavvur/yaklaşım biçimlerinin zümreyi oluşturan herkes tarafından bilinmesi, zümreye mensup kişiler arasında özel bir iletişimi olanaklı kılar ve bu ortak tasavvur/bilgi/yaklaşım, zümreyi giderek bir “cemaat” yani “hususî bir bilgi mübadelesi tarzıyla kendini belli eden bir iletişim ve dayanışma dünyası” haline getirir. Zümrenin mensupları bu ortak “ideoloji”leri üzerinde hemfikirdirler ve bu “ideolojik veriler” sayesinde hem birbirlerini anlar hem de onlar gibi düşünmeyenleri/başkalarını ötekileştirirler. Dolayısıyla bu anlamda bir zümreye intisap etmek aynı zamanda bu zümrenin ideolojisini benimsemek ve kendisiyle özdeşleştirmek demektir.¹¹

Diğer yandan İdeoloji tarihsel bir olgudur. Bu yönüyle hiçbir ideolojinin yeni bir yaratı, yoktan var edilmiş bir şey olduğunu söylemek mümkün değildir. Aksine, ideolojik içerikler, yabancı bir kültürden aktarılmış olsalar da ya da yeni insan topluluklarının yenilikçi sosyal hareketliliklerinin ivmesini oluştursalar da mutlaka “*ma’şeri hafızanın engin deposunda gömülü kalmış tasavvurlarla*”¹² ilintili olmak ve bunları gerekirse ters yüz edip yeniden anlamlandırmak, yorumlamak, yeni bir sistematiğe tabi tutmak durumunda/özelliğindedirler.

İdeolojinin önemli unsurlarından birisi de, kendince bir değerler hiyerarşisini içeren ortak inanç ve kabullerin toplamı olmakla kültürel bir olgu oluşudur. İdeolojik içerik soyut bir sözdür her şeyden önce: Fikirler arasında bağlantılar

¹⁰ LAPIERRE, s. 20.

¹¹ LAPIERRE, s. 9.

¹² LAPIERRE, s. 9.

kuran, kurduğu bu bağlantılar aracılığıyla ya da buna bile gereksinme duymadan doğrudan doğruya kendini takdim eden, kendi içeriklerinin mutlak doğru/üstün/bağlayıcı olduğunu buyuran bir söz. Diğer bir anlatımla, bu açıdan bakıldığında, ideoloji bir dildir; yani “gerçekliğin üzerine geçirilmiş bir tel kafes”.¹³ Bu nedenle ideolojinin asıl anlam ve işlevi, bir çeşit semboller repertuarı olan terminolojisinden çok, derin yapısında yani bu sembollerin işaret ettiği temel yaklaşım biçimlerinde aranmalıdır.

Her ideoloji kendince bir değerler ve değerlendirmeler manzumesidir aynı zamanda. İdeolojik algıda belli değer ölçütleri vardır ve bu değer ölçütleri aracılığıyla, kendisine tabi olanların hayatı nasıl algılamak ve yaşamak gerektiği konusundaki tüm küçük/büyük sorularına yanıtlar içeren değerlendirmeler sistematığı oluşturulur. İyinin/kötünün, güzelin/çirkinin, doğrunun/yanlışın, haklılığın/haksızlığın, değerlinin/değersizliğin ne olduğunu: neyin sevilmesi/arzulanması, neden nefret edilmesi/kaçınılması gerektiğini belirler ve her konuda neye inanılması ve nasıl davranılması gerektiğine ilişkin tüm ayrıntılı yanıt ve çözüm modellerini sunar. Daha da önemlisi ve belirleyici olanı, her ideolojik içeriğin, aynı zamanda şiddetli ve güçlü bir heyecan yükünü taşıyor olmasıdır. Bağımlısının açıkta ya da gizil tüm iç güçlerini seferber edebilmesini bu etkileyici/belirleyici/harekete geçirici temel metafizik özelliğine borçludur. İdeolojik kişi yani bir ideolojinin bağımlısı kimse eğer ideolojisine bunca yoğunlaşmış bir ruh haliyle katılıp tabi olabiliyorsa, bunun nedeni, ideolojinin bu kişinin maddi ya da manevi tüm gereksinme, arzu, özlem, iştiaak ve tutkularını dile getirmesi, terennüm etmesidir. Bir ideoloji, bağımlısını, tüm tavır ve tutumlarının haklılık kazandığı ve manevi olarak tatmin edilmiş bir âlemde meskûn kılar adeta. Bu önemli özelliğiyle ideoloji, egemen odaklara, kendi iktidarını kollayıp artırmak için bağımlı ideolojik zümreyi alet olarak kullanma fırsatı verir. İdeoloji bu temel rolünü yerine getirirken, bunu, ifade ettiği şeye kılık değiştirerek yani kullanıcı egemenin kişisel çıkarını çarpıtıp halkın, kamunun, insanlığın, mukaddesatın, milliliğin gereği haline dönüştürerek yapar. Kullanıcı egemenin asıl amaç ve gayesi, bütün çıplaklığı ile kendini göstermek-

¹³ Pierre GUIRAUD, “Dil ve İdeoloji”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 104-121, s 120.

ten uzak olduğu gibi, gizli derinliklerde, maskelenmiş durumdadır ve kendisine karşı koyanları yok etmek için sınırsız ve çeşitli hilelere sahiptir. İdeolojinin sahip olduğu ruhsal karakter böylece bir yandan egemen kullanıcının hakikati tersyüz ederek kendi iktidarını kollayıp çoğaltmasına yol açarken, diğer yandan da kullanılan zümrenin maddi ve manevi olarak ikna ve tatmin edilmesini ve bu yolla nihai amaca ulaşılmasını mümkün kılmaktadır.

İdeoloji ve İdeolojik kişilik olgusunun yapısal özelliği konusunda şu önemli hususu da ifade etmek gerekir. İdeoloji her şeyden önce bir “*organizasyon*”dur ve tüm organizasyonların doğası gereği sahip olmaları kaçınılmaz olan “kötü olma, kötülük üretme” özelliğini kendisinde taşır. İdeoloji organizasyonunun şematik yapısında iki ayrı temel kurucu ve fonksiyonel süje-kişilik bulunmaktadır: Birincisi yani temel kurucu kişilik en yukarıda bulunan, organizasyonu evirip-çeviren, onu kendi amaçları doğrultusunda işletip fonksiyonel kılan ve olup-biten her şeyin iç yüzüne vakıf olan kurucu, sahip ve etken kişiliktir. İkincisi yani fonksiyonel süje-kişilik ise, organizasyon yapı ve şemasının bel kemiğini oluşturan, olayın içyüzünü kavramaktan yoksun ve kandırılmış veya ikna edilmiş olan, organizasyonun işleyip-idame olabilmesi için emek-eylem harcıyıp bunun acısını ve kurgusal/ütopik tatminini yaşayan kitleleri ifade eden eleman sükeler / edilgen kişiliklerdir.

IV. İDEOLOJİNİN RUHSAL ANALİZİ / İDEOLOJİK KİŞİLİĞİN KÖKENLERİ

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunun en başta gelen kökensel özelliği, daha önce de belirtildiği gibi, onun insanın haklı olma/hükmetme hırs ve ihtirasından doğmuş olmasıdır. Bu noktada önemle dikkat edilmesi gereken ince husus, ideolojinin bu özelliğinin, insanın hakikate/hakka/adalete yönelik bir “hırs ve ihtirasını” değil fakat salt haklı olma, üstün olma, hükmetme arzu ve ihtirasını ifade ettiği hususudur. İdeoloji sayesinde, ideolojik kişi, kendi gözünde ve onun gibi düşünüp hareket eden başkalarının gözünde “haklı/kıymetli” oluverirken aynı zamanda böyle bir haklılık ve kıymetliliği kabul etmeyenleri kullanabilecek, saf dışı bırakabilecek ve bütün bunları yaparken kendisini haklı bulabilecektir. İdeoloji ve ideolojik kişilik bu yönüyle acımasız derecede pragmatiktir. İdeolojik kişi ya da ideolog, doğru olduğunu ileri sürdüğü şeyi objektif olarak deneyimlemeye pek yanaşmaz, olgular içinden yalnızca kendi işine

gelenleri ve iddialarına destek olarak kullanabileceklerini seçerek alır. Onun gayesi, var olduğunu ileri sürdüğü şeyin asılsız olup olmadığına ilişkin hakikati bulup kabul etmek değildir. Aksine kendi doğrularından kuşku duymasına yol açabilecek hiçbir hakikati görmek ya da duymak istemez. Onun asıl gayesi ve yapmak istediği, kendisinin doğru ve haklı olduğuna sürekli başkalarını inandırmaya, ikna etmeye çabalamaktır.

İnsanlık yaşamı açısından ideolojinin en başta gelen olumsuzluğu kanımızca onun, insan iradesine varlığın/eşyanın anlam ve değerine ilişkin dayatmada bulunması, insan iradesinin insanın varoluşsal serüvenindeki biricik varlığı ve temel kişiliği olduğu etik hakikati reddetmesinde aranmalıdır. Böylece ideolojinin en belirgin olumsuzluğu, onun hakikatin ve anlamın algılanması bağlamında temel bir yanılğı ve kusur içinde olması biçiminde kendisini göstermektedir. Çünkü etik değer olarak doğrunun ve hakikatin ya da varlığın anlamlandırılmasının insan iradesine karşı dayatma ve zor uygulama yoluyla mevcudiyet bulamayacağında hiçbir kuşku yoktur. İdeoloji kendi bağımlısı ideologa (ideolojik kişilik), inanma ve davranmasında objektif hakikate göre değil de kendisine empoze edilen kalıplaşmış önyargılara göre hareket etmesini, realiteyi tanımayı gerekirse onu tersyüz ederek anlamlandırmasını, dünyayı yalnızca kendisine empoze edilen inançsal kalıplar doğrultusunda dizayn edip biçimlendirmek için çaba göstermesini öğretir ve dayatır. İdeolog/ideolojik kişilik, biricik hakikat olarak kabul ettiği görüşünü bütün insanlara zorla benimsetmek, topluma/toplumsal yaşama/dünyaya bu ideolojik kalıpsal tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister ve bunun için sürekli çabalar durur. İdeoloji kendi bağımlısı ideolojik kişinin yalnızca değerlendirme ve muhakeme etme yeteneğini zedelemekle kalmaz, aynı zamanda onun hakikat karşısındaki tavır ve tutumunu da etkiler, onu bu konuda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır. İdeolog bizzat kendini aldatmakla kalmaz, başkalarını da bilinçli olarak yanıltır ve bunu reel gerçekliği ve değersel hakikati kendi dogmatik görüşlerine uygun yorum yöntemleri paralelinde gerekirse tersyüz ederek gizlemek, üstünü örtmek, değiştirip çarpıtmak biçiminde yapar.¹⁴

Her ideolojik içerik, içinde aynı zamanda şiddetli ve güçlü bir heyecan yü-

¹⁴ ARAL (HFTS), s. 205.

künü taşır. İdeoloji, bağımlısının açıkta ya da gizil tüm içgüçlerini bu etkileyici/belirleyici/harekete geçirici temel metafizik özelliği aracılığıyla seferber ettirir ve gerçekleştirir. İdeolog yani bir ideolojinin bağımlısı kimse asıl bu yolla ideolojisine, bunca yoğunlaşmış bir ruh haliyle katılıp tabi olabilmektedir. Aynı zamanda bu önemli özelliğiyle ideoloji, egemen odaklara, kendi iktidarını kolaylayıp artırmak için bağımlı ideolojik zümreyi alet olarak kullanma olanağı sunar. İdeolojinin sahip olduğu ruhsal karakter böylece bir yandan egemen ya da egemen olma amacındaki odakların hakikati tersyüz ederek kendi iktidarlarını kolaylayıp çoğaltmasına yol açarken, diğer yandan da kullanılan zümrenin yani ideolojik kişiliklerin maddi/manevi olarak ikna ve tatmin edilmesini ve bu yolla nihai amaca ulaşılmasını sağlamaktadır.

İdeolojik kişiliğin en önemli ruhsal karakteristik özelliklerinden bir tanesi, onun başka bir ideolojiyi savunan kimseleri düşman olarak görmesidir. Ona göre, başka türlü düşünen/inanan kimse “maskesi düşürülüp gerçek yüzünün meydana çıkarılması gereken, hakikat düşmanı, karşıt” bir kimsedir. Bu nedenle, farklı düşünen / kendisinden olmayan kimselerin gücünün kırılması, yok edilmesi uğruna her şey göze alınmalı, bunun için her yola başvurulabilmeli ve her şeye katlanılmalıdır. Öyle ki farklı düşünen / kendisinden olmayan bu kimse ya da kimselerin dürüst, güvenilir, erdemli vb. olmaları bile bu bağlamda hiçbir önem ve kıymet arz etmez. Farklı düşüneni / kendisinden olmayanı ideolojik kişiliğin lanetinden kurtaracak olan, yalnızca kesin bir “evet” yanıtı olabilir.¹⁵

İdeolojik kişiliğin kökensel yapısı bağlamında olumsuz etkenler olarak, ‘ben’ ve ‘başkaları’ kavramlarına ilişkin algının analizini yapmak bu açıdan yol gösterici olabilir. Bu olumsuz etkenler, benzer bir diğer adlandırmayla, ‘dışsal’ ya da ‘içsel’ etkenler biçiminde değişiklik gösterebilir.

Bireyin özgün ve özgür varoluşsal etik sürece girişini engelleyen temel faktörlerin başında ‘ben’ faktörü gelir. ‘Ben’ kavramı, burada, *‘toplumsal belirlenim ya da biçimlendirmeleri de içeren doğal nedensellik yasaları doğrultusunda oluşan, özgür istenç ve bilinç temelinden yoksun doğal ya da toplumsal*

¹⁵ ARAL (HFTS), s. 205.

benlik' anlamında kullanılmaktadır. Bireyin özgürleşmesinin ve gerçek kişilik edinmesinin biricik temel yolu, bu anlamdaki doğal benlik durumunu aşabilmesinden geçer. Kişi, kendi istenci ve içselleştirmesi olmadan kendisinde bulunan doğal benlik yapısını aşılmaz bir gerçeklik olarak algılayınca, kaçınılmaz olarak, tüm ömrü boyunca bu doğal benlik yapısı kapsamında kalmaya tutsak olacak ve özgürleşme yolunda adım atmaktan uzak kalacaktır.

İdeolojik savların tutsağı olmuş ya da bu bağlamdaki organizasyonların içerisine adeta kendisini bir *'belirlenen nesne'* gibi bırakıvermiş bir kişilik, bağımsız ve tarafsız bir kişilik olma niteliğinden yoksun kalacaktır. Bunun gibi, bireysel olarak kendisinin, çevresinin ya da herhangi bir nitelikteki herhangi bir topluluğun istek ve çıkarlarını sağlamak amacını içselleştirmiş bir kişilik, olayları ve hakikati tarafsız ve objektif bir biçimde algılamada ve değerlendirmede yetkin bir kişilik olarak vasıflandırılmaz. Bu konuda daha da önemli olumsuz dinamikler; tutku, kin, düşmanlık, kibir, çekememezlik, üstünlük taslama gibi olumsuz psikolojik duygulanımları yansıtan içsel etkenlerdir. 'Ben' duvarı, bazı durumlarda, *'kendini üstün tutma, kendini değerli ve diğer insanları değersiz bulma, kendi egosuna değer yükleme'* biçiminde somutlaşır. Bireyin kendini üstün tutması, kendi benliğini değerli bulması bazen *'bilgisiyle övünmek'* biçiminde de yansiyabilir. Bilgi sahibi olmakla övünmek ve üstünlük taslamak, gerçekte bilgi ve bilime ilişkin yanılgılı bir algılayışın göstergesidir. Çünkü bilgi ve bilim, özellikle filozofik bağlamdaki bilgi; sonuçta bireyin gerçekliğini, olay ve olguların nedenlerini ve anlamını araştırıp ortaya koyduğu gibi, diğer yandan da, değerliliğin tek başına bilgi taşıyıcısı olmakta değil de erdem ve ahlaksallığa yönelik değerlerin içselleştirilip yaşanmasında olduğunu işaret edip vurgular.

'Başkaları' kavramı burada genel olarak *'bireyin, kendi gerçek değerlendirme ve inançlarının oluşmasında diğer insanların ya da toplumun salt anlamda belirleyici olmasına olanak tanımaması gereği'* anlamında kullanılmaktadır. Birey, erdemlilik sürecinde başarı sağlayabilmek için, kendi ahlaksal değerlerini, yaşam felsefesini, dinsel inançlarını ve bunun gibi diğer, gerçek kişiliğine ilişkin tüm inanç ve değerlendirme biçimlerini; koşulların tutsağı olmadan kendi istenciyle özümseyerek ve içselleştirerek oluşturabilmeli, kurabilmelidir. Başkalarının yaşam felsefemizin ve kişiliğimizin oluşmasında belirleyici olmaktan

dışlanmaları gereğinin kavranması, bir açıdan da, gerçek bilginin ve erdemliliğin elde edilebilmesi için kesin bir koşul konumundadır. Başkalarına yönelik, bu bağlamda tavır koyabilmek için, kuşkusuz onların kınama ve hor görmelelerinden etkilenmemek; dahası, bu kınamalara, destekleyici etken işlevini yükleyebilmek gerekir. Bu anlatımın, yani 'başkaları'nın bu bağlamda değerlendirilmesinin, yalnızca değer yaratma kaynağı olmak açısından söz konusu ve bununla sınırlı olduğu kuşkusuz anımsatılmalıdır. Diğer insanlara ve topluma karşı söz konusu olan her türlü sorumluluklar ve ilişki biçimleri, kuşkusuz geçerliliğini korumakta ve somut konunun dışında kalmaktadır. Başkaları'nın değerlendirilmesine ilişkin önemli bir nokta da, bireyin, erdemlilik sürecindeki gelişimi açısından, diğer insanları yani başkalarını eleştirip değerlendirmekle gündemini sınırlı tutmasındansa, eleştirel yaklaşım ve yeteneğini daha çok kendi kişiliğine yönelterek, gelişmesine katkıda bulunması gereğidir.

İdeoloji kavramı ve olgusunun olumsuz bir nitelik kazanmasıyla, temel ahlaksal değerlerden birisini oluşturan 'alçakgönüllülük/tevazu' erdeminden yoksun bulunma arasında yakın bir ilintili ve etkileşim olduğu söylenebilir. Bu iki durum yani ideoloji bağımlılığı ile 'alçakgönüllülük/tevazu erdeminden yoksunluk', adeta birbirini destekler özelliindedir. Alçakgönüllülük/tevazu etik değeri, *bireyin kendi sonluluğunun bilincinde olmasını, her zaman ve koşulda nesnel hakikati benimsemeye hazır durumda bulunmasını* deyimler. Birey; eğer nesnel hakikati benimsemeyi değil de kendi belirlenmiş ideolojik tutku ve bağımlılıklarını doyuma ulaştırmayı amaç edinmiş ya da bu duruma sokulmuşsa, kuşkusuz, gerçek ve özgür varlık sahibi bir kişilik olmaktan uzaklaşıp, bir araç olma konumuna düşmüş olacaktır. Kanımızca bu konuda sufi düşünürlerin anlatımları takdire şayandır: *Bireyde alçakgönüllülük/tevazu (huşu; nesnel gerçeği benimseme istenci) bulunduğu göstergesi, kızdırıldığında ya da isteğine aykırı davranıldığında ya da reddedilme durumunda kaldığında bile, nesnel hakikatilik varsa bunu kabul ile karşılaşmasıdır (Kuşeyri) . Bilge olumlayıcı ve benimsemeye hazır, bilgiden yoksun kimse ise iddiacı (görüşünde diretici) ve olumsuzlayıcı'dır (Tusi).*¹⁶

¹⁶ Ahmet GÜRBÜZ, Harabede Define / Tasavvuf Felsefesinde Temel Vurgular, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, 2013, s. 212.

V. TEKNİK, BİLİM VE FELSEFENİN İDEOLOJİYE İNDİRGENMESİ

Vecdi Aral'ı izleyerek¹⁷ söyleyebiliriz ki, bilgi ve bilimin mevcudiyetinin kökeninde gerçekte insanın varlığı anlama ve değerlendirme gereksinmesi bulunmaktadır; çünkü hakikat değeri, doğası gereği insanı kendisini oluşturan ve çevreleyen tüm eşyaya, varlığa ve olaylara ilişkin bilgi edinmeye zorlamaktadır. Bu zorlama, tüm etik değerler için geçerli olduğu gibi, hakikat değerinin de içerdiği 'olması gereken'den kaynaklanan ve vicdanımızın bize yönelttiği bu yoldaki sesin algılanmasıdır. Aral'ın ifadesiyle "Nedir ki "hakikat"ın, içimizde "gereksinme" duyumsaması olarak algılanması, doğal yanımızdan gelen çıkarlarımızla ilgili motivasyonların varlığını dışlamaz... "Ahlaken iyi" dediğimiz en yüksek değer, yaşamdaki değer çatışmalarında yüksek değer seçilmesi ile gerçekleşeceğine göre, *bilimi hakikat uğruna yapmanın soylu ve erdemli bir tutum olacağı kesindir. Şöhret yada para kazanma, sosyal bir mevki edinme yada sırf bir ideoloji uğruna yapılan sözüm ona bilimsel çalışma ciddiye alınmaz, alınmamalıdır. Hakikat değeri bütün bunlardan üstündür ve insanın tinsel yanından gelmekle insanın asıl kendisinin bir görünümüdür.* Bu nedenle, hakikat kaygısından koparak yapılacak her bilme, bilgi edinme eylemi insanın kendini kendi dışındaki bir amaca araç olarak kullanma anlamına gelir ki, bunun ahlaka aykırı olduğu bilinmektedir".¹⁸

Reel Gerçekliğe bakıldığında ve bilim insanına empoze edilen teknolojik gayeler ve emrine sunulan çeşitli ve sınırsız olanaklar göz önüne alındığında, bilimsel araştırmalar üzerinde ideolojilerin doğrudan ya da dolaylı olarak kaçınılmaz bir biçimde etki ve belirleyiciliğinin olacağı ortadadır. Gerçekten de bir yandan bilim insanının aldığı eğitim ve kendisine sunulan çalışma ortamı ve koşulları, diğer yandan da yapılan/yapılacak bilimsel çalışmaların epistemolojik, felsefi ve teknolojik değerlendirilme ve kullanım biçimi ideoloji ile bilim arasında çok ciddi ve tehlikeli bir köprü oluşturabilmektedir. Tüm bu olabilir gerçeklikler karşısında, yapılan bilimsel araştırmaların ideolojik tesirlerden masun, "saf/katışıksız" ya da "asli/bağımsız" oldukları rahatlıkla söylenebilir mi?¹⁹

¹⁷ Vecdi ARAL, *Beklediğimiz ve Bizden Beklenen ADALET*, İstanbul, 2014 (BBBA), s. 44-45.

¹⁸ ARAL (BBBA), s. 45.

¹⁹ Gerard BUIS, "İlim ve İdeoloji", *İlimler ve İdeolojiler*, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 36-53, s. 43-44.

İdeoloji-bilim ilişkisi bağlamında, özellikle sosyoloji-ideoloji ilişkisine dair dile getirilen, sosyolojinin *“insan’a hizmet edecek yerde sermaye babalarına, teknokratlara ve müesses nizama hizmet etmekte”* olduğu, oysa *“eğer hiçbir zaman ayrılmaması icabeden insan ile meşgul olursa, hem insan için meşru bilgiler üreteceği, hem de insanın saadeti için hakkı teslim edilen bir vasıta olacağı”*²⁰ biçimindeki eleştiriler dikkat çekmektedir.

Yine bu bağlamda, Marksizm’in *“felsefenin aydınların bir afyonu olduğu”* biçimindeki yaklaşımı dikkat çekicidir. Toplulukları yönlendirmek için felsefenin değil de ideolojinin gerekliliği noktasından hareketle Marksizm’in felsefeyi ideolojiye irca etmeye yönelik yaklaşımı, ideoloji ve bilim-felsefe arasında kurulan, bilim ve felsefenin öngörülmüş belli amaçlar doğrultusunda araç olarak kullanılmasını içeren bir ilişkiyi, anlayışı yansıtmaktadır gerçekte. Bu temel yaklaşım biçimi belli bir aşamada Marks’ın, felsefeyi *“insanın gerçek ihtiyaçları yerine, mücerret bir hakikat ihtiyacı ve proleterlerin menfaatleri yerine, beşeri varlığın hiçbir sınıfa, hiçbir realiteye dâhil olmayan ve felsefi muhayyilenin bulutlu semalarından başka hiçbir yerde mevcut olmayan umumi manadaki insanın menfaatlerini ikame etmekle”* kınamasına bile, trajik bir biçimde de olsa yol açabilmiştir.²¹ Bu yaklaşım, asıl, felsefeyi insanlık tarihinde sosyo-politik amaç/çıkarlar için kullanılmaya müsait kılan temel niteliğin onun insanların hayatıyla iç-içe olduğu hakikatinden başka bir şey olmadığını görmezden gelmektedir. Belli bir sosyo-politik vb. gayenin boyunduruğuna girdiğinde ise felsefe artık felsefe değil yalnızca bir ideolojidir.²²

Fenomenolojik olarak irdelendiğinde, çağımız dünyasında, objektif etik değerlere dayanan Kadim İnsanlık Kültüründen uzaklaşılmasının, modern ve batılı pozitivist bilim ideolojisi aracılığıyla büyük oranda gerçekleştirildiği ileri sürülebilir.²³ Bu açıdan bakıldığında günümüzde, Ülkemiz ve toplumumuz da dâhil özellikle geri bıraktırmış ülke ve toplumlarda mevcut/geçerli olan bütün

²⁰ Michel AMIOT, *“İctimai İlim ve İdeoloji”*, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umransay Yayınları, Ankara (İçinde), s. 54-63, s.55.

²¹ Etienne BORNE, *“İdeoloji ve Felsefe”*, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umransay Yayınları, Ankara (İçinde), s. 148-166, s. 153.

²² BORNE, s. 163.

²³ Hüsamettin ARSLAN, *Epistemik Cemaat / Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi*, İstanbul, 1992, s. XIV.

modern entelektüel akımların kaynağında pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisinin yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. Pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisi kadim insanlık kültüründen kopmanın/koparılmanın biricik aracı olarak işlev görmüştür adeta. Çağdaş tarihsel süreç, Batı'ya açılan geri bırakılmış toplum entelektüellerinin kendi toplumlarından devrildikleri kadim insanlık kültürünün içeriklerine pozitivist bilim ideolojisi yoluyla karşı çıktıklarına tanıklık etmektedir.

Modern teknoloji ile ideoloji arasındaki ilişki konusunda Herbert Marcuse'ün anlatımı bu açıdan büyük önem arz eder: *“Belki de teknik akıl kavramı bizzat ideolojidir. Tekniğin salt kullanımı değil, bizzat kendisi de (doğa ve insan üzerinde) iktidardır, yöntemli, bilimsel, hesaplanmış ve hesaplayan iktidar. İktidarın belirli amaçları ve istemleri (Interesse) tekniğe ancak ‘sonradan’ ve dışarıdan empoze edilmiş değerlerdir –onlar bizzat teknik aygıtın yapısına dâhildirler; teknik her defasında tarihsel-toplumsal bir tasarımdır; ve onda bir toplumun ve ona hükmeden istemlerin insanlara ve şeylere ne yapmak istedikleri yansıtılmıştır. İktidarın böyle bir amacı ‘maddi’dir ve bu bakımdan bizzat teknik aklın biçimine aittir.” “Bugün iktidar kendini salt teknoloji aracılığıyla değil, tersine teknoloji olarak ölümsüzleştirmekte ve genişletmektedir ve bu da bütün kültür alanlarını içine alan, geniş politik erki, büyük meşrulaştırmayı sağlamaktadır.”²⁴*

Jürgen Habermas'ı izleyerek, 19.yüzyılın sonundan itibaren modern kapitalizmi belirleyen önemli ve güçlü bir unsurun ‘tekniğin bilimselleştirilmesi’ olgusu olduğunu söyleyebiliriz.²⁵ Çağdaş dünyanın egemen kapitalist sistemi, büyük çaptaki endüstriyel araştırmalarla bilim, teknik ve değerlendirmeyi (insani ve ahlaki açıdan takdir etmeyi) tek bir sistem içerisinde birleştirmiş; teknik ve bilimin bizzat pozitivist bir ortak bilinç şeklini almasına yol açmıştır. Bilimi fetişleştiren ve ‘Bilincin teknokratikleşmesi ya da teknokratik bilinç’ durumunu içeren bu çağdaş kapitalist ideoloji; eski tipteki ideolojilerden daha karşı konulamazdır ve daha geniş etkilidir. Günümüz egemen kapitalist dün-

²⁴ Jürgen HABERMAS, ‘İdeoloji’ Olarak Teknik ve Bilim (çev. Mustafa TÜZEL), İstanbul, 1993, s. 32-34.

²⁵ HABERMAS, s.49-61.

yası teknokratik bilinç'in müphem temel kabullerini negatif-ütopik bir biçimde sonuna kadar götürmekte ve böylece, ideoloji olarak teknik ve bilimin yumuşak iktidarı altında beliren bir gelişme çizgisi izlemektedir. Eleştirel olarak bakıldığında bu konuda şu hususun vurgulanması gerekir kuşkusuz: Tüm insanlığın ve günümüz insanlığının asıl sorunu, kullanılabilir ya da gelişen güç ve potansiyelden *faydalanılıyor* olunup olunmadığı değil, tersine, bu durumun varoluşu dinginleştirmek, objektif ve adil bir yaklaşımla tüm insanlığın barış ve esenliği isteyebilmek için *seçiliyor* olunup olunmadığı hususudur.

VI. HUKUK VE HUKUKSAL YARGILAMADA İDEOLOJİK TAVIR

A. Hukukun Etik Değer Boyutunun Kavranmasının Olumsuz Faktörü Olarak İdeoloji

Modern kapitalizmin egemen olduğu ve bir sömürü aracı olarak kullanıldığı günümüz dünyasında siyaset ve hukuk ikilisinin tek bir ideoloji çatısı altında birleştirildiği ve işlevselleştirildiği söylenebilir. Dahası "çağdaş/uygar/gelişmiş" bir ülke/toplum olarak değerlendirilebilmek için, modern liberal-kapitalist ideolojiye teslim olmak günümüz sömürü dünyasında bir ön koşul haline getirilmiştir adeta. Bu çerçevede hukuk ta asli/kadim/varoluşsal özünden tecrit edilerek, ulusal kültür ya da toplumsal inanç temelinde sosyo-politik olarak dayandığı geçerli ideolojinin emrine ve hizmetine terkedilmiş/sunulmuştur ne yazık ki.²⁶

Oysa adil, insani ve esenlikli bir toplumsal yaşam ve dünyanın kurulabilmesi, kuşkusuz öncelikli olarak hukukun objektif etik değerlere dayalı olması gereğini içeren bir inanç ve yaklaşımın var ve geçerli olmasıyla mümkündür. Bu açıdan bakıldığında hukukun etik değer boyutunun kavranması ve içselleştirilmesinde en önemli ve etkin olumsuz faktörün ideoloji ve ideolojik kişilik olgusu olduğu söylenebilir. İdeoloji olgusu; düşünce ve eylemlerde nesnel olmamak, önyargılar doğrultusunda davranmak, gerçekliği tanımamak, dünyayı yalnızca kendi düşünceleri ve tasarımlarına göre biçimlendirmeye çaba göstermek durumlarını anlatmaktadır. Kendisini belirli bir ideolojiye ait olarak gören ideolog, biricik hakikat olarak gördüğü görüşünü tüm insanlara zorla

²⁶ Ali Şafak BALI, "İdeolojilerin *Hukuku mu? Hukuk İdeolojisi mi?* , HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19.Kitap, İstanbul (İçinde), 2010, s. 142-157, s. 149; CEYLAN, s. 197.

benimsetip dünyaya kendi tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister. İdeoloji, kendi bağımlılarının yalnızca algılama ve değerlendirme yeteneğini bozmakla kalmaz, çoğunlukla onların hakikat karşısındaki tutumlarını da etkileyerek kendilerini bu bağlamda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır. İdeoloji bağımlısı, yalnızca kendisini aldatmakla kalmaz; gerçekliği kendi dogmatik görüşüne paralel değişik yorum yöntemleriyle gizlemek ya da değiştirmek yoluyla, başkalarını da bilinçli olarak yanıltır.

Hukukçuluk işlevi görme durumundaki kişi, hukuku bir ideolojinin hizmet aracı olarak gören yaklaşım ve organizasyonların tuzağına düşmekten sakınmalı, ideolojik kişilik niteliklerini taşımaktan kendisini arındırmalıdır. Hukukçu, bir insan olarak, kendisinin içselliğini sorgulayabilmeli; hukuku bir bütün olarak kavrama ve uygulama aşamasında sübjektif psikolojik duygulanımlarının bağımlılığından kendisini kurtarabilmelidir. Güç de olsa kendisine ilişkin bu tür olumsuz duygulanımların etkisini aşamayan bir kişilik, 'hukukçuluk' işlevinin hukukun beklenti ve istemine uygun bir şekilde yerine getirilmesi konusunda başarılı olamaz.

B. Hukuksal Yargılamanın Nesnellüğünün Engeli Olarak İdeolojik Tavır

Hukuksal yargılamada nesnellüğün, benzer bir deyimle, yargının tarafsızlığı ve objektifliğinin sağlanabilmesinin temel dinamikleri olarak, karşılıklı olarak birbiriyle etkileşim içinde de olabilen iki ayrı boyuttan söz edilebilir. Yargılamada tarafsız ve objektif oluşun birinci ögesi, genel ve kapsamlı bir ifadeyle, psikolojik boyuta ilişkinen; ikinci öge, ideolojik ya da düşünsel de diyebileceğimiz inançsal boyuta ilişkindir.

Yargılamada nesnellüğün psikolojik boyutuna ilişkin olarak şu önemli hususlara dikkat çekilebilir: Bilindiği üzere, uygarlığın kriteri olarak benimsenen 'adalet' düşüncesi, toplumsal işlerliğini yargı organları, daha somuta indirgemek gerekirse yargıçlar aracılığıyla gerçekleştirmek durumundadır. Bu bağlamda, soyut 'adalet' ilkesinin somut içeriğini oluşturan evrensel hukuk değerlerinin²⁷ toplumsal yaşamdaki uygulayıcı dinamikleri olan yargı

²⁷ Evrensel hukuk değerleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet GÜRBÜZ. Hukuk ve Meşruluk / Meşru Hukukun Temel Unsurları, yenilenmiş ve geliştirilmiş 3.baskı, İstanbul,

organlarına, özel olarak da yargıçlara büyük ödev ve sorumluluklar düştüğü ortadadır. Bu önemli sorumluluğun ayırdına yeterince varılabilmesi için, yargılamada nesnellığın birinci ögesi olarak sunduğumuz ve ‘yargıcın kişilik bağımsızlığı’ da denebilecek bu psikolojik boyutun özgün yanı, bunun anlam ve önemi ayrıntılandırılmalıdır.

Yargıcın yargılama işlevini yerine getirirken nesnel (objektif), tarafsız olması ne demektir? Hemen burada şu noktaya dikkat çekmek gerekir. Ülkemizin hukuk düşününde ve yazınında ‘yargılamada nesnellik’ çoğu zaman ‘yargı bağımsızlığı’ kapsamında ya da onunla özdeş anlamda düşünülmekte ve bu konunun ayırdının ve öneminin bilincine yeterince varılamadığı dikkati çekmektedir. ‘Yargıcın yargılama yaparken psikolojik ve inançsal olarak nesnel oluşu’, genel olarak ‘yargı bağımsızlığı’ diye adlandırılan sorundan ayrı, özgün bir anlama sahiptir. ‘Yargı bağımsızlığı’ dendiğinde, daha çok yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erkin etkisinde olmaması, siyasal erke karşı bağımsız olması anlatılmak istenir. ‘Yargı bağımsızlığı’ kavramı, yargı organlarının kurumsal bağımsızlığı ve tarafsızlığı anlamında belirginleştiğinde, bunun çözüm yolu, yani toplumsal yaşamda ‘yargı bağımsızlığının’ nasıl sağlanacağı sorusunun yanıtı da daha belirgin bir biçimde karşımıza çıkar. Bu çözüm ise, uygun ve gerekli hukuksal düzenlemelerin yapılması, ayrıca toplumun sosyo-ekonomik kültürel koşullarının söz konusu bu hukuksal düzenlemeleri destekleyici bir temel oluşturma durumuna getirilmesiyle elde edilebilir. Yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erk karşısında tarafsız ve bağımsız oluşunun yanı sıra, yargı organları ve bu organların işlevsel süljeleri olarak yargıçların ekonomik, sosyal, güvenlik ile ilgili vb. koşulları da, ‘yargı bağımsızlığı’nı etkileyen ve bu kapsamda ele alınması gereken olgulardır. ‘Siyasal erk karşısında bağımsız olma’da olduğu gibi, yargı organlarının ve yargıçların bu türden sorunlarının çözümü de yine hukuksal düzenlemeler ile sosyo-ekonomik ve kültürel koşulların bu düzenlemeleri destekleyici bir yapıya kavuşturulması ile olanaklıdır.

Dikkate sunmak istediğimiz vurgu açısından; ‘yargı bağımsızlığı’na ilişkin tüm bu belirtilenlerden, ‘yargı bağımsızlığı’ sorununun birey olarak yargıç’ın

dışındaki koşullara bağlı olduğu böylece anlaşılmış bulunmaktadır. Genel olarak ‘yargı bağımsızlığı’ sorununun çözümlenmesi, hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşullarla ilgili ve olanaklıdır.

‘Yargı bağımsızlığı’ yargıcın dışındaki koşullarla ilgili olmasına karşılık, yargılamada nesnellüğün psikolojik boyutu ya da benzer deyimle ‘yargıcın kişilik bağımsızlığı’ ise aynı zamanda “ideolojik kişilik” bağlamında da ele alınması gereken ve birey olarak yargıcın kendisiyle ilgili olan bir sorunsaldır. Yargıcın yargılamada objektif olması ya da yargıcın kişilik bağımsızlığı, onun, yargılama işlevini yerine getirirken ideolojik vb. hiçbir etkenin etkisi altında kalmadan hukukun gerektirdiğini yerine getirme tavrını gösterebilmesini deyimler. Yargıç yargılama yaparken ve karar verirken; kendisinin dışsal ve içsel etkenleri algılama biçiminin, karşı karşıya bulunduğu somut olayla ilgili olarak hukukun gerektirdiği değerlendirmenin dışına çıkmasına yol açmasına olanak vermemelidir. Eğer yargılamanın ve hukuksal kararın biçimlenmesini ve niteliğini belirleyen temel belirleyici, hukukun gerektirdiği ölçü değil de yargıcın etkisi altında kalmaktan kendisini alıkoyamadığı içsel ya da dışsal etkenler ise, bu durumda yargıcın yargılamadaki nesnellüğünden, dolayısıyla somut kararın objektif ve evrensel hukukun buyruğunu yansıttığından söz edilemez. Yargıç yargılama yaparken, aynı zamanda ideolojik kişilikle de örüntülenebilen kin, öfke, intikam, kıskançlık gibi kendisine ilişkin olası olumsuz psikolojik duygulanımlardan soyutlanabilmeli; ideoloji ve ideolojik kişilik olgusu bağlamında kendi politik vb. görüşlerinden, değer yargılarından, dinsel ve etnik ayırım gütmeye düşüncelerinden sıyrılabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun istemini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı gerçekleştirebilmelidir.

Hukuksal yargılamanın nesnellüğünün bir engeli olarak ideolojik tavır bağlamında, “milli” ve “kutsal” değerlerin algılanış ve işleniş biçimi de bir etken olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, insanlık tarihinde tüm toplumlar için “milli ve kutsal” değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu görülebilir. “Değer” kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte, konumuz açısından, daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış

biçimi olan “kültür” olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte; yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Konumuz açısından “milli ve kutsal” olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen “kültür” olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli rolü vardır ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değer bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için; bunun, tüm insanlık süreçlerinden geçerek çağdaş insanlıkça en azından teorik olarak benimsenen, üzerinde uzlaşıya varılmış temel nesnel-evrensel hukuk ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Doğal olarak, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin özüne aykırı ulusal değerlere, haklı ve nesnel bir temele dayalı bir geçerlilik tanınamaz. Evrensel-nesnel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından ise, yalnızca bir önemli riskten söz etmek olanaklıdır: Toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum, siyasal erk vb. tarafından “ideolojik” ve iktidar sağlama amaçları doğrultusunda kullanılması. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından; bu değerlerin “toplumdaki işlerlik biçimi” ya da “sosyo-politik yaşamdaki varlık biçimi” önemli bir sorundur ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması, sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenliğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerlerin olumsuz anlamda nasıl işlerlik görebildiğini anlayabilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından “ideolojik” ve iktidar sağlama amaçları doğrultusunda

kullanılabildiğini gözlemlemektedir. Daha temelli bir irdeleme yapıldığında, “ideolojik” ya da “dinsel” amaçların yine çıkar ve iktidar edinme amacına yönelik bir kılıf olarak işlev gördüğünü ayırmsamak olanaklıdır. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik söylemin görünürde egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde; gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinseliliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır.

Özetle dinselilik ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yoğrularak birey, grup, siyasal erkler tarafından çıkar ve güç edinmek gerçek amacıyla kullanılagelmesi, toplumsal reel bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir.

VII. İDEOLOJİ-DİN İLİŞKİSİ

A. İdeoloji İle Dinin Karşılıklı Olarak Birbirine Dönüşümü

Daha önce de ifade edildiği gibi, bu çalışmada olumsuzlanan “ideoloji” kavramı “varlığa, yaşama, eşya ve olaylara dair tartışılmaz ve mutlak kabul içeren hazır dogmatik sosyal inanç içerikleri ve bu inanç içeriklerinin belirli bir sosyo-politik gaye uğruna araçsal işlev görmesi” anlamında ele alınmaktadır. Buna uyumlu olarak “ideolojik kişilik” kavramı da, bu ideoloji tanımı doğrultusunda “belirlenmiş sosyo-politik gayeler uğruna, tartışılmaz mutlak dogmatik inanç kalıplarına dayalı maddi ve kültürel oluşum/organizasyona bağımlı ve onun direktifinde olan kişi/kurum” anlamında ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. Yine daha önce belirtildiği gibi, kanımızca, “ideoloji” ve “ideolojik kişilik” olgusunun olumsuzlanmasını gerektiren en önemli neden, insan iradesine, insanın özgür varlık olma yönüne ilişkin bulunmaktadır. İnsanı değersel/etik anlamda gerçek insan yapan en temel husus, onun özgür iradeye sahip olması ve varlığını/hayatını kendi özgür iradesiyle anlamlandırıp yaşanmasıdır. İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusu ise, bu anlamda insanı yok eden ve onu edilgen/belirlenen bir eşya haline indirgeyen bir nitelik arz etmektedir. Belirlenip yönlendirilen bir eşya haline getirilen kişilerden oluşan bir toplum ve toplumsal yaşamın, anlam ve değer olarak insanlık varlığına sunacağı bir iyilik/güzellikten ise söz edilemeyeceği kuşkusuzdur.

‘Din’ kavramına gelince, kaynağı ne olursa olsun, konusuna baktığımızda dinin ele aldığı şeyin genel felsefe konularına paralel bir biçimde, yaşama, evrene, insana ve onun eylemlerine ilişkin değerlendirmelerden oluştuğunu görmekteyiz. “Yaşamın anlamı nedir, iyi nedir, ahlak nedir, varlık nedir” gibi insana dair sorular, genel felsefe konularına benzer bir biçimde dinin konularını oluşturur. Felsefede olduğu gibi dinde de varlıkla, bilgiyle, değerlerle yani insana ve insana dair şeylerle ilgili önermeler, söylemler ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Kısacası dinin konusuyla felsefenin konusu çakışmaktadır; kadim zamanlardan beri ikisi de aynı şeyleri sorgulayıp irdelemek durumunda kalmışlardır. Din ve Felsefe Tarihi literatüründe felsefe ile din arasında uzlaşmazlık/çatışma/karşıtlık bulunduğu yönündeki iddialar, çoğunlukla, bu bilgilenmenin kaynağına ilişkin gibi görünmektedir. Bu yönlü yaklaşımlarca, genel olarak, dinde insanoğlunun kendi yaratmasıyla elde edilen bilgi ve değerlendirmelerin değil de onun ötesinde metafizik öğelere dayanılarak oluşturulmuş bilgilenmelerin söz konusu olduğu var sayılır ya da bilinir. Buna göre, dindeki önermeler önceden hazır, dogmatik ve üzerinde tartışılmazdır; bunlar insan aklının ürünü değildirler. Oysa felsefi düşüncenin temeli, insanın kendisidir ve bu durum felsefe ile din arasındaki ayrımı oluşturur. Ne var ki tüm bu yönlü algılama ve yaklaşımların hakikatin yalnızca bir yönünü göstermeye yönelik eksik ve yanılgılı bir tutum olduğunu belirtmek ve teslim etmek durumunda-yız.

İnsan olarak varlığa, değerlere ilişkin iyi niyetli bir çaba hangi noktada “dinsel”, hangi noktada “felsefi” olarak nitelendirilmekte ve değerlendirilmektedir? Bunun ayrımı ve belirlenmesi nasıl ve hangi ölçütle yapılmaktadır?

Şu tez ortaya atılabilir: Sorunun özü ya da olay bir ve özdeş olmakla birlikte yalnızca bunlarla ilgili yapılan adlandırma ve nitelendirmelerde bir farklılık söz konusudur. İnsanlık tarihine bakıldığında bazı medeniyet ya da toplumlarda bu bağlamdaki fikir, sorgulama, irdeme ve uğraşlara “felsefe”; diğer bazı medeniyet ya da toplumlarda ise “din” adı verildiği görülmektedir. Bu tezi destekleyen önemli tarihsel göstergeler ve olgular bulunmaktadır: Örneğin ‘felsefe’ (philosophia) kavramının ilk olarak ortaya çıkmış olduğu Eski Yunan’da, bu bağlamdaki yani insana ve değerlere ilişkin düşünsel sorgulama ve değeren-

dirmelere “felsefe (philosophia)” adı verilmiştir.²⁸ Diğer taraftan Doğu ya da İslam medeniyet ve toplumlarına baktığımızda, tarihsel olarak, bu medeniyet ve toplumlarda ‘felsefe’ ve ‘filozof’ kavramlarının yerleşip kabullenilmediğini ve bu kavramlar yerine ‘hikmet/irfan’ ve ‘hakim/arif’ vb. kavramlarının yerleşik ve kabullenilmiş olduğunu gözlemlemekteyiz.²⁹ Avrupalı düşünürlerin yani ‘filozof’ların (örneğin Augustinus, Plotinus, Descartes, Epiktetos vb.), kendilerine “filozof” dendiği ve yaptıkları iş “felsefe” olarak nitelendirildiği halde, yaptıkları, bütünüyle dinsel kaynaklı ya da en azından dinsellikle ilgili sorgulama ve değerlendirmelerdir. Sözelimi Plotinus, Eski Yunan düşüncesiyle Hıristiyanlığı bağdaştırmaya çalışmış, İncil’i bu çerçevede yorumlamıştır.³⁰ Diğer yandan, Doğu ve İslam medeniyet ve toplumlarında, yine kendilerine “hakim/arif” ve düşünsel aktivitelerine de “hikmet/irfan” denilmiş olduğu halde, birçok düşünür/bilge, genel olarak ya da o günün egemen ‘dinsel’ anlayışına aykırı ya da karşıt olduğu ileri sürülen görüş ve düşünceler ileri sürebilmişlerdir. Trajik olarak, bu ‘aykırı’ düşün şahsiyetlerinden bazıları; günün egemen güçlerince “dine karşı savaş açma” ile itham edilerek öldürülmüş, sürgün edilmiş, cezalandırılmış oldukları halde yine de düşünce ve ilim literatüründe “hakim/arif” olarak nitelendirilmiş ve düşünsel aktiviteleri de “hikmet/irfan” olarak değerlendirilmiştir.

Bütün bu tarihsel ve somut olgular bize özünde ‘felsefe’ ve ‘din’ arasında köklü bir ayırım, çelişki ya da farklılık bulunduğu ve bunun ‘kaynak farklılığından’ meydana geldiği yönündeki sav ve değerlendirmelerin yerinde ve sağlıklı yaklaşımlar olmadığını, olayın tümüyle bir farklı isimlendirmeden ibaret olabileceğini göstermektedir.

Dinin teorik ve olgusal kapsamıyla ilgili olarak şunlar söylenebilir: Özellikle tek Tanrı inancı olan dinlere (din-i hanif / dosdoğru, saf ve duru din) bakıldığında (İslam, Hıristiyanlık, Yahudilik gibi), teorik olarak ve özü itibarıyla bu din-

²⁸ ‘Felsefe’ (philosophia) kavramı iki alt kelimedenden oluşur: ‘sevgi’ ve ‘bilgi’. Bazıları bu kavramı ‘bilgiyi sevmek’, bazıları da ‘sevmeyi bilmek’ olarak tanımlamışlardır.

²⁹ Genel ve yaklaşık bir değerlendirmeyle ‘hikmet/irfan’ (bilgelik) kelimesinin ‘felsefe’ ile, ‘hakim/arif’ (hikmet/irfan/bilgelik sahibi) kelimesinin ise ‘filozof’ ile karşılık düştüğü söylenebilir.

³⁰ Bu konuda örnek olarak bkz: PLOTİNUS, “*Vatana Dönüş*”, Prof. Dr. Erol GÜNGÖR: Tasavvufun Meseleleri, 6. basım, İstanbul, 1996 (İçinde), s. 205-206.

lerin ana vurgusu olarak karşımıza şu çıkıyor. Gerçekte tüm ilahi dinlerin teorik özü ve ana vurgusu özdeştir ve şu şekilde dile getirilebilir. Birinci ana vurgu inanca/inanmaya ilişkindir ki bu, temel olarak Tanrı inancını kapsar. İkinci ana vurgu 'ibadet' olarak dile getirilebilir; buna 'anış (anma eylemi)' diyebiliriz. Üçüncü ana vurgu ise, sosyal ve insani yaşamla ilgili olarak tek kelime ile 'adalet' olarak dile getirilebilir. Bu ana vurgular aynı zamanda ve özellikle, tüm ilahi dinler arasındaki temel ruhun/esprinin aynı olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Diğer yandan, dinin dogmatik inanışlar üzerine kurulduğu yönündeki klasik felsefi görüşteki durumun aksine; dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu bile, özünün ve ayrıntılarının anlaşılması açısından tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır gerçekte.

Bu konuda, anılan üç ana vurgunun İslam dininde daha açık ve net olarak yer aldığı söylenebilir. İslam dininde birinci vurgu olarak 'inanç', ikinci vurgu olarak 'ibadet' (Tanrıyı anma, anış) ve üçüncü vurgu olarak da yalnızca 'adalet' kavramı önem taşır. İslam dininin kaynaklarına bakıldığında, tüm dinlerin ('din-i hanif': İslamiyet, Hıristiyanlık, Yahudilik vb.) bu üç ana vurgu üzerinde temellendiği hususunu ayımsamak mümkündür. İlk iki vurgu (inanma ve tapınma) birey-Tanrı arasındaki ilişkiyi yansıtmaktayken, üçüncü vurgu (adalet buyruğu) bir yandan birey-Tanrı ilişkisini, diğer yandan da birey-yaşam (hukuk) ilişkisini yansıtır.

Yukarıda da belirtildiği gibi dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu, özünün ve ayrıntılarının kavranması açısından sorgulanmaya, tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır ve içinde bulunan içsel ve dışsal koşullara göre tezahür etmeye uygun esnek bir temel yapıya sahip olma özelliğindedir gerçekte. İnanmaya ve iman etmeye ilişkin temel inanç konularının içeriği açısından bile, ayrıntılı, mahdut ve tartışılmaz bir söylemle karşı karşıya değildir. İkinci ana vurgu bağlamında, 'ibadet (anma eylemi)' ayrıntılı ve mahdut içerik olarak ortaya konmamış, adeta somut değerlendirmelere aralanmış kapılar bırakılmıştır. Yine bu çerçevede üçüncü ana vurguya baktığımızda, 'adalet' kavramının kaynaklarda yalnızca temel öz ve espri olarak yer almış olduğunu; yalnızca, adalet değerinin gözetilmesi gerektiğinin vurgulandığını ve adalet değerinin, ayrıntıları itibarıyla somut biçimlerle sınırlandırıl-

madığını yani içinde bulunulan somut zaman-mekân koşullarının belirleyiciliğine aralanmış bir kavrayış yaklaşımının sergilendiğini görmekteyiz.

Toplumsal yaşam, adil ve esenlikli bir dünyanın kurulabilmesi, yaşamın insanileştirilmesi, toplumsal ahlak ve hukuk açısından önemli olan, dinseliliğin üçüncü ana vurgusu yani 'adalet' değeridir. Birinci ve ikinci vurgu (inanç ve ibadet) birey ile Tanrı arasında, üçüncü vurgu (adalet) ise hem birey ile Tanrı, hem de somut toplumsal yaşamla ilgili olarak söz konusu bulunmaktadır. Adalet kavramının ikinci yönü olan ve insanlar arası ilişkileri, toplumsal yaşamı, toplumsal ahlak ve hukuku ilgilendiren boyut insani ve evrensel bir önem taşır ve bu yönüyle sosyal bilimler, özellikle hukuk açısından açıklanmak, anlaşılacak durumundadır. 'Adalet' kavramı özü itibariyle temel/soyut/ideal/nesnel bir söylem niteliğini ve görünümünü arz eder. Bu soyut ve asli kavramın içeriksel olarak ayrıntılarda belirlenmesi, içinde bulunulan somut toplumsal koşullar doğrultusunda olabilir ancak. Temel hak ve özgürlükler, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, sosyal adalet, eşitlik, özgürlük vb. biçimindeki somut içeriklerden oluşan 'nesnel ve evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri'; insanlığın, iyi niyetle 'Tanrının adalet dediği şeyin' içeriksel ayrıntılarının zaman ve mekân koşulları doğrultusunda ortaya konmasına yönelik uğraşlarının sonuçlarının bütününe yansıtılmaktadır gerçekte.

Doğal olarak ne yazık ki tüm bu belirtilenler teori, hakikat ve öz itibariyle böyledir yalnızca. Olgusal olarak bakıldığında ise, bu ana vurgularla uyum sağlamayan ve bunlarla çatışan somut algı ve pratik realiteleriyle karşılaştığımızı görmekteyiz. Din hakikati, insanlık tarihinde toplumsal ve siyasal iktidarlar tarafından ayrıntılarda başkalaştırılmış ve kendi devamlılıklarının sağlanması için bir araç olarak kullanılabilmiştir. Dinin temel özü ve ruhu görmezden gelinerek ve hatta yok sayılarak; dinsel içerikler, ayrıntıları bağlamında saptırılarak değişim ve dönüşüme uğratılmış; adeta dine karşı din konumlandırmak suretiyle dinsel içerikler ideolojikleştirilmiş ve bu haliyle çarpıtılmış ve özünden tecrit edilmiş reel din, bir sosyo-politik egemenlik kurma aracı/vasıtası haline dönüştürülerek ideoloji niteliğine büründürülmüştür. Bu noktada, dinin ideolojiye dönüştürülmesinin; öz ruhundan uzaklaştırılarak çarpıtılıp başkalaştırılan dinsel içeriklerin ya da bu içeriklerin ayrıntılandırılmalarının egemen güçlerce ya

da egemenlik kurmak isteyen odaklarca sosyo-politik hâkimiyet kurma aracı/enstrümanı haline indirgenip dönüştürülmesi biçiminde gerçekleştiği, önemli bir belirleme olarak dikkat çekmektedir. Gerçekte amaç iktidar sağlamak olduğu halde, din bir kılıf olarak işletilmiştir ne yazık ki. Bütün bunları günümüz modern dünyasında da görebilmekteyiz. Somut olarak dinseliliğin iktidar aracı olarak kullanılışı bazı dinlerde daha belirgindir. Sözelimi Hıristiyanlıkta yukarıda belirtilen üç temel vurgu teorik olarak var olmakla birlikte; ayrıntılarda değişiklik yapılarak, Kilisenin Tanrı ile insan arasındaki bağlantıyı sağlayacağı inancı yerleştirilmiş, Kilisenin ve dinin iktidar için önemli bir araç olması sağlanmıştır. İslam dini ile ilgili pratik realiteye bakıldığında ise; Tanrı ile insan arasındaki yakınlaşma için Kilise gibi bir kurum olmamakla birlikte, tarihsel olarak bakıldığında bazı sosyal ya da 'dini' kurum ve kuruluşlar (Mezhep, Tarikat, Hilafet gibi) aracılığıyla yine dinin iktidar odakları ve çıkar grupları tarafından kendi egemenliklerini ve çıkarlarını devam ettirmek için bir araç olarak kullanılabilindiğini ne yazık ki görüp teslim etmek durumundayız.

B. İslamiyet ve Müslümanlar Özelinde Dinin İdeolojikleşmesi Ya da Günümüz Doğu-İslam Dünyasının Trajik Durumunun Bir Nedeni Olarak İdeoloji

Doğu-İslam dünyasının özellikle son yüzyıllardaki trajik halinin ya da başka bir ifadeyle "müslümanların geri kalmasının" gerçek temel nedenleri üzerine yoğunlaşıldığında; bu konuda, ilk bakışta birbiriyle çelişik ve karşıt gibi görünen, fakat derinlemesine irdelendiğinde aynı özü ve yanıtı içerdiği anlaşılabilir. Bu açıklama biçimlerinden birisine göre, Doğu-İslam coğrafyasının ya da Müslüman dünyanın "geri kalmasının" temel nedeni "din"dir; yani Doğu-İslam dünyası Müslümanlık/İslam dini yüzünden "geri kalmıştır". Diğer açıklama biçimi ise, görünürde tam tersi bir ifadeyle, Müslümanların ve Doğu-İslam toplumlarının "dinden/İslamiyetten uzaklaştığı için" özellikle bu son yüzyıldan itibaren olumsuz konuma düştüğünü ileri sürmektedir.

Yukarıda işaret edildiği gibi, doğu-islam dünyasının içinde bulunduğu olumsuz durumun temel nedenlerine ilişkin olarak getirilen bu iki açıklama biçimi, görünürde ve ilk bakışta birbirine tümüyle ters ve karşıt açıklamalar gibi ortaya

çıksalar da, derinlemesine ve özlü bir irdelemeyle, aslında bu iki “karşıt” açıklamanın aynı temel özü ve anlamı barındırdığını ve bu yönüyle –paradoksal da olsa- özdeş açıklamalar olarak nitelendirilip değerlendirilebileceğini kavramak mümkündür. Şöyle ki; islam-doğu toplumlarının “din nedeniyle geri kaldığını” ileri süren açıklama biçiminin, bu bağlamda “din” kavramıyla kast ettiği, kuşkusuz öz ve anlam olarak içi boşaltılmış ve kendini/başkalarını kandırıp avutmanın bir aracı haline getirilmiş ‘reel din algısı ve olgusundan’ başka bir şey değildir. Yine bunun gibi, doğu-islam coğrafyasının/müslüman toplumların “dinden/islamiyetten uzaklaştığı için geri kaldığını” ileri süren açıklama biçimi de, gerçekte, dinin temel öz ve ruhunun dışalandığını ve anlamsızlaştırıldığını, dinselğin yalnızca ruhsuz ve özsüz bir kılıf/görüntüye büründürüldüğünü ve müslümanların/islam coğrafyasının bundan ötürü günümüzde olumsuz toplumsal yaşam biçimlerine tutsak kaldığı görüşünü içermektedir. İlk bakışta ve görünürde karşıt anlamlı gibi duran bu iki açıklama biçimi sentezlenerek denilebilir ki, doğu-islam dünyasının içinde bulunduğu olumsuzluğun temel nedeni, evet “din”dir ya da en azından “din” ile ilgilidir. Daha doğrusu dinin ideolojileştirilmesi, ideolojik bir niteliğe ve işlevselliğe büründürülmesidir. Hakikatte bireysel ve toplumsal kurtuluş/esenlik vesilesi olması gereken din ve dinsellik; temel öz, anlam ve ruh itibarıyla yok edilerek, zulmün, haksızlığın, sömürünün, zulme ve sömürüye karşı sessiz kalmanın vb. bir aracı haline getirilmiştir.

Şimdi de biraz bu yok edilip anlamsızlaştırılan din/İslamiyetin temel öz, anlam ve ruhunun ne olduğuna bakalım. Konunun ayrıntılarına girmeden, kesin bir ifade olarak denebilir ki, din/İslamiyetin maddi yaşam (“dünya hayatı”) açısından belirleyici olan en temel kriteri “adalet” kavramına/adaleti gözetmeye ilişkindir. Din/İslamiyet’in insanın başkalarıyla ve çevresiyle olan ilişkileri açısından, toplumsal yaşam açısından, insancıl ve esenlikli bir dünyanın kurulabilmesi açısından, toplumsal ahlak ve hukuk açısından belirleyici olması gerektiğini vurguladığı en temel değer, ilke ve ölçüt “adalet”tir. Din/İslamiyet’in diğer iki temel vurgusu olan inanç ve ibadet boyutları daha çok birey olarak insan ile Tanrı arasında yaşanırken; “adalet” vurgusu ise, hem bir birey olarak insan ile Tanrı ve hem de somut toplumsal yaşamla/“diğer insanlarla” ilgili ve geçerli olarak söz konusu bulunmaktadır. Dolayısıyla “adalet” kavramının insanlar

arası ilişkileri, insanın çevresiyle olan ilişkilerini, toplumsal yaşamı, toplumsal ahlak ve hukuku doğrudan ilgilendiren ve belirleyen boyutunun, insani ve evrensel bir özellik taşıması nedeniyle, sosyal bilimler ve özellikle hukuk açısından irdelenip açıklığa kavuşturulması çok büyük değer ve önem taşımaktadır.

Kuşkusuz “adalet” kavramına çok çeşitli açılardan/boyutlardan bakılabilir. Eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet, temel insan hakları vb. biçiminde belirginleşen ve günümüzde Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri dediğimiz ve tüm kadim insanlık kültürünün ürünü olan temel değer ve ilkeler, kuşkusuz, soyut adalet kavramının açılımı ve detayları olarak kabul edilmelidir. Ne var ki özellikle İslam toplumlarının çok daha aşına olması gereken, çünkü / öyle ki her cuma günü Cuma Hutbesinde Müslümanlara hatırlatılması gelenekselleşmiş “*Kuşkusuz Allah size adaleti... emreder ...*”³¹ ayeti ile Müslümanların “entelektüel bilgilenmelerinin zirvesinde yüzen” adalet kavramına, yeniden ve tüm çıplaklığıyla bakabilmek gerekir. En doğal, net ve ilk temel anlamı itibariyle, nedir adalet ve adaletli olmak?

“Adalet” kavramının en birincil/aşikâr/yalın anlamının “haksızlık/zulüm yapmamak, herkesin temel insani haklarını kabul ve teslim etmek” olduğunda hiçbir kuşku ve belirsizlik yoktur. Bu noktada “adalet” kavramının “maddi” ve “manevi” olmak üzere iki temel boyutunun olduğunu belirtmek gerekir. Adaletin maddi anlamdaki boyutu “maddi/ekonomik yaşam alanına ilişkin konularda haksızlık yapmama / herkesin hakkını kabul ve teslim etmeyi” içerirken; manevi anlamdaki boyutu ise “*manevi/anlamsal/kültürel yaşam alanına ilişkin konularda haksızlık yapmama / herkesin hakkını kabul ve teslim etmeyi*” kapsar. Dolayısıyla siz eğer, aynı zamanda dini/İslami anlamdaki adalet kavramını bir temel değer olarak kabul ettiğinizi düşünüyorsanız; bu durumda birey/grup/topluluk/cemaat/toplum/ülke vb. bir süje olarak, yine hiçbir birey/grup/topluluk/cemaat/toplum/ülke vb. süjeye karşı, hem maddi/ekonomik anlam ve alanlarda ve hem de manevi/kültürel/inançsal anlam ve alanlarda olmak üzere “*haksızlık yapmamak, hakkını kabul ve teslim etmek*” tavrını gös-

³¹ Nahl Suresi, 90.ayet (Elmalılı Hamdi Yazır): “Haberiniz olsun ki Allah, size adaleti, iyilik yapmayı ve akrabalara yardımda bulunmayı emreliyor; hayasızlığı, kötülüğü ve azgınlığı yasaklıyor. Dinleyip, anlayıp tutasınız diye size öğüt veriyor.”

termek zorundasınızdır.

Son bir-iki yüzyıldan bu yana Batı Emperyalizminin kendi çıkarlarını kollayıp artırmak amacıyla doğu-islam coğrafyasını “böl-parçala-sömür” yaklaşımıyla perişan hale getirebilmesinin en önemli nedenlerinden birisi, doğu-islam toplumlarının adalet kavramının bu iki boyutunu ve özellikle manevi/kültürel boyutunu dışlayan toplumsal tavırlar sergilemeleridir. Farklı manevi/kültürel inanç yapıları yüzyıllarca aynı coğrafyada bir arada ve birbirine saygılı bir biçimde yaşayabilmişken –çünkü bu, yukarıda vurgulandığı gibi temel adalet değerinin manevi boyutunun gereğidir- son yüzyıllarda bu farklılıklar Doğu-İslam coğrafyasındaki toplumların birbirleriyle çatışma/kavga/savaş içine girmesine –kuşkusuz Batı Emperyalizminin derin politikalarının da kışkırtmasıyla- yol açmıştır. Sömürgeci/emperyalist/kapitalist Batı Modernitesinin, dünya görüşü/yaşam felsefesi/ideoloji olarak egemen olduğu Batılı toplumlarda –bireysel, toplumsal ve küresel çıkarları gereği- çok farklı kültürel yapılar bir arada ve sorsuz bir biçimde yaşamayı sürdürebilmekteyken; doğu-İslam coğrafyasında ve toplumlarında bunun tam aksine ve kuşkusuz paradoksal bir biçimde, en ufak fikir ayrılıkları / farklı düşünce ve inanç yapıları doğulu-Müslüman birey/grup/topluluk/cemaat/toplum/ülkelerin birbirlerine hayat hakkı tanımamalarına, iç çatışmalara, kardeş kavgalarına yol açabilmektedir ne yazık ki.

Doğu-İslam coğrafyasının/toplumlarının içinde bulunduğu dram ve trajedinin temel nedenlerinden birisi olarak, böylece, Batılı kapitalist modernitenin “icat edip”, birbirine kırdırıp sömürmek için Doğu-İslam toplumlarına “ihrac” ettiği “ideoloji” ve “ideolojik insan” yaklaşımı olgusu ve kavramlarına ilişkin bulunduğu, görmezden gelinemez bir realite olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de Doğu-İslam toplumlarının entelektüel yapılanmalarında dinin/İslamiyet’in bir “ideoloji” ve dindar/Müslümanın da bir “ideolog / ideolojik insan” tiplemesine dönüştürülmesi, dinin özünden ve bu bağlamda adalet değerinden uzaklaşılmasına, dinsel algının bir çıkar/iktidar/şiddet/çatışma aracı haline dönüştürülmesine ve en son tahlilde de günümüzde içinde bulunulan trajik/dramatik realitenin gerçekleşmesine yol açmıştır.

Bu bağlamda son vurgu olarak, **Doğu-İslam dünyasının içinde bulunduğu reel trajik/dramatik durumundan kurtulması için, adalet değerinin, maddi**

ve manevi boyutlarını kapsamak koşuluyla içselleştirilip pratize edilmesinin önem ve değeri ifade edilmelidir. Dünyanın ezilen/sömürülen Doğu-İslam coğrafyasının özellikle aydın ve politikacıları başta olmak üzere tüm birey ve grupları, birbirlerine karşı her ne nedenle olursa olsun şiddet ve baskı uygulama yoluna başvurmamak durumunda/zorunda olduklarına adeta “amentü”-nün bir temel ilkesi olarak “iman etmeli”; **başlarına gelen ve gelecek olan tüm olumsuzlukların kaynağında, direkt ya da dolaylı olarak sömürgeci Batı emperyalizminin “kendi çıkarları ve mutlulukları için her şeyi mubah gören” ideolojik anlayış ve politik yaklaşımının bulunduğunu kavrayabilmeli** ve bunun üzerinde teorik ve pratik yoğunlaşmalarda bulunmalıdır.

VIII. MEŞRULAŞTIRMA VE İDEOLOJİ

A. İdeolojinin Meşrulaştırma Aracı Olarak Kullanılması Olgusu

“Meşrulaştırma” kavramı daha çok olgusal bir özelliğe sahiptir. Bu kavram ile genel olarak anlatılmak istenen, belli toplumlarda siyasal erkin ya da herhangi bir güç odağının, kendisine belli bir biçimde onay aramak ve kazandırmak, kendi iktidarını kurup kollamak amacıyla belli bazı ideolojik araçsal yönlemlere başvurmasıdır; ve bu kavram, daha çok ‘*meşruluk kavramının, yerinde olmayan bir biçimde işlev görmesi anlamında*’ olumsuz bir anlam edinmiştir. Sözelimi eskiden beri geldiği için geleneksel olanın kutsal ve bu yüzden de geçerli yani bağlayıcı sayılması; dinsel inançların, meşruluk aracı olarak siyasal erk tarafından kullanılması; ya da konulmuş olan hukuksal normların, yalnızca konulmuş olmak nedeniyle salt bir biçimde algılanması ve meşruluğun dayanağı sayılması gibi durumlar insanlık tarihinde ve günümüzde de zaman zaman görülebilen olgulardır. Özellikle sosyolojik açıdan bakıldığında, günümüzde de, siyasal erkler, politik vb organizasyonlar ya da diğer baskı gruplarının, toplumu oluşturan birey ve topluluk nezdinde meşru sayılmak amacıyla “meşrulaştırma” eğiliminde oldukları yadsınamaz bir gerçeklik olarak kendisini göstermektedir.

Belirtildiği gibi “meşrulaştırma” kavramı daha çok belli bir siyasal erkin ya da güç odağının, kendi iktidar ve çıkarına “meşruluk/haklılık” kazandırmak amacıyla belirli etkinliklerde bulunması olgusunu deyimler. Siyasal erki elinde

tutanların ve diğer güç odaklarının, kendi iktidar ve güçlerine meşruluk kazandırmak amacıyla başvurdukları önemli araçlardan birisi ideoloji olgusudur. Belirli bir ideolojinin “adamı”, biricik gerçek olarak benimsediği görüşünü bütün insanlara benimsetmek, dünyaya kendi bakış açısıyla bir biçim vermek isteyen kişi olarak çıkar karşımıza. İdeoloji kavramı, sadece bilgi ve politik teoriyi kapsamakla sınırlı kalmayıp; aynı zamanda, metafizik, etik, din ve gerçekte belli bir “bilinç biçimi” olup, belli bir toplumsal grubun temel tavır ve bağlılıkları olarak dile getirilen durumları da kapsamaktadır.

İdeolojinin meşrulaştırma aracı olarak kullanılması, ideoloji ile o anda fiili olarak var olan belirli bir politik erk biçiminin ya da ileri sürülen belirli bir politik erk isteminin meşruluğunun, sözde ussal/makul yollar izlenerek, toplumu oluşturan bireylerin zihninde yerleştirilmesi amacının güdülmesi biçiminde gerçekleştirilebilir. İnsanlık tarihi boyunca toplumsal ve politik güç kullanımlarına meşruluk kazandırmak amacıyla gerçekleştirilen etkinliklerin sağladığı başarılar ve özellikle son on yıllarda bilimsellik inancının da bu amaçla zaman zaman kullanılmış olması gerçeği dikkat çekicidir. Bu gerçeğin en çarpıcı noktası şudur: Uygun etki araçları ve metotları yardımıyla, zamanın entelektüel insanlarını bile, o ana kadar kendileri için benimsenmesi olanaksız görüşleri meşru saymak derecesine getirmek olanaklı olduğuna göre, bu durumda bu deneyimin etik bir meşruluk özelliği söz konusu olmamakta; bu sonuç daha çok dogma ve inanç ilkelerini ifade eden ideolojilerin etkinlik derecesini kavranır duruma getirmektedir. Bütün bunları insan kişiliğine işlemek siyasal erk sahiplerinin ya da bu amacı taşıyanların temel ilkesi olacaktır. Bu açıdan hukuk felsefesi tarihine bakıldığında, “hukuksal teorilerin” bile zaman zaman değişime ve gelişmeye karşıt bir etkilemede bulunabildikleri ve var olan politik yetkeleri güçlendirme yönünde bir araç olarak kullanılabilirdikleri söylenebilir. İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinden beri, eylemsel olarak var olan yürürlükteki hukukun üstünde ve ötesinde, değişmez, salt ve genel geçerliliğe sahip bir adalet anlayışı gündeme getirilmiş; bunun karşısında siyasal erki elinde tutan egemen güçler hukuk ve adaletin kendi ideolojilerinden oluştuğunu baskı yoluyla ileri sürerek kendi çıkarlarını “norm” olarak ortaya koyabilmişlerdir.

Meşrulaştırma aracı olarak kullanılan ideoloji olgusu bazen karşımıza “mil-

li/ulusal ya da kutsal” sayılan inanç içerikleri biçiminde somutlaşarak çıkabilmektedir. İnsanlık tarihinde tüm toplumlar için “milli ve kutsal” değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu bilinmektedir. “Değer” kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte, konumuz açısından burada daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış biçimi olan “kültür” olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte; yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Konumuz açısından “milli ve kutsal” olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen “kültür” olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli bir rolü vardır ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değer/kültür içeriğinin bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için; bunun, tüm insanlık süreçlerini kapsayan kadim insanlık kültürünün ortak ve temel kabulü olan nesnel-evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Evrensel-nesnel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından ise, yalnızca bir önemli riskten söz etmek gerekir. Bu risk, toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum ve siyasal erkler vb. tarafından, kendi iktidar ve çıkar amaçları doğrultusunda kullanılması durumudur. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından; bu değerlerin “toplumdaki işlerlik biçimi” önemli bir sorundur ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması, sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenliğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerler olumsuz anlamda nasıl bir işlerlik görülebilir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından çıkar ve iktidar sağlama amaçlı olarak kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne trajik olarak tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik vurgunun görünürde egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde; gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinseliliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır. Özetle dinsel ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yoğrularak kullanılabilmesi, toplumsal bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir. Sözü edilen bu olumsuz gerçekliğin en önemli sonucu, toplumların ve dolayısıyla insanlığın adil ve barışçıl bir toplumsal yaşam ortamına kavuşmasına engel olmak; demokrasi, hukuk devleti, toplumsal adalet, eşitlik, insan hak ve özgürlükleri gibi temel evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin yerleşmesine olanak tanımamak biçiminde ortaya çıkmaktadır. İyi niyetle, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin varlık ve geçerlilik kazanmasına yönelik her bireysel ya da toplumsal girişim ve çabanın karşısında; iktidar ve çıkarına dokunulan oluşumların “ulusal ve kutsal değer” kılıflı duruşları ciddi bir engel olarak durabilmektedir.

B. Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin İdeolojik Araç Olarak Kullanılma Riski

Soyut adalet düşüncesi etik bir değer olarak nesnel ve salt bağlayıcı olma özelliğine sahipken; bu soyut adalet değerinin içeriğinin oluşması ve ayrıntılarının belirlenmesi, belli uzay ve zaman koşullarıyla ilintilidir. Böylece soyut adalet düşüncesi nesnel, yani somut koşullara bağlı değilken; adaletin içeriği somut koşullarla ilişkilidir. Başka bir deyimle, somut uzay ve zaman koşulları ya da toplumsal koşullar; nesnel, salt bağlayıcı ve soyut olan adalet değerinin içeriğinin bulgulanmasında, algılanmasında ve yaşanmasında belirleyici olma anlamında büyük bir öneme sahiptir. Bütün bunlardan sonra, “evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin” soyut adalet düşüncesinin içeriğini oluşturdukları; bu

evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin, bir yandan nesnel ve soyut etik değerlere dayanmakla aynı zamanda kendilerinin de nesnel ve soyut bir boyutlarının bulunduğu, diğer yandan ise, bunların somut içeriksel öğelerinin ayrıntılarının oluşması açısından somut koşullara bağlı oldukları söylenebilir.

Bir toplumun sosyal yaşantısında maddi/özdeksel ve manevî/tinsel açıdan insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşam koşullarının sağlanması, o toplumun hukuk düzeninin evrensel hukuk değerleri ve ilkeleriyle uyumlu bir bütünsellik oluşturmasına bağlıdır. Buna koşt olarak, yasakoyucuların temel ödevi, hukuksal düzenlemelerin evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri doğrultusunda geliştirilmesini ve onlarla uyumunu sağlamaktır. Ancak, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel olarak belirlenmesinin aynı zamanda bir süreci yansıttığı ve bu sürecin önemli bazı sorunları gündeme getirebileceği de göz ardı edilmemek gerekir. Bir başka anlatımla, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel anlamlarının çerçevesinin nasıl belirleneceği konusu, önemli ve yanıtlanması gereken bir soru olarak ortada durmaktadır.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel öğelerinin neler olduğu, bunların içerdiği anlamın çerçevesi ve ayrıntılarının nasıl belirleneceği konusunda, çözüm olarak, “genel kabul görmüş materyaller” kullanılabilir. Bu durumda, “hukuksal alanda artarda gelen benzer yargılar” söz konusu olmaktadır. Bu konuda kesin olarak vurgulanması ve benimsenmesi gereken şey, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriği ile ilgili ilke ve standartların makuliyeti/rasyonaliteyi ve ahlakî değerleri ölçü almak durumunda olmasıdır.³² Başka bir deyimle, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğine ilişkin getirilecek önerilerin ya da bu konudaki oluşumların, bilimle ve temel etik ilkeleriyle çelişmemesi, bunlarla uyumlu olması gerekir. Bunun yolu ise özgürlük ortamından geçer; yani, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerinin neler olduğu ve bu öğelerin anlamlarına ilişkin çerçevenin nasıl belirleneceği sorusunun çözümlenebilmesi için, ivedilikle ve birincil olarak, istenç, inanç ve eylem alanlarını kapsamak üzere bir bütün halinde özgürlük ortamının sağlanması gerekir.

³² Roscoe POUND, *Law and Morals*, New York, 1969, s. 102; M. A. RITCHIE / G. DAVID, *Natural Rights: A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions*, George Allen & Unwin Ltd., London, s. 25; Bernard MANIN, “On Legitimacy and Political Deliberation”, (in) *Political Theory*, Vol.15, No:3, Sage Publications Inc., August 1987, s. 338-368, s. 363.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğinin belirlenmesinde, “genel kabul görmüş materyallerin kullanılmasının” ya da “hukuksal alanda artarda gelen benzer yargıların” söz konusu edilmesinin, hiçbir zaman, “gerçekliğin bilinmesinde çoğunluğun ölçü alınması” biçiminde anlaşılması gerekir. Doğru bilimlerinde olduğu gibi, moral ve toplumsal bilim alanlarında da, geçerlilik bir çoğunluk sorunu olmakla özdeş değildir. Çünkü bilindiği gibi, bir bütün olarak hukukun belirleyici özelliği, onun, “olması gerekeni” içermesidir; hukuk, olan değil, olan karşısında “olması gerekeni” belirler. Hukukun “olması gerekeni” belirlemesinde temel alınması gereken ölçüler ise, insan hakları, hukuk devleti, demokrasi gibi evrensel hukuk değerleridir. Daha da önemlisi, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin temel dayanağını oluşturan nesnel, evrensel, salt bağlayıcı olma özelliğine sahip olan etik değerlerin ve bu bağlamda yine bir etik değer olarak soyut adalet, eşitlik, özgürlük gibi kavramların, formel değerler ya da içi boş soyut kavramlar olarak metafizik bir söylemle benimsenmesi gerektirir. Bu anlamdaki değerlerin yadsınmasını içeren, onlara karşı bir söylemi ve uygulamayı öne süren bir yaklaşımın, salt çoğunluğun görüşünü yansıtmış olma nedeniyle benimsenemeyeceği ortadadır.

Adaletli, meşru, ya da özdeş deyimle doğru hukukun içeriği ve ayrıntılarının ortaya konmasına ilişkin çaba ve deneyimler; bu konudaki düşünce ve yaklaşımlar arasında bir farklılık olabileceğini ve evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğinin ayrıntılarına ilişkin tam anlamıyla gerçekleşmiş bir uzlaşımın söz konusu olmadığını göstermektedir. Ne var ki, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin hukuksal meşruluğunun bir ölçütü olarak benimsenmesini içeren bir yaklaşımın, bu konuda, yani hukuksal meşruluğa ilişkin, nesnel, salt bağlayıcı ve etik temele dayalı bir bakış açısına yönelik olduğu ve bunu amaç edindiği göz ardı edilmemelidir. Nesnel geçerlilik, sahip olunan ile değil, haklı istem anlamında savla ilgilidir; dolayısıyla, bu konuda temel sorunun, evrensel doğru ve belli sistematik ilkeleri olanaklı kılan gerçekçi ve doğru bir metot ortaya konabilmesi olduğu unutulmamalıdır. Konuya etik boyuttan bakıldığında, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin hukukun meşruluğunun ölçütü olarak ortaya konmasının temelinde, insanın adil ve barışçıl bir yaşam imkânına kavuşturulmasını içeren bir inancın yer aldığı söylenebilir. Hukuksal açıdan ise,

bu yaklaşımla, insan davranışlarının nesnel bir geçerlilikle değerlendirilmesi ve yargılanması amacı taşınmaktadır kuşkusuz.

Hukuksal meşruluğun ölçütü olarak evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri savunusu, hiçbir zaman herhangi bir ayrımcılık durumunu, yani hakikati bilmede ayrıcalıklı bir konumun varlığının benimsenmesini içerecek bir anlamda alınmamalıdır. Çünkü bu durumda, sözgelimi baskı, sömürü ve sindirme amaçlı ya da belli ideolojik ve çıkar çatışmalarına dayalı kural ve yaklaşımların “ahlak-sallık” ve “evrensel hukuk değeri” ismi altında sunulması,³³ başka bir deyimle “değersel baskıcılık” söz konusu olabilecektir. Bu riskli konuma düşülmemesi özgürlük ortamının sağlanması ve özgürlüğün değerinin bilinmesiyle olanaklıdır. Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerinin ve onların içeriksel ayrıntılarının bulunması, algılanması ve yaşanmasında, ölçüt olarak, *insanlık toplumunun üyelerince özgürlük içerisinde gerçekleşmiş olmak* koşulu aranmalı ve bu ortamın sağlanması yönünde gerekli olanaklar yaratılmalıdır.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerine ilişkin, eksiksiz bir uzlaşma çerçevesinde, olgusal olarak genel bir geçerliliğin söz konusu olamaması, bu ilkelerin gerçek olmadığı ve her yerde uygulanamayacakları anlamına gelmez. Bu konuda asıl olarak önemle vurgulanması gereken husus şu olmalıdır: **Evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri kapsamındaki kavrayış ve yaklaşımdan başka bir insanî ve ahlaki yol ve yöntem, “başkaları bunu dürüstçe kabullenmeseler de ve bu kavram ve semboller aracılığıyla kendi güç ve çıkarlarını kollayıp çoğaltma aktivitesi içerisinde olsalar da”, bulunmamaktadır.**

IX. KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI, KÜRESELLEŞME VE MODERNİTE SÜRECİ BAĞLAMINDA İDEOLOJİ

Kanımızca “modern teknoloji” olgusunun tabiat, değer ve insan varlığı açısından sorgulanması, eleştirilmesi ve değerlendirilmesi konusu başlı başına ayrı ve kuşkusuz yaşamsal derecede önem taşıyan bir sorun olarak çağdaş insanlığın önünde durmaktadır. Ne var ki küreselleşme olgusu ve bu bağlamda kitle iletişim araçları çağdaş dünyanın bir realitesi olarak söz konusudur. Ön-

³³ H. L. A. HART, Law, Liberty and Mortality, Oxford University Press, New York, 1986, s. 82-83.

celikle önemle vurgulanmalıdır ki kitle iletişim araçları ve küreselleşme olgusu her şeyden önce bir “olanaklılık/imbân durumu” özelliği taşımaktadır. Bu karakteristik yapısı, kitle iletişim araçları ve küreselleşme olgusunun olumlu ya da olumsuz yönde kullanılmasının insanlığın ya da daha gerçekçi bir ifadeyle toplumsal egemen erk ve odakların tercih ve yaklaşımına bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Ne var ki çağdaş dünyanın modernite süreci bağlamında sahip olduğu küreselleşme ve bununla bağlantılı olarak kitle iletişim araçlarının, günümüz dünyasında ideoloji olgusunun gelişip yaygınlık kazanmasında önemli bir role sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir. İdeoloji olgusu aracılığıyla toplumsal yaşama ve dünyaya kendi çıkarları doğrultusunda yön ve biçim vermek isteyen güç ve odaklar, küreselleşme/teknolojik gelişmeler/kitle iletişim araçları vb. çağdaş imkân ve vasıtalar yoluyla bu amaçlarına büyük oranda ulaşmış olma konumundadırlar.

Bilindiği gibi, ‘küreselleşme’ kavramı ve olgusu çağdaş dünyanın en önemli ve belirleyici özelliği olarak kendisini dayatmakta ve tartışmaktadır. Bulduğumuz aşamada, küreselleşmenin değersel olarak olumlu ya da olumsuz görülmesinden çok, onun olgusal gerçekliği karşısında, insanlığın barış ve esenliği açısından ne tür bir bütünsel yaklaşım sergilenmesi gerektiğinin ortaya konulması önem kazanmaktadır. Son yüzyıllarda iletişim, teknoloji ve benzeri alanlarda gerçekleştirilen kazanımlar, insanlığı adeta geri dönüşü olmayan bir sürece aktarmış; insanlık tarihinin hiçbir döneminde olmadığı kadar, dünya barışı ve yaşamın sürdürülebilirliği tartışmaları insanlık gündemine damgasını vurmuştur. Küreselleşme olgusu; hukuk kuralları ve hukuk kurumlarının gelişmesiyle bağlantılı olarak, hukuk felsefesinin gelişiminde hukuk ile etik ilişkisini yeniden gözden geçirme gereğini yaratmıştır.

Küreselleşme, dünya üzerinde, içinde artık ‘başkaları’nın olmadığı yeni karşılıklı bağımlılık biçimlerini ortaya çıkarmaktadır. Kitle iletişim araçları alanındaki teknolojik gelişmeler, küreselleşmenin bütün yönlerini etkilemektedir. Öyle ki, iletişim araçları yoluyla elde edilen bilgi birikimi olmaksızın, modernlik kurumlarının küresel yaygınlaşması olanaksızdır. Çağdaş yaşam biçiminin, özellikle teknolojik ilerlemelerin iletişim araçlarıyla ilgili yönü, görüş ve düşünce alanında genel bir benzerlik ve uyum sonucunu kaçınılmaz bir biçim-

de doğurmaktadır. Kitle iletişim araçları düşünsel ve kültürel bir benzerliğin, giderek alansal bir genişlemeyle yaygınlaşmasında önemli rol oynamaktadır. Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve bunların algılanması açısından olaya bakıldığında ise, kitle iletişim araçlarının bu konuda önemli oranda olumlu yönde etkili olabileceği ortadadır. Evrensel hukuksal değerler sorunu, iletişim olgusunun önemini ortaya çıkarmaktadır: İletişimsellik temelinde oluşması, benimsenebilir normların evrenselliğinin ve bununla bağlantılı olarak, davranan öznelerin özerkliğinin güvencesi konumundadır. Başka bir anlatımla, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşmasının ve algılanmasının iletişimsellik aracılığıyla gerçekleşmesi; onların ideolojik bağlamda yani birey ve toplumların istençleri dışında ve ona karşın oluşup dayatılmadığını, tersine aynı zamanda birey ve toplulukların istençlerine dayandığını ifade eder.

İletişim gerçeği, politik tercihleri yönlendirebildiğinden dolayı hukuk felsefesi açısından üzerinde durulması gereken bir konudur. İletişim olgusu, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşmasında ve algılanmasında olumlu yönde önemli etkisi bulunmakla birlikte, politik tercihleri yönlendirebilmesi nedeniyle değişik açılardan incelenmek ve sorgulanmak durumundadır. Sözgelimi, kitle iletişim araçlarının, toplumsal değer yargılarının oluşmasında etkin oluşu ve dolayısıyla her zaman için ideolojik amaçlarla ve olumsuz yönde kullanılabilme olasılığını da içermesi nedeniyle, gerçek demokrasinin kurulmasında güçlükler doğurabileceği söylenebilir. Bu bağlamda, çözüm yolu olarak, çağımızın son dönem politika bilimcileri artık demokrasiyi kadroların sık değiştiği, toplumsal ve siyasal yetkenin uzun süre ülkenin geleceğini belirleyebilme gücünde olmadığı bir yönetim biçimi olarak algılamaktadırlar. Bu durum, hukuk felsefesi açısından, iletişim çağına geçilmesiyle birlikte artık demokrasi ve devlet tanımlarına yeni kavramların eklenmesinin söz konusu olduğunu göstermektedir. Kitle iletişim araçlarının sürekli biçimde aynı belirli odakların yönetiminde olması tek boyutlu ve belirlenmiş ideolojik kişiliklerin yaratılmasına yol açabileceğinden dolayı, demokrasi artık güç odaklarının ya da kitlesel öğelerin kısa sürelerle toplumun yönetimini üstlenmesi anlamında değerlendirilmelidir. Bu ise, toplum yönetiminde yönetici öğelerin sık sık değişmesiyle yaratılacak alternatiflerin çoğalması ortamıyla olanaklılaşabilir. Kitle iletişim

araçlarının sürekli olarak aynı odakların elinde kalması ya da bunların ideolojik amaçlarla kullanılması yoluyla tek boyutlu, belirlenmiş birey tipleri yaratılması durumu, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve algılanmasına da olumsuz yönde etki eder. Çünkü hukuksal meşruluğun kaynağı olan evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve algılanması için, özgürlük ilkesinin, istenç ve eylem alanını kapsamak üzere tüm boyutlarıyla işlerlik kazandığı bir demokratik toplumsal ortamın varlığı bir önkoşuldur. Bireylerin ya da toplulukların istençlerinin iletişimsellik aracılığıyla yönlendirilmesi ve belirlenmesi durumunda, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması, algılanması ve işlev görmesi olanaksızlaşacaktır.

Günümüzde küreselleşmeyi gerçekleştiren itici nedenlerden bir önemlisi kitle iletişim araçları olmakla birlikte, modern örgütler de yerel ile küreseli çok çeşitli yollarla birbirine bağlayabilmekte ve bunu yaparken de büyük insan kitlelerinin yaşam biçimini sürekli bir biçimde etkileyebilmektedirler. Küreselleşme, modernliğin yapısal karakterinin bir sonucudur. Küreselleşmeyle birlikte, farklı toplumsal bağlamlar ya da bölgeler arasındaki bağlantı biçimleri bir bütün olarak yerküre yüzeyinde yaygınlaşır. Böylece küreselleşme, uzak yerleşimleri birbirine, yerel oluşumların çok uzak alanlardaki olaylarla biçimlendirildiği yollarla bağlayan dünya çapındaki toplumsal ilişkilerin yoğunlaşması olarak tanımlanabilir. Bu, aynı zamanda bir diyalektik süreçtir. Yerel dönüşümler, toplumsal bağlantıların zaman ve uzam üzerinde genişlemelerinin bir parçası olduğu için, küreselleşmenin de parçasıdır.³⁴

İletişimsellik ve küreselleşme olguları aynı zamanda bir toplumsal dönüşüm de yol açmaktadır. Dünyanın değişik bölgeleri birbirleriyle bağlantı içine çekildikçe, toplumsal dönüşümün etkileri adeta bütün yerküre yüzeyi boyunca yayılmaktadır. Dolayısıyla günümüz toplumlarının özelliklerini dile getirirken, bu küresel topluluk gerçekliğinin kendine özgü niteliklerinin ayırt edilmesi gerekir. Çağdaş yaşam koşullarının ve çağdaş gelişmelerin bir sonucu olarak, dünyanın çok değişik parçalarında yaşayan insanlar aynı bilgi birikimleriyle donatılmış bir durum alabilmekte, aynı değerleri paylaşabilmektedirler. Diğer yandan yine bu çağdaş koşulların ve gelişmelerin bir sonucu olarak, dünya-

³⁴ Anthony GIDDENS, *Modernliğin Sonuçları* (çev. Ersin Kuşdil), İstanbul, 1994, s.62-63.

nın, biçimsel ya da özsel olarak değişik “toplum”larına ait ve değişik toprak parçalarında yaşayan birey ve topluluklar, herhangi bir toplum ya da coğrafya parçasındaki gelişmeleri anında öğrenebilmekte ve eylemsel olarak ona ilişkin bir aktivite içine girebilmektedirler. Bütün bunlar, klasik toplum tanımlarının günümüz açısından anlamsal bir değişim yaşadığını ve artık küresel ya da toplumsal bir topluluk gerçekliğinin gündemde olacağını göstermektedir.

X. BATI EMPERYALİZMİ VE İDEOLOJİ

A. Çağdaş Dünyada Batı Emperyalizminin Sömürü Aracı Olarak İdeolojinin İşlevselleştirilmesi

Cemil Meriç’in “İdrakimize giydirilen deli gömlekleri. İtibarları menşelerinden geliyor. Hepsi de Avrupalı”³⁵ diye nitelendirdiği ideolojilerin/ideoloji olgusunun, çağımız dünyasında Batı Emperyalizminin bir sömürü aracı olarak işlevselleştirildiği ve kullanıldığı gerçeği inkâr edilemez. Bu bağlamda bazı çağdaş batılı düşünürler tarafından açıkça dile getirilen “kuvvetli ve istikrarlı demokrasilerde sınıf mücadelesini desteklemek için belki artık ihtirasa ve ideolojiye ihtiyacımız yok ama ikisi de dünyanın geri kalan kısmında siyasi olduğu kadar iktisadi hür müesseseleri geliştirmek için milletlerin bu büyük cehdinde bizim için hala lüzumludur. Sınıflar arasındaki ideolojik çatışmanın sonuna yaklaştığı tek bölge sadece şu bizim Batı’dır”³⁶ gibi ifadeler oldukça dikkat çekicidir. Bu çerçevedeki yaklaşımlar, bir açıdan, günümüz dünyasında ideolojinin bir sömürü aracı olarak kullanılmasının ve geri kalmış/bıraktırmış toplumların gelişmelerinin önüne dikilen en açık engellerden birisinin ideoloji olduğu³⁷ gerçeğinin somut ve açık bir dayanak ve ifadesini oluşturmaktadır gerçekte.

Kanımızca ideoloji ve ideolojik kişilik olgusunun olumsuzluğu bağlamında, Batı Emperyalizminin ya da günümüz Batı Siyasetinin ilham kaynağını oluşturan ve Çağdaş Batı Felsefesinin de bir yönüyle ortak ve temel bakış açısını yansıtan³⁸ “Utilitarianism/İngiliz Faydacılığı” akımının görüşlerinin bilinmesi ve

³⁵ Cemil MERİÇ, *Bu Ülke* (YH. Mahmut Ali MERİÇ), 9.Baskı, İstanbul, 1994 (BÜ), s.90.

³⁶ Amerikalı sosyolog S. M. LIPSET’e ait ifade; LAPIERRE (içinde), s. 23.

³⁷ Jean DUFOUR, “İdeoloji ve İktisadi Hayat”, *İlimler ve İdeolojiler*, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 122-147, s. 123.

³⁸ AIEKEN, s. 13-14.

değerlendirilmesi bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede günümüz Batı siyasetinin temelini oluşturan, özelde “İngiliz Yararcı (Faydacı) Okulu” genelde ise “Yararcılık (Faydacılık) Teorisi/Utilitarianism” denilen ahlaksal, siyasal ve hukuksal düşünce biçiminin, ahlak ve hukukun özü, kaynağı ve temel ereğinin ne olduğuna ilişkin yaklaşımlarının kavranması, irdelenmesi ve büyük bir dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Yararcılık Teorisi temel olarak İngiliz düşünürlerince sistemli bir biçimde ortaya konup savunulmuş olmakla birlikte, Eski Yunan düşünürlerinden Aristippus ve Epikür’ün hazcı (hedonist) ve yararcı (utilitarian) bazı düşüncelerine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte bu düşünce biçimi, İngiliz düşünürlerince açık bir biçimde ortaya konarak sistematize edilmiş ve olgunlaştırılmış olduğundan dolayı, İngiliz düşüncesinin özelde Batı, genelde dünya düşünce biçimi ve yaşamına bir katkısı olarak nitelendirilebilir.

Karakterleri doğrultusunda, sadece gözlem ve deneye dayanmayı ilke edinen İngiliz düşünürler, bunu, hem bilgi teorisi alanında ve hem de apriori (mutlak geçerli) ilkeleri yadsımak biçiminde, ahlâk alanında benimsemişlerdir. Doğa bilimleri konusundaki deneyci ve duyumcu bilgi edinme yöntemini ahlâk ve hukuk alanına aktarmaya çabalayan yararcılar, gözlem yoluyla, tüm insanların, yaşamlarında hazza ulaşmaya çabaladıklarının görülebildiğini, dolayısıyla, bu durumun aynı zamanda bir ahlaksal ve hukuksal değer olması gerektiğini savunarak temel düşüncelerini biçimlendirmişlerdir. Yararcı kuram, bütün zaman ve mekânlardaki tüm ahlaksal, siyasal ve hukuksal ilkelerin temelinde haz-yarar etkenlerini görmekte ve bunu aynı zamanda kendisi için bir ‘olması gereken’ ideal olarak savunmaktadır.

Yararcı teoriye göre, tüm insanlar, kendi haz ve mutluluklarına ulaşmak için çabalarlar. Ancak, yararcı düşüncenin asıl temsilcisi olan Jeremy Bentham, toplumsal yararcılığın ilk formüllerini ve toplumun genel esenliğini en yüksek ahlaksal ilke olarak nitelendiren Hutcheson’dan (1694-1747) aldığı “en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğu” ilkesini öne çıkararak, yararcılığın bireyci ve egoist bir kuram olmadığını izah etmek için çaba gösterecektir. “En büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu” ilkesi, yetenekli bir yasakoyucuya evren-

sel bir araç sağlamaktadır.³⁹ Bu araç sayesinde yasakoyucu, “usun ve hukukun elleriyle mutluluk örgüsünü kurabilir”. “Daha yüksek bir nedene dayanmayan ve fakat her çeşit eylem için tek ve yeterli neden olan o nedeni gösteren, açıkça bu yarar ilkesinin kendisidir”.⁴⁰ Hobbes’un yararcılığı ise, diğer yararcı düşüncülerden farklı olarak çok daha bireyci ve bencil bir hazcılığa dayanmaktadır. Hobbes’un sisteminde, bir kimsenin, kendi haz ve mutluluğu dışındaki hiç bir haz ve mutluluğu iyi/haklı/doğru olarak kabul etmesi söz konusu değildir.

*“Doğa, insanoğluna iki egemen temel kural koymuştur; elem ve haz. Ne yapmamız gerektiğini ve ileride ne yapacağımızı bu iki temel kural belirler. Bunlar yaptığımız her şeyde, söylediğimiz her sözde, tüm düşüncelerimizde bizi yönlendirirler, bize egemendirler... Bir kimse bunların hükümlerini yadsımak, bunlardan vazgeçmek savında bulunabilir ancak gerçekte bu kişi, her zaman için onların etkisi altındadır, bunlara mahkûmdur”.*⁴¹ İngiliz yararcı okulunun kurucusu ünlü İngiliz düşünürü Jeremy Bentham’dan yapılan bu alıntı, O’nun hazcılık konusundaki açıklığını ve bunu bir dogma (nas/mutlak kabul) olarak algıladığını açıkça ortaya koymaktadır. Bentham, kesin bir dille, doğanın, insanlığı acı ve haz adlı iki despot efendinin boyunduruğu altına soktuğunu; onların boyunduruğundan kurtulmak için yapılan her denemenin, sadece bu boyunduruğu bize göstermeye ve onu doğrulamaya yaradığını; bu despotlar karşısında yapılabilecek tek şeyin ne yapmamız gerektiğini belirlemek olduğunu söyleyerek; bundan, “yarar ilkesinin” yani “olabilen tüm koşullar altında olabildiğince çok mutlu olmanın” insan eylem ve davranışlarının amacı ve ereği olması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Yararcı kuram, ahlaka ilişkin görüşlerini deneyci bir yöntemle yani reel olguyu kriter olarak oluşturmaktadır: “Ahlaken iyinin” ne olduğu sorusuna yanıt bulabilmek için, insan yaşamını gözlemlemek gerekir. Gözleme dayanmayan bir ahlâk sistemi, kuşkuyla karşılanmalıdır. Her zaman için geçerli olacak olan ahlaksal ilkeleri, ancak gözlem yoluyla bulabiliriz. İnsanların yaşamını gözlem-

³⁹ Jeremy BENTHAM, *A Fragment On Government and An Introduction to The Principles of Morals and Legislation* (ed.Wilfrid Harrison), Basil Blackwel, 1948, s. 423; A. V. DICEY, *Lectures On The Relation Between Law and Public Opinion in England*, London, 1940, s. 136.

⁴⁰ BENTHAM, s. 5-6.

⁴¹ BENTHAM, s. 125.

lediğimizde, tüm insanların, yaşamın başından sonuna kadar tüm istek ve çabalarının ereğinin mutluluğu çoğaltmak, eş deyişle hazza kavuşmak ve acıdan kaçınmak olduğunu görürüz. Böylece yararcılığının çıkış noktasının dayandığı ilke, olanaklı tüm eylemler arasında doğru olan eylemin olabildiğince en yüksek ölçüde mutluluğa götüren eylem olduğu kabulüne dayanmaktadır. Öyle ki Bentham bu mutluluk ya da haz durumunun niceliksel olarak hesaplanabileceğine ve bu paralelde bir mutluluk çizelgesinin çıkarılabileceğine bile inanır. Bentham, bu bağlamda, ahlâkın yerine mutluluğun bütçesini dengeleyecek bir sanat getirmek gerektiğini ileri sürerek, gerçek bir haz aritmetiği kurmak istemiştir. Fontonelle'in, asılmak üzere olan bir suçlunun önünde söylediği şu ünlü söz, haz aritmetiğini somutlaştırır:⁴² «İşte hesabını yanlış yapmış bir adam!»: Haz hesaplamasının yanlış yapıldığını ifade eden kötü huylardan, mutsuzluğa yol açmaları nedeniyle kaçınılmalıdır.

Yararcılık kuramı aynı zamanda bir anlamda metafizik ve soyut karakterli onsekizinci yüzyıl felsefesine karşı bir tepkiyi de dile getirmektedir. Bu çerçevede İngiliz yararcıları doğal hukuka karşı bir saldırı içine girmiş ve tüm doğal hukuk ilkelerini “boş ve anlamsız” kavramlar olarak nitelendirerek yarar kavramına dayandırmak istemiştir. Yararcılar, hukukun kaynağı olarak, sadece belli bir iktidarın emirlerini (politik erkin buyruklarını) ifade eden irade açıklamasını kabul etmektedir. Bir toplum içerisinde, yasaları kim yapıyorsa hukukun kaynağı da odur: Adalet, doğal hukuk vb. şeyler yasa yapamadıklarına göre bunlar, hukukun kaynağı olarak nitelendirilemez ve değerlendirilemezler. Bütün bu soyut kavramlar, tamamıyla anlamsız ve aldatıcı olmaktan başka hiçbir şeyi ifade etmemektedir.⁴³ Bu bağlamda, ‘doğal haklar’ kavramı da açık bir saçmalaktır; çünkü bireyin sahip olduğu haklar “doğal” değil yasa tarafından verilmiş ya da müsaade edilmiş haklardır.⁴⁴ İngiliz yararcılarının temel hak ve özgürlüklere objektif değerler olarak yaklaşmadıklarında hiç kuşku yoktur. Dahası onların temel insan haklarına pek aldırış etmediği bile söylenebilir. Özellikle

⁴² F. GREGOIRE, *Büyük Ahlâk Doktrinleri* (Çev. Cemal Süreya), İstanbul, 1971, s. 118.

⁴³ William Archibald DUNNING, *A History of Political Theories/From Rousseau to Spencer*, The Macmillan Company, New York, s. 218

⁴⁴ William L. DAVIDSON, *Political Thought in England/The Utilitarians From Bentham to Mill*, University of Oxford Press, London, 1947, s. 46.

Bentham, bu bağlamda İnsan Hakları Öğretisini büyük ölçüde küçümsemiş, “anlamsız ve saçma” diye nitelendirmiştir. Fransız devrimcilerinin İnsan Hakları Bildirgesini yayımlaması zamanında onu “metafizik” bir çalışma olarak nitelendiren Bentham, bu bildirin maddelerini “anlaşılmaz olanlar”, “yanlış olanlar” ve “hem anlaşılmaz hem de yanlış olanlar” biçiminde üçe ayırmıştır. John Stuart Mill’in dediği gibi, Bentham da dâhil olmak üzere yararçılar, temel hak ve özgürlüklere inandıkları için değil, yararlı bir yönetim sistemine inandıkları için Liberal olmuşlardır.

1820-1903 yılları arasında İngiltere’de yaşamış olan Herbert Spencer, yararçı görüşe kendi felsefesinin temeli olan “evrim” düşüncesini de ekleyerek, kanımızca insanlık açısından en tehlikeli bir sonuca ulaşmayı amaçlamıştır. Spencer’e göre, canlıların başlangıç durumundan yüksek ve dış koşullara daha iyi uyarlanabilen çeşitli biçimlere doğru evrim göstermesi gibi, evren de, bütünüyle ilkel kaos durumundan, örgütlenmiş durumlara doğru bir evrim içindedir. Aynı durum insan için de geçerli olup, insan çabası da, kaba istek ve anlaşmazlıkların kaos evreninden ussal ve toplumsal bir yapı evresine doğru ilerlemektedir. Ne var ki insanların birçoğu, biyolojik ve tinsel yönden “geri kalmış” olduğundan dolayı, hâlâ “atomlar zihniyetini” sürdürmekte ve bunun sonucu olarak toplumsal yaşama uyarlanamamaktadırlar. Bu nedenle, Spencer’e göre, bunlar için «ahlâksal» yasalar öngörmek gerekir. Ahlâkın son amaç ve gayesini, yaşama yararlı olmak yani insan türünün korunma ve gelişmesine yardımcı olmak biçiminde gösteren Spencer, bu nedenle, yaşama uyum göstermeyi başarmış olan kimselere bundan yararlanmalarının da sağlanması gerektiğini savunmakla “daha güçlünün haklı olacağı” gibi bir düşünceye yaklaşma tehlikesi içerisine girmektedir. Spencer, “yaşam kendi kendini ayarlasın” derken bu düşüncelere yaklaşmaktadır.⁴⁵ Spencer’in, değişik kültürel evrimden geçmeleri nedeniyle insan ırklarının ahlâksal ve diğer yetilerde birbirlerinden ayrı değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki savları, aşikâr bir biçimde, Batılı toplumları üstün tutmayı da içeren ırkçı yaklaşımlar sergilemektedir. Spencer, bu yönlü savları çerçevesinde, kendi deyimiyle “yabanılların (Avrupalı olmayan insanların)” Avrupalılara karşı ahlâksal olarak daha aşağı bir düzeyde

⁴⁵ Macit GÖKBERK, *Felsefe Tarihi*, Dördüncü Basım, İstanbul, 1980, s. 486.

bulduğunu bile ileri sürebilmiştir. Spencer'in bu yaklaşımı asıl olarak İngiliz Yararcı Düşünürlerinin, kendilerinden saydıkları Batılı Toplumlara ve insanlığın bunun dışında kalan diğer tüm kesimlerine hangi gözle ve niyetle baktıklarını açığa vurması açısından çok önemli ve dikkat çekicidir.

Yararcılık Akımının çağdaş takipçisi ve yorumlayıcısı olarak nitelendirilebilen bir diğer düşünür de çağdaş siyaset bilimcisi Karl Popper'dir. Popper, yararcılığın "en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu" ya da kısaca "mutluluğu en çoğalt" formülü yerine, "herkes için kaçınılabilecek acıların en az olması" ya da kısaca "acı çekmeyi en azalt" formülünün konmasını önermektedir. Eleştirel olarak bakıldığında Karl Popper'in anlatım ve önerilerinin temel anlam ve içerik olarak Bentham'ın kaba anlamdaki yararcılığıyla özde benzeşik olduğu vurgulanmalıdır. Yararcılık akımının insanlık yaşamı ve tarihi açısından taşıdığı en büyük handikap ve olumsuzluk; "mutluluğun çoğaltılmasını" ya da Popper'in, temel anlamı saklı ifadesiyle "acının azaltılmasını" savunmak değil, bunu yaparken bağlayıcı hiçbir nesnel ve insani kriter ve ilkeye bağlı kalınmaması sorunudur. Sonuç olarak, kendisine sadece "mutluluğu artırmak" ya da "acıyı azaltmak" kriterini temel ölçüt olarak alan ve bu bağlamda hiçbir sınır ve nesnel ilke tanımayan bir anlayışı yansıtan yararcı felsefe, bu temel belirleyici yapısından hiçbir zaman kurtulamamıştır.

Günümüz Batılı toplum ve devletlerinin ahlaksal, siyasal ve hukuksal temel yaklaşım ve anlayışlarının kökeninde İngiliz Yararcılığının olduğu söylenebilir. Dahası, Dekartçı Okulun, bilgi teorisinde yaptıklarını siyaset, hukuk ve ahlak felsefesinde de İngiliz Yararcılarının yaptığı bile ileri sürülmüştür.⁴⁶ "En büyük sayıda insana en büyük mutluluk, ahlâkın da yasaların da temeli budur". Yararcılığın dayandığı temel sav olan bu görüş, ondokuzuncu yüzyılın son yarısından itibaren Britanya'daki egemen sınıfın düşüncesini belirlemiş ve bu etki, özelden bu günkü Britanya toplumunda, genelde de tüm Batı toplumlarında en etkili yaşam felsefesini oluşturmuştur.⁴⁷

Yararcı teorinin, çağdaş Batı düşünce sistemlerini belirleyen ve etkileyen temel kuramlar arasında önemli bir yere sahip olduğu kuşkusuzdur. Yararcılık

⁴⁶ John PLAMENATZ, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford, 1949, s. 160.

⁴⁷ Bryan MAGEE, *Yeni Düşün Adamları* (Çev. Mete Tunçay), Ankara, 1985, s. 171.

akımının bu denli etkileyici ve çekici olmasının temelinde, bu akımın, ilk bakışta dışarıdan insancıl görünen, “doğru davranış/yaklaşımının daha çok kişiye daha çok iyilik getirecek davranış/yaklaşım olduğu” yönündeki söyleminin yattığı ileri sürülmüştür. Yararcılık kuramının, insan mutluluğunu en üst düzeye çıkarmak için yapılan eylemi doğru olarak görmesinden kaynaklanan temel çekiciliğinin etkisinde kalan bir takım çağdaş ahlâk ve hukuk felsefecileri; bu kurama yapılan eleştiri ve karşı çıkışların ışığında yararcılıktan caymak yerine, çoğu kez bu eleştiri ve karşı çıkışlara, yine yararcı denebilecek bir yoldan yanıt vermeye kalkışmışlardır.⁴⁸

Yararcılık akımının İngiliz düşünce yaşamında ele geçirdiği egemenlik öylesine güçlü olmuştur ki, Adam Smith, Malthus ve Ricardo gibi ünlü liberal ekonomistler de onun etkisinde kalarak, hukukun temel amacının “en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğunu” sağlamak olduğu biçimindeki yararcı görüşe katılmış; buna karşılık ta, Bentham ve taraftarları, serbest ekonomi ilkelerinin ekonomik alanda bireysel ve toplumsal mutluluk açısından en olumlu koşulları yaratacağına inanmışlardır.⁴⁹

Yararcıların kanıtlarının son derece etkili oluşu, Anglo-Sakson hukukundaki liberal geleneğin, toplumsal refahın azami derecede artırılmasının yasal etkinliğin en uygun amacı olduğu temel görüşünü yansıtmıştı da anlaşılacaktır.⁵⁰ Çağdaş Anglo-Sakson akımının, tümüyle yararcı düşüncenin etkisi altında olduğu söylenebilir. “Enstrümantalist görüş” te denilen bu akım, hukuku salt bir araç olarak görmekte ve amacını da, sosyal dengenin sağlanması ve bireysel yarar olarak belirlemektedir. Yararcılık ve demokrasiyi savunan bu akım, hukukun insan eseri olduğunu, sosyal gelişme içinde ele alınması gerektiğini ve hukukçuluğun bir sosyal mühendislik olduğunu ileri sürmektedir. Böylece, çağdaş Amerikan yararcı akımlarının, hukuksal pozitivist düşünceyle klasik yararcılığı birbiriyle yoğurma ve uzlaştırma çabası içinde oldukları anlaşılmaktadır.

Yararcılık akımının düşünce sisteminin natüralist / biyolojik anlamda do-

⁴⁸ GROWITZ, s. 268-269.

⁴⁹ Adnan GÜRİZ, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara, 1963, s. 6.

⁵⁰ GROWITZ, s. 269.

ğalcı temel özellikleri göz önüne alındığında, yararcılık akımıyla benzer diğer Batılı akımlar arasındaki bu ilişki ve etkileşimin daha da büyük olduğu açık bir biçimde görülecektir. Asıl önemli ve dikkat çekici olan, natüralist (maddi anlamda doğalcı) temel anlayışlı görüşlerin, günümüz Batı dünyasında olduğu gibi, dünyanın diğer egemen güç ve toplumlarında da aynı biçimde etkinlik ve hâkimiyetini sürdürüyor olmasıdır. Öyle ki, bu görüşlerin, günümüz dünyasının güçlü ve egemen Batılı ve diğer toplum ve devletlerinin temel politikalarını ve yaşam biçimlerini belirlediği ya da en azından etkilediği kesin olarak söylenebilir. İnsan doğasına, dinsel ve maneviyata ilişkin çok ayrı ve karşıt görüşlerin egemen olduğu toplumların devlet siyasetlerinin, oldukça birbirine benzer olması çok ilginç bir olgu olarak dikkat çekmektedir.⁵¹

B. İdeoloji ve Ulusalılık

İdeoloji/ideolojik kişilik olgusunun doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olduğu etmenlerden bazıları da, aynı zamanda çağdaş yaşam biçiminin ve toplumsal yaşam koşullarının anlamsal olarak değişikliğe uğrattığı ve bu bağlamda sorguladığı “ulusalcılık”, “geleneksellik” ve “vatanseverlik” gibi kavramlardır.

Geleneksellik olgusu en çok buyurganlığı ve dolayısıyla özgür insanî istence dayanmaması nedeniyle sorgulanmaya açıktır. Geleneğin buyurganlığı sürdükçe buna paralel olarak, bireylerin her birinin toplu varlığın yapısı içerisinde kısıp kalmaları da devam eder. Bu durumda, bireylerin topluluğun dışına çıkarak kendi başlarına herhangi bir girişimde bulunabilmeleri de söz konusu edilemez. Bu koşullarda yaşayan birey artık kendi eylemlerinin sahibi değildir ve onun, başkalarinkinden ayrı, kendine özgü bir kişiliği olamaz. Böylesi bir ortamda, toplumsal organizmanın tüm üyeleri büyük oranda benzer, giderek özdeş durumdadır. Çağdaş toplumsal yaşam koşullarında, geleneksellik en çok düşünsellik açısından sorgulanmak durumundadır: Artık, bir uygulama yalnızca geleneksel olduğu için onaylanmamakta; geleneğin haklı görülmesi ya da onaylanması, geleneğe kaynaklanmayan bir bilgi ve değer içeriğinin ışığında yapılmaktadır. Gerçekten de sözgelimi temel insan hak ve özgürlüklerinin gerekleri karşısında yani onların temel gerekleriyle bağdaşmaması durumunda,

⁵¹ GREGOIRE, s. 118.

gelenekselliğin ya da kültürel rölativizmin mutlak olarak onaylanması gereken bir alternatif olarak sunulması söz konusu edilemez; başka bir ifadeyle temel insan haklarına karşıt bir gelenek, sadece gelenek olması nedeniyle hoş görülemez. Diğer yandan bu bağlamda özellikle gelenekselliğin kötüye kullanılması durumuna da dikkat çekmek gerekir: Bir realite olarak bakıldığında, “geleneksel” sav merkezli kimi söylem ve aktivitelerin, ideolojik bağlamda ve bir kişisel ya da siyasal çıkar aracı olarak kullanılabilirdiği de görülebilmektedir.

Ulusalculuğun olumsuz yönlerinin giderilmesi de, kuşkusuz çağdaş dünyanın en önemli ve güç sorunlarından birisi olarak kendisini göstermektedir. Teknolojik alanda ileri ülkelerin, istemeleri durumunda birbirlerini yıkacak başka araçları geliştirebilmeleri olanağının bulunması gerçeği, sorunu bir bakıma “nükleer silahların denetimi” sorunu olmaktan çıkarmaktadır. Günümüz dünyasında egemen devlet ve ulusların çoğunun, ulusalculuğu ve kendi “milli çıkarlarını” hümanizme ve evrensel insanlık idesine eşit değerinde ve hatta ondan daha üstün ve öncelikli gördüğü, trajik bir realite olarak çağdaş insanlığın önünde durmaktadır. Belli bir ülke ya da toplumun yurtseverlerinin, öteki ülke ya da toplumların ulusalculuklarını kötülerken kendi ulusalculuklarını yüceltmele-ri gerçeği de, ulusalculuğun doğasının kavranmasını güçleştirmektedir. Ulusalculuğun bu korkunç sonuçlarını dizginleyebilmek için, hiçbir ayırım yapılmadan tüm insanların eşit sayılması ve aynı haklara sahip olmaları gerektiğinin samimi ve dürüst bir biçimde kabul edilmesi ve bu doğrultuda muamelede bulunulması dışında herhangi bir yol ve yöntem bulunmamaktadır.

“Vatanseverlik” kavramının da, özellikle günümüz sosyo-politik algısında, “ulusalcılık” kavramına eğilimli ve yalnızca “kendi” milliyetinden olan belli bir kitleye yönelik bir dürüstlük türüyle tanımlanmakta olduğu söylenebilir. Zira özellikle günümüz Batı sosyo-politik ve kültürel algı dünyasında değer verilen şey, açıkça yalnızca “benim ülkeme ve toplumuma ait olan, benim ülkemin ve toplumumun iyiliği”dir. Kişisel ya da sosyo-politik olarak sergilenen tutum ve yaklaşımın bu özelliği, temel ve değişmezdir.⁵²

⁵² Alasdair MACINTYRE, “Vatanseverlik Bir Erdem midir?” (Çev. Elif Ergezene),: Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006 (İçinde), s. 235-252, s. 236-237; Axel HONNETH, *Liberalizmin Sınırları. Günümüzde Birleşik Devletler’deki Siyasi Ahlak Üzerine*” (Çev. Eylem Özkaya), Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre

XI. DEĞER TEORİSİ İLE İDEOLOJİ/İDEOLOJİK KİŞİLİK KARŞILAŞTIRMASI

Objektif etik değerler yaklaşımı⁵³ ile ideoloji/ideolojik kişilik karşılaştırılması konusunda öncelikle vurgulanması gereken ayırım, etik değerlerin özgür insan iradesinin kabulü ile ancak varlık ve geçerlilik kazanabilmelerine karşın,⁵⁴ ideolojinin insan iradesine baskı ve dayatmada bulunuyor olması hususudur. Özgür bir istence sahip olmak, bütün evren içerisinde yalnızca insanlar için söz konusu olan bir olanaklılık durumunu yansıtır. Sadece insan kendi kendisini aşabilir; bir merkezden, sanki kendisi zaman-uzay dünyasının ötesindeymiş gibi, her şeyi, bu arada kendisini de, bilgisinin nesnesi olarak algılayabilir. Böylece insan, kendisine ve dünyaya karşı sorumlu ve ‘iyi’ ya da ‘kötü’ olabilecek tek üstün varlık olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁵ İnsan olmak, bir anlamda özgür ve bağımsız olarak “evet” ya da “hayır” diyebilmeyi gerektirir. Kant’ın da önemle vurguladığı gibi, sahip olduğumuz yeteneklerin başında ve varlığın en yukarisında “irade/istenc” bulunmaktadır.⁵⁶

İnsanlık, bir bütün olarak **doğada etik değerlerin görünüm kazanmasıdır**. Bütün bunlar insan yaşamının olağanüstü önemliliğini vurgulamaktadır; çünkü insan, görüngüleri ve evrimi etik anlamda değerlendirme yeteneğine sahip tek varlıktır.⁵⁷ Diğer yandan, **gerçek özgürlüğün, felsefi bağlamda etik değerlerle ancak elde edilebileceği de** vurgulanmalıdır: Özgürlük insanın içsel ya da dışsal her türlü etkenin olumsuz tahakkümünden kurtularak gerçek anlamda kendisi olabilmesidir. “Kendisi” ise, ancak onun tinsel/manevî yanı olabilir. Çünkü yaşamda ne yapmamız gerektiğine yanıt verecek olan, eylemlerimize “insan eylemi” olmak özelliğini kazandıracak olan değerler, tinsel yanımızda kök salmaktadır.⁵⁸ Değerlerin sağlıklı bir biçimde algılanmasının yolu ise, felsefi dü-

Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006 (İçinde), s. 292-304, s. 292.

⁵³ “Değer Teorisi” ya da “Objektif Etik Değerler” konusunda Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi alanına çok değerli çalışmalarıyla büyük katkılarda bulunan Vecdi ARAL’ın tüm eser ve makaleleri, bu bağlamda ufuk açıcı temel kaynaklar olarak değerlendirilebilir.

⁵⁴ ARAL (BBBA), s. 69.

⁵⁵ Max SCHELER, İnsanın Kosmos’taki Yeri (çev. Tomris Mengüşoğlu), İstanbul, s. 49.

⁵⁶ Immanuel KANT, *Pratik Usun Eleştirisi* (çev. İsmet Zeki Eyuboğlu), İstanbul, 1989, s. 119.

⁵⁷ Murray BOOKCHIN, *Özgürlüğün Ekolojisi - Hiyerarşinin Ortaya Çıkışı ve Çözülüşü* (çev. Arif Türker), İstanbul, 1994, s. 50-51.

⁵⁸ ARAL (İMY), s. 35-36.

şünceye dalmadan/tefekkürden geçer.⁵⁹ Filozofik düşünceye dalma/tefekkür, evreni düşman kamplara bölmeden her şeye karşı iyiniyetli olmayı, her şey önyargısız bakabilmeyi gerektirir ve sağlar. Bu eylem gerçekleştirilirken, kişisel ve özel olan; alışkanlığa, çıkar duygusuna ve isteklere bağlı olan her şey konuyu çarpıtır ve tefekkürün/uslamlamanın bütünselliğini bozar. Bu durumda, kişisel ve özel şeyler, özneye nesne arasına bir engel olarak girer ve us için bir tutsaklık durumu yaratırlar. Tefekkür; alışılmış inanç kalıplarının ve geleneksel önyargıların engeline takılmadan, dingin, tutkusuz, erişilmesi yalnızca insan için olanaklı olan bilgi isteğiyle değerlendirmelidir.⁶⁰ Dolayısıyla bu tefekkür aktivitesinde, içine özel tarihin rastlantılarının karışmadığı soyut ve evrensel bilgiye, duyulardan gelen ve doğası gereği dar ve kişisel bir görüş biçimine bağlı olan bilgiden daha çok değer verilmesi gereği söz konusu olmaktadır. Felsefi düşünceye, tefekküre dalmada iyi niyetli ve dürüst olmak; davranışlarda adil olmayı, tutkulara ise yalnızca yararlı olan ve sevilenlere değil, herkese ve her şeye karşı duyulan evrensel sevgi ile dolu olmayı gerektirir ve ifade eder. Felsefenin, önünde düşünceye daldığı evrenin büyüklüğü aracılığıyla bilinç de, bu tefekkür aktivitesi aracılığıyla büyümüş olacak ve en yüksek iyiyi, yani kâinatla bütünleşme kabiliyetini kazanacaktır.⁶¹

Vecdi Aral'ın anlatımıyla *“Ben Bilinci” ile bireyselliğine ve özgürlüğüne kavuşan insan, böylece aynı zamanda “Değer Bilinci”ne ulaşmış, bununla da kesin belirlenmiş olaylar dünyasının (“olan”ın) üstüne çıkıp “olması gereken”in düzeyine el uzatmış, ondan esinlenir olmuştur*.”⁶² Dolayısıyla insanın en önemli ve esas yapısı onun, varlığının bilincinde olabilen ve bu sayede varlığı, kendini ve etik değerleri özgürce değerlendirip/takdir edip, bunun sonuç ve sorumluluğunu üstlenebilen kişilik özelliğinde aranmalıdır.

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunda özgür insan iradesinin tümüyle edilgen bir nesne durumuna düşürülmüş olmasına karşılık, etik değerlerin özgür insan iradesi tarafından kabullenilmesi hadisesinde tümüyle bir “sübjektivite/bireysellik/şahsılık” unsurunun egemen olduğu gerçeği, bu açıdan büyük

⁵⁹ RUSSEL (HWPT), s. 92-94.

⁶⁰ RUSSEL (HWPT), s. 92-93.

⁶¹ RUSSEL (HWPT), s. 93-94.

⁶² ARAL (BBBA), s. 5.

önem taşımaktadır. Kuşkusuz burada söz konusu olan, değerlerin belirleyici ölçütünün süje olduğu ya da değer içeriğinin yalnızca bu değerlendirmeyi yapan kendisi için geçerli olduğuna kişinin inanması anlamında bir “değer sübjektivizmi” değil fakat sonuç olarak “*değerin kesinlikle bir kimse için değer olduğu*” hakikatinin vurgulanmasıdır.⁶³ Değerin içerik olarak belirlenmesinin öznesi olarak değil fakat *hazır ve nazır bir biçimde mevcut bulunan değere inanıp inanmamanın, onu kabullenip kabullenmemenin tümüyle ve yalnızca bireyin kendi özgür iradesine bağlı olması* anlamında bir sübjektivite/şahsilik durumu önemle söz konusudur burada. Burada aynı zamanda “Hak ve hakikatin bulunup gerçekleştirilmesindeki bireyin “*insan*” idesi ve “*kendine sadakat*” değerinden ötürü onuru ve saygıdeğer oluşu”⁶⁴ söz konusu ve geçerli olmaktadır.

Etik değerlerin kökeninde, kabul edici ve var kılıcı olarak birey/kişi/insan yani insanın özgür iradesi bulunmasına karşılık; ideoloji olgusu, her zaman organizasyon/hükmetme/iktidar odaklarıyla bağlantılı olması hasebiyle, dayatma ve zor unsurlarını içerir. Jean Lacroix’in anlatımı izlenilerek denebilir ki⁶⁵ derin manada kötülüğün kökü, organizasyonla ilintili ve politik daha doğrusu ideolojiktir. Her organizasyon/politika/ideoloji, bizzat kendisi kötü olmasa bile, insanın sahip olduğu güç ve iktidarın diğer insanlar üzerinde kötüye kullanılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle tüm olumsuzluğun, bozgunculuğun, işva ve ifsadın kaynağını oluşturur. Oysa etik değerlerin varlık ve geçerlilik kazanmalarının biricik koşulu olan insanın özgür iradesiyle kabulü; varlığın bizzat kökünü ve özünü oluşturan, tüm varlığa/değerlere yönelik olarak var bulunan ve aynı zamanda insanın tüm eylem ve değerlendirmelerine hür bir şekilde yansımaları gereken asli tasdik/sevgiyi gerektirir. (Bu noktada “tüm varlığa/değerlere yönelik olarak var bulunan asli tasdik” anlamında sevginin “nesnellik/tüm varlığa yönelik olarak mevcut bulunma” özelliğinin, organizasyon/ideolojinin yol açtığı kötülük/kin/nefret hali için de var ve geçerli olduğu hatırlanmalıdır.) Özne insanın kendisine, diğer tüm insanlara/insanlığa, tüm varlığa ve kuşkusuz inanan açısından tüm varlığın biricik kaynağı ve mutlak belirleyeni olan Rabb’e yönelik olarak geçerli olan bu asli tasdik/sevgi var olmadan, gerçek anlamda

⁶³ ARAL (HFTS), s. 50-51.

⁶⁴ ARAL (BBBA), s. 120.

⁶⁵ DIMITRIU, s. 220-222.

insanın ve insanlığın var olması mümkün gözükmemektedir. “Gerçekten, Tanrıyı kalpten reddeden bir kimse “ahlaken iyi”yi oluşturan değerlerden hiç birini algılayamaz”⁶⁶ çünkü. Bu asli tasdik/sevgi/inanç kaçınılmaz ve birbirinden ayrılmaz olarak düşünsel ve varlıksal ya da teorik ve pratik hali kapsar ve bu niteliğiyle tüm bilgi ve eylemlerimizin adeta mayasında mevcut bulunur. Süje/özne olarak insanın, inanma ve değerlendirmelerine eklediği şey olan onama/razı olma/kabullenme/tasdik etme olmaksızın “bilgi” de var olamaz. Diğer yandan bu asli tasdik/inanç aynı zamanda doğası itibariyle, insanın kendinden ve kendini gerçekleştirilmekten başka bir şey isteyememesi, bundan kaçamaması, varoluşçuların deyimiyle “buna tutsak olması” nedeniyle trajiktir de. Kendini isteyip olumlamak ya da kendini istemeyip ret etmek/olumsuzlamak; kendine ümit beslemek ya da kendinden ümidini kesmek! İnsanın trajik ikilemi ve varoluş serüveninin temel belirleyici noktası/dinamiği işte budur. Asli tasdik/sevgi/inanma insanın en “deruni ve akli temeli” ve ümidin biricik kılavuz kapısı olmasına karşılık, olumsuzlama/ret etme/inkâr ise en büyük ümitsizliktir.⁶⁷

XII. SONUÇ

“Öyleyse kafalar karışık. Bu kafa karışıklığı içinde kendini haklı görmenin ve hak duygusu ile savaşa girmenin, ne denli kolay olduğu görülüyor ve anlaşılıyor. Günümüzde ise savaş tehlikesinin bir yok oluş, insanlığın bir anda tümüyle yok oluşu anlamına geldiğini de unutmayalım”.⁶⁸

Bu çalışmada ele alınan anlamıyla ideoloji olgusu çerçevesinde insanlık tarihi boyunca gerçekleşen “vukuatlar” üzerine biraz düşününce, insan, Jean Dufour’un dediği gibi, “ideolojinin tadında bir acılık buluyor”⁶⁹ doğrusu. Tarihsel ve çağdaş bağlamda reel/olgusal olarak bakıldığında tüm ideoloji ve ideolojik fenomenlerin, Paul Dimitriu’nun trajik ifadesiyle “ilim ve felsefenin aksine mutlakçı, müsamahasız; aynı imanı paylaşan müminleri, inananları ve mezhep ihtilafları olan; aktif, militan, emperyalist”⁷⁰ bir işlevsel özellik taşıdıklarını vur-

⁶⁶ ARAL (BBBA), s. 117.

⁶⁷ DIMITRIU, s. 238, 227.

⁶⁸ ARAL (BBBA), s. 129.

⁶⁹ DIMITRIU, s. 68.

⁷⁰ DIMITRIU, s. 68.

gulamak durumundayız.

“İdeoloji” ve “ideolojik kişilik” olgusunun olumsuzlanmasını gerektiren en önemli neden, kanımızca, insan iradesine, insanın özgür varlık olma yönüne ilişkin bulunmaktadır. İnsanı etik anlamda gerçek insan yapan en temel husus, onun özgür iradeye sahip olması ve varlığını/hayatını kendi özgür iradesiyle anlamlandırıp yaşantılamasıdır. İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusu ise, bu anlamda insanı yok eden ve onu edilgen/belirlenen bir eşya haline indirgeyen bir nitelik arz etmektedir. Belirlenip yönlendirilen bir eşya haline getirilen kişilerden oluşan bir toplum ve toplumsal yaşamın, anlam ve değer olarak insanlık varlığına sunacağı bir iyilik/güzellikten ise söz edilemeyeceği kuşkusuzdur. İnsanlık yaşamı açısından ideolojinin en başta gelen olumsuzluğu kanımızca onun, insan iradesine varlığın/eşyanın anlam ve değerine ilişkin dayatmada bulunması, insan iradesinin insanın varoluşsal serüvenindeki biricik varlığı ve temel kişiliği olduğu etik hakikati ret etmesinde aranmalıdır. Böylece ideolojinin en belirgin olumsuzluğu, onun hakikatin ve anlamın algılanması bağlamında temel bir yanlışlık ve kusur içinde olması biçiminde kendisini göstermektedir. Çünkü etik değer olarak doğrunun ve hakikatin ya da varlığın anlamlandırılmasının insan iradesine karşı dayatma ve zor uygulama yoluyla mevcudiyet bulamayacağında hiçbir kuşku yoktur. İdeoloji kendi bağımlısı ideologa (ideolojik kişilik), inanç ve davranışlarında objektif hakikate göre değil de kendisine empoze edilen kalıplaşmış önyargılara göre hareket etmesini, realiteyi tanımayıp gerekirse onu tersyüz ederek anlamlandırmasını, dünyayı yalnızca kendisine empoze edilen inançsal kalıplar doğrultusunda dizayn edip biçimlendirmek için çaba göstermesini öğretir ve dayatır. İdeolog/ideolojik kişilik, biricik hakikat olarak kabul ettiği görüşünü bütün insanlara zorla benimsetmek, topluma/toplumsal yaşama/dünyaya kendi bu ideolojik kalıpsal tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister ve bunun için sürekli çabalar durur. İdeoloji kendi bağımlısı ideolojik kişinin yalnızca değerlendirme ve muhakeme etme yeteneğini zedelemekle kalmaz, aynı zamanda onun hakikat karşısındaki tavır ve tutumunu da etkiler, onu bu konuda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır.

Fenomenolojik olarak irdelendiğinde, çağımız dünyasında, objektif etik değerlere dayanan Kadim İnsanlık Kültüründen uzaklaşılmasının, modern ve

batılı pozitivist bilim ideolojisi aracılığıyla büyük oranda gerçekleştirildiği ileri sürülebilir. Bu açıdan bakıldığında günümüzde, Ülkemiz ve toplumumuz da dâhil özellikle geri bırakılmış ülke ve toplumlarda mevcut/geçerli olan bütün modern entelektüel akımların kaynağında pozitivism ya da pozitivist bilim ideolojisinin yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. **Pozitivism ya da pozitivist bilim ideolojisi kadim insanlık kültüründen kopmanın/koparılanın biricik aracı olarak işlev görmüştür** adeta.

Vecdi Aral'ın açıkça vurgulamasıyla *“Davranışlarımızda bizi içimizden bağlayan bu gücün kaynağını, çağımız düşüncesini büyük ölçüde etkileyen, sözüm ona bilimsel, pozitivist anlayış, fizik dünyada bulabileceğini sanmış ve en büyük önemi silah ve paraya vermiştir. Bunların bireysel ve sosyal alanda kullanılmasında başarı gösterenleri mucizevi varlıklar olarak kabul ederek insanlığın yazgısı bu gibi kimselerin eline verilmiş, böylece insanı ve insanlığı yokluğa götürebilecek olan korkunç yolun kapısı aralanmıştır. Çünkü iç dünyanın, iç yaşamın reddi, dış güce teslim olmayı, zorunlu bir sonuç olarak meydana getirir; bu teslimiyetten yararlananı da düzen adına her şeyi yapabileceği sanısına kaptırır”*.⁷¹

Modern kapitalizmin egemen olduğu ve bir sömürü aracı olarak kullanıldığı günümüz dünyasında siyaset ve hukuk ikilisinin tek bir ideoloji çatısı altında birleştirildiği ve işlevselleştirildiği söylenebilir. Dahası çağdaş/uygar/gelişmiş bir ülke/toplum olarak değerlendirilebilmek için, modern liberal-kapitalist ideolojiye teslim olmak günümüz sömürü dünyasında bir ön koşul haline getirilmiştir adeta. Bu çerçevede hukuk da asli/kadim/varoluşsal özünden tecrit edilerek, ulusal kültür ya da toplumsal inanç temelinde sosyo-politik olarak dayandığı geçerli ideolojinin emrine ve hizmetine terk edilmiş, sunulmuştur ne yazık ki.

Diğer yandan Doğu-İslam coğrafyasının/toplumlarının içinde bulunduğu dram ve trajedinin temel nedenlerinden birisinin de, Batılı kapitalist modernitenin “icat edip”, birbirine kırdırıp sömürmek için Doğu-İslam toplumlarına “ihraç” ettiği “ideoloji” ve “ideolojik insan” yaklaşımı olgusu ve kavramlarına

⁷¹ ARAL (BBBA), s. 117.

ilişkin bulunduğu, görmezden gelinemez bir realite olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de Doğu-İslam toplumlarının entelektüel yapılanmalarında dinin/İslamiyet'in bir "ideoloji" ve dindar/Müslümanın da bir "ideolog / ideolojik insan" tiplemesine dönüştürülmesi; dinin özünden ve bu bağlamda adalet değerinden uzaklaşılmasına, dinsel algının bir çıkar/iktidar/şiddet/çatışma aracı haline dönüştürülmesine ve en son tahlilde de günümüzde içinde bulunulan trajik/dramatik realitenin gerçekleşmesine yol açmıştır.

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunun en temel özelliği, onun sosyo-politik stratejilerin hizmetinde bir silah ya da bir alet işlevi görmesidir. Hakikatin kurgusallaştırılarak ters yüz edilmesi ve bu yolla insan zihninin yönlendirilebilmesi özelliğiyle ideoloji, dünyaya ve insanlığa tümel ya da tikel olarak yön ve dizayn vermek isteyen egemen güçlerin kullandıkları argümanların başında gelmektedir. Bu aşamada artık ideolojinin, kendince hakikati ifade eden ve gerçekleştirilmesi gereken bir temel gaye olarak değil de yalnızca ulaşılmak istenen sosyo-politik amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan bir vasıta olarak kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. Ne var ki bir ideolojiyi tümüyle ve yalnızca bir aksiyon aracı ve aleti olarak işlevselleştiren odaklar, zamanla bu ideoloji ağının içine düşme ve onun tarafından sarmalanma riskiyle de karşı karşıyadırlar.

"Öyleyse, akla aykırı, ama vicdana uygun bir düşünce ve eylemi yüksek insani bir değer olarak kabul edebiliriz; fakat vicdana aykırı hiçbir düşünce ve işlemleri, akla uygun da olsa, insana yakıştıramayız; insanca diye kabul edemeyiz; çünkü vicdana aykırılık var oluşu nedenine terstir".⁷²

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aiken, Henry D. (1956), *The Age of Ideology*, The New American Library, Inc. New York.

Amiot, Michel, "İctimai İlim ve İdeoloji", İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 54-63.

Aral, Vecdi (1992), *İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı)*, Birinci Kitap: Mut-

⁷² ARAL (BBBA), s. 132.

Luluğun Koşulları, İstanbul.

Aral, Vecdi (HFTS), *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Aral, Vecdi (2014), *Beklediğimiz ve Bizden Beklenen ADALET*, İstanbul.

Arslan, Hüsametdin (1992), *Epistemik Cemaat / Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi*, İstanbul.

Balı, Ali Şafak (2010), “İdeolojilerin *Hukuku mu? Hukuk İdeolojisi mi?*”, HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19.Kitap, İstanbul (İçinde), 2010, s. 142-157.

Bentham, Jeremy (1948), *A Fragment On Government and An Introduction to The Principles of Morals and Legislation* (ed.Wilfrid Harrison), Basil Blackwel.

Bookhin, Murray (1994), *Özgürlüğün Ekolojisi - Hiyerarşinin Ortaya Çıkışı ve Çözülüşü* (çev. Arif Türker), İstanbul.

Borne, Etienne, “İdeoloji ve Felsefe”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 148-166.

Buis, Gerard, “İlim ve İdeoloji”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 36-53.

Ceylan, Yasin (2010), “*Hukuk İle Dünya Görüşü Arasındaki İlişki*”, HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19.Kitap, İstanbul (İçinde), 2010, s. 195-197.

Davidson, William L. (1947), *Political Thought in England/The Utilitarians Prom Bentham to Mill*, University of Oxford Press, London.

Dicey, A. V. (1940), *Lectures On The Relation Between Law and Public Opinion in England*, London.

Dimitriu, Paul, “İdeolojilerin Çöküşü”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 64-83.

Dufour, Jean, “İdeoloji ve İktisadi Hayat”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 122-147.

Dunning, William Archibald, *A History of Political Theories/From Rousseau to Spencer*, The Macmillan Company, New York.

- Giddens, Anthony (1994), *Modernliğin Sonuçları* (çev. Ersin Kuşdil), İstanbul.
- Gökberk, Macit (1980), *Felsefe Tarihi*, Dördüncü Basım, İstanbul.
- Gregoire, F. (1971), *Büyük Ahlâk Doktrinleri* (Çev. Cemal Süreya), İstanbul.
- Growitz, Samuel (1981), *John Rawls: Bir Adalet Kuramı* (Çev. Serap Can), Anthony de Crespigny, Kenneth R. Minogue (der.): *Çağdaş Siyaset Felsefecileri*, İstanbul.
- Guiraud, Pierre, “*Dil ve İdeoloji*”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 104-121.
- Gürbüz, Ahmet (2013), *Harabede Define / Tasavvuf Felsefesinde Temel Vurgular*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul.
- Gürbüz, Ahmet (2013), *Hukuk ve Meşruluk / Meşru Hukukun Temel Unsurları*, yenilenmiş ve geliştirilmiş 3.baskı, İstanbul.
- Güriz, Adnan (1963), *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara.
- Habermas, Jürgen (1993), ‘*İdeoloji*’ *Olarak Teknik ve Bilim* (çev. Mustafa TÜZEL), İstanbul, 1993.
- Hart, H. L. A. (1986), *Law, Liberty and Mortality*, Oxford University Press, New York.
- Hayek, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago.
- Honneth, Axel (2006), “*Liberalizmin Sınırları. Günümüzde Birleşik Devletler’deki Siyasi Ahlak Üzerine*” (Çev. Eylem Özkaya), Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006 (İçinde), s. 292-304.
- Kant, Immanuel (1989), *Pratik Usun Eleştirisi* (çev. İsmet Zeki Eyuboğlu), İstanbul.
- Lacroix, Jean, “*İdeolojiye Karşı Şahsiyetçilik*”, İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 214-241.
- Lapierre, Jean-William, “*İdeoloji Nedir?*”: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara (İçinde), s. 6-35.

MacIntyre, Alasdair (2006), “*Vatanseverlik Bir Erdem midir?*” (Çev. Elif Ergezene),: Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006 (İçinde), s. 235-252.

Magee, Bryan (1985), *Yeni Düşün Adamları* (Çev. Mete Tunçay), Ankara.

Manin, Bernard (1987), “*On Legitimacy and Political Deliberation*”, (in) *Political Theory*, Vol.15, No:3, Sage Publications Inc., August 1987, s. 338-368.

Meriç, Cemil (1994), *Bu Ülke* (YH. Mahmut Ali MERİÇ), 9.Baskı, İstanbul.

Meriç, Cemil (1993), *Sosyoloji Notları* (YH. Ümit Meriç Yazan), 2. Baskı, İstanbul.

Okandan, Recai G. (1955), *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, İstanbul.

Plamenatz, John (1949), *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford.

Plotinus (1996), “*Vatana Dönüş*”, Prof. Dr. Erol GÜNGÖR: Tasavvufun Meseleleri, 6. basım, İstanbul (İçinde).

Pound, Roscoe (1969), *Law and Morals*, New York.

Ritchie, M. A. / David G, *Natural Rights: A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions*, George Allen & Unwin Ltd., London.

Russell, Bertrand (1963), *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford - New York.

Russell, Bertrand (1948), *History of Western Philosophical Thought*, London.

Scheler, Max, *İnsanın Kosmos'taki Yeri* (çev. Tomris Mengüşoğlu), İstanbul.

Stammler, Rudolf (1969), *The Theory of Justice* (çev. Isaac Husik), Rothman Reprints, inc, New York.

Vercors, Jean Bruller, *İnsan ve İnsanlar* (çeviri: S. Eyüboğlu, A. Erhat, V. Gün-yol), 3. Baskı, İstanbul.

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİİN ÖNEMİ, HUKUKİ STATÜSÜ VE MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN PROBLEMLER

The Importance and Legal Status of the Defence Counsel under Criminal Procedural Law and Practical Problems

Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA* – Ar. Gör. Murat ARABACI*

ÖZET

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını yapan avukata müdafî denilmektedir. Müdafî, ceza muhakemesinde, özellikle yerleşik bir organizasyona sahip soruşturma organları karşısında şüpheli veya sanığın menfaatleri korumak bakımından önemli bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu bağlamda onun şüpheli veya sanığa yapacağı söz konusu yardım, çoğu kez muhakemede çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin tam anlamıyla gerçekleştirilmesi bakımından da büyük önem arz eder. Türk ceza adaleti sisteminde kural olarak müdafiden faydalanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu şüpheli veya sanığın, bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın savunmasını etkin şekilde yapamayacağını kanunen kabul ettiği hallerde müdafiden faydalanma zorunluluğu da bulunmaktadır. Zorunlu müdafîlik halleri denilen bu tür durumlarda müdafîin katılımı olmaksızın yargılama yapılması hukuka kesin aykırılık hali oluşturur.

Müdafîin hukuki statüsü konusunda temelde üç teori bulunmaktadır. Bunlar adli organ teorisi, taraf menfaati temsili teorisi ve sınırlandırılmış adli organ teorisidir. Teorileri ayrıntılı olarak incelediğimizde, müdafîin, şüpheli veya sanık aleyhine hareket edemeyen sınırlı bir adli organ olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Müdafîlikle ilgili temel problemler kolluktan kaynaklı olanlar, hakim ve savcılardan kaynaklı olanlar, avukatların kendilerinden kaynaklı olanlar, hukuki düzenlemelerden kaynaklı olanlar şeklinde basitçe sıralandırılabilir. Bunlardan her birine ilişkin sorunlar çalışma içerisinde incelenmiş, elden geldiğince bunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hkarakehya@anadolu.edu.tr

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, murat_arabaci@anadolu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Müdafî, Müdafinin hukuki statüsü, Müdafinin önemi, Ceza muhakemesinde savunma

ABSTRACT

The lawyer who makes defend of suspected or accused under criminal procedural law is called as defence counsel. The defence counsel carries out an important function in terms of protecting the advantages of the suspected or accused ones against inquirement organizations, which are especially settled. Within this context the defence counsel's help for the suspected or accused ones has an importance for proper realization of contradict trail and equality of arms. According to the Turkish Criminal Law benefit from the defend counsel is not a must as a rule but if the legislator accepts the circumstances in which suspected or accused ones can not make an effective defend without the help of the defend counsel, benefit from the defend counsel is a must. In such situations which is called as compulsory advocacy, trial without the attendance of the defend counsel is contrary to law.

About the legal status of the defend counsel, there are three basic theories. These are legal organ theory, representation of party advantage and limited legal organ theory. When we analyse the theories, we reach the result that the defend counsel is a limited legal organ which can not act against the suspected or accused.

The basic problems about the defend counselling can be sorted simply within these titles ; the problems originating from police, the problems originating from judge and prosecutor , the problems originating from lawyers, the problems originating from legal arrangements. All of the problems about these were analysed within a study and as far as possible solution suggestions were presented.

Key Words: Defence Counsel, Legal Status of Defence Counsel, Importance of Defence Counsel, Defence in Criminal Procedure Law



GİRİŞ

Ceza muhakemesindeki en temel problemlerden birisi, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin tespit edilmesidir. Nitekim ancak bu sayede cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak ve hukuku tesis etmek mümkün olabilecektir. Bu bağlamda uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğini, daha yalın ifade ile maddi gerçeği bulmak, ceza muhakemesinin temel amaç-

larından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihte ilk yargılama faaliyetlerinin gerçekleştirilmeye başlanmasından bu yana, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğini tespitiye yönelik birçok farklı yöntem kullanılmıştır. Ancak günümüz modern ceza muhakemesi tarihten gelen medeniyetin birikimini ve tecrübeleri de göz önünde bulundurarak, bunun en iyi yönteminin muhakemeyi eşit olarak silahlanmış (yetkilendirilmiş) taraflar arasında çelişmeli bir şekilde gerçekleştirmek olduğunu kabul etmiştir.¹ Dolayısıyla maddi gerçeğin sağlıklı şekilde bulunabilmesi, iyi yapılandırılmış bir iddianın karşısında iyi yapılandırılmış bir savunmanın bulunmasını gerektirir. İşte müdafii kamusal bir organ olarak² savunma faaliyetine katılarak etkin bir savunmayı teminat altına almakta ve maddi gerçeğin en doğru haliyle ortaya çıkmasına hizmet etmektedir.

Ceza muhakemesi bakımından böylesine önemli bir görevi yerine getiren müdafii ceza muhakemesindeki konumunu ve faaliyet alanını tespit ederek, müdafilik kurumuna ilişkin var olan problemleri ve çözüm yollarını tartışmanın literatüre katkı sağlayacağı kanaatiyle bu çalışmayı yapmaya karar verdik. Bu bağlamda çalışmada, müdafii kavramı açıklanarak müdafilik türleri tespit edilecek, müdafii ile savunmanın önemi açıklanacak, teoriler ışığında müdafii hukuki statüsü belirlenecek, son olarak müdafiliğe ilişkin olarak sistemimizde görülen problemler ve çözüm yolları değerlendirilecektir. Doktrindeki farklı görüşlerden faydalanmak suretiyle kendi görüşlerimizi neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya koymak ise temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

¹ Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği *ilkelerinin* temelleri, antik dönemde gerçekleştirilen düello muhakemesine dayanmaktadır. Bu itibarla antik dönem common-law sistemindeki düello usulüyle günümüzdeki muhakeme usulü benzerlikler göstermektedir. Hatta ahlaki olarak aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin neticede düellonun yerini aldığı söylenebilir. Bugünkü ceza adaleti sistemi de (özellikle anglo-amerikan hukuk sistemlerinde), gerçeğin, muhakemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu mücadelenin eşit koşullarda gerçekleştirilebilmesi için de, muhakemenin tarafları kural olarak, eşit yetki ve imkanlarla donatılmaktadırlar. Nitekim tarafların eşit silah ve zırhlara sahip olması düellonun da en önemli özelliklerinden biriydi. Jay Sterling SILVER, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", *Wisconsin Law Review.*, 1990, s.1007 vd.

² Müdafii kamusal bir görev yaptığı konusunda bkz. Yener ÜNVER-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.232

I. MÜDAFİ KAVRAMI VE MÜDAFİLİK TÜRLERİ

Müdafî terimi, müdafa etmekten, yani savunmaktan gelmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde savunma yapan avukata müdafî denir. Muhakemeye katılan her müdafî avukat olmakla birlikte, muhakemede faaliyet gösteren her avukat müdafî değildir. Nitekim katılan vekili, muhakemeye katılan bir avukat olmakla birlikte, savunma değil; bilakis iddia faaliyeti yürüttüğünden dolayı müdafî olarak nitelendirilemez. Bu bağlamda daha geniş bir tanımla ifade etmek gerekirse; ceza muhakemesinde, sanığı fiili ve hukuki açıdan koruyan, ilgili hukuk normlarında öngörülen niteliklere sahip kişi müdafîdir.³ Müdafî, muhakeme sırasında, sanık bakımından ortaya çıkabilecek negatif etkileri mümkün olduğunca ortadan kaldırmaya çalışır ve sanığa tanınan hakların kullanılmasına hizmet eder.⁴

Ceza muhakemesi sistemimizde kural olarak şüpheli veya sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanunkoyucunun bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın etkili bir savunma yapılamayacağını kabul ettiği haller (zorunlu müdafilik halleri) bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.⁵ Bu bağlamda kural olarak şüpheli veya sanık kendisi müdafîini seçer. Aynı zamanda asgari ücret tarifesinin altında olmak kaydıyla, aralarında serbestçe belirledikleri müdafilik ücretini de müdafîe şüpheli veya sanık öder. Bu tür durumlarda “seçilmiş müdafilik” söz konusu olur (CMK m. 150/1). Buna karşın bazen şüpheli veya sanık bir müdafîin hukuki yardımından faydalanmak istemesine rağmen ekonomik olarak müdafî seçebilecek durumda olmayabilir. Bu durumda şüpheli veya sanığa hukuki

³ Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.165; Müdafiliğin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Nur Başar CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s.21 vd., Sinan KOCAOĞLU, **Müdafî**, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.55.

⁴ Klaus MALEK, **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997, s.18; Savunma, sanığı, suçlamadan ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince kurtarma çabasıdır. Bu çalışmanın amacı maddi gerçeği ortaya çıkartmaktır. Nitekim söz ve mantık oyunları veya bir takım gerçekleri saptırarak ve çarpıtarak sanığı kurtarma çabası, savunma değildir. Böyle olmadığı içindir ki, kültür düzeyi düşük bazı çevrelerde savunma için kullanılan *kanun cambazlığı* veya *tezvir* (yalan karıştırma, hile kullanma) gibi nitelermeler haksız birer aşağılamadır. CENTEL, Müdafî, s.7

⁵ ÜNVER-HAKERİ, s.233

yardımda bulunmak üzere baro tarafından bir müdafii atanır (CMK m. 150/1). Bu şekilde baro tarafından görevlendirilen müdafie atanmış (görevlendirilmiş) müdafii, bu kuruma da “*atanmış (görevlendirilmiş) müdafilik*” denilir. Atanmış müdafinin ücreti ise her yıl belirlenen tarife üzerinden devletçe ödenir.⁶

Kural olarak şüpheli veya sanık bir müdafinin yardımından faydalanıp faydalanmamak konusunda serbesttir. Ancak bazı hallerde şüpheli veya sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması kanun koyucu tarafından zorunlu görülmüş olabilir. İşte bu hallerde zorunlu müdafilik söz konusu olur. Zorunlu müdafilik kavramı, şüpheli veya *sanığın iradesinin bir önemi olmaksızın*, kendisinin bir müdafii yardımından faydandırılmasını ifade etmektedir.⁷ Bu tür durumlarda kanun koyucu, şüpheli veya sanığın bir müdafinin yardımı olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olmayacağını önceden kabul etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, kamusal menfaatin söz konusu olduğu ve bu itibarla etkin bir savunmanın garanti altına alınmasının zorunlu olduğu bir yargılama hukuku dalıdır.⁸

Zorunlu müdafilik ile atanmış müdafilik birbirinden farklı kavramlardır. Zorunlu müdafilik sanık veya şüphelinin muhakkak bir müdafii yardımından fay-

⁶ CENTEL-ZAFER, s.178

⁷ Zorunlu müdafinin öngörüldüğü hallerde de, bazen ücreti devlet tarafından ödense bile, sanığın kendisine herhangi bir müdafinin tayinini reddettiği görülmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya için kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi’ndeki yargılamasında Miloseviç, sanığın kendi kendini savunma hakkını vurgulamak suretiyle kendisine zorla bir müdafii tayin edilmesini reddetmiştir. Kai AMBOS, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.37;

Müdafisiz müdafaa, insan haklarından olmakla beraber, bu hak sanığa zorunlu müdafini toptan reddetmek ve “ben hiçbir müdafii istemiyorum, kendimi müdafaa edeceğim” demek hakkını vermez. AİHS’de sözleşmeden faydalanmak seçimlik gibi gösterilmişse de (m.6/3/c), maksat, müdafisiz müdafaaı ön plana almak ve müdafili müdafaaı ikinci plana atmak değil, müdafisiz müdafaaı kabul eden devletlerin müdafii kabul etmesini sağlamaktır. Kaldı ki sanığın “ben kendimi müdafaa edeceğim” demesi üzerine zorunlu müdafii sisteminden vazgeçmek, müdafaa alanında atılmış adımı geri almak olur. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.224, dipnot 46

⁸ Klaus VOLK, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.105; Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, sanık istemese de kendisine bir müdafii atanmaktadır. Nitekim bu durumda adaletin selameti bağlamında ortaya çıkan kamusal menfaat sanığa ait bireysel menfaatten ağır basmaktadır. Hans-Meyer LADEWİG, “Adil Yargılanma Hakkı-II,” in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.96

dalanmasının gerekliliğini ifade ederken; atanmış müdafilik, müdafinin ücreti devlet tarafından ödenmek üzere, Baro aracılığıyla sanığa atanmasını ifade eder.⁹ Dolayısıyla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde sanık, baronun görevlendireceği müdafie ihtiyacı olmaksızın kendi müdafisini seçebileceği gibi; ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde de, bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmak istemesine rağmen maddi gücünün yerinde olmadığı beyan eden sanığa devlet tarafından bir müdafie atanabilir.

Bu bağlamda sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olmadığı hallerde kendi seçmiş olduğu müdafie, *seçilmiş ihtiyari müdafie*; yine sanığın bir müdafiden faydalanmasının zorunlu olmadığı hallerde, mali gücü yetersiz sanığa devlet tarafından baro aracılığıyla atanan müdafie ise *atanmış ihtiyari müdafie* denir. Buna karşın sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde kendisinin seçmiş olduğu müdafie, *seçilmiş zorunlu müdafie*; yine sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde kendisine devlet tarafından baro aracılığıyla atanan müdafie ise *atanmış zorunlu müdafie* denir.

Zorunlu müdafilik hallerinin genel çerçevesi CMK'nın 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmuş ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafie görevlendirilir (CMK m.150/2). Alt sınırı *beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada* da şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafie tayin edilir (m.150/3).¹⁰ Bu hallerde muhakemenin tamamında sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanması zorunludur.¹¹

⁹ CENTEL-ZAFER, s.178

¹⁰ 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce bu hüküm, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden zorunlu müdafiliği kabul etmekteydi. Bu dönemde söz konusu düzenlemeyle birlikte, hukukumuzda zorunlu müdafiliğin istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği ileri sürülmekteydi. Bu konuda bkz. Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.315

¹¹ Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyumsuzlukta şüpheli veya sanığa bir müdafie atanması gerektiği savunulmaktadır. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.224; Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan

Bununla birlikte muhakemenin tamamında olmamakla birlikte, sadece belirli işlemler sırasında şüpheli veya sanığın bir müdafii hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu haller de vardır. Bu bağlamda şüpheli veya sanık hakkında tutuklama talep edilmesi (CMK m.101/3), şüpheli veya sanığın kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (CMK m.74/2), *kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK m.247/4), *duruşma disiplinini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK m.204) hallerinde de, bu işlemler yapılırken şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine muhakkak bir müdafii görevlendirilir. Söz konusu işlemler tamamlandıktan sonra, şüpheli veya sanığın bir müdafii hukuki yardımından faydalanmaya devam edip etmeyeceği, kural olarak yine kendi iradesine bağlıdır.

Eğer sanığa müdafii atanmamış, onu bizzat kendisi seçmişse, müdafii ile sanık arasında, konusu bir hizmetin yerine getirilmesine dayanan özel hukuk sözleşmesiyle hukuki bir bağ kurulur. Bu hukuki bağa ve sanık tarafından sözleşme gereğince yapılan ödemeye rağmen, müdafii sanıktan bağımsızdır.¹² Eğer müdafii ücreti devlet tarafından ödeniyorsa, yani atanmış müdafilik söz konusuysa; bu durumda devletle müdafii arasında üçüncü kişi (şüpheli veya sanık) lehine bir hizmetin ifasına dayanan özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olur.¹³ Bu durumda da yine müdafii hem sözleşmenin karşı tarafı olan devlet-

sanığın sürücü belgesine ya da ülkede bulunan yabancıнын pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da bireyler bakımından söz konusu olan müeyyidenin oldukça ağır olduğu aşikardır. **VOLK**, s.106; Ancak genelde davanın ağırlığı belirlenirken, bu tür hususların dikkate alınmadığı ve beklenen hapis cezası üzerinden bir ağırlık tespitinde bulunulduğu görülmektedir.

¹² Werner BEULKE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s. 92 vd.

¹³ Bu özel hukuk ilişkisine rağmen müdafii hukuki konumunu belirlemek bakımından son derece yerinde bulduğumuz şu açıklamayı da paylaşmayı uygun görüyoruz: “*Müdafii her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcısı da değildir. Bağımsız bir durumu vardır. Müdafilik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi bu ikisi arasındaki özel hukuk bakımından ilişkidir. Ferdi müdafaa göz önünde tutulursa vekalet, toplumsal müdafaa göz önünde tutulursa hizmet söz konusudur. Gerçekten kamusal müdafaa yapan müdafii müdafaaı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır. Bu ilişkinin bir de kamu hukukundan olan ceza muhakemesi hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada, müdafii ceza muhakemesinde müdafaa görevini ifa ederken sanığın iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri söz konusudur. Bu ilişki kanaatimizce, özel hukuk kurumları ile açıklanamaz. Ceza muhakemesinde müdafii yerine vekil denilmesi sadece terim hatası olarak kalmamakta, mesela*

ten hem de menfaatine hizmet ettiği şüpheli veya sanıktan bağımsız olarak görevini ifa eder.¹⁴

II. MÜDAFİ İLE SAVUNMANIN ÖNEMİ

Genellikle sanık mahkemelerde uygulanan hukuktan haberdar olmadığı için gerektiği şekilde kendisini savunamaz.¹⁵ Ayrıca sanık, iyi bir hukuk bilgisine sahip olsa, özgüveni ve hitabet yeteneği çok üst düzeyde bulursa bile, kendisi hakkında gerçekleştirilecek bir ceza muhakemesinde, muhakemenin merkezinde olan süje olarak, yine kendisini gerektiği şekilde savunamayacaktır. Nitekim sanık, hem anti-sosyal bir davranışta bulunmakla itham edilmenin manevi ağırlığını taşımakta hem de muhakeme sonunda cezai yaptırımlara muhatap olma tehdiidiyle yüzleşmektedir.

Özetle sanık suç isnadının muhatabı olarak, birçok davada psikolojik baskı altındadır.¹⁶ Bu bağlamda çok zorlu ceza davalarında defalarca müdafilik yapmış bir kimsenin bile, kendisinin sanık olduğu ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafinin yardımından faydalanması gerekir. Bu tür durumlarda muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi, ancak sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması suretiyle mümkün olabilecektir. Bir Alman atasözünde de belirtildiği üzere *“kendi kendini savunanın, birisi avukat diğeri müvekkil olmak üzere iki soytarısı vardır.”*¹⁷

CMK'nın 160/2. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı, sanığın aleyhine olan hususların yanında lehine olan hususları da araştırmakla görevlidir. Bu itibarla ilk bakışta müdafinin yokluğu, sanık açısından çok büyük bir kayıp gibi görün-

tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır.” KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.221

¹⁴ CMK'nın genel yapısı da bu şekilde olmakla birlikte, 261. maddede kanun yoluna başvuru bilmek bakımından sanığın rızasına aykırı hareket edemeyeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu halde müdafii sanıktan bağımsız değildir. Nitekim onun lehine olarak ondan bağımsız kanun yoluna başvuramayacaktır.

¹⁵ Ceza muhakemesinde kitaplardaki hukuktan farklı bir işleyişin olduğu ve bu işleyişi bilmeyen sanığın hukuk bilgisi olsa bile savunmada yetersiz kalacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. **VOLK**, s.95, İsa BAŞBÜYÜK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (6/3-c) Kapsamında Müdafii Yardımından Yararlanma Hakkı”, **MÜHFHAD Nur Centel'e Armağan**, İstanbul 2013, C.19, S.2, s. 1348

¹⁶ **BEULKE**, s.89, **KOCAOĞLU**, s.67, **BAŞBÜYÜK**, s.1349

¹⁷ “Wer sich selbst verteidigt, hat einen Narren als Anwalt und einen Narren als Mandanten” **VOLK**, s.95

meyebilir. Ancak savcı aynı zamanda iddia makamı olması sebebiyle zor bir durumdadır. Muhakemedeki bu taraf pozisyonu nedeniyle ondan bir müdafî gibi davranması da elbette beklenemeyecektir.¹⁸ Bu itibarla savcıya böyle bir görev verilmiş olması; müdafîin savunma bakımından arzettiği önemi ortadan kaldırmamaktadır.

“Savcı her ne kadar maddi adaletin ortaya çıkmasına hizmet etmek ve buna göre sanığın haklı çıkarılarını korumak yükümlülüğü altında olsa da, tecrübe, davacı rolü ile müdafî rolünü bağdaştırmanın ne kadar çetin bir sorun olduğunu göstermektedir. İddiada bulunmak ve savunmak, kavram olarak, birbirine karşıt fonksiyonlardır. Her ikisini birden başarabilecek ideal bir insan henüz doğmamıştır. Böyle bir insan bulunsaydı, yalnızca müdafî değil, hakim de gereksiz olurdu... suçluya veya öyle sanılan kişiye karşı hüküm aşamasına değin soruşturmayı yürütmüş olan kimse (savcı), kendini, suçtan doğrudan veya dolaylı zarar görmüş devletin vekili sayar ve sanıkta, suçu ispatlanmış faili görme eğilimine kapılır; sorumluluğunu taşıdığı davanın başarısızlığını, kural olarak, kendi başarısızlığı olarak kabul eder.”¹⁹

Bunun yanında giriş kısmında da belirttiğimiz üzere muhakemeye müdafîin katılımı sadece sanık bakımından önem arzetmez. Müdafîin muhakemeye katılımı kamusal menfaate de önemli derecede hizmet eder. Nitekim cezai uyuşmazlıklar sonucunda, suçluların cezalandırılmasında olduğu kadar, masumların serbest kalmasında ve suçluların hak ettiklerinden fazla ceza ile cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur. Müdafî, kamu adına görev yaparak, topluma ait bu menfaati korumaya hizmet etmektedir. Sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanması, çoğu kez savunmanın etkinliğini garanti altına alacak; böylelikle iddia ve savunmanın eşit silahlarla çelişmesine imkan tanınacak ve maddi gerçek mümkün olan en doğru haliyle ortaya konulacaktır. Dolayısıyla ceza muhakemesine müdafîin katılımı çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından da ehemmiyetlidir.²⁰

¹⁸ Otfried RANFT, **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995, s.89

¹⁹ CENTEL, Müdafî, s.8, **BAŞBÜYÜK**, s.1347

²⁰ Aynı yönde bkz. Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.205, Uğur BAYILLIOĞLU, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Öne-

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE (AİHS'E) GÖRE SANIĞIN BİR MÜDAFİN HUKUKİ YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI

Bir müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de bireylere tanınması gereken temel haklar arasında düzenlenmiştir. Ancak biz burada sadece AİHS'deki düzenlemeler ışığında müdafiden faydalanma hakkını ele alacağız. Bu şekilde hareket etmemizin de iki temel nedeni vardır. Birincisi Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, iç hukukumuz bakımından özel bir önemi olmasıdır. Nitekim, Anayasamızın 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Aynı maddenin devamında uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Son fıkrada ise *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyumsuzluk olduğu anlaşılırsa, uyumsuzluğun temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiş ve böylelikle usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle Türkiye tarafından imzalanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşme olan AİHS ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır.²¹ İkincisi ise, 04.11.1950 tarihinde imzalanan ve Avrupa Konseyine üye devletlerde temel hakların korunmasını teminat altına alan AİHS'i, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren etken olarak, başvurular sonucunda taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadık-

mi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2004, S.4. s.39 vd.

²¹ Fransa ve İspanya'da da bizdekine benzer bir düzenleme vardır ve uluslararası sözleşmeler normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanunlar arası bir yerde bulunmaktadırlar. (Fr. Any. m.55; İsp. Any. m.10/2). Bu tür düzenlemelerin gerekliliği ve AİHS'nin alelade kanunlarla eşdeğer sayılmasının eleştirisi için bkz. **AMBOS**, s.19-20; 44. dipnot; Almanya'da ise Anayasa'da uluslararası sözleşmelerin üst norm olduğuna dair açık bir hüküm olmasa da Alman Anayasa Mahkemesi yorumla AİHS'yi kanunlara göre üst norm olarak kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Friedrich-Christian SCHROEDER, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.16; **AMBOS**, s.19 vd., **KOCA-OĞLU**, s.61

larını denetleyen bir yargılama mekanizmasının (AİHM'nin) bulunmasıdır.²² Bu bağlamda AİHS'deki düzenlemeler ışığında konuyu ayrı bir başlık altında ele almanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek* imkanına sahiptir. Savunma hakkının önemine binaen, isnat altındaki kişinin kendini savunma şekillerine ilişkin haklar bu bentte açıkça teminat altına alınmıştır²³. Kendi kendini veya bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece duruşma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da²⁴ geçerli bir haktr.

Bu düzenleme ile isnat altında bulunan kişi bakımından açıkça teminat altına alınan savunma şekilleri; *kendisini bizzat savunması, isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ve zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunmasıdır*.²⁵ Aşağıda müdafiden faydalanmaya ilişkin ikinci ve üçüncü haklar konumuzla bağlantı dolayısıyla incelenecektir.

²² VOLK, s.18;

27 Ocak 1987'de komisyona bireysel başvuru hakkı tanınmış, 27 Ocak 1989'da da mahkemenin (AİHM'nin) yargı yetkisi kabul edilmiştir. Komisyon ve Mahkemenin yetkileri ile 1998 tarihli 11 no'lu protokole bağlı olarak konvansiyon ve ilgili protokollerin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanacak uyumsuzlukların tek denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabulüne ilişkin olarak bkz. Sevin TOLUNER, Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.276 vd.

²³ Laurens van PUYENBROECK-Gert VERMEULEN, "Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in The EU", **International and Comparative Law Quarterly**, V.60, I.4, October 2011, s.1024

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gözaltına alınmasını takip eden ilk 48 saat içinde avukatıyla görüşmesinin engellendiği yakınımasını ihtiva eden John Murray/Birleşik Krallık davasında (no.18731/91, 28.10.94) hukuki yardımın ceza yargılamasının ilk aşamalarından itibaren sağlanmasının gerekli olduğunu belirterek Sözleşme m. 6/1 ve 6/3-c'nin bağlantılı olarak ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararına ilişkin olarak bkz. Serkan CENGİZ- Fahrettin DEMİRAĞ- Teoman ERGÜL-Jeremy MCBRIDE- Durmuş TEZCAN, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Birliği Ortak Yayını, Ankara Kasım 2008, s.177

²⁵ LADEWIG, s.96; AMBOS, s.34

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinden de anlaşıldığı üzere sanık kendi kendini savunabileceği gibi, bir müdafinin yardımından da faydalanabilecektir. Özellikle iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması durumunda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve silahlarda eşitliğin sağlanmasını mümkün kılmayacağından, sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması, muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından büyük önem ifade etmektedir.²⁶

Bu önemli hak, soruşturmanın başından kanun yollarını da²⁷ kapsayan uzunca bir muhakeme sürecinde geçerlidir. Hakkın ilgililer tarafından sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi için sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı biçimde müdafii ile görüşmesine imkan sağlanmasını gerekir.²⁸ Aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki açık hüküm karşısında eğer sanık kendisine bir müdafii atayacak durumda değilse; ona devlet tarafından ücretsiz bir müdafii atanması taraf devletlere getirilmiş bir yükümlülüktür.²⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM, ilk önceleri, m.6/3/c’de yer alan “*adale-tin selameti gerektiriyorsa*” ifadesinin, bendin bütününe ilişkin olduğunu kabul etmişlerdi³⁰. Bir başka deyişle söz konusu merciler, bir müdafii görevlendiril-

²⁶ Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.135,

²⁷ Örneğin Monnel ve Morris- Birleşik Krallık kararında, AİHM md. 6/3-c’nin sanığın kanun yollarına ilişkin olarak uygulama biçiminin, yargılamanın kendine özgü koşullarına bağlı olduğunu, milli hukuktaki yargılamanın bütününe ve istinaf veya temyiz mahkemesinin rolüne bakmak gerektiği belirtilmektedir. Karar için bkz. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.330

²⁸ Bu gereklilikle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Öcalan- Türkiye davasında şöyle bir karar vermiştir: İlgili davada başvuranın avukatları ile ilk görüşmesi güvenlik güçleri ve bir yargıcın gözetiminde gerçekleşmiştir. Sonraki görüşmeler de güvenlik güçlerinin bulunduğu odada, iki odanın kapıları açık biçimde, konuşmaların güvenlik güçlerince duyulabileceği bir ortamda gerçekleşmiştir. AİHM kararında “bu tür bir gözetim olmaksızın müdafii vekili ile görüşemiyor ve ondan gizli talimat alamıyorsa, bu hakkın kullanımı büyük ölçüde yitirilmiştir” demektedir. Hükümetin, başvuranın güvenliğini sağlamak için böyle bir güvenlik önlemi aldığı yolundaki savı ise, avukatların başvuranın kendisi tarafından tutulduğu ve bir dizi aramadan geçtikleri gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar için bkz. İNCEOĞLU, s.330

²⁹ LADEWIG, s.96, Paul MAHONEY, “Right to A Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R”, **Judicial Studies Institute Journal**, 2004, V.4, N.2, s.125 vd.

³⁰ David HARRIS, “The Right to A Fair Trial in Criminal Proceedings as A Human Right”, **The International and Comparative Law Quarterly**, April 1967, V. 16, N.2, s.366

mesinin, sadece adli hizmetlerin görülmesi bakımından zorunlu ise adil yargılamanın bir gereği sayılacağı kanaatindeydiler. Ancak komisyon ve mahkemenin bu kararları doktrinde oldukça çok eleştirildi. Bu gelişmeler sonucunda AİHM, 1983 yılında Pakelli/Almanya davasında bu görüşünden vazgeçmiş, ilgili bentte yer alan “adaletin selameti gerektiriyorsa” ifadesini, müdafinin ücretinin devlet tarafından ödendiği hallere münhasır olarak kabul etmiştir.³¹

Taraf devletlerin iç hukuklarında sanığın, devlet tarafından atanacak ve ücreti devletçe karşılanacak müdafii seçme hakkının bulunmaması, adil yargılama hakkı bakımından bir önem ifade etmemektedir. Bu durumda sanığa herhangi bir müdafinin atanmış olması, hakkın yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir.³² Ancak taraf devletler, sanık bakımından bu minimum haktan daha fazlasını güvence altına almak suretiyle, ona atanmış müdafii seçme imkanı da tanyabilirler.³³

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde müdafiden faydalanma hakkı iki şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki, adaletin selameti açısından zorunlu olmadığı halde sanığın isteğiyle bir müdafinin hukuki yardımından faydalanması, diğeri ise onun iradesinin bir önemi olmaksızın kendisinin zorunlu olarak bir müdafinin yardımından faydalandırılmasıdır. Her iki halde de sanığın maddi gücünün yeterli olmadığı hallerde müdafinin ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Dolayısıyla ücretsiz müdafiden faydalanma hakkı kesin olarak ücret ödemekten kurtulma anlamına gelmemektedir. Bu ücretin devlet tarafından karşılanabilmesinin ön koşulu sanığın maddi imkanının bulunmamasıdır.³⁴ CMK Yürürlük Kanununa göre de, baro tarafından tayin edilen müdafie, görevinin ifasından doğan harç ve masraflar hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifenin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. Muhakeme

³¹ Yonko GROZEV-Dovdyas VITKAUSKAS-Sian Lewis ANTHONY (Editors), “**Right to a Fair Trial Under The European Convention on Human Rights (Article 6)**”, Interights Publish, London 2009, s.68 SCHROEDER, s.62; Pakelli/Almanya; Başvuru no: 8398/78 Karar tarihi: 25.04.1983

³² LADEWIG, s.96

³³ Adil yargılama hakkı, BM ve bölgesel nitelikteki hükümetler arası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş çok sayıdaki uluslararası sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde tanınmıştır. Bu belgeler her hukuk sisteminin sağlaması gereken minimum güvenceleri düzenlemiştir. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılama Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.24

³⁴ LADEWIG, s.96

sonunda yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti karşılayabilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı bulunmaktadır (CMK Yürürlük K. m.13). Buna ilişkin Alman hukukunda da olan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Müdafinin kamu adına hareket ediyor olması nedeniyle bu hükmün bizde de kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁵

İsteğe bağlı olarak müdafiden faydalanma hakkı, sanığın, müdafii yardımı almasının adaletin selameti açısından gerekli olmadığı hallerde dahi, bir müdafii yardımından faydalanabilmesini ifade etmektedir. Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde, adaletin selameti açısından zorunlu olmayan hallerde, taraf devletlere, sanığa ücretsiz bir müdafii atama zorunluluğu getirilmemiş olsa da; maddi gücü yüksek sanık ile bu gücü zayıf olan arasında bir ayırım yapmak istemeyen bazı kanun koyucular, maddi gücü olmayan sanığa da bu hallerde ücretsiz müdafii atanmasını kabul etmişlerdir.³⁶

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, sanığın *"eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek"* hakkına sahip olduğu belirtilerek, zorunlu müdafiliğe vurgu yapılmıştır³⁷. Buna göre taraf devletler, adaletin selameti açısından gerekli olan hallerde, eğer sanığın maddi imkanı yoksa muhakkak ona ücretsiz bir müdafii atama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

Somut olay bakımından sanığa bir müdafii tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti iç hukuk kurallarıyla ve mahkeme uygulamalarıyla tespit edilecektir. Ancak AİHM her halükarda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu

³⁵ Bu konuda bkz. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s.226, dipnot 50

³⁶ Sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafii atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafii tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafii atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması* şartı aranacaktır. Bu itibarla bu eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafii atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. **SCHROEDER**, s.64

³⁷ **MAHONEY**, s.126

olup olmadığını denetleyebilecektir.³⁸ Ayrıca şunu da vurgulamak gerekir ki; sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafii atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafii tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafii atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması şartı* aranacaktır. Bu itibarla eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafii atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.³⁹

IV. MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN TEORİLER

A. Genel Olarak

Müdafii hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre müdafii sanığın temsilcisi iken, bir başka görüşe göre adli bir organdır. Diğer bir görüş ise müdafii sanığın yardımcısı olarak kabul eder. Bu görüşler arasında sadece terim farklılığına dayanan bir ayırım yoktur; bilakis kabul edilen görüşe göre müdafii sanık karşısındaki durumu ve muhakeme sırasında sahip olacağı yetkiler değişiklik arz etmektedir.⁴⁰ Bu nedenle

³⁸ Adaletin selameti açısından zorunlu müdafii gerekip gerekmediğinin tespitinde davanın sanık bakımından önemi ve ağırlığı belirleyici rol oynamaktadır. Davanın ağırlığında kuşkusuz en önemli kriterlerden birisi dava sonucu söz konusu olabilecek hapis cezasının süresidir. Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan sanığın sürücü belgesine ya da ülkede bulunan yabancıların pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da söz konusu kişiler bakımından bu müeyyidelerin oldukça ağır olduğu aşikardır. **VOLK**, s.106; Ayrıca sanığın muhakemenin gerçekleştirildiği dili anlamaması da bu noktada belirleyicidir. Ancak bizim hukukumuz bakımından bu haller zorunlu müdafilik kapsamında düzenlenmemiştir. Zorunlu müdafilik bakımından taraf devletin sorumluluğu sadece müdafii atanması ile de ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca yetkili resmi makamlar zorunlu müdafii sanığın savunması bakımından etkin olup olmadığına da dikkat etmelidirler. Savunmanın yeterli olmadığı açıkça görülmesi halinde, sanığa muhakkak yeni bir müdafii atanmalıdır. **LADEWIG**, s.96

³⁹ **SCHROEDER**, s.62 vd. Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyumsuzlukta şüpheli veya sanığa bir müdafii atanması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s.224

⁴⁰ Hamide ZAFER, **Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, 295

söz konusu teorilere burada kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz.⁴¹

B. Organ Teorisi

Bu görüşe göre müdafî, her şeyden önce hukuk devleti ilkesini garanti altına alan bir adli organdır. Çünkü en azından ağır ceza gerektiren davalarda müdafîin katılımı olmaksızın hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılamanın yapılamayacağı ileri sürülmektedir.⁴² Müdafîin sanığın haklarını korumaya yönelik görevi, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği şekilde bir muhakemenin gerçekleşmesine yardımcı olmak suretiyle, kamusal menfaate de hizmet etmektedir. Müdafî, sadece görünüş olarak tamamen devletin menfaatlerine karşı hareket etmektedir. Gerçekte ise o, sanığa destek vermekle silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesini sağlamış ve böylelikle toplumsal menfaate de hizmet etmiş olur. Çünkü demokratik bir toplumun bireyleri aynı zamanda birer potansiyel suçlu olarak adil bir muhakemenin garanti edilmiş olduğunu bilmek isterler.⁴³ Bu bağlamda organ teorisi, müdafîin, savcı ve hakimle aynı statüde bir adli organ olduğunu kabul eder.

Ayrıca bu görüşte, müdafîin hukuki statüsünün de sanığınkenden tamamen ayrı olduğu kabul edilir.⁴⁴ Bu nedenle avukat olan birisi kendi kendisini müdafî olarak savunamaz ve buna bağlı olarak kendisinin sanık olduğu bir davada sadece müdafîe tanınan yetkileri kullanamaz.⁴⁵ Alman doktrininde baskın görüş de, burada anlatıldığı üzere, müdafîin adli bir organ olduğu şeklindedir. Alman Avukatlık Kanunu (Bundesrechtsanwaltschaftsgesetz-BRAO) m.1’de de, müdafîin *adli bir organ* (Organ der Rechtspflege) olduğu hükme bağlanmıştır.⁴⁶

⁴¹ Müdafîin hukuki statüsüne ilişkin teoriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **CENTEL, Müdafî**, s.40 vd.; **ZAFER**, Müdafîin Sorumluluğu, s.296 vd.

⁴² **BEULKE**, s.89 vd.

⁴³ **BEULKE**, s. 90

⁴⁴ Seçilmiş müdafî ile sanık arasındaki hukuki bağ, konusu, bir hizmetin ifasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesiyle kurulur. Bu hukuki bağa ve sanık tarafından sözleşme gereğince yapılan ödemeye rağmen, müdafî sanıktan bağımsızdır. **BEULKE**, s. 92 vd.

⁴⁵ **VOLK**, s.103

⁴⁶ **VOLK**, s.102; **RANFT**, s.91; **BEULKE**, s.89. Bununla birlikte StPO’nun 137. maddesinde müdafîin sanığın yardımcısı olduğu sonucuna ulaşılacak bir düzenleme de bulunmaktadır. **RANFT**, s.91

C. Menfaat Temsili (Sözleşme) Teorisi

Bu görüşe göre müdafî, sanığın vekilidir. Bu itibarla müdafîin yaptığı işlemler, sanığın işlemleri olarak geçerlidir.⁴⁷ Bu teoride müdafîin adli organ olma özelliği tamamen bir kenara bırakılır ve o, saf bir taraf menfaati temsilcisi (Parteiinteressenvertreter) olarak kabul edilir.⁴⁸ Maddi açıdan ele alındığında, savunma muhakemeden doğrudan etkilenen kişi olarak sanığın kararlarına bağlı şekilde oluşturulur ve sanık menfaatlerini bağımsız olarak belirler. Müdafî ise ona sadece yardımcı olmaktadır.⁴⁹ Bir başka deyişle müdafî, bağımsız bir organ değil, sanığın direktifleri ile bağlı bir yardımcıdır.⁵⁰

Bu teoride savunmanın amacı hukuk devletine uygun bir muhakeme gerçekleşmesine hizmet etmek değil, bilakis sanığın eksikliklerini kapatmaktır. Bu doğrultuda, sanığın menfaatlerinin koruyucusu ve temsilcisi olarak müdafîin, tıpkı temsil ettiği sanık gibi muhakeme sırasında yalan söyleyebilmesi de bu görüşe çok uzak bir düşünce değildir.⁵¹

D. Sınırlandırılmış Organ Teorisi

Bu görüş organ teorisi temeline dayanmakla birlikte, bazı durumlarda savunmanın etkinliği adına müdafîin adli bir organ gibi hareket etmemesi gerektiğini savunur. Buna göre, savunma adına müdafîin, yalan söylemesi, belgeleri değiştirmesi ve hepsinden önce sanığın haksız yere cezasız kalmasına neden olması yasaktır. Eğer gerçeğe aykırı iddialarda bulunursa, cezai sorumluluğu olacaktır.⁵²

⁴⁷ **CENTEL-ZAFER**, s.168

⁴⁸ **VOLK**, s.103

⁴⁹ **BEULKE**, s.91

⁵⁰ **VOLK**, s.103; bununla birlikte bizim doktrinimizde müdafîin sanığın yardımcı olduğunu söyleyen ancak aynı zamanda bağımsız olduğunu da savunan yazarlar vardır. Kanaatimizce bir konuda yardımcılık ve bağımsızlık terimlerinin aynı şekilde bulunmasının mümkün olamayacaktır. Nitekim yardımcı statüsü taşıyan, yardım ettiğiyle bağlıdır. Müdafîin sanığın yardımcısı olduğu konusunda bkz. Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAŞIZ-İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.242; Bahri ÖZTÜRK-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SİRMA-Yasemin F.S. KIRIT-Özdem ÖZAYDIN-Esra A. AKCAN-Efser ERDEM, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.232; **CENTEL-ZAFER**, s.170 vd.

⁵¹ **VOLK**, s.103

⁵² Eğer müdafî kendisi yalan söylemez; ancak yalan söyleyen (ve bu bağlamda cezai

Bu teoride, müdafiden öncelikle kovuşturma organlarına karşı mümkün olduğunca etkili ve yoğun bir savunma beklenir. Ancak bunu yaparken hukuk düzenince kendisine tanınan hakları da kötüye kullanmamalıdır. Ayrıca müdafii hiçbir şekilde yalan da söyleyemeyecektir.⁵³ Bunlar dışında bu teori bakımından, mahkemeye ilişkin bir yükümlülüğün tamamen müdafii üzerine yüklenmesi de kabul edilemez. Örneğin, soruşturma sırasında hukuka aykırı yolla delil elde edilmişse, mahkeme değerlendirme yasağını müdafii bunu ileri sürmese de gözetmelidir. Sırf müdafii ileri sürmedi diye bu husus göz ardı edilemez. Ayrıca sanığın hakları müdafii var diye de kısıtlanamaz. Örneğin, sanık, duruşma sırasında delil ikamesine veya kovuşturmanın genişletilmesi talebine ilişkin hakkını kötüye kullandı diye, bundan sonra delil ikamesi veya kovuşturmanın genişletilmesi talebini sadece müdafii üzerinden kullanabilir diye bir karar verilemez.⁵⁴ Ayrıca müdafii hiçbir zaman muhakemenin diğer taraflarını, bilgilendirme yükümlülüğü altına sokulamaz.⁵⁵

V. MÜDAFİ İLE SANIK ARASINDAKİ GÜVEN İLİŞKİSİNİN ÖNEMİ BAĞLAMINDA MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Müdafiden faydalanma hakkının anlamlı olabilmesi için müdafii ile sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisi ve özellikle de sanığın müdafiiine güvenmesi çok önemlidir. Aksi takdirde ona uyuşmazlık konusu olayla ilgili tüm bildilerini anlatmayacak, kendi aleyhine olan hususları gizleme yoluna gidecektir. Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin müvekkilinden herşeyi tam olarak öğrenemeyen, sanığın gözünden gerçekleşen olayı tüm çıplaklığıyla göremeyen müdafii ise sanığa gerektiği şekilde hukuki yardımda bulunamayacaktır. Bu koşullar altında güven ilişkisinin olmadığı bir ikilinin ise ortaya güçlü ve etkili bir savunma tezi koyabilmesi son derece güçtür.

Sadece müdafii-sanık ilişkisinin değil, sosyal hayattaki birçok birlikteliğin ol-

sorumluluğu bulunmayan) sanığın yalanına iştirak ederse, bu durumda ne olacağının bu teori bakımından hala net olmadığını ileri sürülmektedir. **VOLK**, s.104

⁵³ **BEULKE**, s.90

⁵⁴ **BEULKE**, s.90 vd.

⁵⁵ Müdafiiin, yeni atanan bir müdafii bilgilendirme yükünün olup olmadığı ise bu teori bakımından tartışmalıdır. Bkz. **BEULKE**, s.91(dipnot 14)

ması gerektiği şekilde devam edebilmesi, tarafların birbirine güvenini gerektirir. En basitinden birisiyle bir yola çıkacaksanız, yolun sonuna veya anlaştığınız yere kadar o kişinin size eşlik edeceğini bilmek, ona bu konuda güvenmek istersiniz. Eğer o kişinin yolda karşılaacağı daha cazip bir yol arkadaşıyla yola devam edebileceğini ya da yol boyunca sizin aleyhinize olabilecek davranışlarda bulunabileceğini düşünüyorsanız ya yola o kişiyle çıkmaz ya da çıkmışsanız onunla mesafeli olmayı tercih eder ve sürekli tetikte durursunuz. Dolayısıyla yol arkadaşlığı bile, yol arkadaşının “kendisini satmayacağını” bilmeyi, bu güven hissine sahip olmayı gerektirir.

Yol arkadaşlığından çok daha önemli bir amaca hizmet eden ceza muhakemesindeki kolektif savunma faaliyetinde ise bu güven ilişkisinin bulunması savunmanın etkinliği bakımından zorunludur. Eğer sanık müdafinin kendi aleyhine hareket edebileceği düşüncesinde olursa, ona hiçbir zaman tam olarak güvenmeyecek, bu da savunmanın etkinliğine yukarıda aktardığımız gerekçelerle zarar verecektir. Bu bağlamda etkin bir savunmanın teminat altına alınabilmesi için müdafinin sanık aleyhine hareket edememesinin hukuki teminat altına alınması gerekir. Nitekim ancak kendisini “satmayacak” bir müdafie sanığın güvenmesi söz konusu olabilir. Bu bağlamda CMK m.46/1’de avukatlar görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme imkanına sahip kılınmışlardır. Hatta açık kanuni düzenlemeye göre ilgili kişi yani sanık rıza gösterse bile, avukatın tanıklık yapmama imkanı bulunmaktadır (CMK m.46/2).

Bu açıklamalar ışığında müdafinin hukuki statüsüne ilişkin teorileri değerlendirecek, müdafii sadece bir adli organ ya da sanığın temsilcisi olarak görmek uygun değildir. Çünkü birinci kabule bağlı olarak, adli organ olmanın verdiği yükümlülükle müdafii, maddi gerçeğin bulunması adına müvekkilinin aleyhine hareket etme durumunda kalabilecektir. Bu ise savunmanın etkinliğini bozacak, müdafii-sanık arasındaki güven duygusunun sarsılması nedeniyle, sanığın bir türlü müdafiiine güvenememesi sonucunu doğuracaktır. İkinci kabul halinde ise, temsil sözleşmesinin doğal sonucu olarak, asilin yapmaya yetkili olduğu hemen her şeyi, vekilin yapması da mümkün olduğundan, müdafiiin sanık gibi yalan söylemesi, duruşmayı uzatmak adına hileli yollara başvurması olağan

karşılancak ve bu hallerde müdafinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu teori gereğince müdafii, sanığa tamamen bağı bir yardımcı konumuna gelecek, sanık lehine bile olsa ondan bağımsız hareket edemeyecektir.

Bu nedenlerle biz sınırlandırılmış organ teorisinin kabulünün daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla, müdafii, hiçbir şekilde sanığın aleyhine hareket edemeyen bir adli organ olarak kabul edilmelidir.⁵⁶ Adli organ olmanın gereğı olarak yalan söyleyemez, sanığın lehine olsa bile hileli yollara başvuramaz. Sanığın aleyhine hareket edememesi nedeniyle, ondan öğrendiğı ve onun aleyhine olan hususları mahkemede açıklayamaz. Dolayısıyla her söylediğı doğru olmalı ama her doğruyu (sanığın aleyhine olanları) söylememelidir. Bu şekilde öğrendiğı bilgiler dolayısıyla onun aleyhine tanıklık edemez. Müvekkilinin aleyhine olan hususlarda yalan söyleyemeyeceğı gibi, doğruyu söylemeye de zorlanamaz. Bu durumda müdafinin sessiz kalma hakkı, onun görevini gereğı gibi yapabilmesinin en öncelikli şartlarındandır.

Müdafinin sanığın aleyhine olan doğruları söylemek konusunda sessiz kalmasının gerekliliğı belki ilk başta rahatsız edici gelebilir; ancak yukarıda da belirttiğimiz müdafii-sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisini bakımından böyle bir kabul zorunludur. Kaldı ki, tüm teşkilatlanmasıyla savcılık ve onun emrindeki kolluk sanığın aleyhine olan hususları araştırmakta ve iddia faaliyetini yürütmektedirler. Böylesine iyi yapılandırılmış bir iddia organizasyonu karşısında sanığında yanında ancak onun lehine hareket edebilecek, güvенеbileceğı bir hukukçunun bulunması çoğı kez silahların eşitliğı bakımından zaruridir.

VI. HUKUK SİSTEMİMİZDE MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN GÖRÜLEN BAZI SORUNLARIN TESPİTİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

-Müdafii görevlendirilmesi bakımından uygulamamızdaki en önemli sorunlardan bir tanesi, atanmış müdafilik görevinin bu işle görevlendirilen bazı avukatlar tarafından layıkıyla yapılmaması ve buna bağılı olarak müdafiden faydalanma hakkının sadece görünüşte yerine getirilmesidir.⁵⁷ Gerçekten de

⁵⁶ Centel-Zafer, müdafinin, sanığın yardımcısı olarak kabul edilmesi gerektiğı; ancak sınırlı bir adli organ olduğunu söylemenin de yanlış sayılmayacağını ileri sürmektedirler. **CENTEL-ZAFER**, s.170, 171

⁵⁷ Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hakan KARAKEHYA, "Ceza Muhakemesi Uygu-

uygulamada bazı avukatlar, atanmış müdafilik görevini usulen yapılan bir görev gibi algılamakta, şüpheli veya sanığa gerçek bir müdafii desteği sağlamaksızın sadece bir imza atmak suretiyle müdafilik yapmaktadır. Bu bağlamda piknik yaparken aldığı telefon üzerine şortuyla karakola gelip “siz ifadeyi alırsınız” diyerek tutanağa imza atıp pikniğine devam etmek için karakoldan ayrılan ya da polislin “biz ifadeyi almıştık” şeklindeki beyanı üzerine, “ne güzel ben de tutanağı imzalayıvereyim” deyip hazır tutanağa imza atan avukatlara çok da az olmayan sıklıkla rastlanmaktadır.⁵⁸ Bu bağlamda işi gerçekten layıkıyla yapan birçok avukat da vardır. Bu avukatları, tenzih ederek ifade edelim ki, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hareket eden avukatların sayısı da maalesef hiç az değildir. Bununla birlikte karakolda ifade alınıncaya kadar bekleyen ama sadece bekleyen ve şüpheliye en ufak bir hukuki yardımda dahi bulunmayan avukatlar da vardır. Hatta bu durum o kadar vahim bir hale gelmiştir ki, daha önceden karakola gelip birkaç defa atanmış müdafiiin yardımından yararlanan şüpheliler, daha sonraki gelişlerinde kendilerine bir müdafiiin hukuki yardımından faydalanmak isteyip istemedikleri sorulduğunda, “nasıl olsa bir imza atıp gitmeyecek mi, bırakın gelmesin, istemiyorum” şeklinde beyanlarda bulunmaktadırlar.

Avrupa Birliği’ne giriş sürecinde sanık haklarını güvence altına almak adına birçok hukuki düzenleme yapılmıştır. Mali durumu iyi olmayan ve isteyen her şüpheliye bir müdafii atanması imkanı sağlamak, zorunlu müdafiliğin kapsamını genişletmek de bu düzenlemeler kapsamında getirilen yeniliklerdir. Ancak verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, bu düzenlemelerle amaçlanan hedeflere birçok olay bakımından ulaşılamamakta ve sanığın müdafiden faydalanma hakkı görünüşte yerine getirilmiş olmaktadır.⁵⁹

lamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar,” **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012 (10-14 Ocak 2012)**, Cilt 3, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2012, s.236 vd., **BAŞBÜYÜK**, s.1366 vd.

⁵⁸ Uygulamada hala, kolluk ifade alma dahil her türlü soruşturma işlemini yaptıktan sonra müdafii ifade tutanağını imzalamaya davet edebilmekte, müdafiiin tutanağı imzalaması da hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir beyanı görünüşte hukuka uygun hale getirebilmektedir. Soruşturma evresinin efendisi savcı, bu tür uygulamaların önüne geçmek adına gerekli tedbirleri almalıdır. ÖZTÜRK-ERDEM, s.315

⁵⁹ Kovuşturma evresi bakımından, kanunun zorunlu müdafiiin görevini gerektiği şekilde yapmadığını denetleme yetkisini mahkemeye verdiği konusundaki açıklamalar için bkz.

Atanmış müdafî olarak görevlendirilen bazı avukatların bu şekilde görevlerini layıkıyla yapmaktan kaçınmalarının temelinde birkaç önemli nedeni olduğunu düşünmekteyiz. En önemli nedenlerden birisi atanmış müdafî olarak görevlendirilen avukatlara ödenen ücretlerin düşüklüğüdür.⁶⁰ Uygulamada CMK tarifesi olarak ifade edilen tarife üzerinden ödenen düşük ücretler karşısında birçok avukat, “bu kadar para için emek vermeye değer mi” düşüncesine kapılmaktadır. Ancak buna rağmen hiç olmazsa büronun temel ihtiyaçlarını karşılamak için düşüncesiyle de CMK listelerine yazılmaktan geri kalmamaktadırlar. Bir de özellikle bazı karakollarda, sanığın haklarını sonuna kadar savunan avukatlara nezaketli davranılmaması da düşük ücretlerle birleşince, avukatların görevlerini layıkıyla yerine getirme motivasyonları iyice azalmaktadır. Nitekim müdafî tarafından sanığa susma hakkını kullanması gibi bazı telkinler yapıldığında, polislerin ters bakışları ve homurdanmalarına muhatap olmak birçok avukata ağır gelmektedir. Bu tür durumlarda dirayetli bir avukattan dik durması beklenirken, maalesef birçoğunda “üç yüz lira para için mi bu adamlarla didişeceğim” düşüncesi oluşmaktadır. Oysa avukat “siz ifadeyi zaten almışsınız” dediği veya hiçbir şeye karışmadan ifade alma sırasında beklediği durumlarda, “iyi günler avukat bey,” “teşekkürler avukat hanım” gibi ifadelerle gayet nezaketli bir şekilde muamele görüp parasını almaktadır.

Bu bağlamda söz konusu sorunların çözümü için baroların atanan müdafî-

ÖZTÜRK-ERDEM, s.316

⁶⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2015 Yılı Tarifesi şu şekildedir:

Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince yapılan hukuki yardımlara yönelik işlemlerde;

- a) Soruşturma evresinde takip edilen işler için 200 TL,
- b) Sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 309 TL,
- c) Asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 340 TL,
- ç) Ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 613 TL,
- d) Çocuk mahkemeleri:
 - 1) Çocuk mahkemelerinde takip edilen davalar için 340 TL,
 - 2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 613 TL,
- e) Askeri mahkemelerde takip edilen davalar için 340 TL,
- f) İcra Ceza ve Fikrî ve Sinaî Haklar ceza mahkemesi gibi mahkemeler ile İnfaz Hâkimliklerinde takip edilen davalar için 340 TL,
- g) Kanun yolları mahkemeleri:
 - 1) Bölge adliye mahkemelerinde görülen duruşmalı davalar için 613 TL,
 - 2) Yargıtay da görülen duruşmalı davalar için 688 TL, ödenir. <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=11400>

lerin görevlerini layığıyla yerine getirip getirmediğini denetlemesi, listelere yazılan avukatlara yönelik gerçekleştirilecek meslek içi eğitimlerde bu sorunun sürekli gündemde tutulması, atanmış müdafilik için öngörülen düşük ücretlerin iyileştirilmesi ve aşağıda da ele alacağımız üzere sanıklara atanacak müdafii seçme hakkı tanınması ilk elden yapılması gerekenlerdir.⁶¹

-Avukatların müdafilik görevlerini yerine getirirken karşılaştıkları en önemli sorunlardan birisi de kolluk görevlilerinin karakollarda avukatlara karşı sergiledikleri tutum olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de şüpheliye etkili bir hukuki yardımda bulunmak isteyen avukat, kolluk tarafından düşman gibi algılanmakta bakışlarla ve homurdanmalarla taciz edilebilmektedir. Verilen eğitimin yetersizliğinden mi kaynaklanmaktadır bilinmez ama hala birçok kolluk görevlisi, müdafii şüpheliye susma hakkını hatırlatmasını veya susma hakkını kullanmasını telkin etmesini hukuka aykırı veya gayri ahlaki bir işlem olarak algılamaktadır.⁶² Oysaki bu hak şüphelinin en temel haklarından ve savunma bakımından gerekli gördüğü durumlarda müdafii, bu hakkı kullanmasını şüpheliye telkin etmelidir. Bu onun görevinin bir parçasıdır. Ancak belirttiğimiz üzere bu görevi yerine getiren müdafii kollukta anlamsız davranışlarla karşılaşabilmektedir.⁶³

⁶¹ Sanığa atanmış müdafii seçme hakkı tanınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz TEPECİK-Hakan KARAKEHYA, "Sanığa Atanmış Müdafii Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler," **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2007, s.44 vd., Murat Volkan DÜLGER, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012 S.4, s.71 vd.

⁶² Susma hakkı yakalandıktan hemen sonra ve yine aynı şekilde ifade alma ve sorgu öncesinde şüpheli veya sanığa hatırlatılması gereken en önemli haklardan biridir (CMK m.90, m.147, m.191). Bu hak aynı zamanda adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan alt haklardan olan, suçsuzluk karinesinden faydalanma hakkının da temel bir gereğidir (Ayrıntılı açıklama ve gerekçe için bkz. Hakan KARAKEHYA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s.160 vd. Susma hakkının sanık bakımından iki önemli yansıması vardır. Birincisi sanık konuşmaya zorlanamaz; ikincisi ise konuşmaması ve susması aleyhine delil olarak kullanılmaz.

⁶³ Polisin, avukatın şüpheliyle görüşmesine ve ona hukuki yardımda bulunmasına ilişkin bakış açısını yansıtmaması bakımından, bir emniyet müdürlüğü sitesinde yer alan bir çalışmanın şu kısmını aktarmayı faydalı buluyoruz: "Yakalanan kişi müdafii ile vekaletname aranmaksızın her zaman görüşebilir. Buna dayanılarak şüpheliler ile görüşen avukatlar yakalamadan hemen sonra delillerin tam olarak toplanmamasına, diğer tutanak ve işlemlerin tam olarak yapılmamasına rağmen güvenlik güçlerinden hemen şüphelinin ifadesinin alınmasını istemektedirler. Kendileri ile soruşturmanın devam ettiği, ifade alma aşamasına gelinmediği,

Bununla birlikte bazı karakollarda müdafinin şüpheli ile yalnız görüşme imkanı, olması gerektiği şekilde sağlanamamakta, konuşma sırasında kolluk görevlileri bazen başka işler nedeniyle, sürekli o odaya girip çıkmaktadırlar. Karakoldaki bu davranışlar karşısında görevin layığıyla yapılabilmesi için birçok kez deyim yerindeyse polisle cebelleşmek göze alınmalıdır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere özellikle atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde düşük ücretler nedeniyle, bazı avukatlar, “bu para için mi polisle cebelleşeceğim” düşüncesine kapılarak, “olduğu kadar” savunma yapmaktadırlar.

Söz konusu sorunun aşılması için öncelikle daha nitelikli kolluk kuvveti yetiştirilmesi ve savcılarının adli kolluğun amiri olarak gerçekleştirilen bu tür hukuka aykırılıkları daha yakından takip etmesi gereklidir. Özellikle savcılarının avukatlardan gelen şikayetleri göz önünde bulundurarak, sürekli şikayetlerin geldiği karakolları daha yakın mercek altına almaları sorunun azalmasında önemli rol oynayacaktır.

-Müdafilikle ilgili bir diğer önemli sorun da hakim ve savcılarının avukatlara bakış açısıdır. Birçok hakim ve savcı özellikle müdafileri işi sürüncemede bırakmaya meyilli kişiler olarak görmekte, onların sözlü beyanlarını dikkate almamakta, yazılı beyanlarını ise birçok kez okumaya dahi değer görmemektedirler. Bu önyargılar ise müdafinin yapmakla yükümlü olduğu kamusal görevin layığıyla yerine getirilmesine engel olmaktadır. Gerçekten de beyanı dikkate alınmayan, yazdıkları okunmayan bir avukatın mesleğini layığıyla icra etmesi nasıl mümkün olacaktır. Bununla birlikte hakim ve savcılarda bu düşüncelerin oluşmasına neden olan davranışlar da birçok kez avukatlar tarafından sergilenmektedir. Ancak ne olursa olsun bir hakim veya savcının, karşısındaki kamusal savunma makamını işgal eden müdafii görmezden gelmesinin hiçbir haklı açıklaması olamaz kanaatindeyiz.

gelindiğinde ifade alınırken bilgi verileceği söylenirken sürtüşmeler olmaktadır. Diğer araştırma ve incelemeler yapılmadan ifade alınması suçun tam olarak ortaya çıkarılmasını engellemektedir. Yasal süresi içinde olmak kaydı ile güvenlik güçlerinin konu ile ilgili tüm araştırmasını yapıp gerekli tutanakları düzenledikten sonra ifade alma aşamasına gelindiğinde avukatın bulunabileceği bu konuda insiyatifin soruşturmayı yürüten güvenlik güçlerinde olduğu konusunda düzenleme yapılması gereklidir.” http://www.bursa.pol.tr/?bem_mmk&I-D=25&polis-avukat-iliskileri

-Ayrıca belirtmek gerekir ki; CMK'nın 201. maddesinde müdafiler bakımından da güvence altına alınan doğrudan soru sorma yetkisi, uygulamada birçok hakim tarafından müdafilere (ve hatta genel olarak avukatlara) tanınmamaktadır. Ya da bir avukat bu yetkiyi kullanmak istediğinde bazı hakimler, yetkiyi kullandırsalar bile huzursuzluklarını belli ederek avukat üzerinde baskı oluşturmaktadırlar. Eğer avukata doğrudan soru sorma yetkisi verirse duruşma düzenini sağlamayacağı, dizginleri başkasına kaptracağı ya da duruşmanın gereksiz uzamasının söz konusu olacağı gibi kaygılarla hakimlerin doğrudan soru sorma yetkisine mesafeli oldukları görülmektedir. Özellikle ağır ceza mahkemesi başkanları arasında azımsanmayacak oranda rastlanan bu durum, müdafii doğrudan soru sorma yetkisinin fiilen kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu yetki kullanılmayan veya kullanılmakla birlikte yargılama makamındaki huzursuzluk kendisine hissettirilen avukat ise, bu duruma itiraz edememekte ve çoğu kez aynı mahkemede doğrudan soru sorma yetkisini kullanmamaktadır. Bu duruma niye itiraz etmedikleri ya da niye ısrarcı olmadıkları kendilerine sorulduğunda ise, "hakimle kötü olmak istemiyorum, aksi takdirde benimle ilgili düşünceleri müvekkilimin durumuna etki edebilir" ya da "başka bir davada yine bu adamın önüne geleceğim aramı kötü tutmak müvekkillerim aleyhine sonuç doğurabilir" gibi nedenler ileri sürülmektedir. Ancak avukatların bu konuda daha cesur hareket etmeleri gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde hukuken kendilerine tanınan hakkın, fiilen hiç kullanılmaması gibi bir uygulama ortaya çıkacaktır.

-Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu da, atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde şüpheli ve sanığın kendisine atanacak müdafii seçme hakkı bulunmamasına ilişkindir. İç hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler karşısında sanığın kendisine atanacak müdafii seçme şansı bulunmamaktadır. Benzer şekilde adil yargılanma hakkının düzenlediği AİHS'nin 6. maddesinde, atanacak müdafii seçme hakkının sanığa tanınması, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak düzenlenmemiştir. Ancak 6. maddedeki kriterler adil yargılanma hakkının minimum kriterleridir.⁶⁴ Yani taraf devletler en azından bu maddede ifade edilen hakları sanıklara tanımalıdırlar. Ancak elinde

⁶⁴ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, s.24

gerekli imkanları olan bir taraf devlet, vatandaşını bu minimum kriterlere mahkum etmek istemiyorsa, elbette ki bu maddede belirtilen haklardan çok daha fazlasını kendi vatandaşlarına tanıyabilecektir. Bu itibarla gerekli kaynak ve imkanların oluşturulması halinde, başka ülkelerdeki uygulamalardan da faydalanmak suretiyle, şüpheli veya sanık statüsündeki vatandaşlarımıza, kendilerine atanacak müdafileri seçme hakkını tanımak gerektiği kanaatindeyiz.

Kaldı ki; sanığa atanmış müdafini seçme hakkının tanınmadığı hallerde, sanık müdafinden en kötü hizmeti bekleyecektir. Müdafii açısından ise, sanığa karşı sorumluluklarını tam olarak yerine getirmesi için bir teşvik mekanizması olmayacaktır. Çünkü avukat, işini, minimum gerekleri yerine getirerek yaptıktan sonra, listeden sırası geldikçe atanmış müdafii olarak görevlendirilmeye devam edecektir. Bu itibarla avukatın, atanmış müdafii olarak görev yaptığı hallerde, asgari özen göstermesi ve savunma konusunda asgari çaba harcaması çok uzak bir ihtimal değildir. Dolayısıyla sanığa seçme hakkı tanınmaması savunma hizmetinde kalite düşüklüğüne yol açmaktadır kanaatindeyiz.⁶⁵ Sanığa müdafini seçme hakkının tanınması, böylelikle müdafileri işlerini daha iyi yapmaları konusunda teşvik ederken; sanıkları da daha iyi hizmet alacakları konusunda ikna için bir basamak teşkil edecektir.

Buna ilişkin bir uygulama belirli sınırlılıklar içerisinde de olsa Almanya'da bulunmaktadır. Bu ülkenin Ceza Muhakemesi Kanunu olan Strafprozessordnung'un (StPO'nun) 142. maddesindeki düzenleme ile en azından ilke olarak şüpheli veya sanığa, kendisine atanacak müdafii seçme hakkı tanınmıştır. Buna göre; atanmış müdafilik yapacak avukatların listesi hakiminde bulunmakta ve atanmış müdafileri hakim tayin etmektedir. StPO'daki açık düzenlemeye göre, hakim bu şekilde müdafii tayin ederken sanığa elindeki listeyi göstermekte ve ona listeden istediği herhangi bir avukatı müdafii olarak belirleme hakkı tanımaktadır. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir. StPO'daki düzenlemeye göre, hakim, geçerli bir sebep olmadıkça sanığın seçtiği avukatı atamalıdır. Ancak geçerli ve makul bir nedenin olduğu hallerde, sanığın seçtiği avukatı müdafii olarak atamama yetkisini de haizdir.⁶⁶

⁶⁵ Aynı yönde bkz. **TEPECİK-KARAKEHYA**, s.46

⁶⁶ Lutz MEYER-GOßNER, **Strafprozessordnung(Kommentar)**, C.H. Beck, München 2003, s.552

Bu bağlamda son olarak belirtmek isteriz ki, savunduğumuz görüşe karşı, *“Bu anlayış, avukatlara olan güvensizliği yansıtır. Her avukat işini ne olursa olsun en iyi şekilde yapar. Nitekim yeni hukuki düzenlemelerde de avukatlar birer yargı organı olarak kabul edilmişlerdir. Ayrıca kamu adına görev yaparlar.”* şeklindeki söylemler, her ne kadar bu meslek mensuplarına hoş gelebilecek retorik sözlerse de, içerik olarak çok iyi mantıksal temellere dayanmamaktadır. Nitekim avukatlar da insandır, onların da bir takım hırsları, tutkuları ve zaafaları vardır. Dolayısıyla her insan da görülebilecek olan zaafaların avukatlar da da olabileceğini baştan kabul etmek bizi daha mantıklı sonuçlara götürecektir.⁶⁷

SONUÇ

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını yapan avukata müdafî denilmektedir. Müdafî kamusal bir organ olarak savunma faaliyetine katılmakta ve maddi gerçeğin en doğru haliyle ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. Hukukumuzda kural olarak müdafî ile savunma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, kanunkoyucunun bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın savunmanın etkin şekilde yapılamayacağını kabul ettiği haller (zorunlu müdafîlik halleri), bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Muhakeme sürecinde ceza tehdidi ve baskısını doğrudan üzerinde hissedilen sanık, psikolojik olarak zor durumdadır. Dolayısıyla çoğu kez soğukkanlı hareket edemez. Bu itibarla ceza davalarında defalarca müdafîlik yapmış bir kimsenin bile, kendisinin sanık olduğu ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafîin hukuki yardımından faydalanması gerekir.

Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalardaki gibi, yine tarafı olduğu AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, müdafiden faydalanmak sanıklar bakımından temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Buna göre, suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin*

⁶⁷ TEPECİK-KARAKEHYA, s.46 vd.

yardımdan yararlanabilmek hakkına sahiptir. Bu bağlamda bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece kovuşturma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da geçerli bir haktr.

Müdafinin hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre müdafinin temsilcisi iken, bir başka görüşe göre adli bir organdır. Ancak teoriler ayrıntılı olarak ele alındığında, müdafinin sanık aleyhine hareket edemeyen (sınırlandırılmış) bir adli organ olarak kabulünün daha doğru olduğu sonucuna ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Nitekim müdafiden faydalanma hakkının anlamlı olabilmesi için müdafinin ile sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisi ve özellikle de sanığın müdafisine güvenmesi büyük önem arz etmektedir. Müdafinin hem sanıktan büyük oranda bağımsız kamusal bir organ olduğunu hem de onun hareket edemeyeceğini vurgulamak bakımından sınırlandırılmış adli organ teorisini daha tutarlı görmektedir.

Müdafiliğe ilişkin olarak uygulamamızda ciddi sorunlar bulunmaktadır. Bunlardan başlıcaları; atanmış müdafilik ücretlerinin düşüklüğü ve buna bağlı olarak bazı atanmış müdafilerin görev yapmadaki isteksizlikleri, görevini yapan müdafinin kolluğun olumsuz bakış açısı, hakimlerin ve savcılarının önyargıları, bazı hakimlerin değişik nedenlere bağlı olarak müdafinin doğrudan soru sorma gibi duruşmaya etkin katılımı sağlayan yetkilerini kullandırmama eğiliminde olmaları ve müdafilerin buna ses çıkarmaması, son olarak da sanığın atanmış müdafini seçme hakkının bulunmaması olarak sayılabilir.



KAYNAKÇA

AMBOS, Kai. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

BAŞBÜYÜK, İsa. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (6/3-c) Kapsamında Müdafinin Yardımından Yararlanma Hakkı”, MÜHFHAD Nur Centel’e Armağan, İstanbul 2013

BAYILLIOĞLU, Uğur. “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004

BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005

CENGİZ, Serkan-DEMİRRAĞ, Fahrettin-ERGÜL, Teoman- MCBRIDE, Jeremy-TEZCAN, Durmuş. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Birliği Ortak Yayını, Ankara Kasım 2008

CENTEL, Nur Başar. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984

CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011

DÜLGER, Murat Volkan. “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012 S.4

GROZEV, Yonko –VITKAUSKAS, Dovdyas –ANTHONY, Sian Lewis (Editors), “**Right to a Fair Trial Under The European Convention on Human Rights (Article 6)**” Interights Publish, London 2009

HARRIS, David. “The Right to A Fair Trial in Criminal Proceedings as A Human Right,” *The International and Comparative Law Quarterly*, April 1967, V. 16, N.2

İNCEOĞLU, Sibel. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.330

KARAKEHYA, Hakan. “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar,” **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012 (10-14 Ocak 2012)**, Cilt 3, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2012

KARAKEHYA, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılama Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008

KOCAOĞLU, Serhat. **Müdafî**, Seçkin Yayınları, Ankara 2012

KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

LADEWİG, Hans-Meyer. “Adil Yargılanma Hakkı-II,” in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

MAHONEY, Paul. Right to A Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E. C.H.R, **Judicial Studies Institute Journal**, 2004, V.4, N.2

MALEK, Klaus. **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997

MEYER-GOßNER, Lutz. **Strafprozessordnung(Kommentar)**, C.H. Beck, München 2003

ÖZBEK, Veli Özer-KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray –BACAKSIZ, Pınar -TEPE, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

ÖZTÜRK, Bahri- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F.S. – ÖZAYDIN, Özdem – AKCAN, Esra A. -ERDEM, Efser. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

ÖZTÜRK, Bahri- ERDEM, Mustafa Ruhan. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

PUYENBROECK, Laurens Van - Gert VERMEULEN, Gert. “Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in The EU”, **International and Comparative Law Quartely**, V.60, I.4, October 2011

RANFT, Otfried. **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995

SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999

SILVER, Jay Sterling “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, **Wisconsin Law Review.**, 1990

ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

TEPECİK, Filiz-KARAKEHYA, Hakan.“Sanığa Atanmış Müdafini Seçme Hakkı Ta-

nınması Üzerine Düşünceler,” **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2007

TOLUNER, Sevin. **Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları**, Beta Yayınları, İstanbul 2004

TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006

ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000

ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005

ZAFER, Hamide. **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

<http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=11400> (Erişim T: 25.02.2015)

http://www.bursa.pol.tr/?bem_mmk&ID=25&polis-avukat-iliskileri (Erişim T: 25.02.2015)

MODERN TOPLUMDA HAYVAN HAKLARI ÜZERİNE FELSEFİ BİR YAKLAŞIM

A Philosophical Perspectives on Animal Rights in Modern Society

Doç. Dr. Selim KILIÇ*

ÖZET

Dünya gezegeni, insanla birlikte diğer bütün canlılara ev sahipliği yapmasına karşın, insan diğer canlılara kıyasla daha gelişmiş olan biyolojik özelliklerini kullanarak gezegenin bütün kaynaklarına sahiplenmektedir. Bu sahiplenmenin sonucu olarak insan, ya diğer canlıların yaşam alanlarını yok etmekte ya da onlar için büyük bir tehdit oluşturmaktadır. İnsanın mülkiyet hırsı, sadece toprakları ve hayvanları eşya konumuna indirgemekle kalmamış, aynı zamanda insanı da köleleştirecek kadar ileri gitmiştir. Aydınlanma Dönemi, insanın insanı köleleştirmesi anlayışının yıkılması için önemli bir gelişme olmasına karşın, hayvanların konumunda her hangi bir değişiklik olmamıştır. Bilim ve teknoloji, insan ve doğa gibi kavramların toplumsal alanda algılanışında köklü değişiklikler yaşanmasına yol açmıştır. Bu dönemde hümanizm düşüncesi güçlenerek, insan hakları kavramının gelişmesine önemli katkı sağlamıştır. İnsan merkezli anlayış etkisinde şekillenen hukuk sistemi sayesinde, insanın yaşama olanakları ve kalitesi artmıştır. Ancak hayvanlar açısından bunun tersi yönde bir gelişme olduğu söylenebilir. Aydınlanma öncesi toplumsal alanda insanların hayvanlara karşı tutum ve davranışları, modern dünyanın hukuk sisteminde de varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Günümüzde hayvanlara karşı tutum ve davranışlarımızı belirleyen anlayışın kökleri, Aydınlanma Dönemi öncesi sahip olduğumuz dinsel ve felsefi yaklaşımlarda saklıdır. Aristoteles'in canlı yaşama ilişkin kurmuş olduğu tasarımın Aquinalı Thomas tarafından yorumlanmış şekli modern toplumun hayvanlara karşı tutum ve davranışlarını etkilemeye devam etmektedir. Bu döneminin hayvan hakları açısından en önemli kazanımı, bilim ve teknoloji sayesinde yeryüzündeki bütün canlı yaşamın kuvvetli bağlarla bağlı olduğunun anlaşılmasıdır. Bu sayede toplumsal alanda doğaya yönelik bütüncül bir bakış açısı güçlenebilmiş ve 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra hayvan hakları konusunda çalışmalar artmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hayvan Hakları, İnsan Hakları, Çevre Sorunları, Etik, Din, Kültür.

* Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü.
selimkl@gmail.com

ABSTRACT

Although the World Planet host all living creatures together with human being, human being appropriates the whole planet by using the advantage of his/her advanced biological capacity. As a result of this appropriation, mankind either destroys the living areas of plants and animals, or poses threat to them. The greed of human being has rendered animals and lands as objects, and human being as slave. Enlightenment Era had contributed greatly to end slavery and to emancipate human being, but it did not improve the situation of animals; it is even worsened. In this era, humanist thought had been strengthened by the replacement of traditional institutions by the moderns ones. As a result of all this developments, the quality and means of life for human being have increased, but due to the development of human-centred traditional law, the conditions for animal life have not improved. The behaviour and attitude of human being toward animals before Enlightenment Era has continued in the modern law system too. The interpretation of Aristoteles's model for bio (life) by Thomas the Aquinom has become a booklet which reflects the attitude and behaviour of modern society toward animals. By the means of science and technology, the contribution of Enlightenment to animal rights has been to develop the understanding that the lives of all kinds in the Earth are closely interrelated to each other.

Key Words: Animal Rights, Human Rights, Environmental Issues, Ethic, religion, Cultur



GİRİŞ

Günümüzde hayvan hakları konusu, insan haklarının gölgesinde kalmış son derece kısır bir alandır. Hayvan hakları üzerindeki tartışmaların devam etmesi nedeniyle, bu yöndeki gelişmeler kendisini daha çok düşünsel alanda göstermiştir. Ancak bu düşüncelerin hayata geçmesi ve hukuki bir değer kazanması çok sınırlı bir alanda gerçekleşmiştir. Modern dünyada hayvan hakları konusunun gelişme gösterememesinin arkasında hayvanlara karşı insanların davranışlarını şekillendiren sosyal, ekonomik kültürel, dinsel vb. unsurlar bulunmaktadır. Zaten mevcut hukuk sistemi de insan davranışları temel alınarak düzenlenmiştir.

Irak ve Suriye'deki iç savaş, Avrupa'da ırkçılığın yaygınlaşması, ABD'de 11 Eylül saldırılarından sonra Müslümanlara yönelik tehditler, Filistin, Rusya, Çin gibi ülkelerdeki baskıcı ve ırkçı politikalar vb. gelişmeler, dünya genelinde insan haklarının istenilen düzeye ulaşmaktan çok uzak olduğunu göstermektedir. Gerçi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası çeşitli metinler, bu alanda umut vaat eden adımlar olarak kabul edilebilir. Ancak çevre hakkının insan haklarının parçası sayılması yönündeki taleplere karşı gelen düşüncelerin de olduğunu görmezden gelemeyiz. Dünya üzerinde bir yanda temel insan haklarının bile uygulanmasında sorun yaşanan ülkeler, diğer yanda ise, insan hakkının ileri bir boyutu olarak kabul edilen çevre hakkının uygulandığı ülkeler aynı zaman diliminde yan yana bulunmaktadır.

İnsan hakları konusunda ciddi sorunların bulunduğu bir dünyada, hayvanların konumun ne olacağı konusunda sınırlı ve bir o kadar da etkisiz tartışma ortamının oluşması kaçınılmaz gözükmektedir. Her şeyden önce mevcut dünya düzeni içinde hayvan hakları savunucuları, insan çıkarları için oluşturulan sistem karşısında felsefi açıdan kimi sorunlar yaşamaktadırlar. Geçerli olan hukuk düzeni, sadece insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemekte, aynı zamanda insan dışındaki varlıkların da hukuki statüsünü düzenlemektedir. İnsanın egemen bir varlık olarak yaptığı bu düzenleme, bütüncül çevre etiği açısından değerlendirildiğinde anlaşılabilir nitelikte olmaktan uzaktır. Dünyadaki bütün canlı sistemin bir biriyle ilişkili olduğu, en ilkel canlılardan en gelişmiş canlılara bütün sistemde sürekli bir madde alışverişinin yaşandığı, Aristoteles'ten bu yana bilinmesine karşın, egemen hukuk düzeni bunu görmezden gelmektedir. Hukuk sistemi, ekolojik sistemin bütünlüğünü göz ardı ederek bütün varlıkları insanın tahakkümü altına girmeye zorlamaktadır. Bu tahakkümün boyutları, insanların koyduğu pozitif hukuk kuralları ile doğanın kurallarının birbiriyle çatışır hale gelmesine yol açacak kadar ileri gitmiştir. Bugün yaşadığımız hava kirliliği, küresel ısınma, iklim değişikliği, türlerin yok olması vb. gibi olaylar, bu çatışmanın kaçınılmaz sonucundan başka bir şey değildir.

Bugüne kadar 1.75 milyon yaşam formu biçimsel olarak sınıflandırılmış ve tanımlanmıştır. Dünya üzerindeki biyolojik çeşitlilik konusundaki tahminler

yaklaşık 5 milyondan 300 milyona kadar çıkabilmektedir. Ancak dünya üzerindeki biyolojik çeşitlilik insanlığın tehdidi altındadır. İnsanın yaşam alanını sürekli olarak genişletmesine bağlı olarak birçok canlının soyu ya tükenmiştir ya da sayıları tehlikeli bir noktaya gelmiştir. Bir yandan bitki çeşitliliğinde azalma, diğer yandan omurgalı türlerin azalması, makasın çift taraflı olarak daraldığını göstermektedir¹. Canlı yaşamın bu şekilde yok oluşunun en önemli nedeni, insanların hayvanlara karşı faydacı bir yaklaşım içinde olmasıdır. Genel olarak insanın ehlileştirilebilen ve kendisi için faydalı gördüğü hayvanları korurken diğerlerine karşı bir umursamazlık tavrı içinde olduğu söylenebilir. Evcilleştirilen hayvanlarla insanlar arasındaki hukuki ilişki ise, beslenme, taşıma, güvenlik, eğlence vb. amaçları için araç olarak gören sahiplik-mal ilişkisi üzerine kuruludur.

İnsanın günlük yaşamında, hayvanların konumunun yeniden düzenlenmesini talep edenlerin istekleri, genel olarak hayvanlara karşı kötü muamelenin önlenmesi ile sınırlı kalmıştır. Medya, bilimsel gelişmeler ve artan çevre bilincinin etkisiyle, hayvanlara karşı olumlu yaklaşımları güçlendirmiştir. Ancak bu gelişme, toplumsal alanda parlamentoları etkileyecek boyutlara ulaşmamıştır. Hayvan hakları savunucularının görüş ve düşüncelerinin toplumun geniş bir kesiminde karşılık bulamamasının bunda etkisi olmuştur. Her şeyden önce toplumun çoğunluğunun hayvanların konumunda bir iyileşme ve onlara kimi koruma mekanizmaları getirilmesine hazır olmadıkları söylenebilir. Diğer yandan, evcil hayvanların insan yaşamında önemli bir ekonomik değere sahip olması, insan haklarıyla hayvanlar konusundaki düzenlemeleri kolaylıkla bir biriyle çatışan bir alan haline getirmektedir.

İnsan, faydacı bir yaklaşım çerçevesinde, doğa üzerinde değerli gördüğü her şeye sahiplenmektedir. Üstelik bu süreç içerisinde, kendisinin belirlediği kuralları da adeta doğal yaşama dayatmaktadır. Diğer bir ifade ile insan doğanın kurallarına uymamakta ısrarcı davranmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak havanın, suyun, iklimin, bitkilerin, hayvanların kısaca bütün ekolojik yapının bozulmasına neden olmaktadır. Bugün modern insanın kullandığı insan mer-

¹ Kösters, Winfried, *Umweltpolitik, Themen, Probleme, Perspektiven*, Olzog Verlag, München, 2004, s.66.

kezli hukuk sistemi, gerçekte ekolojik dengeyi sarsan temel bir unsur haline gelmiştir. Bu gelişmenin en önemli mağdurları, kuşkusuz kısa vadede hayvanlardır, ancak uzun vadede insanlar olacaktır. Bu mağduriyeti giderme çabaları, diğer bir ifade ile hayvan hakları konusu, doğayı bütüncül bir yaklaşım çerçevesinde kabul eden felsefi bir yaklaşım çerçevesinde bu makalede ele alınmaktadır.

I. HAYVANLARA KARŞI DAVRANIŞLARIMIZIN KÜLTÜREL KÖKENLERİ

Hayvan hakları kavramı her ne kadar yakın bir tarihte ortaya çıkmış olsa da, kavramın bugüne gelmesinde önceki dönemlerde hayvanlara yönelik görüş ve düşüncelerin derin izleri bulunmaktadır. Önceki tarihlerde çıkarılan kanunnameler, fermanlar ya da benzeri yasal düzenlemeler, hayvanlara karşı bugünkü yaklaşımımızın şekillenmesinde önemli rol oynamıştır. Çeşitli tarihi metinlerde insanların hayvanlara karşı sorumluluklarının ne olduğu, hayvanlara karşı işlenen suçlar ve bunlara verilecek cezalar hakkında bilgiler verilmektedir. Örneğin Mezopotamya bölgesinde bulunan kil tabletleri üzerinde insanların hayvanlara nasıl davranması gerektiği yönünde bilgiler bulunmaktadır. Bu metinler, Ur-Nammu Yasaları (M.Ö. 2100), Lipitiştar Yasası (M.Ö. 900), Eshnunna Yasaları (M.Ö. 1920) ve Hammurabi Yasaları (M.Ö. 1728) olarak bilinmektedir². Mezopotamya bölgesi, Dicle ve Fırat'ın suları ile beslenen, geçimini tarımla sağlayan toplulukların yaşadığı yerlerdir. Hayvan gücünün tarımda yoğun olarak kullanılması, kaçınılmaz olarak hayvanların hukuken korunmasını ön plana çıkarmıştır.

Birçok toplumun hayvanlara karşı davranışlarının kökeninde din ve felsefe temelinde şekillenmiş olan sosyo-ekonomik ve kültürel anlayış yer almaktadır. Bu anlayış zamanla bilimi de etkisi altına alarak, mevcut kültürün hayvanlar konusunda bugünkü noktaya gelmesini sağlamıştır³. Günümüz dünyasında hayvanlara karşı tutum ve davranışlarımızı şekillendiren en önemli norm Batı kültürüdür. Bu kültür, Hristiyanlık-Yahudilik gibi dinlerle ve Eski Yunan kültürünün harmanlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Hristiyanlık-Yahudilik gibi dinlerde

² Gürler, Ayşe Menteş ve Osmanoğlu, Şule, "Türkiye'de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi", Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C: 15(3), (2009), s.325-330.

³ Degrazia, David, Hayvan Hakları, (Çev. Hakan Gür). Dost Kitabevi, Ankara, (2006), S.13.

insanı diğer canlılardan daha üst bir konumda kabul eden ve insanların hayvanlara karşı nasıl davranması gerektiğini belirten birçok ayet yer almaktadır. Doğal olarak bu ayetler, toplumun büyük bir kısmı için uyulması gereken bir norm ya da ibadet olduğundan dolayı, onların hayvanlara davranışlarını doğrudan etkilemektedir⁴.

İnsan hakları, hümanizm gibi kavramlar konusunda Batı'da Aydınlanma sonrası önemli gelişmeler olmasına karşın bunun hayvanlar üzerine etkisi sınırlı düzeyde kalmıştır. İnsan hakları alanında başlayan gelişmeler hala birçok ülkede etkili olmaktan uzaktır. Örneğin modern hukuk sistemiyle birlikte, kadın-erkek ayırımı büyük ölçüde kalkmasına rağmen, bu düzenlemenin gerçek hayatta uygulanmasında sorunlar bulunmaktadır. Tarihsel süreç içerisinde özgürlük, eşitlik gibi kavramların toplumsal alanda genelleştirilmesi, önceki uygulamalardan çıkarları olan kesimler tarafından sürekli olarak engellenmeye çalışılmıştır. Aslında hayvan hakları konusunda yaşanan sorunlar da tıpkı kadın hakları ve Afrika kökenli olanların Batı ülkelerindeki yaşadıkları sorunlara benzemektedir. Gerçekten kadınların toplumsal alandaki konumu, kutsal dinler öncesi de fazla iç acıcı değildir. Ancak kutsal dinler, kadınların toplumsal alandaki konumlarını iyileştirmek bir yana, aksine onların toplumsal yapıdaki bu olumsuz konumlarına dinsel bir meşruiyet kazandırmıştır. Böylece erkek ve kadın eşitsizliği toplumsal alanda giderek güçlenen bir şekilde taban bulabilmiştir. Kutsal kitapların, insanın cennetten kovulmasını, sadece bir kadına ve hayvana bağlaması da onların gelecekte toplumsal alanda sahip olacağı statü hakkında önemli ipuçları vermektedir.

İnsanların bugünkü beslenme alışkanlıklarında hayvanların yer almasında dini metinlerin etkisinin olduğu bilinmektedir. Dini hikâyelerde Âdem ve Havva'nın oğullarının çobanlık yapması, sürülerindeki hayvanları Tanrıya sunmaları, İbrahim ve İsmail arasında geçtiği kabul edilen kurban ritüeli bunlara örnek olarak gösterilebilir. Yine Kuran'ın birçok yerinde, Bakara 196; Ali İmran 183; Maide 2, 27, 95, 97; Hac 28, 30, 34; Saffat 107; Fetih 25, Kevser 2, insan-

⁴ Singer, Peter, Hayvan Özgürleşmesi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, (2005), s.258; Yaşar, Aşkın; Yerlikaya, Halis, "Dünya'da ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Gelişim", Veteriner Bilimleri Dergisi, C:20 S:4, (2004), s.39-46.

lar ve hayvanlar arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine ilişkin önemli ipuçları vermektedir. Örneğin Hac suresinin Diyanet çevirisinde *“Bu böyle. Kim Allah’ın hükümlerine saygı gösterirse bu Rabbi katında kendisi için bir hayırdır. Haramlığı size okunanların (bildirilenlerin) dışında bütün hayvanlar size helal kılındı. Artık putlara tapma pisliğinden kaçının, yalan sözden kaçının.”* ve Kevser suresinde *“Şüphesiz biz sana Kevseri verdik. O Halde, Rabbin için namaz kıl, kurban kes.”* Müslümanlara yasaklananlar dışında bütün hayvanların helal kılındığı ve hayvanların kurban edilebileceği Kur’an’da açıkça belirtilmektedir. Diğer önemli bir gelişme, Nuh Tufanı sonrası insanların boğulmaktan kurtulan hayvanları yiyebilecek olmasıdır. İbrahim’le birlikte hayvanların kurban edilmesi dönemi başlamış ve bugün de etkisini önemli ölçüde sürdüren bir ibadet haline dönüşmüştür⁵.

Batı kültürünün önemli kaynaklardan biri olan Eski Yunan Kültürünün hayvanlar konusundaki yaklaşımı çeşitlilik göstermektedir. Evreni ve dünyayı açıklamaya çalışan doğa felsefeciler, insan ve hayvanlar arasındaki ilişkilerin nasıl olması gerektiğini zaman zaman dile getirmişlerdir. Örneğin Anaksimandros’a göre, yaşamın kaynağında su bulunmaktadır. O, yaşamın suda başladığını ve daha sonra da karaya geçtiğini belirtir. Diğer yandan insanın köken olarak tek bir atadan geldiğini ve onun sudan karaya geçerek zamanla karadaki yaşama uyum sağladığını belirtmiştir. Anaksimandros ileri sürdüğü görüşleriyle adeta Antik dönemin Darwin’i gibidir⁶.

Antik Yunan’da kimi düşünürler ise totem görüşlerin etkisinde kalmış ve düşüncelerini bu çerçevede dile getirmişlerdir. Örneğin bu düşüncenin temsilcisi konumunda olan Pythagoras, insanların ruhlarının hayvanlara geçtiği düşüncesine olan inançtan dolayı, hayvanların etlerinin yenmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Diğer yandan Theophrastos adlı düşünür hayvanların insanlar gibi olmasa da, kısmen akıl yürütebileceklerine inanmaktadır. Nitekim bu düşüncelerin bir yansıması olarak reenkarnasyon inancı, bugün birçok toplumda varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Yunan toplumunda hayvanlar konu-

⁵ Singer, a.g.e, s.259; Armutak, Altan, “İslam Dini Kutsal Kitabında Hayvan Hakları”, İstanbul Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C: 34(1), 2008b, s.57-66; <http://kuran.diyamet.gov.tr/Kuran.aspx#22:30>; <http://kuran.diyamet.gov.tr/Kuran.aspx#108:1>, 16.01.2015.

⁶ Ağaoğulları, M. Ali, Eski Yunan’da Siyaset Felsefesi, Verso, Ankara, 1989, s.137.

sunda çok farklı düşünceler bulunmasına karşın, bunların arasında toplumu etkileyen ve günümüze kadar uzanan en etkili görüş kuşkusuz Aristoteles'ininkiler olmuştur. Aristoteles, yaşamı bitkilerin hayvanlara, hayvanların da insanlara tabi olduğu bir piramit olarak tanımlamıştır. Bu piramidin tasarlanmasında temel hareket noktası akıl olmuştur. Aristoteles'in canlı yaşam konusundaki bu tasarımı, Ortaçağ'da Aquinalı Thomas'ı derinden etkilemiştir. Thomas, *"Tanrının insanı kendi suretinden yarattığı, doğal kaynakları insanın amaçları doğrultusunda kullanabileceği"* şeklindeki İncil'de yer alan ayetlerle Aristoteles'in düşüncesini yorumlayarak, onun toplumsal alanda daha da kökleşmesini sağlamıştır. Aquinalı Thomas'ın hayvanlar konusundaki yaklaşımı ve yorumu bugünkü Batı dünyasının hayvanlara yaklaşımının temel referansı olduğu söylenebilir⁷.

Kur'an'da ise bazı ayetlerde sevilmeyen insanların kimi hayvanlara benzetilmesi ya da hayvanlarla birlikte anılması, bu sıfatlar yüklenen hayvanların toplumsal alanda istenmeyen bir canlı haline gelmesine ve dışlanmasına neden olmuştur. Örneğin Maide 60 ve Bakara 173 surelerinde maymun ve domuz hakkında olumlu bir yaklaşım sergilenmemektedir⁸. Hıristiyanlıkta, hayvanlardan yılan akli ve kötülüğü, koyun ve güvercin saflığı sembolize etmektedir. Koyunların iyi insanları, keçilerin günahkârları temsil etmesi yine İncil'de belirtilmektedir. Köpek büyücüler, putperestler, katillerle, yalancılarla bir tutulmuştur. Benzer olumsuz bakış açısı domuzlar için de geçerlidir. Bazı yerlerde ise, hayvanlar adeta biyolojik robotlar gibi kabul edilmiştir⁹. Kutsal kitaplarda, Tanrının insanları cezalandırmada sık sık hayvanlara başvurması, toplumsal alanda onlara karşı olumsuz yargının artmasına neden olan bir gelişme olarak kabul edilebilir. Çünkü bu tür hayvanların cezalandırıcı işlevi, kaçınılmaz olarak onları, insanın bilinçaltında ürkütücü, düşman, öldürülmesi gereken gibi kategorilere itmektedir.

Kutsal kitaplarda, insanların cennetten kovulmasında bazı hayvanları doğrudan sorumlu tutması, bu hayvanlara karşı önyargıların oluşmasında önemli

⁷ Singer, 2005, s.260-267; Degrazia, 2006, s.13.

⁸ Armutak, 2008b, s.61.

⁹ Armutak, 2008a, s.49.

rol oynamıştır. Örneğin Tevrat'ta insanın cennetten kovulmasında yılan doğrudan suçlu ilan edilmiştir. Kaçınılmaz olarak yılanla yüklenen bu suç, onunla insan arasındaki ilişkiyi de önemli ölçüde şekillendirmiştir. Kutsal kitaplarda yine hayvanlara yüklenen iyi-kötü, temiz-temiz olmayan gibi sıfatlar, hayvanlar arasında ayırımı yol açmıştır. Sonuçta hayvanlara karşı bugünkü önyargılarımızın kökeninde kutsal kitapların hayvanlara karşı yaklaşımının etkisi bulunmaktadır¹⁰.

Kutsal kitaplarda zaman zaman hayvanlar hakkında olumlu ifadelere de rastlanmaktadır. Yahudiliğin en eski geleneğinde hayvanlara verilen acının en aza indirilmesi, hayvanların zevk için avlanmaması, boğa güreşi, köpek dövüşü hoş karşılanmayan davranışlardır. İslam da diğer dinlerle bu konuda büyük ölçüde uyuşmaktadır. İslam'da hayvanlara eziyet edilmesini yasaklayan ve insanların hayvanlara karşı iyi davranması gerektiğini belirten uyarıcı ayetler de bulunmaktadır¹¹. Örneğin çalıştırılan hayvanların belli bir zaman sonra dinlendirilmesi, kara hayvanlarının hac döneminde öldürülmesinin yasaklanması bunlardan bazılarıdır. Diğer yandan Hz. Ömer'in halifeliği döneminde deveye taşıyamayacağı kadar yük yükleyen deve sahibinin cezalandırılacağı duyurulması, Osmanlı Devleti'nde kuşlar için özel yuvalar yapılması, hayvanların korunması ve beslenmesi için vakıfların kurulması, hayvanlara karşı yaklaşımların olumlu örnekleridir. Ancak hayvanlara karşı bu olumlu tablo, olumsuzlukların büyüklüğü karşısında istisna bir durum olmaktan kurtulamamıştır. Bu nedenle kutsal kitaplar, toplumsal alanda hayvanlarla ilgili olumsuz tutum ve davranışların gelişmesinde önemli bir referans noktası olagelmıştır¹².

Hıristiyanlık düşüncesi, Aydınlanma dönemi ile birlikte başta devlet yönetimi olmak üzere kimi alanlarda geri çekilmiştir. Ancak toplumsal kültürü şekillendiren ve günlük yaşamı düzenleyen birçok alanda varlığını devam ettirmiştir. Bu nedenle Aydınlanma düşüncesinin hayvanlara yaklaşımının Hıristiyanlıktan pek de farkı olmadığı söylenebilir. Yönetim alanında laikleşme yaşansa da, kültürel alanda Batı Toplumunda Hıristiyanlık kültürünün kodları

¹⁰ Armutak, Altan (2008a), "Yahudi ve Hristiyan Dini Kutsal Kitaplarında Hayvan Hakları", İstanbul Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C: 34(1), 2008a, s.39-55.

¹¹ Degrazia, 2006, s.15.

¹² Gürler ve Osmanoğlu, 2009, s.326; Armutak, 2008a, s.53.

varlığını sürdürmüştür. Diğer yandan bilimsel alandaki gelişmelerle birlikte Descartes'in mekanikçi anlayışının toplumsal alanda sorgusuzca kabul edilmesi, hayvanların durumunu daha da kötüleştirmiştir. Çünkü hayvanların ruhsuz, acı hissetmeyen makinelerden başka bir şey olmadığı yöndeki telkinler, toplumsal alanda giderek daha çok kabul görmeye başlamıştır. Bu düşünce dünya genelinde laboratuvar ortamında bilim insanlarının her hangi bir acıma duygusu yaşamadan hayvanlar üzerinde kolaylıkla deney yapmalarına olanak sağlamıştır¹³. Modern toplumda hayvanların deney malzemesi olarak kullanılmaya başlanmasında Aristoteles'in canlılar konusundaki hiyerarşik tasarımının önemli etkisi olduğu ileri sürülmektedir. Bu tasarım içerisinde yeryüzünde bulunan varlıklar kendi aralarında hiyerarşik bir yapı oluşturarak en altta her hangi bir ruhu olmayan cansız varlıklara kadar uzanır. Kaçınılmaz olarak ruhu ve akli olan insan ve Tanrı üst varlık haline gelirken, ruhsuz varlıklar olarak hayvanlar, bitkiler ve diğer cansız varlıklar alt kategoride yer alır. Daha doğrusu diğer canlılar insanının her hangi bir ahlaki sorumluluk hissetmediği varlıklara dönüşmektedir.

İnsanı alt kategoridekilerden ayıran ve yeryüzünde hiyerarşinin tepesine yerleşmesini sağlayan ruhsal özellik yanında akılsal yeteneklere sahip olması önemlidir¹⁴. Hayvanların böyle bir yeteneği olmadığından dolayı, onlar insanlara tabi varlıklar olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan Aquinalı Thomas, insan ve hayvanlar arasındaki en önemli farkın "akıl" olduğunu belirterek insanın konumunu bütün hayvanların üstünde belirler¹⁵. Kaçınılmaz olarak böyle bir tablo karşısında hayvanların insanlar karşısındaki pozisyonu daha da kötüleşmiştir. Bu gelişmeler uzun yıllardan beri deneylerde hayvanların kullanılmasına neden olmuştur. Son dönemlerde çıkan yasalar nedeniyle artık kedi ve köpeklerin deneylerde kullanılması ağır koşullara bağlanmış olsa da¹⁶, hayvanların yaşam koşullarının zorlaştığı ve birçok hayvanın doğal yaşam alanından koparıldığı yadsınmaz bir gerçektir.

¹³ Sezgin, Hilal (2012), "Dürfen wir Tiere für unsere Zwecke nutzen?", Aus Politik und Zeitgeschichte, 62. Jahrgang · 8-9/2012 · 20. Februar 2012: 3-8.; Singer, 2005, s.275.

¹⁴ Ağaoğulları, 1989, s.233.

¹⁵ Gürler ve Osmanoğlu, 2009, s.326.

¹⁶ Altuğ, Tuncay, "Hayvan Deneyleri Etiği", Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2009, s.53-68.

Sonuç olarak Aydınlanma dönemi insan ve hayvanlar arasındaki ilişki-
de mesafenin hayvanların aleyhine olmak üzere daha çok açılmasına neden
olmuştur. Çünkü insan ve hayvan karşılaştırmalarında akıl, ruh, özgür irade
gibi kavramlar ayırıştırma için kullanılmıştır. Böylece insana yüklenen mistik
yaklaşım giderek üst noktalara çıkmıştır. Bunlar arasında akıl bütün modern
toplumların üzerinde sorgusuz, sualsiz kabul ettiği bir değer haline gelmiştir.
Örneğin kıta Avrupa'sının ahlak anlayışının biçimlenmesinde önemli bir etkisi
olduğu kabul edilen Kant, ahlakın sadece akıl yeteneğinden kaynaklanabilece-
ğini ileri sürmüştür¹⁷.

II. HAYVAN HAKLARININ FELSEFİ KÖKENLERİ

İnsan dışında kalan canlı varlıklara yönelik olarak çeşitli haklar tanınması
yönündeki çabaların perde arkasında, düşünsel alanda savunulan değerlerin
önemli rolü bulunmaktadır. Düşünsel alanda savunulan bir değer hukuk ala-
nına yerleşip bütün toplumu bağlayıcı bir norm haline gelmesi, ancak bu tür
bir sürecin sonucunda söz konusu olabilmektedir. Hayvanların insanlar karşı-
sındaki konumlarının düşünsel alanda sorgulanmaya başlaması da insanın doğayı
algılamasındaki değişime paralellik göstermektedir. Bu nedenle modern
insanın doğayı algılamasında ve hayvanları tanımlamasında bilimsel, kültürel,
tarihsel unsurlar önemli rol oynamaktadır. Aristoteles'ten beri insanlar, hay-
vanlar ve bitkiler şeklindeki sınıflama modern toplumda da varlığını devam
ettirmektedir¹⁸. Bugünkü toplumsal alanda karşılaştığımız insanlar arasındaki
çatışmaların, bir ayağının da aslında insanla hayvanlar arasındaki ayırmıcılık-
tan beslendiği söylenebilir. İnsanın doğada ayrıcalıklı bir yere oturtulması, fel-
sefi alanda çeşitli itirazları da beraberinde getirmektedir.

Dünya üzerindeki toplumların yaşamlarında hayvanların yerinin bir birin-
den çok farklı olduğu bilinmektedir. Bu farklılıklar, *insan merkezli* ve *canlı mer-
kezli* olarak iki etik çerçevesinde ele alınabilir. Bu farklı yaklaşımların dinsel,
kültürel, ekonomik unsurların etkisinde kaldığı ve kimi zaman birden fazla dü-
şüncenin iç içe geçtiği de bilinmektedir. Dünya üzerindeki belli başlı beş dinin

¹⁷ Sezgin, 2012, s.5.

¹⁸ Kılıç, Selim, Çevre Etiği, Orion Kitabevi, Ankara, 2008, s.172.

hangi tarafta olduğu incelendiğinde, Yahudilik, Hristiyanlık ve Müslümanlığın insan merkezli; buna karşılık Hinduizm ve Budizm'in canlı merkezli yaklaşım içerisinde yer aldığı söylenebilir. Çünkü Hinduizm ve Budizm hem insanın hem de hayvanların ölümsüz bir ruha sahip olduğu inancına sahip olup, insanlar ve hayvanlar arasında her hangi bir ayırım yapmamaktadır. Diğer yandan tüm yaşamın kutsal olduğu inancını savunan ahimsa doktrini Jainizm, Hinduizm ve Budizm'in temel inançlarından birdir. Canlıların bir biriyle sıkı bir şekilde bağlı oldukları inancından dolayı Jainizm, Hinduizm et yemeyi reddetmektedir. Amerika yerlilerinin de hayvanlara karşı yaklaşımında hayvanların bir ruhu olduğu düşüncesi esas olup, hayvanlara çok ılımlı davrandıkları söylenebilir¹⁹.

Batı toplumunda var olan hayvanlara karşı geleneksel davranışların, Batılı olmayan toplumların davranışı ile karşılaştırıldığında, Batı kültürünün hayvanlara karşı daha az saygılı olduğu söylenebilir. Ancak buna rağmen modern anlamda hayvan hakları konusundaki ilk girişimlerin de Batı'dan gelmesi ilginçtir. Bunun nedeni, Batı'da başlayan özgürlük, insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokrasi gibi değerlerin, insan dışındaki varlıklara yansımaları olarak kabul edilebilir.

Batı'da insan merkezli yaklaşımların bir ucunda hayvanların acı duymadıklarını ve sıradan bir makine olduklarını savunan Descartesci düşünceler; diğer ucunda ise, hayvanların da acı çektiğini kabul eden ancak insan dışında her hangi bir varlığa değer atfetmeyen ılımlı insan merkezci yer almaktadır. İlimli insan merkezci katı insan merkezci'den ayıran en önemli özellik, hayvanların insan yaşamındaki yeri ile ilgili olmayıp, aksine insanın hayvanlara karşı davranışı ile ilgilidir. Diğer bir ifade ile ılımlı insan merkezci'nin kaygısı, insanların hayvanlara karşı kötü davranışlarının zamanla insani değerleri de erozyonuna uğratacağı, hatta bir müddet sonra bunun insana yönelebileceğidir²⁰. Hayvanlara iyi davranılmasını savunan görüşlerin en önemli dayanak noktalarından biri Kant'ın ahlak felsefesidir. İnsanların bir birlerine karşı ahlaki sorumlulukların oluşmasında ve bunların gelişmesinde hayvanlara karşı du-

¹⁹ Savaş, Türker; Yurtman, İsmail Yaman, Tölu, Cemil (2009), "Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış- Nesnel Arayışlar", Hayvansal Üretim, 50(1): 54-61; Degrazia, 2006, s.18.

²⁰ Savaş vd., 2009, s.55.

yulan sevginin önemli rolü olduğu ileri sürülmektedir. Hayvanlara karşı kötü davranan bir insanın, büyük olasılıkla insanlara karşı da kötü davranacağı düşüncesi hakimdir. Ancak bu yaklaşım hayvanları tam olarak korumaz, aksine insanlara karşı yükümlükleri ile çelişmediği sürece hayvanların öldürülmesinde her hangi bir sakınca görmez²¹.

Canlı merkezli yaklaşımlar da tıpkı insan merkezli yaklaşımlarda olduğu gibi birbirinden çok farklı olan düşünceleri içinde barındırmaktadır. Bu yaklaşımın bir ucunda hayvanların da tıpkı insanlar gibi acıyı hissettiğini savunan düşünceler yer alırken, diğer ucunda insanla hayvanlar arasında her hangi bir ayırımı kabul etmeyen düşünceler yer almaktadır. Canlı merkezli yaklaşımın ilk örneklerinden birini ortaya koyan Albert Schweitzer'in, özellikle "yaşama saygı" anlayışıyla oluşturduğu düşünceler, canlı merkezli düşüncenin temel felsefesinin gelişiminde önemli rol oynamıştır. Yaşama saygı etiği, Schweitzer'in uzun yıllar boyunca Afrika'daki deneyimlerinden süzülerek olgunlaştırılmış düşüncelere dayanmaktadır. Onun canlı merkezli yaklaşımında yaşam ve doğanın iyi olduğu konusundaki düşünceleri, modern toplumda önemli bir farklılaşmaya yol açmıştır. Schweitzer'e göre, modern toplumun yaşam ve doğanın önemi konusundaki yaşadığı gerilemede bilim ve teknoloji önemli rol oynamaktadır. Bu yaklaşımıyla Schweitzer felsefi anlamda insanın doğadan kopuşunu ve ona yabancılaşmasını dile getirmektedir. O, ortaya koyduğu düşünceleriyle insanın sahip olduğu etik değerler ile doğa arasında kopan bu bağın yeniden inşasını sağlamaya çalışmaktadır. Schweitzer gerçekte doğanın salt yıkıcı bir güç olmadığını, aynı zamanda yaratıcı ve yaşatıcı üstün bir değer olduğunu da göstermek istemiştir²².

Canlı merkezli etiğin bir diğer temsilcisi olan Paul Taylor'ın görüşleriyle Schweitzer görüşleri benzerlik gösterir. Ancak Taylor, canlı yaşamın savunulması nedenlerini Schweitzer'den daha güçlü bir şekilde ortaya koyar. Taylor insanla diğer canlılar arasındaki ilişkiyi irdelemekte ve bunun sonucunda sadece insan yaşamının değil, aksine tüm yaşamın içsel bir değeri olduğunu ka-

²¹ Doğan, Aysel, "Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, 2006, s.33-43.

²² Des Jardins, Joseph R., Çevre Etiği, (Çev.: Ruşen Keleş), İmge Yayınları, Ankara, 2006, s.265.

bul etmektedir. Bütün canlılar, insanlar için her hangi bir değer taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, sadece var olmalarından dolayı kendi başlarına *iyidir*²³. Taylor'da yaşamın bizzat kendisi başlı başına amaçsal bir değer olarak kabul edilmektedir.

Hayvan haklarının gelişimi açısından bir önemli düşünür de Aldo Leopold'dır. Onun düşüncelerinde insan, doğadan bağımsız değil, aksine canlı ve cansız doğa ile bir bütünün parçası olarak kabul edilir. Leopold, insanı devasa büyük bir biyolojik sistemin parçası olarak kabul eder. Kutsal dinlerin insana biçmiş olduğu en üstün değer anlayışının tersine, insanı yeryüzünde diğer canlılarla aynı kategoride ele alır ve insanın doğa karşısında önemli sorumluluklarının olduğunu vurgular. Leopold'un görüşleri Descartes'ten bu yana hayvanlar konusunda yerleşmeye başlamış olan olumsuz düşüncelere karşı alternatif bir görüş oluşturmaktadır²⁴. Leopold'ın felsefesi, sadece insanın insana karşı ahlaki bir sorumluluğunun olmasını yeterli bulmaz, aksine ahlaki sorumluluk alanını hayvanlara doğru genişletir. Ancak Leopold'ın görüşlerinde kimi esneklikler olduğu da gözden kaçmamaktadır. Örneğin onun canlıları koloni olarak kabul etmesi, bunun bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Leopold'a göre, insan davranışları biyotik toplumun yapısını bozmadığı sürece, diğer bir ifade ile hayvanların tür olarak varlıkları her hangi bir tehlikeye girmediği sürece, insanların canlı yaşama müdahale etmesinde her hangi bir sakınca yoktur.

Hayvanları etik tartışmaların ana unsurlarından bir haline getiren Singer ise, hayvanları ahlaki değerlerin dışında tutma çabalarına sert tepki gösterir. Bu tür girişimleri ve savları, kadınlara ve zencilere karşı yapılan ayrımcılığa benzetmektedir. O, insanı diğer canlılardan ayıran felsefi girişimleri, bir tür türçülük olarak kabul eder. Singer, nasıl insanlar arasında her hangi cinsiyet ya da ırka mensup olmak, insanı erdemli ya da ahlaklı yapmıyorsa, aynı şekilde canlılar arasında belli bir türe ait olmanın da ahlaki bir değer yargısı için kullanılamayacağını savunur. Singer hayvanların ahlaki bir ehliyete sahip ola-

²³ Des Jardins, 2006, s.273.

²⁴ Genç, Savaş Volkan, "Derin Ekoloji Penceresinden Hayvana Bakış", Veteriner Hekimler Dergisi, C: 78, S: 2, 2007, s. 35-39.

bilmesi için gerekli temel şartın, hayvanın acı duyup duymadığını kabul eder²⁵.

Peter Singer ve Tom Regan hayvanların ahlaki bir değer olarak kabul edilmesi için bir takım faydacı yaklaşımlara da başvurmuştur. Başta memeliler olmak üzere bazı hayvanların kimi haklara sahip olduğunu ve bu hakların da insanları bağlaması gerektiği dile getirilmiştir. Hayvanların konumu konusunda acı çekip çekmediğine bakılmadan, daha bütüncül ve kapsayıcı bir şekilde hayvanların öldürülmesine de karşı çıkmaktadır. Hayvanların bir kısmının içsel değerlere sahip olması nedeniyle, hukuk onlara karşı saygılı olmamızı; en azından onlara karşı kötü davranmamamızı gerekli kılmaktadır. Diğer bir ifade ile Regan, hayvanların yaşamsal alanda asli bir değer olup olmadığına karar verilmesini istemektedir. Çünkü o, hayvanların asli bir değer olarak kabul edilmesi halinde onların insanlar tarafından kendi amaçları için bir araç haline dönüştürmeyeceğine inanmaktadır²⁶.

Modern toplumda hayvanların konumunun ne olacağı tartışmalı ve hatta tabu olarak kabul edilen konulardan biridir. Bunun nedeni dinsel, ekonomik, kültürel nedenlerden dolayı hayvanların meta olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Hayvanların ticari işlere konu olması ve onların alınıp satılabilmesi gibi nedenlerden dolayı mevcut hukuk kuralları, hayvanları değil, daha çok mal sahiplerini korumaktadır. İnsan haklarının gelişim süreci düşünüldüğünde, başlangıçta başta kadınlar ve köleler olmak üzere birçok kişinin de özgür olmadığı, hatta alım ve satım işlerine konu olduğu bilinmektedir. İnsanlık tarihi içinde köleliğin kaldırılmasının çok yakın bir tarihte gerçekleşmesi, bugün Hindistan gibi kimi ülkelerde köleliğe benzer uygulamaların devam etmesi, insan hakları konusunda sağlanan gelişmenin istenilen düzeyde olmadığını göstermektedir. Bu durum kaçınılmaz olarak hayvan haklarının gelişimini de olumsuz etkilemektedir.

III. HAYVAN HAKLARI KONUSUNDA GELİŞMELER

Sanayileşme ve kentleşme süreci ile birlikte artan çevre sorunları çevre hakkının doğuşuna neden olmuştur. İnsanın sosyal ve ekonomik konumunu

²⁵ Des Jardins, 2006, s.226; Sezgin, 2012, s.5.

²⁶ Doğan, 2006, s.39; Des Jardins, 2006, s.233

iyileştirmek amacıyla doğa üzerinde yapmış olduğu değişiklikler bütün canlı yaşamı tehdit eder hale gelmiştir. İnsan yaşamının da giderek tehdit altına girmesiyle, canlı ve cansız çevreyi koruma amaçlı çabaların sonucu olarak çevre hakkı birçok ülkenin anayasasında yerini almıştır²⁷. Çevre hakkı konusunda gelişmeler, aynı zamanda insan dışında kalan canlı varlıkları da doğrudan ilgilendirmektedir. Böylece sanayileşme ve kentleşme süreçleri sonrası ortaya çıkan çevre sorunları, aynı zamanda hayvan hakları kavramının da gündeme gelmesine yol açmıştır.

Modern toplumda hayvan hakları kavramının gündeme gelmesinde hayvanlara kötü davranışın ve onların eşya gibi davranılmasının önemli rolü olmuştur. Günlük hayatta onların “akılsız ve duygusuz varlıklar” olarak algılanmasını sarsan gelişmeler ortaya çıkmıştır. Biyoloji alanında ortaya çıkan yeni bilimsel veriler, gerçekte hayvanların tıpkı insanlar gibi acı çeken varlıklar olduğunu, en azından bütün hayvanların aynı nitelikte olmadığını ve memelilerin önemli farklılıklarının bulunduğunu göstermiştir²⁸. Hayvanların akıl, duygu, ruh gibi toplumun ilgisini çeken konular, biyolojideki gelişmelerle birlikte, onların lehine bir kamuoyu oluşmasını sağlamıştır. Örneğin Jeremy Bentham, hayvanları birer makine olarak kabul eden anlayışa karşı toplumda tepkinin oluşmasına öncülük etmiştir²⁹.

Toplumda hayvanların insanlar karşısındaki konumu bir süre sonra siyasi tartışmalara da girmiştir. İngiltere’de 1800 yılında boğa sporunun yasaklanması için girişimde bulunulmuş, ancak başarılı olunamamıştır³⁰. 1822 yılında ise aynı ülkede evcil hayvanlara kötü muameleyi yasaklayan ilk hukuki düzenlemenin kabul edildiği görülmektedir. Bu kanun, aynı zamanda hayvanları koruma derneklerinin de hukuki dayanağını oluşturmuştur. Böylece İngiltere’de hayvan hakları hareketi olarak kabul edilen *antivivseksiyonist* hareket *Britanya Hayvanlara Eziyeti Önleme Derneği* ile birlikte başlamıştır³¹. 1863 yılında si-

²⁷ Özdek, E. Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİE, Ankara, 1993, s.103.

²⁸ Kılıç, 2008, s.171.

²⁹ Altuğ, 2009, s.54; Başağaç Gül, Tamay, Değişen Dünyada Biyoetik, Türkiye Biyoetik Derneği VII. Kongresi, Biyoetik Derneği Yayını, İstanbul, (2012), s.128-130.

³⁰ Singer, 2005, s.278.

³¹ Özkul, Türel; Sarıbaş, Taner; Uzabacı, Ender; Yüksel, Erhan, “Türk Toplumunun Hayvan Hakları Kavramına Yaklaşımının Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma: I Demografik Özelliklere

vil girişimlerin birinci önceliği, hayvanların acı çekmesine engel olacak hukuki düzenlemelerin yapılması olmuştur. Bu çabaların bir sonucu olarak 1875 *The Victoria Street Society* ve *Frances Power Cobbe* adlı dernekler kurulmuştur. İngiltere’de başlayan bu girişimler başta ABD ve Almanya olmak üzere, Batı’nın diğer ülkelerini de etkilemiştir. 1875 tarihinde *Society for The Protection of Animal from Vivisection*, 1879 yılında ise *German League Against Scientific Animal Torture* ve 1883’te ise *American Antivivisection Society* gibi dernekler ortaya çıkmıştır. İngiltere’de, *Royal Commission*’un çalışmaları sayesinde *Hayvanlara İnsancıl Davranma Yasası* çıkarılmıştır³².

1970’lerden sonra *hayvan özgürleşmesi* şeklinde hayvan hakları yönündeki talepler, bu konudaki felsefi tartışmaları da artmıştır. En önemli gelişme 15 Ekim 1978 yılında Paris’te UNESCO tarafından *Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin* açıklanmasıdır. Bu bildirme öncelikle hayvanların fiziksel ya da psikolojik olarak acı çekmesine yol açan deneyleri, hayvan haklarının ihlali olarak kabul etmiştir. İkinci olarak bildirme, hayvanlar arasında her hangi bir ayırım yapılamayacağını belirtmektedir. Bütün hayvanların eşit doğduğu, aynı derecede var olma hakkında sahip olduğu ve saygı görme haklarının olduğu bildirgede yer almıştır³³. UNESCO’nun 1978 yılında kendi hakkını savunamayan hayvanlara tanımış olduğu bu haklar, sınırlı da olsa gelişmiş kimi ülkelerde yasal bir statüye kavuşma olanağını bulmuştur. Böylece Peter Singer ve Tom Regan’ın öncülüğünü yaptığı hayvan hakları konusundaki girişimler, tüm bilinçli ve duyarlı canlıların zeka derecesine ve yeteneklerine bakılmaksızın doğuştan eşit ve temel haklara sahip oldukları düşüncesi, Hayvan Hakları Bildirgesi ile önemli bir noktaya ulaşmıştır³⁴.

Göre Tutum Analizi”, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C: 19(1), 2013, s.167-171.

³² Eşitli, Ezgi Aygün, “Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s.16-24; Çuhacı, Ebru, Hayvanları Koruma Kuruluşları Devlet Katında Temsil Edilmelidir”, Bilişim Dergisi, Yıl: 40, S: 144, Nisan, 2012, s.182-185.; Altuğ, 2009, s.54.

³³ Turgut, Nühket, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2009, s.81.

³⁴ Yaşar, Aşkın; Yerlikaya, Halis, “Dünya’da ve Türkiye’de Hayvan Haklarının Gelişim”, Veteriner Bilimleri Dergisi, C:20 S:4, 2004, s.39-46.

1980'li yıllarda *PETA* (People for the Ethical Treatment of Animals) ve *FARM* (Farm Animal Reform Movement) gibi hayvanlara ilişkin örgütlenmelerde belirgin bir artış yaşanmıştır. 1986 yılında Avrupa'da yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de imzaladığı, *Omurgalı Hayvanların Korunması Sözleşmesi*, hayvanların acı çekebilecekleri, sıkıntı yaşayabilecekleri ya da kalıcı olarak zarar görebilecekleri işlerde kullanılmamasını; kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde ise, en az şekilde zarar görmeleri için gerekli önlemlerin alınmasını öngörmektedir³⁵.

İngiltere'de başlayan hayvanların insanlar karşısındaki konumunu iyileştirmeyi amaçlayan yasaların çıkarılmasının arkasında, Batı toplumunda önemli bir zihniyet değişikliği yaşandığı söylenebilir. Hayvanlara bakış açısının değişmesinde, Darwin'in Batı'da canlılar konusundaki dogmatik düşüncelerin yerine bilimsel temele dayanan çalışmalarının önemli rolü olmuştur³⁶. Bilim bizlere hayvanların da tıpkı insanlar gibi psikolojik ve duygusal canlılar olduğunu göstermiştir. Artan iletişim teknolojileri sayesinde bu bilgilerin toplumsal alanda hızla yayılması hayvan haklarına karşı duyulan sempatiyi güçlendirmiştir³⁷.

Bugün Batı Toplumunda hayvanların yaşamını ve refahını koruma sorumluluğunun insanda olduğu kabul görmektedir. Makul bir gerekçe olmadan hayvanlara acı verecek davranışlardan kaçınılması ilke olarak kabul edilmiştir³⁸. Ancak bu sorumluluk derecesinin hayvan hakları savunucularının arzuladıkları bir noktada olduğu söylenemez. Hukuk sisteminin esas aldığı "insan merkezlilik" anlayışı değişmediği için bu konuda yapılan düzenlemelerin etkisi sınırlı kalmıştır³⁹.

IV. HAYVAN HAKLARINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERE YAPILAN SAVUNMALAR

Hayvan hakları savunucuları, karşı olanların birçok eleştirileri ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu nedenle hayvanlara ahlaki bir değer verilip verilme-

³⁵ Eşitli, 2012, s.17; Özkul vd, 2013, s.167; Çuhacı, 2012, s.183.

³⁶ Kılıç, 2008, s.139; Degrazia, 2006, s.18; Singer, 2005, s.282.

³⁷ Yaşar ve Yerlikaya, 2004, s.40.

³⁸ Savaş vd., 2009, s.56.

³⁹ Turgut, 2009, s.85.

yeceği ya da verilecekse hangi hayvanlara verileceği konusu sınırlı da olsa zaman zaman tartışılmaktadır. Hak kavramının genişletilmesi dönemlerinde, toplumun mevcut düzenini savunanların itirazları ile karşılaşıldığı yadsınmaz bir gerçektir. Tarihsel süreç içerisinde dünyanın çeşitli bölgelerinde kadınlara, kölelere, yabancılara özne statüsü tanınması ya da yeni haklar verilmesi gündeme geldiğinde her zaman sert tartışmalar olmuştur. Kadınlar ve zenciler konusunda yapılan negatif ayrımcılık bugün bile tam olarak çözülebilmiş değildir. Kimi ülkelerde bu tür uygulamaları kanunlar yasaklasa bile, kanuna karşı hile yollarına başvurmak başta olmak üzere, çeşitli nedenlerden dolayı kadınların anayasal haklarını tam olarak kullanabildiklerini söylemek zordur. Hindistan'daki kast sistemine benzer geleneksel uygulamalardan kaynaklanan eşitlik sorunu birçok ülkede devam etmektedir. Kaçınılmaz olarak hayvanlara karşı yapılacak hukuki düzenlemelerde, insan hakları alanında toplumda yaşanan direncin çok daha üstünde bir direnç ortaya çıkacağı açıktır⁴⁰. Oysa hayvanlar da tıpkı insanlar gibi, doğal sistemin karmaşık yapısı içinde yer alan canlılar olup, canlı sistemin devam etmesine önemli katkı sağlamaktadır. Canlılar arasında bir biriyle sıkı ilişki olduğunu ve bir ekolojik dengenin üyeleri şeklinde görev aldıklarını, bilim bize göstermiştir. Bu nedenle doğal dengenin sürdürülmesi, sadece hayvanlar için değil, insanlar için de son derece önemlidir⁴¹. Nasıl diğer canlılar arasında yaşam açısından bir bağımlılık söz konusuysa, insanların da yeryüzünde yaşayabilmesi, hayvanların dünya üzerinde varlığını korumasına, biyolojik çeşitliliğinde devam etmesine sıkı sıkıya bağlıdır. Ancak mevcut yaklaşımlar ne yazık ki hayvanların ve biyoçeşitliliğin korunmasını olanaksız hale getirmiştir. Bu salt faydacı bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirilse bile, insanların geleceğinin sıkı sıkıya bağlı olduğu biyoçeşitlilik, canlı yaşam formlarına ancak belli bir ölçüde ahlaki bir değer tanımamız durumunda korunmaları mümkün olabilir. Hayvanların korunmasının bilimsel bir gerekçesi olarak da insanın genetik olarak kimi canlılarla yakın akraba olduğunu gösteren verilerin bulunmasıdır. Gerçekten insan, şempanzelerin iki türüyle biyolojik olarak yakın akraba olup sadece genetik olarak % 1.6'lık bir fark bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Homo sapiens'ten ayrı olarak Homo erectus ve Homo habilis

⁴⁰ Kılıç, 2008, s.174.

⁴¹ Des Jardins, 2006, s.242.

gibi farklı insan türlerinin de bulunduğu bilinmelidir. Birçok tür bize bu kadar çok benzerken içlerinden neden sadece Homo sapiens'in ahlaksal bir statüye sahip olduğunun inandırıcı bir açıklamasını yapmak zordur⁴².

Bugün için hayvanları öldürmenin ya da onların yaşam alanlarını yok etmenin akılcı olarak savunulacak geçerli bir mazereti kalmamıştır. Önceki dönemlerde hayatta kalabilmek için insanların zorunlu olarak hayvanları avlanması kısmen mazur görülebilirdi. Ancak bugün sahip olduğumuz gelişmişlik seviyesi ile hayvanları kolaylıkla beslenme zincirinden çıkarabilecek durumdayız. Hatta bu yönde bir politika izlemek, insanlığın geleceği için kaçınılmaz gözükmektedir. Çünkü hayvancılığın daraltılması, dünyada insanların daha iyi beslenmesine katkı sağlayacaktır. Singer'in belirttiğine göre, 1 kg hayvansal protein üretebilmek için bir danaya 21 kg protein yedirilmesi gibi akıldışı bir yol izlenmektedir. Yapılan bir hesaplama göre, et tüketiminin sadece % 10 azaltılması halinde bile 60 milyon insanı besleyebilecek seviyede bir tahıl tasarrufu ortaya çıkacaktır. Dünyadaki yaklaşık bir milyar insanın açlık sınırında olmasıyla, zengin ülkelerin ete olan talepleri arasında da yakın bir ilişki olduğu söylenebilir. Çünkü zengin ülkelerin ete olan talepleri nedeniyle yoksul ülkelerin piyasaları olumsuz etkilenmektedir ve yoksul ülkelerdeki insanlar bitkisel protein için daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalmaktadır⁴³.

Modern toplumun et üretimine düşkünlüğü, sadece tahıl üretimine bağlı beslenme düzeni içinde yaşayan fakirler yanında dünya ekosistemini de tehdit etmektedir. Bugün dünyayı tehdit eden küresel ısınma ve iklim değişikliğine neden olan en önemli gazların başında metan gelmektedir. Metanın üretilmesinde çiftlik hayvanlarının önemli payının olması ne kadar tuhaf bir çelişkidir. Diğer yandan insanların et ihtiyacının karşılanması amacıyla artan hayvancılık, meraları ve orman alanlarını da sürekli olarak tehdit etmektedir. Singer bu durumu çift taraflı işleyen bir bıçağa benzetmektedir. Diğer bir ifade ile hem hayvancılık nedeniyle karbon deposu olan ormanlar yok olmakta hem de hayvanların beslenmesi nedeniyle daha çok sera gazı üretilmektedir⁴⁴. Hay-

⁴² Degrazia, 2006, s.44.

⁴³ Singer, 2005, s.232-233; Degrazia, 2006, s.116.

⁴⁴ Singer, 2005, s.237.

van beslemenin çevre açısından başka zararları da bulunmaktadır. Çiftliklerde yetiştirilen hayvanların beslenmesinden dışkısına kadar birçok atık madde toprağın ve suyun kısaca doğanın kirlenmesine yol açmaktadır. Tabii burada savunulan düşünce, hayvanlara karşı bir düşünce değil, aksine belli bir türün ekosistemi kendi çıkarları için bozacak ölçüde müdahale etmesinin engellenmesidir⁴⁵.

Singer, hayvanların farklı doğal özelliklerini gerekçe göstererek, bu durum daha çok insanın çıkarlarıyla ilişkilendirilmiş olanları kapsamaktadır; hayvanların korunması yönünde ayrımcı tutum ve davranışların doğru olmadığını savunmaktadır. Hem insanların arasında hem de hayvanların kendi arasında farklılıkların olması doğal bir durum olup bu durum her zaman olmuştur ve olacaktır. İnsanlar arasında cinsiyet ya da derisinin rengi gibi nedenler öne sürerek nasıl bir hakkın bunlardan esirgenmesi akıl dışı bir durumsa, (bu durum insanlık tarihi açısından her zaman utanç vericidir), aynı şekilde türçülük yapmanın da akıl dışı bir durum olduğu savunulmaktadır. Ancak bu görüş, insanlara tanınan hakların bire bir diğer hayvanlara da verilmesi anlamına gelmemektedir. Çünkü böyle bir durumda söz konusu hak her bir canlı için anlamlı olmayacaktır. Her hangi bir hakkı tanımadan önce haktan yararlanacak grupların doğasının buna uygun olup olmadığına bakılması gerekir. Temel eşitlik ilkesi, farklı gruplar arasında mutlak bir muamele eşitliğini değil, aksine eşit derecede önemsenmeyi, soyunun yeryüzünde diğerleri gibi devam ettirebilmesini gerekli kılmaktadır. Böyle bir yaklaşımın uzantısı olarak, doğal özellikleri bir birinden farklı olan varlıkların, insan dışında kalan hayvanların farklı muameleye tabi olması ve onlara farklı haklar tanınmasını gerekli kılmaktadır. Diğer yandan Singer cinsiyet, ırk gibi ayrımcılığa karşı çıkılmaması ve insan dışında kalan hayvanların eşit derecede önemsenmemesi durumunda, toplumda ırk, cinsiyet ayrımcılığının önünün alınamayacağını savunmaktadır⁴⁶. Gerçekten günümüz toplumunda yaşanan terör olayları bu bağlamda değerlendirilince, Singer'in düşüncelerinde ne kadar haklı olduğunu görülecektir.

⁴⁵ Sezgin, 2012, s.3.

⁴⁶ Singer, 2005, s.39.

Hayvan haklarına karşı olanların ileri sürdükleri düşüncelerden biri diğeri, hayvanların akıl açısından yeterli olmadığını ve kendisine her hangi bir hak verilse bile bunu kullanamayacaklarıdır. Aslında bugünkü yapılan deneyler hayvanların akıl açısından sanıldığı aksine çok üst seviyelerde olduklarını göstermektedir. Kargaların 7 yaşında bir çocuğun zekâsına sahip olduğu, bazı şempanze türlerinin alet yapabilme becerilerinin bulunduğu deneylerle ortaya çıkmıştır. Hayvanlara bugünkü şartlarda bir hak verilse, bunu kullanamayacakları doğru olmakla birlikte, bu itirazın anlamlı olduğu da söylenemez. Çünkü modern toplumda özürsüz insanların ve çocukların kendilerine tanınan hakları kullanamayacak durumda olduklarını, hatta bir kısmı bu haklardan haberdar bile olmadıkları halde, hakların koruma mekanizmasından yararlandıkları bilinmektedir. Diğer bir ifade ile bir insanın nasıl bir haktan yararlanması için her zaman o hakkın varlığından haberdar olması gerekmiyorsa, aynı durum neden hayvanlar için olmasın? İnsanlar arasında daha zeki olanın olmayanları kendi çıkarları doğrultusunda kullanmasına nasıl mevcut hukuk düzeni izin vermiyorsa, aynı şekilde canlılar arasında daha zeki olanların olmayanları neden kullanma ve yeme hakkına sahip olduğunun akılcı ve ahlaki bir açıklamasını yapamayız. Modern toplumda salt akıl kavramına dayanarak bir hak tesis etmenin önemli hatalara neden olduğu açıktır. Sonuçta bu çelişkili durum, dünyayı salt insan çıkarları çerçevesinde şekillendirmenin yanlışlığını göstermekle kalmayıp, aynı zamanda bütün canlıların eşit derecede önemsenmesi gerektiği görüşünü felsefi alanda güçlendirmektedir⁴⁷.

Hayvan hakları konusunda bir diğer itiraz, hayvanlara tanınacak ahlaki statünün derecesinin ne olacağı konusudur. Diğer bir ifade ile hayvanlar insanlarla mutlak aynı derecede mi önemsenecektir. Örneğin bir kuş ya da memeli hayvanın çıkarları ile insanın çıkarları karşı karşıya gelmesi durumunda hangisinin çıkarları feda edilecektir? Bu konuda ileri sürülen görüş, canlıların evrimsel süreç içerisinde gelişmişlik düzeyi ile savunulan ahlaki saygınlıkları arasında bir bağlantı kurularak çözülebileceğidir. Biyolojik ve bilişsel olarak gelişmiş hayvanlara aynı zamanda en üst düzeyde ahlaksal bir statü tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir durumda, alt düzeyde bir canlı ile üst

⁴⁷ Ünder Hasan, Çevre Felsefesi, Doruk Yayınevi, Ankara, 1996, s.168; Singer, 2005, s.44.

düzeşyde bir canlının çıkarları çatıştığında daha üst düzeydeki canlının çıkarlarının korunması gerektiğı ileri sürölmektedir⁴⁸. Ancak böyle bir yaklaşımın sorunlu olacağı ve tartışmalara neden olacağı açıktır.

Bilindiğı üzere bütün hayvanlar, sağlıklı insanların kendi aralarında Tanrıyı konuşması, dünyanın geleceğini tartışması, parti programlarını değerlendirmesi, otomobil kullanması gibi davranışlarda bulunamaz. Nasıl sağlık koşulları elverişli olmayan insanların, kimi durumlarda seçme-seçilme, otomobil kullanma gibi haklarına kısıtlama getiriliyorsa, aynı şekilde hayvanların da bu tür haklardan mahrum bırakılması kabul edilebilir bir durumdur. Ancak bu ehliyetsizlik hali hiçbir zaman hiçbir canlının özerk yaşam alanının küçümsenmesi ya da reddedilmesi, onun yok edilmesi nedeni de olamaz. Üstelik bu akılcılık anlayışının arkasına sığınarak da yapılamaz. Aslında akılcılıkla ilgili insan merkezli savunucuların ortaya koyduğu düşüncelerin temelinde o zamanki cumhuriyet ideali yer almakta olup, bu ideal o dönemde özgürlük kavramıyla adeta özdeşleştirilmiştir. Özgürlük düşüncesi ikinci evrede kolonilerdeki köleleri ve bir müddet sonra da kadınları içine alacak şekilde genişledi. Ancak erken dönem eşitlik ve hak kavramının savunucuları, bu gelişme sürecinde hayvanları dışarıda bıraktılar. Çünkü onlar, aslında bu dönemdeki hak kavramı gibi sorunları değil, daha çok demokrasi kanalıyla monarşiyi ortadan kaldırmayı amaçlamışlardı⁴⁹.

Sonuç olarak hayvan hakları savunucuları, hayvanlar konusunda yapılacak iyileştirmeleri hayvanlarla insanlar arasında eşit bir hak amacıyla yapmamaktadır. Her şeyden önce onlar, başta omurgalı hayvanlar olmak üzere hayvanlara sınırlı da olsa ahlaki bir değer verilmesinden yanadırlar. Çünkü hayvan hakları savunucuları, onların ahlaki bir statüye kavuşması durumunda söz konusu hak sahibinin iyiliğine aykırı olan insan davranışlarının engelleneceğini ve böylece hayvanların korunmasının mümkün olacağını düşünmektedir. Diğer bir ifade ile acı çeken bir insanın acıdan kaçınması için gereken davranışları sergilemesi ve devletin bu konuda önlem almasını istemesi bir hak ise, benzer bir durumda olan hayvanların da acıdan uzaklaşması için gereken koşulların

⁴⁸ Degrazia, 2006, s.61.

⁴⁹ Sezgin, 2012, s.5.

sağlanması hayvanlar için bir hak konumuna gelecektir. Eğer hayvan hakları konusunda talepler kabul edilirse, bu çabanın en önemli getirisi, öncelikle memeli hayvanların acı çekmesi önlenmiş olacaktır. Zihinsel özürülü bir çocuk için nasıl hukuk sistemi onların acı çekmesini önlemeye dönük olarak koruma mekanizması sağlıyorsa, aynı koruma mekanizması hayvanlar için de pek ala düşünülebilir.

V. İNSAN HAKLARI KARŞISINDA HAYVAN HAKLARI

Günümüzün insan hakları kavramı, insanlara hak ve özgürlükler tanımak yanında, bu hakların kullanılması ve korunması için devlete önemli yetkiler vermektedir. Bu durumda insan hakları kavramı, bir anlamda devleti de kuran temel unsur haline gelmektedir. Anayasalarda *insan haklarına dayanan ya da insan haklarına saygılı* gibi ifadeler de bunun göstergesi olarak kabul edilebilir. Böylece insan hakları kavramı, aslında modern bir devletin meşruiyetini sağlayan önemli unsurlardan biridir. Bugünkü insan hakları kavramının kökeninde 16. yüzyıldan sonra biçimlenmeye başlayan ekonomik, toplumsal ve yönetsel bir dinamizm ve bu yapının sürdürülmesi için verilen çabalar bulunmaktadır. İnsan hakları günün koşulları çerçevesinde akılcı ve hümanist bir nitelik göstererek gelişmeye devam etmektedir. Kişilere sağlanan haklar sayesinde, kilise yerine geçen yeni devletin insan tipi, ümmetçi bir anlayıştan yurttaş anlayışına doğru değişim geçirmiştir. Bu biçimlenmenin kimi ülkelerde hızlı kimisinde yavaş bir gelişme göstermesi ve farklı yorumlara konu olması, insan hakları kavramını sorunlu bir noktaya taşımaktadır. Dünya genelinde standart uygulanabilen, ya da en azından üzerinde anlaşılabilen çekirdek bir insan hakları kavramı henüz oluşturulabilmiş değildir. Tarihsel süreç içinde sınırları kimi zaman genişleyen, kimi zaman da daralan bu haklardan yararlanabilmek için de belli koşullara sahip olmak; hatta bazı bölgelerde yaşamak gereklidir. Diğer bir ifade ile bu haklardan yararlanabilmek için dünyanın her hangi bir coğrafyasında doğmak yeterli değildir; aksine buna uygun coğrafyada, belli yönetimler içinde; aynı zamanda uygun bir dil, din vb. şartlara sahip olmak zorunludur⁵⁰.

⁵⁰ Balı, Ali Şafak, "Hangi 'İnsan'ın Hakları?", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyumu, İstanbul Barosu HFSA Bildirileri, 13-17 Eylül 2010, İstanbul: 36-43.

İnsan haklarının sahip olduğu bu sorunlara rağmen hayvan hakları kavramının doğuşuna ve gelişimine esin kaynağı olduğu söylenebilir. Diğer bir ifade ile hayvanların korunmasının, toplumsal alanda acıma duygusundan çıkıp hukuki bir temele oturması, ancak toplumsal alanda insan haklarının belli bir olgunluğa ulaşmasıyla mümkün olabilecektir. Bu nedenle, insan haklarının gelişimi, aynı zamanda hayvan haklarının gelişiminin de tabanını ve motorunu oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile insanın kendi türü için bile kimi haklardan yoksun olduğu bir siyasal sistemde, hayvanlara haklar tanınması ve bunu hayata geçirmesi olanak dışıdır.

İnsanlık tarihinin büyük bir bölümünde insanların bugün için temel olarak kabul edilen haklardan yoksun olduğu, o günkü yönetimler tarafından insanlara daha çok ödevler yüklendiği bilinmektedir. O günün yönetimleri, bireylerin neleri yapmaları ya da yapmamaları gerektiğine ilişkin sıkı kurallar ilan ederek, insanların davranışlarını her zaman denetim altına almaya çalışmıştır. İlan edilen listeler genellikle yasaklarla doludur. Otoriter rejimlerin hüküm sürdüğü bu zaman diliminde, insanların kendileri için her hangi bir hak talep etmesi söz konusu olmamıştır. Aksine insanların iktidara karşı, yerine getirmesi gereken birçok yükümlülükleri bulunmaktadır⁵¹. İnsan hakları gelişimi sürecinde kimi liberal görüşte olan düşünürler, insan hakları kavramının sivil ve siyasal haklarla sınırlı olması gerektiğini savunurlar. Buna gerekçe olarak bu soyut haklara, ekonomik ve sosyal hakların maddi unsurları da eklendiği zaman birçok devlet tarafından zaten karşılanamayacağını ve bu nedenle bu hakların ölü bir hak haline geleceğini ileri sürerler⁵². Diğer yandan hak kavramının genişlemesinin aynı zamanda devletin yetki alanını genişleteceği için bu gelişmeyi de sevimli bulmazlar. Oysa insan hakları salt negatif haklardan ibaret hale getirilirse, yaşama hakkı ve dokunulmazlıklarından ibaret kalırsa, bu durumda insanlar yaşamlarını sürdürmede ciddi sıkıntılara gireceklerdir. Diğer bir ifade ile insanı sadece dışarıdan gelecek saldırılara karşı korumak, insanın yaşamasını sağlayacak koşulların oluşturulması için yeterli değildir. Örneğin suya, toprağa

⁵¹ Balı, 2010, s.41-43.

⁵² Tepe, Harun, "Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?", Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, 22-23 Ekim 2009 Antalya, Bildiriler Kitabı, Belediye İş Sendikası Yayınları: 97-104.

ulaşma hakkı kısıtlanan bir insan için negatif haklar ne kadar anlamlı olabilir? Bu nedenle insan haklarının asgari düzeyde de olsa ekonomik bir güce sahip olması gerekir. Böylece kimi liberallerin savunduğu görüşlerin aksine, ekonomik ve sosyal haklarla çerçevesi belirlenmiş insan hakları, her toplumda gerçekte ahlakın da temelini belirlemektedir⁵³.

Yukarıda da görüldüğü gibi, insan hakları bir yandan hayvan haklarının gelişimine, en azından düşünce bazında, olumlu katkı sağlarken kimi noktalarda da olumsuz sonuçlara yol açabilecek bir niteliktedir. Çünkü temel hakları sadece negatif haklar bağlamında değerlendirdiğimizde, çevre hakkının ya da hayvan haklarının gelişimi açısından fazla bir sorun yaratmamaktadır. Ancak buna sosyal ve ekonomik haklar da dahil edildiğinde, özellikle gerekli özen gösterilmediği takdirde ve sınırlar iyi çizilemediği zaman, bu türden hakların kullanılmasının çevre açısından ciddi sakıncaları ortaya çıkabilir. Daha doğrusu, bu hakların ekolojik bir çerçevede yorumlanmaması ve her hangi bir sınır konmaması durumunda sorun oluşturacağı açıktır. Mevcut hukuk düzeni içerisinde insan haklarının geniş bir yorumuyla, hava, su, flora ve fauna gibi konularda gerekli düzenlemelere gidilmemesi halinde bunların ciddi zarar göreceği ortadadır. Gerçekten de insan haklarının dünya genelinde yükselişi ile çevre sorunlarının artması arasında bir paralellik olduğu açıkça gözükmektedir. Çünkü bazı durumlarda insanların çıkarları ile hayvanların çıkarları karşı karşıya gelebilmektedir. Aslında sorunun nedeni, ekonomik ve sosyal hakların uygulanmasında doğal sınırların göz ardı edilmesidir. Temel hakların ortaya çıkışının nedeni, bireyin "*varlığını sürdürme hakkıdır*". Bu haklar aynı zamanda kirli hava, su; yeterli düzeyde yiyecek, giyecek, barınma ve en düşük düzeyde koruyucu sağlık hizmetlerini de kapsamaktadır. Ancak hayvanların yaşam alanları ile insanların yaşam alanlarının çakışması durumunda, insanların çıkarları tercih edildiğinden dünya üzerindeki faunaya büyük zararlar verilmektedir.

Günümüzde insan hakları kavramının sınırlarının çizilmesinde çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Her şeyden önce bu hak kavramının neleri kapsayacağı ya da kapsamayacağı bazen çok belirsizleşebilmektedir. Üstelik hava,

⁵³ Tepe, 2009 s.99.

su, flora, fauna gibi insan çıkarları ile diğer varlıkların korunması konusu karşı karşıya geldiğinde durum daha da karmaşıklaşmaktadır. İnsan hakları kavramının özellikle insan dışında kalan varlıklar karşısında muğlâklaşması, kaçınılmaz olarak insan dışında kalan varlıkların hukuki statüsünün düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Her şeyden önce insan hakları kavramının diğer canlılar karşısındaki üst sınırının çizilememesi, başta hayvan hakları olmak üzere yapılan birçok düzenlemeyi daha baştan zayıflatmaktadır. Bugün hayvan hakları konusunda yapılan hukuki düzenlemelerin son derece sığ bir nitelik taşımasının arkasında bu yaklaşım yatmaktadır⁵⁴.

Hayvan hakları konusunda, insan dışındaki varlıkların hukuken özne olarak kabul edilmemesi saf insan merkezli bir yaklaşımdan kaynaklanmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak hayvanların her hangi bir hak sahibi olmasını engellemektedir. Hayvanların hukuk düzeninde özne olarak kabul edilmemesi, aynı zamanda onların hak ve fiil ehliyetini kaldırmıştır. Hayvan hakları konusunda son yıllarda ortaya çıkan gelişmeler ne kadar ileri kabul edilirse edilsin, sonuçta yapılanların insanların haklarını düzenleyen hukuk sistemi içerisinde tali bir durum olmaktan öteye geçememektedir⁵⁵.

Modern hukuk düzeninde hukuka aykırı filler karşısında mağdur olan gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir. Bunun dışında kalan varlıkların mevcut hukuk düzeninde mağdur olarak nitelendirilmesi olasılığı yoktur. Hayvanlar, ancak suçun konusu olabilmekte, herhangi bir şekilde mağdur olması söz konusu değildir. Hukuken mağdur sıfatını kazanamayan hayvanlara karşı yapılan kötü davranışlar, Türk Hukuk Sisteminde kabahatler kanunu çerçevesinde değerlendirilmekte ve idari suç olarak cezalandırılmaktadır. Bugün özellikle ev hayvanlarının korunmasında hukuken başvuru yolu, mağdurunun korunması değil, bilakis onun hayvanın sahibinin korunmasıdır. Diğer bir ifade ile hayvanlara verilen zarar ya da kötü muamele söz konusu ise, bu durumda hayvan sahibini daha çok maddi çıkarlarının korunması ilkesinden hareket edilerek zarar veren kişi cezalandırılmaktadır⁵⁶.

⁵⁴ Tepe, 2009 s.99-100.

⁵⁵ Eşitli, 2012, s.22.

⁵⁶ Eşitli, 2012, s.22.

SONUÇ

Hayvan hakları konusundaki gelişmelerin önündeki en önemli engel, insanın kendisine Tanrısal özellikler yükleyerek yeryüzündeki bütün canlıların yaşamına ölçsüz müdahale etmesidir. Oysa bilimsel araştırmalar, insan ve diğer canlılar arasında ortak bağlar olduğunu göstermektedir. Tarihsel gelişim süreci, canlıların hayatta kalabilme becerisini artırmak için önemli değişimlere uğradığını göstermektedir. Bu gerçeklere gözünü kapatan modern hukuk sistemi, hala Aristoteles ve Aquinalı Thomas'ın hayvanlara bakış açısını kendisine kılavuz edinmeye devam etmektedir. Modern dünyanın hayvanlara ve doğaya bakış açısı, kaçınılmaz olarak insanın doğaya yabancılaşmasına ve hayvan sorunlarına karşı duyarsızlaşmasına neden olmaktadır. Oysa hayvan hakları konusunda sağlanan ilerleme, insan haklarının gelişimine de önemli katkı sağlayacaktır. Hayvanlara değer vermeyen bir anlayışın, türcülüğün etkisinde kalarak bunu insanlar arasında ayrımcılığa yöneltmesi, toplumsal alanda şiddeti ve ırkçılığı körüklemesi kaçınılmaz gözükmektedir.

Toplumda hayvan hakları konusunda oluşturulan imgeler ve algılar hayvanlara bakış açısını önemli ölçüde etkilemektedir. Bireylere, daha küçük yaşlarda çiçekleri, böcekleri kısaca doğal çevreyi nasıl algılaması gerektiği öğretilmelidir. Ancak mevcut eğitim ve sosyalleşme süreçleri nedeniyle, hayvanlar hakkında olumsuz yargılarla yüklü değerleri değiştirmek kolay değildir. Bilimsel olarak hayvanların insanlar gibi canlılar olduğu, henüz evrimsel olarak daha geride buldukları anlaşılabilir, yerleşmiş olan önyargılar nedeniyle insanların bunu kabul etmekte zorlandıkları ya da tamamen reddettikleri görülmektedir. Oysa hiç bir bilimsel veri, hayvanların akıldan yoksun ya da acı çekmeyen varlıklar olduğu tezini desteklememektedir. Bu nedenle eğitim sisteminin canlı merkezci ve daha bütüncül bir doğa anlayışı çerçevesinde düzenlenmesi gerekir.

Dünya üzerinde canlı yaşamının ve özellikle biz insanların varlığı, omurgalılara, omurgasızlara, bakterilere ve aynı zamanda cansız varlıklara (hava, su, toprak) bağlıdır. Dünya üzerinde canlı yaşam, aslında canlılar arasında muazzam bir işbirliği sayesinde devam etmektedir. Sadece arıların yok olması karşısında dünyanın nasıl büyük bir tehlike içine gireceği açıktır. Ancak canlılar arasında bu işbirliğinde insanın kendisini ayrıcalıklı bir yere koyması, diğer canlıların çı-

karlarını görmezden gelmesi, doğal düzenin işleyişi içerisinde uzun süre devam ettirilebilecek bir davranış değildir. Bu nedenle hayvan hakları kavramı, insan hakları ya da hukuk içerisinde tartışılırken olayın bu açıdan da değerlendirilmesi gerekir. Aksi yöndeki bütün girişimlerin, dünyadaki canlı yaşamı ve biz insanları yok olmaya biraz daha yaklaştıracığını söyleyebiliriz.

Hayvan haklarının toplumsal alanda gelişimini engelleyen en önemli unsur, hayvanların maddi değeri olan bir eşya olarak kabul edilmesidir. Neyin değerli olup olmadığı zamana göre değişiklik gösterse de, aslında bu durum hayvanlar için hiç değişmedi. Hayvanların fiziki varlığı insan için her zaman maddi kazanç niteliğinde olmuştur. Doğal olarak hayvanlar konusunda yapılacak her hangi bir düzenleme, toplumun bazı kesimlerinin sert tepkisi ile karşılaşmıştır. Öte yandan insanlar arasında kabul edilen soyut bir eşitliğin bile her hangi bir fiziksel, psikolojik ya da zeka ile ilgisi olmamasına rağmen, sürekli engellerle karşılaşıldığı bilinmektedir. Benzer bir mantık, insanların hayvanlara karşı davranışlarını düzenlemeye yönelik girişimler karşısında da görülmektedir. Bu nedenle, hayvan hakları savunucularının toplumsal alanda bir bilinç oluşturabilmesi için, felsefi alanda hayvan hakları konularını işlemeye devam etmeleri gerekmektedir.

Sonuç olarak hayvan severler ve çevreci gruplar hayvanların konumunun iyileştirilmesi için insan merkezli mevcut hukuk sisteminin değiştirilmesi için çaba sarf etmektedirler. Ancak bu yöndeki çabaların sonuçlarının son derece sınırlı olduğu söylenebilir. Bu nedenle mevcut hukuk sistemi doğal çevrenin ve hayvanların korunmasına yeterli katkı sağlamaktan uzaktır. Bunun en önemli nedeni, hayvanların ekonomik bir değerinin olmasıdır. Doğal olarak trilyon dolarlık bir yapının kolaylıkla tavsiye edileceğini beklemek şimdilik hayaldir. İnsanlık tarihi dikkate alındığında kölelik bile son derece geç bir dönemde kalkmıştır. Köleliğin hukuksal bir yapı tarafından korunduğu bir sistemde, nasıl insan hakları kavramının barınması olası değilse, aynı durum hayvanlar için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla, hayvanların mülkiyete konu olduğu bir yapıda, hayvan haklarından bahsetme olanağı yoktur. Bugün modern hukuk sistemi içerisinde hayvan hakları kavramı, gerçekte bir hak olmanın çok gerisinde olup, hayvan severlerin gelecekteki özlemini dile getirmekten öte gidememektedir.



KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, M. Ali (1989), **Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi**, Verso, Ankara.
- Altuğ, Tuncay (2009), "Hayvan Deneyleti Etiği", **Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık**, 53-68.
- Armutak, Altan (2008a), "Yahudi ve Hristiyan Dini Kutsal Kitaplarında Hayvan Hakları", İstanbul Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C: 34(1): 39-55.
- Armutak, Altan (2008b), "İslam Dini Kutsal Kitabında Hayvan Hakları", İstanbul Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C: 34(1): 57-66.
- Balı, Ali Şafak (2010), "Hangi "İnsan'ın Hakları?", **Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyumu**, İstanbul Barosu HFSA Bildirileri, 13-17 Eylül 2010, İstanbul: 36-43.
- Başagaç Gül, Tamay (2012), **Değişen Dünyada Biyoetik**, Türkiye Biyoetik Derneği VII. Kongresi, Biyoetik Derneği Yayını, İstanbul: 128-130.
- Çuhacı, Ebru (2012), Hayvanları Koruma Kuruluşları Devlet Katında Temsil Edilmelidir", **Bilişim Dergisi**, Yıl: 40, S: 144, Nisan: 182-185
- Degrazia, David (2006), **Hayvan Hakları**, (Çev. Hakan Gür). Dost Kitabevi, Ankara.
- Des Jardins, Joseph R. (2006), **Çevre Etiği**, (Çev.: Ruşen Keleş), İmge Yayınları, Ankara.
- Doğan, Aysel (2006), "Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım", **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C:23, S:1: 33-43.
- Eşitli, Ezgi Aygün (2012), "Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleti", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2): 16-24.
- Genç, Savaş Volkan (2007), "Derin Ekoloji Penceresinden Hayvana Bakış", **Veteriner Hekimler Dergisi**, C: 78, S: 2: 35-39.
- Gürler, Ayşe Menteş ve Osmanoğlu, Şule (2009), "Türkiye'de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi", **Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi**, C: 15(3): 325-330.

Kılıç, Selim (2008), *Çevre Etiği*, Orion Kitabevi, Ankara.

Kösters, Winfried (2004), **Umweltpolitik, Themen, Probleme, Perspektiven**, Olzog Verlag, München.

Kuran-ı Kerim Türkçe Meali (2015), <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#108:1>; <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#22:30>, 16.01.2015

Özdek, E. Yasemin (1993), *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE, Ankara.

Özgür, Atilla (2010), "Türk Hukuk Sisteminde Hayvanlar", **Veteriner Hekimler Derneği Dergisi**, C:81, S:1: 31-34

Özkul, Türel; Sarıbaş, Taner; Uzabacı, Ender; Yüksel, Erhan (2013), "Türk Toplumunun Hayvan Hakları Kavramına Yaklaşımının Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma: I Demografik Özelliklere Göre Tutum Analizi", **Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi**, C: 19(1): 167-171.

Savaş, Türker; Yurtman, İsmail Yaman, Tölü, Cemil (2009), "Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış- Nesnel Arayışlar", **Hayvansal Üretim**, 50(1): 54-61.

Sezgin, Hilal (2012), "Dürfen wir Tiere für unsere Zwecke nutzen?", **Aus Politik und Zeitgeschichte**, 62. Jahrgang · 8–9/2012 · 20. Februar 2012: 3-8.

Singer, Peter (2005), **Hayvan Özgürleşmesi**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.

Tepe, Harun (2009), "Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan **İnsan Hakları Korunabilir mi?**", **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, 22-23 Ekim 2009 Antalya, Bildiriler Kitabı, Belediye İş Sendikası Yayınları: 97-104.

Turgut, Nükhet (2009), *Çevre Politikası ve Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara.

Ünder Hasan (1996), *Çevre Felsefesi*, Doruk Yayınevi, Ankara.

Yaşar, Aşkın; Yerlikaya, Halis (2004), "Dünya'da ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Gelişim", **Veteriner Bilimleri Dergisi**, C:20 S:4: 39-46.

MEŞRU SAVUNMADA ORANTILILIK VE DURDURUCU GÜÇ KAVRAMI

Proportionality in Self-Defense and the Concept of Stopping Power

Erdem OKDEMİR* – Semra SAVAŞ KETEN
Yrd. Doç. Abdullah AVŞAR*** – Hakan ÖNAY******

ÖZET

Meşru savunma kişinin bir saldırı karşısında kendisini korumasıdır. Bu savunma saldırı ile orantılı biçimde olmalıdır. Ateşli silah yaralanmaları kompleks mekanizmalardır. Savunma esnasında ateşli silah kullanılan durumlarda orantılılığın değerlendirilebilmesi için bu yaralanma mekanizmasının bilinmesi gerekmektedir. Ateşli silahlar kalıcı boşluk, geçici boşluk ve fragmentasyon oluşturarak doku hasarına neden olurlar. Meşru müdafada amaç saldırganı durdurmaktır. Bir yaranın öldürücü nitelikte olması durdurucu olduğu anlamına gelmez. Ateşli silahla öldürücü nitelikteki yaralanmaların bile saldırganı etkisiz hale getirmesi mümkün olmayabilir. Çalışmada ateşli silah yaralanma mekanizması, durdurucu güç kavramı ve bazı Yargıtay kararları birlikte ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Meşru savunma, orantılılık, durdurucu güç, ateşli silah.

ABSTRACT

Self-defense is the protection of person against assault by another. There must be proportionality between the severity of the assault and the measure of defense. Mechanisms of gunshot injuries have very complex character. The mechanism should be known clearly to estimate the proportionality in cases of defense with firearm. Gunshot wound mechanism includes mainly; permanent cavity, temporary cavity and fragmentation. The aim of self-defense is stopping the perpetrator. The lethal wound doesn't mean stopping wound. The perpetrator is not incapacitated by firearms even

* Adli Tıp Kurumu K. Maraş Adli Tıp Şube Müdürlüğü, erdemokdemir@gmail.com

** K.Maraş Hakim, semrasavas311@gmail.com

*** KSÜ Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilimdalı, drabdullahavsar@gmail.com

**** Arts, Science & Technology University in Lebanon, hakanonay01@gmail.com

fatal wound. In this study, mechanism of gunshot injuries, the concept of stopping power were evaluated with Supreme Court decisions.

Key Words: Self-defense, proportionality, stopping power, firearms.



GİRİŞ VE AMAÇ

Meşru savunma (müdafaa); bir saldırı karşısında kişinin kendisini korumasıdır¹. Dönmezer'e göre meşru savunma; "Bir kimsenin, kendisine veya başkasına karşı yapılan haksız bir saldırıyı def etmek maksadıyla ve başka suretle korunması olanaklı bulunmayan böyle bir saldırıdan kurtulmak üzere yaptığı savunmadır"² Koca ve Üzülmöz'e göre meşru savunma yapılırken bu saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanılmalıdır³.

TCK'nın 25/1.maddesinde; "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fillerden dolayı faile ceza verilemez"⁴. Bu maddenin gerekçesinde; "Savunmanın saldırı ile orantılı biçimde olması, yani saldırıyı def edecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedenlerinden yargılanacaktır" denilmektedir⁵. Böylece gerçekleşen haksız saldırıya karşı gösterilen tepki hukuken haklı görülmekte ve meşru savunmada kullanılan kuvvetin ortaya çıkardığı sonuçlar nedeniyle herhangi bir cezai sorumluluk oluşmamaktadır.

TCK'nın 25/2.maddesinde; "Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez"⁶ denilmektedir. Bu fıkranın uygulanması için öncelikle meşru savunma koşul-

¹ <http://www.tdk.gov.tr>

² Dönmezer S. 2003: 135

³ Koca M, Üzülmöz İ. 2012: 246

⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

⁵ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc.

⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>.

ları gerçekleşmeli sonra da sınırın maddede belirtilen heyecan, korku telaş dolayısıyla aşılması gerekmektedir.

Meşru savunmada sınırın aşılip aşılmadığını belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Yaşar, Gökcan ve Artuç 'a göre "Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanabilmesi için olayın yeri, zamanı, kişilerin kullandığı vasıtalar, saldıran ve savunanın kişilik özellikleri vb. somut olaya özgü tüm koşulların araştırılarak değerlendirilmesi ve failin bu koşullar içerisindeki ruh hali ile hareket ettiğinin takdir edilmesi gerekmektedir". Özellikle ateşli silah kullanılan savunma eyleminde silahın, saldırganın kullandığı vasıtalarla orantılı olup olmadığı değerlendirilirken ateşli silah yaralanmalarının kompleks mekanizması ve durdurma kabiliyeti çok iyi bilinmelidir.

I. ATEŞLİ SİLAHLARDA YARALAMA MEKANİZMASI

Ateşli silah yarasının niteliğini dokunun ve merminin özellikleri belirler. Merminin hızı, şekli, deforme olması, fragmente olması, dokunun elastikiyeti, yoğunluğu, anatomik pozisyonu oluşacak yaralanmanın niteliğini belirler. Yaralanma mekanizmaları şunlardır:

1. Kalıcı boşluk; yaralanmadaki en temel mekanizmadır. Merminin vücuda girip kat ettiği yol boyunca oluşturduğu doku harabiyetidir. Mermi yara yolu içerisinde takla atmazsa yaklaşık olarak çapı kadar bir kalıcı boşluk oluşturur. Doksan derecelik bir taklada çapının 3 katı kadar bir boşluk oluşturabilir. Mantar şeklini alan mermiler daha büyük kalıcı boşluk oluştururlar⁸.

2. Geçici boşluk; mermi vücuda girdikten belli bir süre sonra takla atmaya başlar. Merminin eksenindeki 90 derecelik sapma gerçekleştiğinde dokuya oluşturduğu çarpma etkisi maksimuma çıkar ve mermi aniden yavaşlar. Bu durum etraf dokuyu hızla iter. Bu etki geçici boşluğu oluşturur. Bu olay taşın suya çarptığında oluşturduğu etkiye benzer. Yaygın olarak kullanılan tabanca- ların mermileri çok küçük geçici boşluğa neden olabilirler. Merkez vuruşlu yivli tüfek mermileri ve .44 magnum gibi yüksek kalibreli tabanca mermileri 10- 25 cm'lik geçici boşluklara neden olabilirler. Geçici boşluk merminin trajesine

⁷ Yaşar O, Gökcan HT, Artuç M.

⁸ Hollerman JJ ve ark. 1990; 155(4); 685-690

uzak dokuların da yaralanmasına neden olur. Elastik olmayan dokular (beyin, karaciğer, dalak), içi sıvı dolu dokular (bağırsak, kalp, idrar torbası), yoğun dokular (kemik) geçici boşluktan daha çok etkilenirler^{9,10}.

3. Fragmantasyon; vücuda giren merminin parçalanarak oluşturduğu harabiyeti arttırmasıdır. Kemiğe çarpan mermiler daha çabuk fragmente olurlar. Parçalanmış kemik fragmanları, dişler, diş dolguları, madeni paralar ve düğmeler gibi kişinin üzerinde taşıdığı cisimler de merminin çarpması ile hız kazanarak ikinci bir mermi gibi doku harabiyeti oluşturabilirler^{11,12}.

Sonik basınç dalgaları merminin önünden gider ve yaralanma mekanizmalarında yeri yoktur¹³.

II. DURDURUCU GÜÇ

Durdurucu güç; saldırganın daha fazla saldırganlık yapma kapasitesini derhal sonlandıran güçtür¹⁴. Bir yaranın öldürücü olması onun durdurucu olduğu anlamına gelmez¹⁵. Ateşli silahla yaralanmalarda organ ve damar hasarına bağlı kanama, en sık ölüm nedenidir¹⁶. Ancak insanlar ateşli silahla öldürücü şekilde yaralandıktan sonra bile hareketlerini devam ettirebilirler. Yaralanmanın lokalizasyonuna ve büyüklüğüne bağlı olarak bu süre saniyeler ile saatler arasında değişebilir. Kalbi tamamen parçalayan bir yaralanmada bile kişinin en az 10 saniye hareket etmesi mümkündür¹⁷.

Beyne ve üst omurilik kısımlarına yapılan atışlar dışındaki atışların fiziksel olarak saldırganı derhal durdurması mümkün değildir. Tek başına frontal lob yaralanması olan beyin yaralanmalarında bile kişi yaşayabilir ve hareketini devam ettirebilir¹⁸.

⁹ Hollerman JJ ve ark. 1990; 155(4); 685-690

¹⁰ Di Maio V. 1999

¹¹ Hollerman JJ ve ark. 1990; 155(4); 685-690

¹² Fackler ML. 1996; 28(2);194-203.

¹³ Hollerman JJ ve ark. 1990; 155(4); 685-690

¹⁴ Bruchey JR ve ark. 1979

¹⁵ Di Maio V. 1999.

¹⁶ Wagner S. 2009: 81.

¹⁷ Di Maio V. 1999

¹⁸ Patrick UW. 1989.

Bununla birlikte durdurucu olan bir yaralanma kişiyi hemen öldürmeyebilir. Beyin sapından yaralanıp günlerce bitkisel hayatta kaldıktan sonra ölen kişiler rapor edilmiştir¹⁹.

Kişinin saldırma kabiliyetinin derhal durdurulmasında fiziksel ve psikolojik faktörler rol oynar. Ağrı saldırganın etkisiz hale gelmesini kolaylaştırabilir ancak çoğu zaman olay esnasında hissedilmez. Birçok kişi ağrıyı hissetmez veya hissetse bile bu kızgınlığa ve daha güçlü mücadeleye neden olur. Psikolojik faktörler merkezi sinir sistemi yaralanması olmadan da hızlı inkapasitasyon yapabilir. Yaralanmanın fark edilmesi, kan ve ölüm korkusu, silah korkusu, vurulan insanların nasıl davranacağı önyargısı veya kaçma isteği ölümcül olmayan yaralanmalarda bile inkapasitasyona neden olabilir. Kişiler yaralandıklarını anlamayabilirler ya da yaralanmayı umursamayabilirler. Kararlı bir saldırgan ölümcül şekilde yaralanmışsa bile saldırısını devam ettirebilir. Ağrı kesiciler, anestezipler, uyarıcı maddeler ağrıyı azaltabilir, yaralanmanın anlaşılmasını engelleyebilir ve yaralanma korkusunu ortadan kaldıracaktır. Uyuşturucu madde etkisinde olanlar vücuduna olanları idrak edemeyip mücadeleye devam edebilirler²⁰.

DiMaio'ya göre insanlar ateşli silah yaralanmalarını filmlerden ve televizyondan öğrendikleri ile değerlendirmektedir²¹. Gerçek ise farklıdır. Örneğin; bir merminin bir insanı fırlatması mümkün değildir. Bir merminin insan vücuduna çarptığında aktaracağı enerji bir beyzbol topununkine eşittir²².

Meşru savunma eyleminde, saldırı öldürücü nitelikte ise; savunma eyleminde aranması gereken orantı, aynı miktarda öldürücü olması değil, *durdurucu olmasıdır*. Kısa mesafede balta, bıçak, demir çubuk, beyzbol sopası veya metal bir sandalye de öldürücü nitelikte yaralanma oluşturabilir. Savunma pozisyonundaki kişinin ihtiyacı olan şey saldırıyı durdurmaktır. Bunu yaparken sahip olduğu aracın kabiliyetleri doğrultusunda hareket edecektir. Örneğin kılıçla kısa mesafede yapılan bir saldırıya karşı savunma için sahip

¹⁹ Di Maio V. 1999

²⁰ Patrick UW. 1989.

²¹ Di Maio V. 1999.

²² Patrick UW. 1989.

olduğu araç Taser adı verilen bir elektroşok silahı ise saldırganı öldürmeden etkisiz hale getirme ihtimali mevcuttur. Uç bir örnek olarak; bıçakla yapılan bir saldırıya karşı savunma için mevcut olan tek aracın bir bomba atar olduğunu varsayarsak, psikolojik etkinin işe yaramadığı durumlarda, saldırganı öldürmeden etkisiz hale getirmenin bir yolu olmayacaktır. Bu durumda bomba atarın kılıca göre orantısız olduğu söylenemez. Müdafî öldürücü güce karşı kullanabileceği yegane durdurucu vasıtayı kullanmazsa kendisini savunamayacaktır.

Sıklıkla karşılan bir örnek olarak; bıçakla yapılan saldırılarda, saldırganın birkaç saniyede kat edebileceği 6-7 m'lik mesafe içinde kolluk kuvvetlerinin ve sivillerin yaygın olarak savunma amacıyla taşıdığı tabancanın, bıçağın sahip olduğu öldürücülükle orantılı bir durduruculuğa sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Kolluk güçlerinin bıçakla yaralandığına dair pek çok olay medyaya yansımaktadır.

Ateşli silahlarla yapılan savunmada, ateşli silah yaralanmalarının durduruculuk konusunda öngörülebilir olmayan performansları göz önünde bulundurulmalıdır.

III. YARGITAY KARARLARI İLE BİRLİKTE MEŞRU SAVUNMA KAVRAMININ ATEŞLİ SİLAH YARALANMALARINDA DEĞERLENDİRİLMESİ:

Örnek 1: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.12.1984 tarih ve 93/402 sayılı kararında; “mağdurun baltalı saldırısına uğrayan ve kendisine iki metreye kadar yaklaştığını gören sanığın daha etkili ve üstün güce sahip mağdurun ayağına ve vücudunun öldürücü olmayan bölgelerini tevcih ederek ateş etme olanağına sahip olmasına rağmen, göğüs bölgesini hedef alarak dört el ateş etmesi, onun yasal savunma sınırını aştığını açık biçimde göstermektedir”²³

Yargıtay bu kararında savunma eyleminin saldırıya oranla çok aşırı olduğunu değerlendirmiştir²⁴. Baltalı bir saldırganın 2 m'lik mesafeyi birkaç saniyede kat ederek hedefi olan kişide öldürücü ve durdurucu nitelikte yaralanma oluşturması mümkündür. Bununla birlikte, göğse yapılan atışlarla atışların

²³ Demirbaş T. 2012:317-21.

²⁴ Ermeydan İ. 2014; (3):131-170.

tamamı kalbe isabet etse bile saldırganın en az 10 saniye eylemine devam etmesi mümkündür. Kararda daha az öldürücü yerlerin neresi olduğu belirtilmemekle birlikte olayın efor ve stresi düşünülduğünde kişinin saldırganı göğüs yerine hareketli ve küçük hedefler olan kollar ve bacaklardan vurması ve bunun birkaç saniyede saldırganı etkisiz hale getirmesini beklemesi hayatın doğal akışına uygun değildir. Bu nedenle kısa mesafede baltaya karşı ateşli silah kullanımı, yaralama özellikleri değerlendirildiğinde, orantılılık ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Olayda hızlı inkapasitasyon yapacak şekilde organ yaralanması mevcut olmayıp muhtemelen psikolojik faktörler devreye girmiş ve saldırgan etkisiz hale gelmiştir.

Örnek 2: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.11.1997 tarih ve 1/149-215 sayılı kararında; “sanık ise, daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirme imkânına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini ön görebilecek durumda bulunduğu halde, atışlara devam etmek sureti ile yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır”²⁵. Yargıtay bu vakada zaman bakımından sınırın aşıldığı değerlendirmiştir²⁶. Mermilerin insan olan hedef üzerindeki kinetik enerji aktarımı göz önüne alındığında ateş edenin isabet ettirdiğini anlaması mümkün olmayabilir. Ayrıca isabet sağlanması saldırganın anında etkisiz hale geleceği anlamına gelmez. Sonuç olarak; müdafinin saldırgan etkisiz hale gelene kadar savunma eylemini sonlandırması beklenemez. Buradan hareketle; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 16 md.sinde; “silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir” denmektedir²⁷.

Bunun yanında Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha sonradan kabul ettiği “Zaruret sınırının aşılp aşılmadığı belirlenirken, failin o anda içinde bulunduğu ruh halinin, psikolojik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir.”(YCGK. 15.02.2000 2000/1-22 Esas 2000/27 Karar) ilkesini göz önüne almayarak

²⁵ Demirbaş T. 2012:317-21.

²⁶ Ermeydan İ. 2014; (3):131-170.

²⁷ www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf.

sanığa olay anında yapması mümkün olmayan öngörülerde bulunma yükümlülüğünü getirmiştir.

SONUÇ

Meşru savunmada orantılılık değerlendirilirken öldürücü nitelikteki saldırıya karşı kullanılan aracın durduruculuk kabiliyeti değerlendirilmelidir. Ayrıca sınırın belirlenmesinde atış sayısı, önleyici atış yapıp yapılmadığı, atış sonrası bekleme gibi kriterlerin yerine saldırganın hayati tehlike oluşturacak yakınlıkta olup olmadığı ve saldırgan durdurulduktan sonra eyleme devam edilmediği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumun açığa kavuşması olay yerinin ve atışın yeniden yapılandırılması ile mümkün olacaktır. Ateşli silah yaralanmasına bağlı ölüm otopsislerinde adli makamların beklentisi sadece ölüm sebebi, atış sayısı ve mesafesi olmamalı, atışın ve olay yerinin yeniden yapılandırılmasına katkı sağlayacak tüm veriler toplanmalıdır. Bu sayede maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere meşru savunma kurumunun “anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi” amacına ulaşmak mümkün olacaktır.

◆◆◆

KAYNAKÇA

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=me%C5%9Fru%20m%C3%BCdafa&guid=TDK.GTS.546ce4e-66c8ee3.64247955. (Alıntı Tarihi: 23.11.2014)

Dönmezer S. Genel Ceza Hukuku Dersleri. Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları. İstanbul. 2003: 135

Koca M, Üzülmaz İ. Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. Seçkin Yayınevi. 2012: 246.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>. (Alıntı Tarihi: 28.11.2014.)

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc. (Alıntı Tarihi: 28.11.2014)

Yaşar O, Gökcan HT, Artuç M. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu. Seçkin Yayıncılık. Ankara. 2014.

Hollerman J J, Fackler M L, Coldwell D M, Ben-Menachem Y. Gunshot wounds: 1. Bullets, ballistics, and mechanisms of injury. American journal of roentgenology. 1990; 155(4); 685-690.

Di Maio V. Practical Aspects of Firearms, Ballistics and Forensic Techniques. 2nd ed. s.l.: CRC Press LLC, 1999.

Fackler ML. Gunshot wound review. Annals of Emergency Medicine. 1996: 28(2);194-203.

Bruchey JR. William J. Ammunition for Law Enforcements. Part I. Methodology for Evaluating Relative Stopping Power and Results. Army Ballistic Research Lab Aberdeen Proving Ground Md. 1979

Wagner S. Death Scene Investigation: A Field Guide. CRC Press. 2009: 81.

Patrick UW. Handgun wounding factors and effectiveness. Firearms Training Unit, FBI Academy. 1989.

Demirbaş T. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Seçkin Hukuk. 2012:317-21.

Ermeydan İ. Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması. FSM İlimi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi. . 2014; (3):131-170.

www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf. (Alıntı Tarihi: 26.11.2014)

**YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU KAPSAMINDAKİ
KABUL EDİLEMEZ BAŞVURU VE HIZLANDIRILMIŞ DEĞERLENDİRME
KARARLARININ KESİNLİĞİ**

*The Finality of Unacceptable Application and Accelerated Assessment
Decisions Regulated in the Law on Foreigners and International Protection*

Yrd. Doç. Dr. Aslı Bayata CANYAŞ*

ÖZET

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan uluslararası koruma başvurusu sürecinde, diğer konularla birlikte “kabul edilemez başvuru (m. 72)” ve “hızlandırılmış değerlendirme (m. 79)” düzenlenmiştir. “İdarî itiraz ve yargı yolu” başlıklı 80. maddenin 1. fıkrasının d bendinde ise 72. ve 79. maddeler çerçevesinde mahkemenin vereceği kararın kesin olacağı belirtilerek; daha üst bir yargı merciine gidilmesinin önü kesilmiştir. Çalışmada, bu tür bir kısıtlamanın, Anayasa’ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygunluğu incelenecektir. Ayrıca, İdari Yargılama Usûlü Kanununda kanun yolları ile getirilen değişikliğin (m. 45-46) YUKK’un 80/1/d hükmü üzerindeki etkisi de ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, temyiz, idarî kanun yolları, idarî yargı, AİHM.

ABSTRACT

During the process of international protection which has been brought by the Law on Foreigners and International Protection, two titles that are “unacceptable application (art. 72)” and “accelerated assessment (art. 79)” have been regulated together with other subjects. In para.1 /d of article 80 which has the title of “Administrative challenge and judicial remedies”, it has been declared that the judgment of the court reached pursuant to articles 72 and 79 is final and it has been prevented to recourse to the superior court. This study is devoted to analyse the conformity of such a restriction with the Constitution and with the European Convention on Human Rights. Moreover, the effect of the amendment concerning the legal remedies brought by

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bayata@bilkent.edu.tr .

the Law of Administrative Procedure (art. 45-46) on the art. 80/1/d of LAIP shall also be scrutinized.

Key Words: Law on Foreigners and International Protection, right to a fair trial, right to an effective remedy, appeal, administrative remedies, administrative procedure, ECtHR.



GİRİŞ

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹ Nisan 2014² tarihinde yürürlüğe girerek Türk pozitif hukukunun bir parçası olmuştur. Kanunun genel gerekçesinde, ülkemizde artan yabancı sayısı gözönünde bulundurularak yürürlükteki mevzuatın güncel sorunlar ve gelişmeler karşısındaki yetersizliğinden kaynaklanan sorunların bertaraf edilmesi ve uluslararası koruma alanında kanun düzeyinde temel bir düzenlemenin bulunmamasının yarattığı boşluğun doldurulması temel amaçlar olarak belirlenmiştir.

YUKK'un 3. maddesinin (ü) bendinde yabancının kim olduğu ile ilgili bir tanım getirilerek, “yabancının, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” olduğu belirtilmiştir³. YUKK'da yabancılar hukuku ile ilgili tüm konuların düzenlenmemiş olduğuna dikkat çekilmelidir. Kanun kapsamında kalan başlıca konular, “geri gönderme yasağı, Türkiye'ye giriş ve vize, ikamet, sınır dışı etme, uluslararası koruma, göç idaresi genel müdürlüğü” şeklindedir. Bunlar dışında kalan ve yabancıları ilgilendiren diğer konular, farklı kanunların bünyesinde yer almaya devam etmektedir. Örneğin, yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun⁴, yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edin-

¹ Kanun No: 6458, RG: 11.4.2013-28615. Bundan böyle YUKK olarak anılacaktır.

² YUKK'un 125. maddesi gereği 122., 123. maddenin 1., 2., 5. ve 7. fıkraları ile 124. maddesi hariç olmak üzere beşinci kısmı yayım tarihinde (11.4.2013); diğer hükümleri yayım tarihinden 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

³ Bu tanımın, Devletler Hukuku Enstitüsü 1892 Cenevre Toplantısında yapılan ve yabancıyı “bir devlet ülkesinde bulunup o devlet vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse” şeklindeki tanımla paralel olduğu açıktır. Yabancı tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, Türk Yabancılar Hukuku, 7. B., Beta, İstanbul, 2002, s. 6.

⁴ Kanun No: 5683, RG: 24.7.1950-7564.

meleri konusu, 2644 sayılı Tapu Kanununda⁵ düzenlenmiştir.

Adından da anlaşılacağı üzere “uluslararası koruma” konusu, YUKK’un önemli bir parçasını oluşturmaktadır ve uluslararası korumadan yararlanabilmesi mümkün olan üç grup belirlenmiştir. Bu gruplar⁶, mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil korumadan yararlananlardır⁷.

I. ULUSLARARASI KORUMADAN YARARLANACAK OLANLAR

A. Mülteciler

YUKK’un 61. maddesi uyarınca, mülteci statüsü⁸ verilebilecek kişiler belirlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca mülteci statüsü, sadece Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle zulme uğrayacağından korkan yabancıya ya da vatansız kişiye verilebilir. Dolayısıyla, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen bir olay sözkonusu olduğunda mülteci statüsünün verilmesi söz konusu olmayacaktır. Zulme uğramanın sebebi, “ırk, din, tâbiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünce” olabilir. Ayrıca, ilgilinin bu korkusunun “haklı” olması gerekmektedir. Hükümün uygulanmasının diğer koşulu ise ilgili yabancının, ülkesi dışında bulunması, bu ülkenin korumasından yararlanamaması ya da korku nedeni ile yararlanmak istememesidir. Vatansızlar bakımından ise, bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesi dışında bulunmak, oraya dönememek ya da korku nedeniyle dönmeyi istememek gibi koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. YUKK’un 61. maddesi, 1951 Cenevre Konvansiyonuna Ek 1967 New York Protokolü ile değiştirilmiş olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 1A(2). maddesi ile uyumludur.

⁵ Kanun No: 2644, RG: 29.12.1934-2892.

⁶ Ayrıca YUKK’un 91. maddesinin ilk fıkrası uyarınca ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla topluca Türk sınırlarına gelen veya sınırları geçmiş olan yabancılara “geçici koruma” sağlanabileceği düzenlenmiştir.

⁷ Vize alma yükümlülüğünü yerine getirmeden Türkiye’ye gelmiş olanların, bu durumlarının uluslararası koruma başvuru yapmalarına engel olmayacağına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Barış Teksoy, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, 62(3), 2013, s. 893-894.

⁸ Mülteci kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Neva Övünç Öztürk, “Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımının Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi”, Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, 2012, s. 919 vd.

Mülteci statüsü tanınırken salt Avrupa’da meydana gelen olayların esas alınmış olduğu görülmektedir. Bu coğrafi kısıtlamanın, ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği, AİHM’in önüne gelmiş olan A.G. ve Diğerleri ile Türkiye⁹ arasındaki davada ele alınmıştır. AİHM, konuya ilişkin değerlendirmesi sonucunda, coğrafi açıdan getirilmiş olan bu sınırlamanın, Türkiye’nin mülteci ve sığınmacı politikası ile ilgili olduğunu; Avrupa’da meydana gelen olaylara bağlı olarak mülteci statüsü tanınırken Avrupa dışında meydana gelen olaylara bağlı olarak sığınmacı muamelesi yapılmasının ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu tür bir ayırımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir.

B. Şartlı Mülteciler

Türk yabancılar hukukunda, mülteci statüsü, Avrupa’da meydana gelen olaylara bağlı olarak tanımlanırken; “sığınmacı” statüsü, “ırkı, dini, uyrukluğ, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korkan ve vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanmayan ya da korkudan dolayı yararlanmak istemeyen ve Türkiye’den uluslararası koruma talep eden kişi” olarak ele alınmaktaydı¹⁰. Bu ayırım, YUKK’un 91. maddesine dayanılarak hazırlanmış olan ve 22.10.2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği’nin¹¹ 61. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan 1994 Yönetmeliği’nin¹² 3. maddesine dayanılarak yapılmaktaydı¹³.

⁹ A.G. ve Diğerleri/ Türkiye, 40229/98, 15.6.1999. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-4856#{"itemid":\["001-4856"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-4856#{) (Erişim Tarihi: 22.10.2014)

¹⁰ Konu hakkında bkz. Bülent Çiçekli, *Yabancılar Hukuku*, 3. B., Seçkin, Ankara, 2012, s. 234-235. Ayrıca bkz. Aysel Çelikel/ Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 19. B., Beta, İstanbul, 2013, s. 20-21.

¹¹ RG, 22.10.2014-29153.

¹² Mülga Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 30.11.1994, 22127).

¹³ Nuray Ekşi, “İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Etkisi”, *TAAD*, Y: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 66.

YUKK'da ise "sığınmacı" kavramını karşılayacak şekilde "şartlı mülteci" kavramına yer verildiği görülmektedir¹⁴. Şartlı mülteciler ile ilgili olarak YUKK'un 62. maddesinde düzenleme getirilmiştir. Buna göre, şartlı mültecilik statüsünün doğmasına yol açabilecek olayın Avrupa ülkeleri dışında gerçekleşmiş olması gerekir. Hüküm uyarınca, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya ya da bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye şartlı mülteci statüsü verilebileceği düzenlenmiştir.

YUKK uyarınca, şartlı mülteci statüsünün mülteci statüsünden farklı olarak, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar nedeniyle gündeme geldiği, bu kişilerin üçüncü bir güvenli ülkeye yerleştirilecekleri ve bu ülkeye yerleştirilmeye dek Türkiye'de geçici olarak ikamet edebilecekleri görülmektedir. Şartlı mülteci statüsünde olan yabancıların Türkiye'de kalışları geçicidir; mülteci statüsünde olanlar, bu statüleri sonlana dek ya da kendi istekleri ile Türkiye'den ayrılana dek Türkiye'de kalma hakkına sahip kılınmışken, şartlı mülteciler, güvenli üçüncü ülke bulma olanağına sahip oldukları zaman Türkiye'yi terketmek zorundadırlar¹⁵.

C. İkincil Korumadan Yararlananlar

YUKK'un 63. maddesi uyarınca mülteci ya da şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyenler ile uluslararası korumaya gereksinim duyabilecekler bakımından ikincil koruma statüsü getirilmiştir. Bu statüdekiler, menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde ölüm cezasına mahkum olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri gerekçesiyle şahsına yö-

¹⁴ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 1. B., Beta, İstanbul, 2014, s. 47.

¹⁵ Ekşi, İltica, s. 66.

nelik ciddî tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişilerdir. Bu kişilere, statü belirleme işlemleri sonrasında “ikincil koruma” statüsü verilir. Bu kişilerin, Türkiye’den sınırdışı edilmeleri mümkün değildir¹⁶.

YUKK’un anılan hükmü, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’nun 33. maddesi ile özellikle “sınırdışı edilememe” yönüyle paralellik oluşturmaktadır. Konvansiyon’un 33. maddesi uyarınca da belli sebeplerle yaşam ve özgürlüklerinin tehdit edileceği ülkeye mültecinin iade edilmemesi ve sınırdışı edilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Konvansiyon uyarınca, bu durumu doğuran sebepler, ilgilinin “ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir gruba mensup olması veya siyasi fikirleri”dir.

II. ULUSLARARASI KORUMAYA İLİŞKİN BAŞVURU SÜRECİ

A. Genel Olarak

Uluslararası korumadan yararlanmak isteyenlerin başvurularını valilikler bünyesindeki “il göç idaresi müdürlüğüne” yapmaları gerekmektedir (m. 65/1). Başvuruya ilişkin tüm işlemler bu müdürlükçe yürütülür. Başvuru bizzat yapılır; bununla birlikte, başvuru sahibi, kendisiyle birlikte gelen ve kendisi ile aynı başvuru gerekçesine dayanan aile üyeleri adına da başvuru yapabilir (m. 65/3). Ancak aile üyeleri arasında ergin olanların bulunması durumunda, adlarına başvurunun yürütülmesi konusunda onay vermeleri gerekir (m. 65/3).

Başvuru süreci sırasında istisnaî olarak, başvuru sahibinin “idarî gözetim” altına alınması gündeme gelebilir (YUKK m. 68/2). İdarî gözetim altına alınmayı gerektirebilecek durumlar (YUKK m. 68/2), başvuru sahibinin kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddî şüphelerin olması, sınır kapılarında usûlüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulmuş olması, idarî gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması ile kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddî tehlike oluşturmasıdır¹⁷. Türk yabancılar hukukunda idari gözetim, bir ceza

¹⁶ Ekşi, Yabancılar, s. 50.

¹⁷ YUKK uyarınca idarî gözetim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar

hukuku kurumu olarak görülmemektedir ve ceza hukukundaki tutuklama ve gözaltına alma kurumlarından farklıdır¹⁸.

İdarî gözetim süresi otuz günü geçemez ve şartları ortadan kalktığı takdirde hemen sonlandırılır (YUKK m. 68/5). İdarî gözetim altına alınan ilgilinin kendisi, yasal temsilcisi ya da avukatı, idarî gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurabilir (YUKK m. 68/7). Başvuru, idarî gözetimi durdurmaz. Sulh ceza hakiminin incelemesini beş gün içinde sonuçlandırması gerekir ve kararı kesindir (YUKK m. 68/7).

YUKK'un 69. maddesinin ilk fıkrası uyarınca uluslararası koruma başvurularının valiliklerce kaydı gerekmektedir. Kayıt işleminin yapılabilmesi için başvuru sahibinin kimliği doğrulanır ve kendisine daha sonra yapılacak olan mülakatın zamanı ve yeri bildirilir (YUKK m. 69/5). Kayıt tarihinden itibaren 30 gün içinde başvuru sahibi ile bireysel mülakat yapılması gerekmektedir (YUKK m. 75/1). Aile üyelerinin bulunmasının gerekli görüldüğü durumlarda kişinin onayını da alarak aile üyeleriyle birlikte mülakat yapılması da söz konusu olabilmektedir (YUKK m. 75/1). Mülakatı tamamlanan başvuru sahibine ve eğer varsa birlikte gelmiş olduğu aile üyelerine "uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi" verilir (YUKK m. 76/1). İkamet izni yerine geçen bu belge (m. 76/4), uluslararası koruma talebinde bulunulduğunu belirtmektedir, altı ay sürelidir ve yabancı kimlik numarasını içerir.

Uluslararası koruma başvurusunun kayıt tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılması gerekmektedir (YUKK m. 78/1). Eğer bu süre içinde karar verilmezse başvuru sahibi bilgilendirilir (YUKK m. 78/1). Uluslararası koruma kararları bireysel olarak verilmekle birlikte, aile adına başvuru yapılmışsa, yapılan başvuru bütün olarak değerlendirilir ve verilen karar tüm aileyi kapsar (YUKK m. 78/2). Başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, başvuru sahibine vatanı olduğu ülkenin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabilecek olması ve o bölgeye güvenli bir şekilde gidebilecek ve yerleşebilecek olması durumunda uluslararası korumadan yararlandırılmamasına karar verilebilir. Madde 77'de

ve Uluslararası Koruma Kanununda İdarî Gözetim, 1.B., Beta, İstanbul 2014, s. 50 vd.

¹⁸ Ekşi, İdarî Gözetim, s. 6.

ise başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması konusu ele alınmıştır. Örneğin, mülakata üç defa üst üste gelmemek ilgilinin başvurusunu geri çektiği şeklinde yorumlanacak ve değerlendirme durdurulacaktır.

B. YUKK m. 80/1/d Kapsamında Kabul Edilemez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararları

Uluslararası koruma başvurusu sürecinde “kabul edilemez başvuru (m. 72)” ve “hızlandırılmış değerlendirme (m. 79)” adlı iki konuya yer verildiği görülmektedir. İdarî itiraz ve yargı yolu başlıklı 80. maddenin 1. fıkrasının d bendinde ise 72. ve 79. maddeler çerçevesinde mahkemeye yapılan başvuruların on beş gün içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararın kesin olduğu düzenlenmiştir. Yani, hüküm uyarınca “kabul edilemez başvuru” ve “hızlandırılmış değerlendirme” kararlarına karşı açılan davalarda idare mahkemesince verilmiş olan kararlar kesindir ve bu kararlara karşı daha üst bir yargı merciine gidilmesinin önü kesilmiştir. YUKK m. 80/1 uyarınca ise Kanunun uluslararası korumaya ilişkin kısmında yazılı hükümler uyarınca alınan kararlara karşı idarî itiraz ve yargı yoluna başvurulduğunda maddenin devam eden hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, uluslararası koruma kısmı dahilinde verilen ve YUKK’un 72. ve 79. maddeleri kapsamı dışında kalan diğer kararlar bakımından kanun yolunun önü açıktır. Bu durumda, örneğin, YUKK’un 78. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca ilgilinin uluslararası korumaya ihtiyaç duymadığına ve güvenli bir şekilde önceki ikamet ülkesine seyahat edip yerleşebilecek durumda olduğuna dair verilen karara karşı idare mahkemesinde dava açıldıktan sonra, idare mahkemesinin bu kararına karşı kanun yoluna başvurulabilecektir.

Kabul edilemez başvuru dört halde gündeme gelmektedir. Aynı başvurunun farklı bir gerekçe öne sürülmesinin yenilenmiş olması ilk haldir. İkinci olarak, belli koşullara bağlı olacak şekilde ayrı bir başvuru yapılmış olması, üçüncü olarak ilk iltica ülkesinden gelinmiş olması ve son olarak da güvenli üçüncü ülkeden gelinmiş olması ihtimallerine yer verilmiştir. Örneğin, başvuru sahibi mülteci olarak tanındığı ve halen mülteci statüsünün kendisine tanınmış olduğu korumadan yararlandığı ve halen de yararlanabileceği durumlarda bu ülkeye gönderilmesine dair işlemler başlatılır. Türkiye’de yapmış olduğu

uluslararası koruma başvurusu ise “kabul edilemez” nitelikte sayılır. Başvuru sahibi, hakkındaki bu tür bir karara karşı idare mahkemesinde dava açabilecektir. YUKK’un 80. maddesinin ilk fıkrasının a bendinin son cümlesi uyarınca bu karara karşı Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonuna itiraz edilmesi mümkün olmayacaktır ve bu karara karşı sadece idarî yargı yoluna başvurulabilir. İdare mahkemesi başvuruyu 15 gün içinde sonuçlandıracaktır ve mahkemenin başvuru sahibinin ilk iltica ülkesine gönderilmesiyle ilgili olarak vereceği karar kesindir. Bu durumda, başvuru sahibi ilk iltica ülkesine gönderilmesine mahkeme nezdinde itiraz etmiş ve itirazı mahkemece uygun bulunmuşsa artık mahkemenin bu kararına karşı bir üst yargı merciinde itiraz etmesi mümkün olamayacaktır.

Benzer şekilde, YUKK’un 74. maddesi uyarınca güvenli üçüncü ülkeden gelmiş olduğuna kanaat edilenler için de durum aynıdır. İdare mahkemesinin bu konuyla bağlantılı olarak verdiği karar kesindir ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.

Hızlandırılmış değerlendirme uyarınca, belli sebeplerin varlığı halinde, uluslararası korumaya ilişkin olarak karar süreci daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılmaktadır. YUKK’un 79. maddesinin ilk fıkrası uyarınca söz konusu sebepler, başvuru sırasında uluslararası korumayı gerektiren konulara hiç değinmemiş olmak, sahte belge ya da yanıltıcı bilgi ve belge kullanılarak veya kararı etkileyebilecek bilgi ve belgeleri sunmayarak yetkilileri yanlış yönlendirmek, kimliğin ya da uyrukluğun tespit edilmesini güçleştirmek amacıyla kimlik ya da seyahat belgelerini kötüniyetle imha etmiş ya da elden çıkarmış olmak, sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altında olmak, sadece Türkiye’den gönderilmesine yol açacak bir kararın uygulanmasını erteletmek ya da engellemek amacıyla başvuruda bulunmuş olmak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturmak ya da bu nedenlerle Türkiye’den daha önce sınır dışı edilmiş olmak ve başvurunun geri çekilmiş sayılmasından sonra yeniden başvuruda bulunmuş olmasıdır. 79. maddenin ikinci fıkrası uyarınca başvuru sahibiyle, başvuru tarihinden itibaren en geç üç gün içinde mülakat yapılacağı ve başvurunun mülakattan sonra en geç beş gün içinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Hızlandırılmış değerlendirme usûlüne pek çok devlet hukukunda yer verilmektedir¹⁹. Sığınma başvurusunun, “açık bir şekilde destekten yoksun” ya da “açıkça suiistimal nitelikli” olduğu durumlarda “hızlandırılmış” bir şekilde değerlendirildiği görülmektedir²⁰. “Açık bir şekilde destekten yoksun” ve “açıkça suiistimal nitelikli” durumların neler olduğu yönünde ortak bir anlayışın oluşturulması gereği Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından ortaya konmuştur²¹. Bu tür başvuruların hızlı bir şekilde değerlendirilerek “hemen” sonuca ulaştırılması sağlanmakla, “makul gözüken gerekçelere dayalı” olarak sığınma başvurusu yapanların aleyhine olacak şekilde sığınma prosedürünü tkamamak ve yavaşlatmamak amaçlanmaktadır²². Bu nedenle, başvurular “kısa sürede” değerlendirilmektedir. Hızlandırılmış usûle tabi başvuruların, karine olarak dayanaksız olduğu kabul edilmekte ve başvuru sahibine bu karineyi çürütebilme imkanı tanınmaktadır²³. YUKK’un 79. maddesi uyarınca öngörülmüş olan hızlandırılmış değerlendirme usûlü de karşılaştırmalı hukukta öngörülmüş olan hızlandırılmış usûllere benzemektedir²⁴. YUKK’da hızlandırılmış değerlendirme usûlüne yer verilmiş olması eleştiriye açıktır. Zira, Kanunun taslak aşamasında yapılan kimi çalışmalarda da vurgulandığı üzere, AB ülkelerinde “hızlandırılmış değerlendirme usûlü” altında usûlî güvenceler bakımından önemli ihlallerin yapılabildiğine işaret edilmiştir²⁵. Bu doğrultuda, uluslararası koruma başvurusu yapan herkesin ayırım gözetilmeksizin, başta hukukî desteğe erişim ve itiraz usûlleri olmak üzere etkin bir prosedüre tabi tutulma hakkına sahip kılınması gerektiği vurgulanmış ve hızlandırılmış başvuru prosedürü eleştirilmiştir²⁶.

¹⁹ Global Consultations on International Protection, Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), (2nd Meeting) EC/GC/01/12, 31.05.2001, para. 25: <http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html>. (Erişim tarihi: 18.03.2015)

²⁰ GCIP, para. 25.

²¹ GCIP, para. 26.

²² GCIP, para. 25.

²³ GCIP, para. 30.

²⁴ Çiçekli, s. 348-349.

²⁵ Türkiye Mülteci Hakları Koordinasyonu, “T.C. İltica ve Göç ve İdari Kapasitesini Geliştirme ve Mevzuatı Uygulama Bürosu Tarafından 3 Mart 2010 Tarihinde Paylaşılan “İltica Kanunu” ve “Yabancılar Kanunu” Taslak Madde Başlıkları’na İlişkin İlk Değerlendirmeler”, 15.03.2010, s. 6-7: <http://www.ihop.org.tr/dosya/multeci/tmhk.pdf>. (Erişim tarihi: 20.03.2015)

²⁶ Türkiye Mülteci, s. 6-7.

Hızlandırılmış değerlendirme (YUKK m. 79) kararlarına karşı da idare mahkemesine başvurulabilecektir ve mahkemenin bu konuda verdiği kararların kesin olduğu YUKK uyarınca düzenlenmiştir²⁷. Bu sebeplerden örneğin kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturması nedeniyle hakkında hızlandırılmış değerlendirme yapılan ve uluslararası korumadan yararlandırılmayan bir başvuru sahibi ele alındığında, bu karara karşı idare mahkemesine başvuru yapması mümkün olabilecektir. İdare mahkemesinin bu konuda vereceği karar kesin olacaktır (YUKK m. 80/1/d) . Buna göre, idare mahkemesi, başvuru sahibi hakkında verilen kararı yerinde bularak, itirazını reddederse, başvuru sahibinin bir üst yargı merciine başvurma olanağı olmayacaktır. Bu durumda, “kamu düzeni ve güvenliği bakımından tehlike oluşturmak” gibi bir gerekçe nedeniyle uluslararası korumadan yararlandırılmaması üzerine başvuru sahibi, idare mahkemesinde dava açabilecektir. İdare mahkemesinin de ilgili hakkındaki kararı uygun bulması üzerine ilgilinin artık herhangi bir başvuru yapma olanağı olmayacak ve örneğin Danıştay’da temyiz yoluna gidemeyecektir.

III. KANUN YOLUNA BAŞVURUNUN ÖNLENMİŞ OLMASI VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

YUKK’un 80. maddesinin ilk fıkrasının d bendi uyarınca, madde 72 ve 79 çerçevesinde mahkemeye yapılan başvurularda idare mahkemesinin vermiş olduğu kararların kesin oluşu ve kanun yolunun önünün kapatılmış olması hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı ve hukuk devleti ilkesiyle ne derece örtüşmektedir? Başvuru sahibinin, uluslararası korumadan yararlandırılmayıp, Türki-

²⁷ YUKK’un genel gerekçesinde “uluslararası koruma başvurusunun şartları, prosedürleri, ... mülakat, karar ve itiraz aşamalarının özenle düzenlenmiş olduğu” belirtilerek “başvuru sahiplerinin durumları ve takip edebilecekleri idarî ve hukukî yollar hakkında her aşamada bilgilendirilmesinin esas alındığından, başvuru sürecinde hiçbir mağduriyetin yaşanmaması için gerekli çerçevenin çizilmiş olduğundan” söz edilmiştir. Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere, Kanunun uluslararası korumaya yönelik amaçlarından biri, uluslararası koruma konusunda özenli ve ayrıntılı bir düzenleme yoluyla başvuru sahibinin mağduriyetinin olabildiğince önlenmesidir. YUKK’un 80/1/d hükmü uyarınca kanun yoluna başvurunun önünün kesilmiş olması sonucunda, ilgilinin üst yargı mercileri önünde hakkını araması olanağının ortadan kaldırılmış olmasının, uluslararası koruma açısından Kanunun genel gerekçesinde belirtilmiş olan mağduriyetin önlenmesi ve özenli düzenleme gibi amaçlara aykırılık teşkil edip etmediği tartışılabilir.

ye'den sınırdışı edilebilmesi²⁸ ve belki de yaşamsal tehlide²⁹ maruz kalabilmesi sonucunu doğurabilecek bu tür durumlarda, idare mahkemesinden daha üst bir mercii nezdinde hakkını arayamaması³⁰ uygun bulunabilir mi? Anayasanın 16. maddesi gözönünde bulundurulduğunda, hak arama özgürlüğünün yabancılar aleyhine kanunla sınırlanması, milletlerarası hukuka uygun olduğu sürece kabul edilebilir mi? Yabancılar açısından bir temel hak ve özgürlük niteliğindeki hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasında, Anayasanın 13. maddesindeki güvenceler geçerli olacak mıdır? İYUK'un (m. 45-46) kanun yolu ile ilgili getirdiği değişikliğin, YUKK'un 80/1/d hükmü üzerinde ne tür bir etkisi olacaktır ve İYUK'un ilgili hükümünün, hak arama özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle iptali olasılığında YUKK, bu iptalden nasıl etkilenecektir? Tüm bu soruların yanıtı aşağıda ele alınmaktadır.

IV. ANAYASAL AÇIDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Belirtilen soruların yanıtlarını aramaya en üst norm olan Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü ele alan 36. maddesi³¹ çerçevesinde başlanabilir. YUKK'un 80/1/d uyarınca bazı idarî işlemler açısından salt idare mahkemesine başvurulmasının mümkün kılınmış ve kanun yolunun kapatılmış olması, hak arama özgürlüğü ile çelişmekte midir?

²⁸ YUKK m. 54/1/i uyarınca, örneğin, uluslararası koruma başvurusu reddedilen ve YUKK'un diğer hükümleri uyarınca Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar hakkında sınırdışı etme kararı alınacaktır. Konu hakkında bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013(108), s. 228-231.

²⁹ Sınırdışı edilme, yaratacağı sonuçlar ve yerine getiriliş tarzı itibarıyla insan haklarını yakından ilgilendiren bir konudur: Esra Dardağan Kibar, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, N.2, Y. 2012, s. 54 vd.

³⁰ "YUKK'un 72. ve 79. maddeleri kapsamında itiraz usûllerinin tanımlandığı, ancak bir üst mahkemenin denetiminin söz konusu edilmediği, bu bağlamda göç alanında içtihat hukukunun oluşmasının mümkün olmayacağı, iç hukuk yollarının sadece bir hâkimin, bir mahkemenin vereceği kararla sonuçlanmış olacağı, kişilerin elinde de hak aramak için sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitme seçeneği kalacağı" yönünde eleştiri için bkz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları, s. 25: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2015) ; ayrıca bkz. Dardağan Kibar, s. 71-72.

³¹ Anayasa m. 36 (Değişik: 3/10/2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Kimi konulara ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin kararının kesinliği ve kanun yolunun kapatılmış olması durumunun Anayasaya uygunluğu, Anayasa mahkemesinin çeşitli kararlarında³² değerlendirilmiştir. Bu kararlardan konumuzla bağlantısı itibarıyla çıkarılabilecek bir sonuç, kanun yoluna başvurunun Anayasanın 36. maddesi kapsamında ele alınabileceğidir. Dolayısıyla, konu, temel bir hak ve özgürlük olan hak arama özgürlüğü kapsamında irdelenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak, Anayasanın 13. maddesinde düzenleme getirilmiş olduğu görülmektedir. Ancak ilgili hüküm, yabancıların temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından esas alınmamaktadır³³. Bu durumda, “Anayasanın 13. maddesinde öngörülen güvenceler, yabancılar bakımından güvence oluşturmayacaktır ve temel hak ve özgürlükler yabancılar aleyhine, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebepler dışındaki sebeplerle sınırlandırılabilir”³⁴. Bu noktada, yabancılar bakımından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, Anayasanın 16. maddesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir³⁵. Anayasanın 16. maddesi, yabancıların haklarına ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlamaların sınırını çizen temel bir ilkedir³⁶. İlgili hüküm uyarınca yabancılar bakımından temel hak ve özgürlüklerin, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılacağından sözedilmiştir. Dolayısıyla, Anayasanın 16. maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında “milletlerarası hukukun üstünlüğü” kabul edilmiş olmaktadır³⁷. Bu durumda, milletlerarası hukuka uygun ol-

³² Örneğin, Ana. Mah., E. 1968/61, K. 1969/23, T. 29.04.1969, RG 15.12.1970, S. 13695: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f906cff-55f1-4dca-96fb-d4c7d22c6b84?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (Erişim tarihi: 02.12.2014)

³³ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. B., Ekin, Bursa, 2010, s. 120-121; Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2004 Anayasa Değişikliklerine Göre), 6. B., Beta, İstanbul, 2004, s. 147.

³⁴ Gözler, s. 120.

³⁵ Gözler, s. 120.

³⁶ Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, Yabancılar Hukuku, 3. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 76.

³⁷ Konu hakkında Anayasanın 13. maddesinde “3/10/2001-4709/2 md.” ile yapılan değişiklikten önce yapılmış olan değerlendirmeler hakkında bkz. Fügen Sargın, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları”, MHB, Yıl 17-18, 1997-98, s. 335. Anayasanın 16. maddesinin, getirmiş olduğu ölçütler yoluyla yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında ek güvence sağlamış olduğuna ilişkin olarak bkz. Sargın, s. 335-336. Ayrıca Anayasanın 13. maddesinde geçen

duğu sürece, yabancıların temel hak ve özgürlükleri açısından vatandaşlar için öngörülenlerden daha ileri ölçüde sınırlamalar getirilebilir³⁸. Kanımızca da, Anayasanın 13. ve 16. maddeleri arasındaki ilişki sistematik açıdan değerlendirildiğinde, 16. maddenin başlığı itibariyle, “yabancıların durumu”nu ele aldığı; dolayısıyla *argumentum a contrario* yorumla, 13. maddenin vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından düzenleme getirdiği sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.

Hak arama özgürlüğü açısından da yabancılar aleyhine, milletlerarası hukuka uygun olduğu sürece, kanunla³⁹ düzenleme getirilebilecektir. Bu çerçevede, hak arama özgürlüğü ile bağlantılı olarak, kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme kararları açısından kanun yoluna başvuruya ilişkin sınırlandırma, YUKK uyarınca, yani bir kanun yoluyla öngörülüdür. Dolayısıyla, bu nokta itibariyle Anayasaya aykırılık ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda, ikinci koşul olan, sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olup olmadığı noktası ele alınmalıdır. Bu çerçevede, kanun yoluna başvurunun kısıtlanmasının hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edip etmediği, milletlerarası hukuk kaynakları uyarınca değerlendirilebilecektir. 1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesi uyarınca, uluslararası hukukun birincil nitelikli kaynakları “uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül ile hukukun, uygar uluslarca benimsenmiş olan genel ilkeleridir; diğer yandan yargı kararları ile doktrin ise uluslararası hukukun yardımcı kay-

demokratik toplum düzeninin gerekleri ile 16. maddede yer verilmiş olan milletlerarası hukuka uygunluk ölçütünün birbiri ile örtüşür ve birbirini tamamlar nitelikte olduğuna ve hakların sınırlandırılması açısından konuya yaklaşıldığında 13. ve 16. maddeler arasında bir fark bulunmadığına ilişkin olarak bkz. Sargın, s. 334-335.

³⁸ Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 147.

³⁹ Anayasanın 16. maddesinde geçen “kanun” ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerektiği ve kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak tesis edilmiş düzenlemeler yoluyla yabancıların haklarında sınırlama yapılabileceğini kabul etmenin pratik bir zorunluluk olduğuna ilişkin olarak bkz. Aybay/Dardağan Kibar, s. 82-83. Kaynağını kanundan almamış tüzük, yönetmelik vb. ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceği ile ilgili olarak Aydoğan Asar, Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, Emek Ofset, Ankara, 2001, s. 26. Sınırlayıcı düzenlemenin bir kanun olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Çelikel/ Gelgel, s. 59. İdarî makamlarca alınan kararlar yoluyla yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmayacağına ilişkin olarak Nuray Ekşi, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 4. B., Beta, İstanbul, 2012, s. 23. Belli bir kanun hükmüne dayanmaksızın, salt düzenleyici işlemler yoluyla temel hak ve özgürlüklerin yabancılar aleyhine sınırlandırılması ile ilgili yorum ve eleştiriler için bkz. Sargın, s. 336-337.

nakları arasındadır⁴⁰. Bu kaynaklar içinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öne çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında bir değerlendirme yapılması gereği doğmaktadır.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hak arama özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bünyesinde ele alındığında, adil yargılanmayı konu edinen 6. madde⁴¹ uyarınca değerlendirme yapılması düşünülebilecektir. Zira, mahkemenin kararları⁴² uyarınca adil yargılanma kapsamında "mahkemeye erişim hakkı" konusu da ele alınmaktadır. Kimi kararlar da⁴³ ise temyiz yoluna başvurunun "mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkı" ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu durumda, temyiz yoluna başvurunun kaldırılması ya da kısıtlanması, belli durumlarda mahkemeye erişim hakkını ve adil yargılamayı etkileyebilecek bir engel olarak öngörülebilir. Mahkemenin yaklaşımı uyarınca temyiz yolu, istisnâ olarak, salt "ceza davaları" için Konvansiyonun 7. Protokolünün 2. fıkrası⁴⁴ gereğince şart

⁴⁰ Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, 1. B., Turhan, Ankara, 2003, s. 36; Şeref Ünal, Devletler Hukukuna Giriş, Yetkin, Ankara, 2003, s. 35-51.

⁴¹ **Madde 6 -Adil yargılanma hakkı** 1. Herkes davasının, medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezaî 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 aleni 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...

⁴² Örneğin, Winterwerp/ Hollanda, 6301/73, 24.10.1979, A 33, § 60, 74.

⁴³ Örneğin, Khalfouli/ Fransa, 34791/97, 14.12.1999. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Cengiz/ Fahrettin Demirağ/ Teoman Ergül/ Jeremy McBride/ Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kararları, TBB Yayınları, Ankara, 2008, s. 222-223.

⁴⁴ İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol, Strazburg, 22.11.1984, m. 2/1: Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere yasayla düzenlenir. Protokol, Türkiye tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmış, ancak henüz onaylanarak yürürlüğe girmemiştir: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=05/04/2015&CL=ENG> (Erişim tarihi: 05.04.2015)

koşulmuştur⁴⁵. 7. Protokolün 2. maddesi bir yana bırakıldığında, Sözleşme'nin, taraf devletleri, çok dereceli bir yargılama usûlü kabulüne mecbur kılmadığı ifade edilmektedir⁴⁶. Dolayısıyla, 6. maddenin temyiz hakkını zorunlu kılmadığı ifade edilmektedir⁴⁷. Bununla birlikte, ilgili iç hukuk uyarınca temyiz ya da istinaf gibi yollar öngörülümüşse, bu aşamalarda 6. maddenin uygulanmasının zorunlu olduğuna hükmedildiği görülmektedir⁴⁸. Dolayısıyla, örneğin temyiz mahkemesince de adil yargılamanın temel taşlarından olan "silahta eşitlik" prensibine uygun hareket edilmelidir. AİHS'nin 6. maddesi kapsamına "medenî hak ve yükümlülükler" ile "suç isnadının" girdiği noktasına ise ayrıca dikkat edilmelidir⁴⁹. Bu durumda, örneğin, kamu hukukuna dahil olarak kabul edilen "siyasi haklar, vergilendirme, para cezaları, yabancıların ülkeye kabulü veya sınırdışı edilmesi veya vatandaşlık ile pasaport talebinin reddi" gibi konular m. 6/1'in kapsamında değerlendirilmemektedir⁵⁰. Uyuşmazlığın niteliğinin belirlenmesinde ise iç hukukun konuyla ilgili sınıflandırmasının dikkate alınmadığı ve "Avrupa koruma standardı" uyarınca hareket edildiği görülmektedir⁵¹. Buna göre, 6. maddede geçen ifadeler, iç hukukun yorumundan ayrı olarak, AİHS'nin amacına uygun bir şekilde yorumlanır⁵². Bununla birlikte, AİHM kararlarında⁵³ da görüldüğü üzere, yabancıların ülkeye girişi, ikamet, sınırdışı edilmesi, mülteci ve sığınmacılara ilişkin uyuşmazlıklar, "idarî nitelikli" kabul

⁴⁵ Nuala Mole/ Catharina Harby, The Right to A Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, NO. 3, 2006, s. 8-9.

⁴⁶ Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8. B., Turhan, Ankara, 2009, s. 268.

⁴⁷ Mole/ Harby, s. 8.

⁴⁸ Mole/ Harby, s. 8-9; Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 268.

⁴⁹ Özel hukuka ilişkin hak ve yükümlülükler ile suç isnadı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, 2 B. Beta, İstanbul, 2005, s. 11 vd.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 58-59.

⁵¹ İnceoğlu, s. 12.

⁵² İnceoğlu, s. 12.

⁵³ Örneğin, Maaouia/Fransa, 39652/98, 5.10.2000. Karar uyarınca genel olarak, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamına ceza hukuku ve özel hukuk uyuşmazlıklarının girdiği; ülkeye giriş yasağı ve sınırdışı işlemlerinin ise idarî nitelikte olduğu ve 6. madde kapsamına girmediği belirtilmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu", MHB, Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 124-127.

edilmektedir ve dolayısıyla, 6. madde uygulanmayacaktır⁵⁴. Ayrıca, AİHM'nin sınırdışı işleminde olduğu üzere idarî işlemleri, 6. maddenin uygulama alanı dışında tutan görüşünden yakın zamanda dönmesinin mümkün gözükmediği de doktrinde ifade edilmektedir⁵⁵.

Konuya ilişkin olarak AİHS'nin 6. maddesinin uygulanmayacağı belirtildikten sonra, bir de AİHS'nin 13. maddesinde⁵⁶ düzenlenmiş olan "etkili başvuru hakkı" çerçevesinde değerlendirme yapılabilmesi düşünülebilir. Sözleşmenin 13. maddesi, iç hukukta Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun varlığını gerektirmektedir⁵⁷. Başvuruda bulunanın, AİHS'nin 6. maddesinin ilk fıkrası uyarınca bir "medenî hakkı" söz konusu olmadığından, 13. madde, ilgili olduğu haklar ve özgürlüklerin ihlali durumunda dayanak olarak gösterilebilecektir⁵⁸. Dolayısıyla, bir "medenî hakkın yokluğu" nedeniyle, 6. maddenin ihlal edilmediği durumlarda 13. maddenin ihlaline ilişkin ayrı bir soruşturmanın yapılması gerekli olacaktır⁵⁹.

AİHS kapsamında temyiz hakkının zorunlu kılınmadığını ve bu yolun istisnai olarak, salt ceza davaları bakımından Konvansiyonun 7. Protokolünün 2. fıkrası uyarınca zorunlu kılındığını belirtmiştik⁶⁰. AİHM' e göre⁶¹ 6. maddenin, 13. madde karşısında daha güçlü bir ve kapsamlı bir güvence sağladığı göz önünde

⁵⁴ Ekşi, Sınırdışı, s. 124 ve s. 137.

⁵⁵ Ekşi, Sınırdışı, s. 137.

⁵⁶ AİHS m. 13: Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili remi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makam etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

⁵⁷ Bu noktada, idarî gözetim altına alınmış olan kişinin kendisinin ya da yasal temsinin veya avukatının, idarî gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceğini düzenleyen YUKK'un 57. maddesinin 6. fıkrasına dikkat çekilmelidir. Anılan hüküm uyarınca sulh ceza hâkiminin vereceği kararın ise "kesin" olduğu da belirtilmiştir. İdarî işlem niteliğindeki idarî gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliklerine başvurulması eleştirilmekte ve idarî yargı yoluna başvurunun öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir: Ekşi, İdarî Gözetim, s. 80-81. Ayrıca sulh ceza hâkiminin kararına karşı yargı yolunun kapatılmış olmasının AİHS'nin 13. maddesine aykırı olduğunun ileri sürülebileceği de ifade edilmiştir: Ekşi, İdarî Gözetim, s. 112 ve 116.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Sezgin Tanrıkulu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 211.

⁵⁹ Tanrıkulu, s. 211.

⁶⁰ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 268; Mole/ Harby, s. 8-9.

⁶¹ 13. maddenin gereklilikleri 6. maddeye göre daha az sıklıkla: Airey/ İrlanda, 6279/83, 09.10.1979.

tutulduğunda, 6. madde kapsamında dahi zorunlu olarak görülmeyen temyiz hakkının varlığının, 13. madde bakımından şart koşulamayacağı yönünde yorum yapmak mümkün gözükmemektedir. 13. maddeye dayalı olarak, etkili başvuru hakkının ihlali gerekçesiyle başvuru yapılabilmesi olasılığını mümkün kılan durumların⁶² ise örneğin, bazı idarî işlemlere karşı, iç hukukta başvuru olanağının “hiç getirilmemiş olduğu durumlar” olduğu görülmektedir. Ayrıca, Mahkeme'nin⁶³ iç hukuktaki başvuru yollarının toplamının, etkili başvuru imkanı tanıyor olmasını da yeterli bulabildiği görülmektedir. Bir başka deyişle, tek bir yol etkili başvuru hakkını sağlamasa bile, sonuç olarak, iç hukukta öngörül-müş olan başvuru yollarının toplamı, 13. maddeyi tatmin edici bulunabilir. Bu bağlamda, Türk hukuku açısından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru⁶⁴ yapabilme olanağının getirilmiş olması da AİHS'nin 13. maddesi uyarınca bir güvence olarak düşünülebilir. Örneğin, ilgilinin, idare mahkemesinin kararının “kesin” niteliğine bağlı olarak mahkemeye erişim hakkının sınırlandırıldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapması düşünülebilecektir.

Bununla birlikte, 6. maddenin ihlaline karar verilebilseydi, 13. madde uyarınca değerlendirme yapılmasına gerek kalmayacaktı. Çünkü, AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin ilk fıkrası uyarınca bir mahkemeye başvuru hakkını, 13. maddeye kıyasla daha kapsamlı ve güvenceli⁶⁵ saymakta ve m. 6/1'i *lex specialis* olarak kabul etmektedir⁶⁶. Bu nedenle, AİHS'nin 6. maddesi uyarınca bir hakkın ihlal edildiğine karar verdiğinde, artık AİHS'nin 13. maddesi açısından bir inceleme yapmaya gerek görmemektedir⁶⁷.

⁶² Örneğin, olağanüstü hal bölge valisi tarafından yapılan işlemlerde iç hukukta başvuru olanağının bulunmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar verilmiştir: Mehmet Emin Yıldız ve Diğerleri/ Türkiye, 60608/00, 11.04.2006.

⁶³ Örneğin, Leander/ İsveç, 9248/ 81, 26.03.1987. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıkulu, s. 166.

⁶⁴ Konu hakkında bkz. Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 455 vd. ; Nazmiye Güveyi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 53 vd.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. B., C.2, Legal, 2013, s. 567.

⁶⁶ Bkz. Said Vakkas Gözlüğü, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan, Ankara, 2014, s. 266.

⁶⁷ Örneğin, Golder/ Birleşik Krallık, 4451/70, 21.02.1975; Airey/İrlanda, 6289/73, 9.10.1979; Murray/İngiltere, 14310/88, 28.10.1994.

Bu durumda, YUKK'un hızlandırılmış değerlendirme ve kabul edilemez başvuruya ilişkin kararlar bakımından kanun yolunu kapatan düzenlemesinin, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı açısından, AİHS'de tanınan güvence-
lere aykırı olmadığı sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, hem kanun yoluyla getirilmiş hem de konuya ilişkin temel nitelikli uluslararası kaynak olan AİHS'ye uygun bir sınırlama mevcuttur ve Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca herhangi bir hukuka aykırılık ortaya çıkmamaktadır.

B. İDARİ YARGILAMA USÛLÜ KANUNUNDAKİ 2014 TARİHLİ DEĞİŞİKLİKLERİN YUKK M. 80/1/D ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İYUK'un 45.maddesinde 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca yapılan değişiklik ile idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yoluna⁶⁸ başvurulması mümkün hale getirilmiştir⁶⁹. Anılan fıkra uyarınca "başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi" istinaf yoluna başvurulabileceği ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda, kanun yoluna başvuru açısından İYUK ve YUKK ilişkisi gözönünde bulundurulduğunda aynı konuya ilişkin eski özel ve yeni genel kanunun hükümleri arasında norm çatışması olasılığı gündeme gelmektedir⁷⁰. Ancak, İYUK'un 45. maddesinin ilk hükmü,

⁶⁸ Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun (Kanun No: 2576, T. 6.1.1982, RG: 20.01.1982-17580) Geçici (Ek 18.06.2014-6545/m.14) 20. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Kanunun değişik 3. maddesinde belirtilen bölge idare mahkemelerinin Adalet Bakanlığınca Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde kurulacağı öngörülmüştür. Anılan Kanunun 3/A hükmü uyarınca bölge idare mahkemelerinin görevlerinden biri de istinaf başvurularını inceleyip karara bağlamaktır. Bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla Kanun'da öngörülmüş olan bölge idare mahkemeleri kurulmamış olup; istinaf yolu henüz işlemeye başlamamıştır. Dolayısıyla, YUKK'un 80/1/d hükmü gereği idare mahkemesinin verdiği karar kesin olup; bu karara karşı istinaf yoluna gidilemeyecektir. Çalışma kapsamında yapılan açıklama ve değerlendirmeler; 2576 Sayılı Kanunda öngörülen yeni bölge idare mahkemeleri kurulunca ve istinaf yolu işlerlik kazanmaya başlayınca geçerli olacaktır.

⁶⁹ İYUK'un 45. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca ise konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

⁷⁰ Norm çatışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alf Ross, Law and Justice, The Law Book Exchange Ltd, New Jersey, 1959, s. 129 vd.; Erich Vranes, "The Definiton of Norm Conflict in International Law and Legal Theory", The European Journal of International Law, C.17, 2006, s. 399 vd.; Oytun Canyaş, "İdarî Yargılama Usûlü Kanunu ve Vergi Usûl Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik Yöntemle Çözümü", TBB Dergisi, S. 110, Ocak-Şubat 2014, s. 194 vd.; Oytun Canyaş, "Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması", Hacettepe Hukuk Fakültesi

bu çatışma olasılığını önlemek amacıyla getirilmiş olan bir çatışma normudur ve hükmün “başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi” yönündeki açık ifadesi gereğince istinaf yolunun önü açılmıştır. Dolayısıyla, YUKK’un 80/1/d hükmünde olduğu üzere, ilk derece mahkemesinin konuya ilişkin olarak vereceği kararın kesin olduğu belirtilmiş olsa dahi, İYUK’un 45. maddesinin ilk fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesinin kararına karşı bölge idare mahkemesine istinaf yoluyla başvurulabilecektir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunu reddedecektir. Ayrıca karardaki maddî yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verebilecektir. Buna karşın, bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmazsa istinaf başvurusunu kabul ederek, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verip, işin esası hakkında yeni bir karar alacaktır.

İYUK’un 45. maddesinde öngörülen bu düzenleme uyarınca, artık YUKK’un 80/1/d hükmü kapsamında bir üst derece mahkemesine başvurmanın mümkün olduğu ve ilk derece mahkemesinin kararının kesin nitelik arz etmediği görülmektedir. Böyle bir durumda, daha önce değerlendirilmiş olan Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca hak arama özgürlüğünü pekiştiren bir anlayış devreye girmiş olmaktadır. Nitekim, artık kesin nitelik arzettiği belirtilen mahkeme kararına karşı, bir üst yargı merciine başvuru olanağı getirilerek, hak arama özgürlüğünü destekleyen yönde hareket edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, konu, bir de temyiz incelemesi yönünden değerlendirilmelidir⁷¹. İYUK’un temyizi konu edinen 46. maddesinde bölge idare mahkemelerinin hangi kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebileceği sıralanmıştır. YUKK m. 80/1/d uyarınca alınan kararların anılan hükmün kapsamına girmediği görülmektedir. Dolayısıyla, YUKK m. 80/1/d uyarınca verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı salt bölge idare mahkemesi nezdinde istinaf yoluna gidilebilir. Bölge idare mahkemesinin kararına karşı ise Danıştay’da temyiz yoluna gidilemeyecektir.

Dergisi, C. 3, S. 2, 2013, s. 129-145.

⁷¹ Daha önce de belirtildiği üzere, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun Geçici (Ek 18.06.2014-6545/m.14) 20. maddesinin ilk fıkrası uyarınca öngörülen bölge idare mahkemeleri, bu çalışmanın hazırlanma tarihi itibarıyla henüz kurulmamış olduğundan istinaf ve temyiz yoluna ilişkin açıklamalar da ilgili teşkilat yapısı tamamlandıktan sonra geçerli olacaktır.

Zira, İYUK'un 45. maddenin 6. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesinin temyize açık olmayan kararları kesin nitelik arz etmektedir.

Bu durumda, YUKK'un 80/1/d hükmü açısından ilk derece mahkemesinin kararının kesin olmadığı; bu karara karşı bölge idare mahkemesinde istinaf başvurusunda bulunulabileceği; ancak bölge idare mahkemesinin kararına karşı Danıştay'da temyiz yoluna gidilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, üst yargı merciine başvuru konusunda, İYUK'un 45. ve 46. maddeleri yoluyla YUKK'un 80/1/d hükmüne kıyasla bir adım daha ileri gidilmiş olunmasına rağmen; temyiz yolu kapatılmakla yine de hak arama özgürlüğü bağlamında sınırlama ortaya çıkmaktadır.

C. İYUK'UN KANUN YOLUNA İLİŞKİN DÜZENLEMESİNİN ANAYASAL ÇERÇEVDE DEĞERLENDİRİLMESİ VE BU DEĞERLENDİRMENİN YUKK'A ETKİSİ

1. İYUK'un Kanun Yoluna İlişkin Düzenlemesinin Anayasanın 13. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İYUK'un temyiz yolunu belli idarî işlemler açısından mümkün kılan ve YUKK üzerinde de etki doğuran hükmü (m. 46), hak arama özgürlüğünü ihlal edip etmediği yönünde incelenmelidir. Bu inceleme yapılırken, Anayasanın 13. maddesinde belirlenmiş olan güvenceler uyarınca hareket edilip edilmediği sorgulanmalıdır. Zira, İYUK'un 46. maddesinin uygulanması, "vatandaş-yabancı" ayrımı yapılmaksızın gündeme gelecektir. Dolayısıyla, anılan hükmün bir temel hak ve özgürlük niteliğindeki hak arama özgürlüğünün ihlal edip etmediği, Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelere uygunluk ekseninde incelenmelidir. Bu noktada, Anayasa'nın 16. maddesine uygun sınırlama getirilip getirilmediğini değerlendirmek söz konusu olmayacaktır. Çünkü, Anayasanın 16. maddesi, salt yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından güvence oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması ile ilgili olarak, kısıtlamanın ancak Anayasal ilke ve güvencelere uygun olması durumunda kabul edilebilir olacağı yönünde kararlar vermiş olduğu görülmektedir. Mahkeme, bu sonuca ulaşırken çeşitli ölçütlerden hareket etmiş ve Anayasal ilke ve kurallara uygunluğun ne kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunu

ele almıştır. Örneğin, “hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak birtakım durumların ortaya çıkması” bir ölçüt olarak kullanılmıştır⁷². Ayrıca “dava sonucunun kişi hürriyetinin özüne dokunur nitelikte olması karşısında, kanun yolunun kısıtlanmış olmasının savunma hakkının özünü çeliştirdiği” üzerinde durulmuştur⁷³. Bu durumda, Mahkeme’nin anlayışından hareket edildiğinde, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ve hak arama ve savunmaya ilişkin temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunur nitelikteki kanun yolunu kapatan bir düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olacağı sonucuna varılabilir.

Mahkeme, yasakoyucunun takdirine bağlı olarak kanun yoluna başvuru konusunda sınırlama getirilebileceğine de işaret etmiştir⁷⁴. Kanun yolu, yargılama usûlleri kapsamında ve Anayasanın 142. maddesi uyarınca yargılama usûlleri kanunla düzenlenir. Yani, konuya ilişkin olarak yasakoyucunun iradesi esas alınmaktadır. Böyle bir durumda, örneğin, üst yargı merciinin yükünü hafifletmek gibi bir kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda, yasakoyucu bu takdir hakkını kullanabilecektir. Ayrıca, Anayasa’da tüm ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna gidilmesini şart koşan bir hükmün de yer almadığına ilgili kararda değinildiği görülmektedir.

Sonuç olarak, Mahkeme’nin ilgili kararlardaki yaklaşımı değerlendirildiğinde, kanun yoluna başvuru konusunu bir temel hak ve özgürlük olan hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği ve ancak hukuk devleti ve hakkın özüne dokunmama gibi Anayasal ilke ve ölçütlere bağlı kalınarak bu hakkın sınırlandırabileceğine hükmettiği görülmektedir. Ayrıca, bu ölçütlere sadık kalınarak kanun yolunu sınırlamada, örneğin, kamu yararını gerçekleştirmek amacı çerçevesinde yasakoyucunun takdir hakkının mevcut olduğunun vurgulandığı da görülmektedir. Ancak bu kararların tarih itibarıyla 2001 yılı öncesine ait oldu-

⁷² Ana. Mah., E. 1985/23, K. 1986/2, T. 20.01.1986, RG 16.04.1986, S. 19080: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/be122401-bb69-477f-8b8b-3dab2b130936?exludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 18.11.2014)

⁷³ Ana. Mah., E. 1968/61, K. 1969/23, T. 29.04.1969, RG 15.12.1970, S. 13695: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f906cff-55f1-4dca-96fb-d4c7d22c6b84?exludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim tarihi: 20.11.2014)

⁷⁴ Ana. Mah., E. 1985/23, K. 1986/2, T. 20.01.1986, RG 16.04.1986, S. 19080: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/be122401-bb69-477f-8b8b-3dab2b130936?exludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim tarihi: 24.10.2014)

ğu ve konunun 2001 tarihli Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikler dikkate alınmaksızın değerlendirilmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Konuyu, Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikler⁷⁵ çerçevesinde değerlendiren bir görüş⁷⁶ uyarınca ise bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlandırılabilmesi, ancak o maddede belirtilmiş olan özel sınırlama sebebinin gerçekleşmesi ile mümkün olabileceğinden ve hak arama özgürlüğünü ele alan 36. maddede bu türden bir sınırlama getirilmemiş olduğundan ortada "sınırlanırılmaz"⁷⁷ bir temel hak bulunmaktadır. Buna göre, "kamu yararı, kamu düzeni" gibi ölçütler 36. maddede öngörülmediğinden artık sınırlandırmayı haklı gösteren birer sebep olarak kullanılamaz. Yine bu görüş uyarınca, "hakkin özüne dokunmama ya da demokratik toplum düze-

⁷⁵ Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 tarihli Kanun ile getirilen değişiklikler uyarınca bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için sınırlamanın "kanunla" getirilmesi gerekmektedir. Sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. Sınırlama, ancak Anayasanın ilgili maddesinde o özgürlük için öngörülmüş olan özel sınırlama nedenine dayanabilir. Sınırlamada, ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir; sınırlamada başvuru araç, sınırlama amacı ile orantılı olmalıdır. Sınırlama, hakkın özüne dokunmamalıdır ve laik cumhuriyetin gerekleri ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır.

⁷⁶ Bora Kaya, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temyiz Hakkının Anayasal Boyutu," Ankara Barosu Dergisi, Eylül-Ekim-Kasım 2006, s. 40. Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 tarihli kanunla getirilen değişiklik göz önünde bulundurulduğunda, hak arama özgürlüğü açısından Anayasa'da özel bir sınırlandırma sebebi öngörülmemiş olduğundan, bu özgürlüğü kısıtlayan tüm yasal düzenlemelerin iptalinin kolaylaşabileceğine yönelik olarak ayrıca bkz. Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü," Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 35.

⁷⁷ Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikler dikkate alındığında, hak arama özgürlüğü açısından özel bir sınırlama sebebi öngörülmediği için hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmayacağı sonucuna varılabileceği ve bir Anayasa değişikliği yoluyla özel sınırlama sebepleri eklenmediği sürece yasa koyucunun hak arama özgürlüğünü sınırlayan düzenlemelerinin sorunlu olmaya devam edeceği ile ilgili olarak bkz. İsmail Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri," Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, S.1, s. 174-175. Anayasanın ilgili maddesinde özel bir sınırlama öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlükler ve bu bağlamda hak arama özgürlüğü ile ilgili olarak kanunla sınırlama getirmenin, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olacağı; bu tür bir sonucun makul olup olmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesindeki değişikliğin eleştirisi hakkında bkz. Gözler, s. 125-126. Sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler bakımından kamu düzeni, kamu yararı ve adalet gibi kavramları "çatışma unsuru" olarak gören Anayasa Mahkemesi kararlarının eleştirisi ve bu yaklaşımın yerine, uygun düştüğü ölçüde, diğer temel hak ve özgürlüklerin ya da somut anayasal değerlerin kullanılmasına ilişkin olarak Bertil Emrah Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlanma ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, TBB Yayınları/236 (Hazırlayan Ozan Ergül), Ankara, 2012, s. 212.

ninin gereklerine uygun olma ya da ölçülülük” gibi ölçütler, ancak o hak için öngörülmüş olan özel sınırlama sebebinin varlığından sonra tartışma konusu edilebileceğinden hak arama özgürlüğü bakımından değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin hak arama özgürlüğünün sınırlanması⁷⁹ ile bağlantılı ve 2001 tarihinden sonraki bir kararında⁸⁰ ise, hak arama özgürlüğünün Anayasanın 13. maddesinde öngörülen genel nedenlerle sınırlandırılabilirliği; bu nedenlerin kamu yararı ile ilgili olduğu belirtilmiştir⁸¹. Bu bağlamda, “hak arama özgürlüğüne getirilebilecek bir sınırlamanın ancak kamu yararı gereği

⁷⁸ Kaya, s. 40.

⁷⁹ Mahkeme, bir başka kararında da kanun yoluna başvurma hakkının iki dereceden fazla tanınmasına ilişkin Anayasa’da bir hüküm bulunmadığına, kanun yoluna başvurma hakkının sonsuz olmayıp, bu hakkın bir yerde kesilmesi gerektiğine işaret ederek, başvurulacak kanun yolu usûlüne ilişkin düzenlemelerin, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğuna ve hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkını zedelediğine hükmetmiştir: Ana. Mah., E. 2011/64, K. 2012/168, T. 01.11.2012, RG 13.03.2013-28586. Ancak bu karar açısından da hak arama özgürlüğünün kısıtlanması açısından özel bir sınırlama sebebinin getirilmemiş olması noktasının irdelenmediği görülmektedir. Mahkeme, bir başka kararında da Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunun söylenemeyeceğini belirterek, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edildiğine işaret etmiştir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan kuralların var olduğuna vurgulayarak, bu sınırlamaların Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamayacağını ifade etmiştir: Ana. Mah. E. 2010/83, K. 2012/169, T. 01.11.2012, RG 22.022013-28567. Bu karar bakımından da 13. maddedeki ölçütlerin, özel sınırlama sebepleri getirilirken uyulması gerekli olan ölçütler olarak değerlendirmedeği görülmektedir.

⁸⁰ Ana. Mah., E. 2009/34, K. 2010/72, T. 20.5.2010, RG 30.12.2010-27801: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2bc59001-d5d6-4870-9238-59b6452aa405?highlightText=anayasa%C4%B1n%2036.%20maddesi&excludeGereke=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 08.12.2014)

⁸¹ Söz konusu kararda, 6.1.1982 tarihli, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanununa 15.7.2003 tarihli, 4928 sayılı Yasa’nın 7. maddesiyle eklenen geçici madde 5’in birinci cümlesinin, Anayasa’nın 36. maddesine uygunluğu da irdelenmiştir. Geçici 5. madde hükmü ile 2003 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesinden önce AİHM’ne başvuru yapıp da başvurusu sonuçlanmayan kişiler ile yargılanması sonuçlanıp da hakkında verilen karar henüz kesinleşmemiş kişiler, yargılamanın yenilenmesi kurumunun dışında bırakılarak bu haktan faydalanmalarının önüne geçilmiştir. Yargılamanın yenilenmesi hakkı tanınması açısından belli kişilerin kapsam dışı bırakılmasının, yargı organlarının iş yükünü hafifletmek gibi bir kamu yararı gözetilerek yapılmış olduğu iddia edilebilecek olsa da bu savın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağına kanaat edilmiştir. Sonuç olarak, anılan düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça hak arama özgürlüğüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

ise hukuken kabul edilebileceği belirtilmiştir. Kanımızca, Mahkeme'nin vermiş olduğu karar, sonucu itibarıyla yerinde olsa da, Anayasa'nın 13. maddesinde genel sınırlama nedenlerinden bahsedildiğini söylemek güç gözükmemektedir. 13. maddede geçen örneğin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, laik Cumhuriyetin gerekleri gibi ifadeler, genel sınırlama nedenleri değil; özel sınırlama sebepleri getirilecek olduğunda uyulması gereken ölçütlerdir. Bir başka deyişle, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması bakımından özel bir sınırlama sebebi getirilmişse bunun, örneğin, laik cumhuriyetin ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekir. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması açısından özel bir sınırlama sebebi getirilmemişse zaten, sınırlamanın sınırını tespit etmeye gerek kalmayacaktır. 13. maddenin genel sınırlama sebepleri öngördüğünü ve bu sebeplerin de kamu yararı ile ilgili olduğunu ileri sürmek, genel bir sınırlama sebebi yaratmak anlamına gelecektir. Bu sonuç da, 13. maddede geçen "yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlama yapılabileceği" düzenlemesi ile çelişki oluşturacaktır. Nitekim, Mahkeme'nin bir başka kararında, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için özel sınırlama sebeplerinin varlığının arandığı ifade edilerek; hak arama özgürlüğü açısından bu tür bir özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olduğundan bu hakkı sınırlandıran nitelikteki düzenlemenin iptal edilmesine hükmedilmiştir⁸².

Bu çerçevede, İYUK'un temyiz yolunu bazı davalar açısından mümkün kılan (İYUK m. 46) ve dolayısıyla bazı idare mahkemesi kararları için salt istinaf yoluna başvuruyu öngören anlayışı, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler ışığında incelendiğinde ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır: 1. Sınırlama, kanun ile getirilmiştir; dolayısıyla örneğin, idarenin belli bir kanuna dayanmayan bir düzenleyici işlemi ile sınırlandırma getirilmemiş olduğu için bu ölçüt açısından herhangi bir hukuka aykırılık ortaya çıkmamaktadır. 2. Kanun yoluna başvurunun, hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini öngören Anayasa Mahkemesi kararları gözönünde bulundurulduğunda, Anayasa'nın 36.

⁸² Ana Mah., E. 2001/5, K. 2002/42, T. 28.03.2002, RG: 05.09.2002-24867: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f07b544-a845-4880-b730-b5024a9dc90d?excLudeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 11.12.2014).

maddesinde özel bir sınırlandırma nedeni getirilmemiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, artık yasakoyucunun İYUK'un 46. maddesi kapsamında örneğin, kamu yararı gibi bir nedenle mi temyiz yoluna başvuruyu sınırladığını değerlendirme yoluna gidilmeyecektir. 3. Anayasa'nın 36. maddesinde özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olduğundan, artık İYUK m. 46 uyarınca getirilmiş olan sınırlamanın "Anayasanın özüne ve ruhuna uygunluğu, ölçülülüğü ya da hakkın özüne dokunup dokunmadığı ve demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığını" tartışmaya gerek kalmayacaktır.

Bu durumda, belli davalar açısından istinaf yolu mümkün kılınırken belli işlemler açısından temyiz yolunu sınırlandırmak, Anayasal zeminde, hak arama özgürlüğü çerçevesinde hukukî dayanaktan yoksun kalmış gözükmemektedir.

Bu değerlendirmeler ışığında, İYUK'un belli idarî davalar açısından temyiz yoluna başvurunun önünü kapatan düzenlemesinin (m. 46), kanun yoluna başvuruyu da kapsayan hak arama özgürlüğünü konu edinen Anayasa'nın 36. maddesinde özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olduğu için Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. 36. maddede örneğin, kamu yararı halinde hak arama özgürlüğünün kısıtlanabileceği şeklinde bir sınırlandırma getirilmiş olsaydı, böyle bir durumda İYUK uyarınca temyiz mahkemesinin iş yükünü hafifletmek gibi bir kamu yararı nedeniyle belli idarî işlemler açısından temyiz yolunun kapatılmış olup olmadığı ve bu konuda yasakoyucuya takdir hakkı tanınıp tanınmadığı tartışılabilirdi. Ancak Anayasanın 36. maddesinde, bu tür bir sınırlamanın öngörülmemiş olması karşısında, kanun yollarına başvuruyu sınıflandırmaya tabi tutan ve bu sınıflandırma dahilinde kısıtlama getiren düzenlemelerin, hak arama özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle Anayasaya uygunluğunun irdelenmesi gündeme gelecektir.

2. İYUK m. 46'nın Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Değerlendirmenin YUKK Açısından Etkisi

İYUK (m. 46) uyarınca, kimi idarî işlemler açısından temyiz yolu açık tutulurken; kimi idarî işlemler bakımından temyiz yolunun kapatılmış ve bu bağlamda idarî işlemler açısından belli bir sınıflandırmaya gidilmiş olmasının, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı da tartışı-

labilir. Bu noktada, eşitlik ilkesi ekseninde “maddî hukukî eşitlik” kapsamında bir değerlendirme yapılabilir; buna göre, bu tür bir düzenleme getirmekle, “benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğuna⁸³” uygun hareket edilip edilmediği sorgulanabilir. Temyiz yoluna başvuru ve hak arama özgürlüğü açısından, maddî hukukî eşitlik irdelendiğinde, bazı idarî işlemlere karşı ilk derece mahkemesi, istinaf ve temyiz yolu öngörülmüşken; kimi idarî işlemler açısından salt ilk derece mahkemesine başvuru ve istinaf yolunun öngörülmüş olmasının hak arama özgürlüğü kapsamında eşitsizlik yaratıp yaratmadığı tartışma konusu yapılabilir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesi değerlendirilirken kullanılan “haklı neden” ölçütü devreye sokulabilir⁸⁴. İYUK’daki temyiz yoluna başvuru bakımından sınıflandırma ve ayırım öngören bu hükmün (İYUK m. 46), eşitsizlik yaratmayacak bir haklı nedene dayanmakta olup olmadığı irdeleme konusu yapılabilir. Yine Mahkemenin kararları uyarınca ortaya konmuş olan, yasakoyucunun haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil”⁸⁵ olup olmadığı ölçütleri, kimi kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamamasını öngören düzenleme açısından sorgulanabilir. Kanımızca, idarî işlemler açısından kanun yollarına başvuru konusunda ne tür bir sınıflandırma ve mantık dahilinde ayırma gidilmiş olduğu noktası açık değildir. Bu bağlamda, bu tür bir sınıflandırmayı haklı kılan nedenin ne olduğu belirsiz gözükmektedir ve eşitlik ilkesini tehdit edebilir niteliktedir. Bu doğrultuda, YUKK’un ilgili hükmü (m. 80/1/d) açısından da etki doğuran bu düzenleme (İYUK m. 46), eşitlik ilkesi kapsamında tartışma ve değerlendirme konusu yapılabilir. Gelecekte, Anayasa Mahkemesi’nin, İYUK’da kanun yoluna başvuru açısından istinaf ve temyiz

⁸³ Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara, 2003, s. 188-189; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. B., Yetkin, Ankara, 2005, s. 138. Eşitlik ilkesine ilişkin olarak ayrıca Gözler, s. 100-101.

⁸⁴ Örneğin, Ana. Mah., E. 2009/34, K. 2010/72, T. 20.5.2010, RG 30.12.2010-27801: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2bc59001-d5d6-4870-9238-59b6452aa405?highlightText=anayasan%C4%B1n%2036.%20maddesi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 08.12.2014). Daha önce değinilmiş olan kararda, belli kişilere yargılamanın yenilenmesi için başvuru hakkı tanınırken; kimileri bakımından bu hakkın tanınmamış olması, Anayasa’da öngörülmüş olan hiçbir haklı nedene dayanmadığı için eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur.

⁸⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öden, s. 192-193; Özbudun, s. 138.

yolu bağlamındaki bu sınıflandırmayı irdelemesi söz konusu olabilecektir ve konunun YUKK üzerindeki etkisi de görülecektir.

3. İstinaf İncelemesinin Niteliği ve Hak Arama Özgürlüğü İlişkisi

İstinaf mahkemesinde, hukukî ve maddî açıdan yeniden inceleme yapılabil-mekte⁸⁶ ve istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinden farklı olarak, “yeni” bir karar verebilmektedir⁸⁷. Bir başka deyişle, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukukî ve maddî açıdan denetledikten sonra, kararı bozma yönünde hüküm tesis ederse, işin esasına girerek davayı kendisi karara bağlayabilmektedir⁸⁸. Böyle bir durumda, İYUK’un 46. maddesi kapsamında konuya yaklaşıldığında, istinaf mahkemesince verilen bu yeni karara karşı baş-vurulabilecek bir üst mercii olmayacaktır. Bu tür bir sonuç da hak arama özgür-lüğü ile çelişir gözükmemektedir.

İstinaf yolu ile amaçlanan sonuçlardan biri de temyiz mahkemesine baş-vurunun sınırlandırılması ve üst derece mahkemesinin iş yükünün azaltılması olabilir⁸⁹. Ancak, hukukî güvenliğin pekiştirilmesi açısından, istinaf mahkemesi nezdinde de tatmin olunmadığı durumlarda, bir üst derece mahkemesine baş-vurunun mümkün kılınmış olması yerinde olacaktır.

4. İYUK’un 46. Maddesinin Olası İptalinin YUKK’un 80/1/d Hükmüne Etkisi

Yukarıda saymış olduğumuz gerekçeler uyarınca, İYUK’un 46. maddesinin Anayasa Mahkemesince hak arama özgürlüğüne aykırı bulunarak iptal edil-mesi söz konusu olursa, YUKK m. 80/1/d hükmü bu durumdan nasıl etkilene-cektir?

Bu durumda, İYUK’un 46. maddesi uyarınca salt bazı idarî davalar açısından temyiz yolunun mümkün kılınması yönündeki düzenleme iptal edilmiş olacakt-ır. İlk olasılık olarak, kanunkoyucu tarafından yeni bir kanun hükmü yoluyla konu düzenlenmezse ve eğer İYUK’un 45. maddesi üzerinde herhangi bir iptal söz konusu olmazsa, YUKK m. 80/1/d uyarınca hızlandırılmış değerlendirme ve

⁸⁶ Mustafa Avcı, “İdarî Yargıda İstinaf”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/96, s. 182.

⁸⁷ Avcı, s. 188.

⁸⁸ Avcı, s. 188.

⁸⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, s. 189.

kabul edilemez başvuru kararlarına karşı salt istinaf yoluna başvurulabilecektir. Buna karşın, ikinci olasılık olarak, kanunkoyucu yapacağı yeni bir düzenleme yoluyla herhangi bir ayırım gözetmeksizin istinaf incelemesinin ardından, temyiz yolunu tüm idarî davalar açısından mümkün kılsa, hızlandırılmış değerlendirme ve kabul edilemez başvuru kararlarına karşı açılan davalarda hem istinaf hem temyiz yolu açık olacaktır.

Sonuç olarak, her iki olasılıkta da YUKK m. 80/1/d uyarınca idare mahkemesinin kararının kesinliğini öngören hükme kıyasla, en azından istinaf yolunu mümkün kılan bir düzenleme mevcut olacak ve hak arama özgürlüğü açısından daha olumlu bir tablo ortaya çıkmış olacaktır.

SONUÇ

YUKK uyarınca düzenlenmiş olan uluslararası koruma başvurusu süreci kapsamında yer alan “kabul edilemez başvuru (YUKK m. 72)” ve “hızlandırılmış değerlendirme (YUKK m. 79)” çerçevesinde mahkemeye yapılan başvurularda, idare mahkemesinin vereceği kararın kesin olacağı düzenlenmiştir (YUKK m. 80/1/d). Bu şekilde, idare mahkemesinin kararına karşı daha üst bir mahkeme nezdinde hak aranması engellenmiş ve kanun yoluna başvurunun önü kapatılmıştır. Kanun yoluna başvuru konusu, hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğinde, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması açısından Anayasanın 13. maddesindeki güvencelere uygun hareket edilmesi düşünülecek olsa bile, bu güvencelerin yabancılar bakımından uygulanması söz konusu olamayacaktır. Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması açısından Anayasa’nın 16. maddesi uyarınca “milletlerarası hukuka uygunluk” ve “kanunla sınırlama zorunluluğu” aranacaktır. “Milletlerarası hukuka uygunluk” açısından AİHS çerçevesinde konu ele alınırsa, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirme yapılması düşünülebilir. AİHS’nin 6. maddesi kapsamına “medenî hak ve yükümlülükler” ile “suç isnadının” girdiği noktaya dikkat çekilmelidir. Bu kapsamda, “temyiz hakkı”, salt “ceza davaları” için Konvansiyonun, Türkiye tarafından imzalanmış olmakla birlikte onaylanmamış ve yürürlüğe konmamış olan 7. Protokolünün 2. fıkrası gereğince şart koşulmuştur. Bu istisna dışında, Sözleşme, taraf devletleri, çok dereceli bir yargılama usûlünü kabule mecbur kılmamıştır. Kamu

hukukuna dahil olarak kabul edilen “siyasi haklar, vergilendirme, para cezaları, yabancıların ülkeye kabulü veya sınırdışı edilmesi veya vatandaşlık ile pasaport talebinin reddi” gibi konular ise m. 6/1’in kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu nedenle, bu tür konular bakımından temyiz hakkının yokluğunun, AİHS’nin 13. maddesinde düzenlenmiş olan “etkili başvuru hakkı” çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Zira, bir “medenî hakkın yokluğu” nedeniyle, 6. maddenin ihlal edilmediği durumlarda 13. maddenin ihlaline ilişkin ayrı bir soruşturmanın yapılması gerekli olacaktır.

AİHM’e göre 6. maddenin, 13. madde karşısında daha güçlü bir ve kapsamlı bir güvence sağladığı göz önünde tutulduğunda, 6. madde kapsamında dahi zorunlu görülmeyen temyiz hakkının varlığının, 13. madde bakımından şart koşulmayacağı yönünde yorum yapmak mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkanı getirilmiş olduğundan, AİHS’nin 13. maddesi kapsamında etkili başvuru imkanının pekiştirilmiş olduğu düşünülebilecektir. Bu durumda, YUKK’un hızlandırılmış değerlendirme ve kabul edilemez başvuruya ilişkin kararlar bakımından kanun yolunu kapatan düzenlemesinin, hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkı çerçevesinde AİHS’de tanınan güvencelere aykırı olmadığı sonucuna varılabilecektir.

YUKK’un 80/1/d hükmü açısından bu tür bir sonuca ulaşılabilecek de olsa, konu bir de YUKK ve İYUK ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. İYUK’un 45. maddesi uyarınca, başka kanunlarda aksine hüküm olsa dahi, idare ve vergi mahkemelerinin kimi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması, teşkilata ilişkin gerekli düzenlemeler yapıldığında mümkün olacaktır. Bu değişiklikler YUKK üzerinde de etkili olacaktır. Buna göre, YUKK’un 80/1/d hükmü kapsamında bir üst derece mahkemesine başvurmak mümkün olacaktır ve ilk derece mahkemesinin kararı kesin nitelik arzetyecektir. Bu durumda, hak arama özgürlüğünü daha çok vurgulayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, İYUK’un temyizi konu edinen 46. maddesinin uygulanması sonucunda temyiz yoluna gidilemeyecektir. Zira, YUKK’un 80/1/d hükmü açısından ilk derece mahkemesinin kararının kesin olmadığı; bu karara karşı bölge idare mahkemesinde istinaf başvurusunda bulunulabileceği; ancak bölge idare mahkeme-

sinin kararına karşı Danıştay'da temyiz yoluna gidilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

İYUK'un belli idarî davalar açısından temyiz yoluna başvurunun önünü kapatan düzenlemesinin (m. 46), bir temel hak ve özgürlük niteliğindeki hak arama özgürlüğünü ihlal edip etmediği, Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelere uygunluk ekseninde incelenmelidir. Zira, İYUK'un 46. maddesinin uygulanması, "vatandaş-yabancı" ayrımı yapılmaksızın gündeme gelecektir. Oysa, Anayasa'nın 16. maddesi, salt yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması ile ilgili düzenleme getirmektedir. Bu bağlamda, hak arama özgürlüğünün ihlali bakımından, YUKK açısından Anayasanın 16. maddesi; İYUK açısından Anayasa'nın 13. maddesi temelinde değerlendirilmelidir. İYUK'un belli idarî davalar açısından temyiz yoluna başvurunun önünü kapatan düzenlemesinin (m. 46), kanun yoluna başvuruyu da kapsayan hak arama özgürlüğünü konu edinen Anayasa'nın 36. maddesinde özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olduğundan, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, eşitlik ilkesi kapsamında da belli idarî işlemler açısından temyiz yoluna başvurunun neden kapatıldığı tartışma konusu yapılabilir. Bu gerekçelerle, İYUK'un 46. maddesi uyarınca salt bazı idarî davalar açısından temyiz yolunun mümkün kılınması yönündeki düzenlemenin iptali söz konusu olabilir. Böyle bir iptal durumunda, İYUK'un 45. maddesi aynı şekilde kalırsa, YUKK m. 80/1/d uyarınca hızlandırılmış değerlendirme ve kabul edilemez başvuru kararlarına karşı salt istinaf yoluna başvurulabilecektir. Buna karşın, kanunkoyucu yapacağı yeni bir düzenleme yoluyla herhangi bir ayrım gözetmeksizin istinaf incelemesinin ardından, temyiz yolunu tüm idarî davalar açısından mümkün kılsa, hızlandırılmış değerlendirme ve kabul edilemez başvuru kararlarına karşı açılan davalarda hem istinaf hem temyiz yolu açık olacaktır.



KAYNAKÇA

Aydoğın Asar, Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, Emek Ofset, Ankara, 2001.

Mustafa Avcı, İdarî Yargıda İstinaf, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/96, s. 179-204.

Rona Aybay/ Esra Dardağın Kibar, Yabancılar Hukuku, 3. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Mesut Aydın, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 61/3, 2006, s. 1-37.

Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi, TBB Dergisi, 2013(108), s. 211-258.

Oytun Canyaş, İdari Yargılama Usûlü Kanunu ve Vergi Usûl Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik Yöntemle Çözümü, TBB Dergisi, S. 110, Ocak-Şubat 2014, 189-218.

Oytun Canyaş, Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2013, s. 127-152.

Serkan Cengiz/ Fahrettin Demirağ/ Teoman Ergül/ Jeremy McBride/ Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kararları, TBB Yayınları, Ankara, 2008.

Aysel Çelikel/ Günseli Gelgel, Yabancılar Hukuku, 19. B., Beta, İstanbul, 2013.

Bülent Çiçekli, Yabancılar Hukuku, 3. B., Seçkin, Ankara, 2012.

Esra Dardağın Kibar, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, N.2, Y. 2012, s. 53-74.

Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. B., C.2, Legal, 2013.

Global Consultations on International Protection, Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), (2nd Meeting) EC/GC/01/12, 31.05.2001: <http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html>. (GCIP)

Nuray Ekşi, İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Etkisi, TAAD Dergisi, Y: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 53-101. (Ekşi, İltica)

Nuray Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda İdari Gözetim, 1.B., Beta, İstanbul, 2014. (Ekşi, İdarî Gözetim)

Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 1. B., Beta, İstanbul, 2014.

(Ekşi, Yabancılar)

Nuray Ekşi, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 4. B., Beta, İstanbul, 2012.

Nuray Ekşi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu, MHB, Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 119-139. (Ekşi, Sınırdışı)

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. B., Ekin, Bursa, 2010.

Said Vakkas Gözlügül, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan, Ankara, 2014.

Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8.B., Turhan, Ankara, 2009.

Nazmiye Güveyi, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2 B., Beta, İstanbul, 2005.

Bora Kaya, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temyiz Hakkının Anayasal Boyutu, Ankara Barosu Dergisi, Eylül-Ekim-Kasım 2006, s. 38-40.

İsmail Köküarı, Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, S.1, s. 163-208.

Nuala Mole/ Catharina Harby, The Right to A Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, NO. 3, 2006.

Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, TBB Yayınları/236 (Hazırlayan Ozan Ergül), Ankara, 2012, s. 121-213.

Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara, 2003.

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8.B., Yetkin, Ankara, 2005.

Neva Övünç Öztürk, Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımının Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi, Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 919-950.

Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 1. B., Turhan, Ankara, 2003.

Alf Ross, Law and Justice, The Law Book Exchange Ltd, New Jersey, 1959.

Fügen Sargın, Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları, MHB, Yıl 17-18, 1997-98, s. 317-354.

Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2004 Anayasa Değişikliklerine Göre), 6. B., Beta, İstanbul, 2004.

M. Sezgin Tanırkulu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin, Ankara, 2012.

Türkiye Mülteci Hakları Koordinasyonu, "T.C. İltica ve Göç ve İdari Kapasitesini Geliştirme ve Mevzuatı Uygulama Bürosu Tarafından 3 Mart 2010 Tarihinde Paylaşılan "İltica Kanunu" ve "Yabancılar Kanunu" Taslak Madde Başlıkları'na İlişkin

İlk Değerlendirmeler”, 15.03.2010: <http://www.ihop.org.tr/dosya/multeci/tmhk.pdf>. (Türkiye, Mülteci)

Gülören Tekinalp, Türk Yabancılar Hukuku, 7. B.,Beta, İstanbul, 2002.

Barış Teksoy, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu, AÜHFD, 62(3), 2013, s. 855-906.

Şeref Ünal, Devletler Hukukuna Giriş, Yetkin, Ankara, 2003.

Erich Vranes, The Definiton of Norm Conflict in International Law and Legal Theory, The European Journal of International Law, C.17, 2006, s. 395-418.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf>

www.conventions.coe.int

www.hudoc.echr.coe.int

www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr

F KLAVYE İLE Q KLAVYENİN ERGONOMİK AÇIDAN KARŞILAŞTIRILMASI VE ERZURUM ADLİYESİ UYGULAMASI

*Comparison from Ergonomic Aspects of F Keyboard with Q Keyboard and
Implementation Erzurum Courthouse*

Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL* – Kadir DELİGÖZ**

ÖZET

Günümüz çalışma koşulları dikkate alındığında gerek özel sektörde gerekse kamu sektöründe çalışma koşullarının giderek iyileştirildiği görülmektedir. İşlerinin büyük bir bölümünü klavye ile çalışarak yerine getiren çalışanların giderek artan sağlık sorunları göz önüne alındığında çalışanlara uygun klavye üretimi, tasarımı ve bu ürünlerin kullanılması önemlidir. Kişilerin ve çalışanların daha verimli ve sağlıklı çalışabilmeleri için sağlıklı ve daha verimli araç gereçler ile çalışmalarını gerekmektedir.

Ülkemizde sık kullanılan ve Q klavye diye adlandırılan Qwerty klavye türü ile günümüzde çıkarılan genelgeler ve yönetmelikler ile kullanılması teşvik edilen F klavye arasındaki ilişki gittikçe artan bir şekilde incelenmeye ve tartışılmaya başlanmıştır. Bu suretle ergonomik açıdan hangi klavyenin daha avantajlı olduğunun tespit edilmesi önemlidir. Geçmiş dönemlerdeki hız, verimlilik ve harcanan enerji miktarları dikkate alındığında bu etkenlerin doğru kullanılması hem yapılan iş hem de sağlık açısından önemlidir.

Bu çalışmada F klavye ile Q klavye ergonomik açıdan incelenmiş ve Erzurum Adliyesinde zabıt kâtiplerine yapılan anketin sonuçları yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: F klavye, Q klavye, Ergonomi, Erzurum Adliyesi

ABSTRACT

When today's working conditions in the private sector are taken into consideration, it is seen that working conditions both in the public and private sector are

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Yardımcı Doçent Doktor, dguzel@atauni.edu.tr

** Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığında Zabıt Katibi, Erzurum Atatürk Üniversitesi Üretim Yönetimi ve Pazarlama Bilim Dalı Yüksek Lisans Mezunlu, kadir.deligoz@adalet.gov.tr

increasingly improving. Considering the increasing health problems of workers performing a large portion of their jobs with the keyboard, it is important to produce, design and use of the appropriate keyboard for workers. It is necessary for people and employees that they should work with healthier and more efficient equipment and supplies in order to be able to work more efficiently and healthily.

The relationship between Qwerty-Qwertz keyboard type called as Q keyboard that is frequently used in our country and F keyboard that is encouraged to use with the notices and regulations issued nowadays has started to be examined and discussed. Thus, determining the most ergonomically advantageous keyboard has a great importance. Considering speed, efficiency, and the amount of expended energy in the past, the correct use of these factors is important both in terms of the work and health.

In this study the F keyboard and Q keyboard were examined ergonomically and the data obtained from the survey conducted to the clerks who work in Erzurum's Courthouse and who perform a large part of their work in the courthouse through the keyboard is interpreted.

Key Words: F keyboard, Q keyboard, Ergonomic, Erzurum Courthouse



GİRİŞ

Ergonomi diğer adıyla insan mühendisliği faktörü en genel tanımıyla kişilere/çalışanlara daha uygun üretim ve tasarım ile ilgilidir. Çalışanların sağlığı için çalışanlara özgü tasarımlar planlayarak kişilerin sağlıklı ve yaşanabilir bir ortamda bulunmalarını sağlamak için uygulanan bir felsefe olan ergonomi, insanların kullandıkları eşyalar ile uyumlu bir şekilde çalışmalarını ve sağlık açısından günümüzde dikkat edilmeyen ve çalışanların sağlığını öteleyen ürünlerden meydana gelen şikâyetlerden dolayı ortaya çıkmıştır. Bu felsefe çerçevesinde gerek ofis araçları gerekse de günlük hayatta kullanılan araçların üretim öncesinde ergonomik tasarımları ön planda tutulmalıdır.

Ergonomi, insan faktörü mühendisliği ile emek gücünün maksimize edilmesi anlamına gelmekte olup insan sorunlarına çözüm getirmeyi amaçlar. Sağlıklı çalışma şartları üretimi pozitif yönde etkileyeceği bilinmektedir.

Rasyonel düşünce ışığında kamu kurum ve kuruluşlarında, ofis gibi fiziksel mekânlarda, personele uyumlu makine ve teçhizat temin edilirken ergonomik tasarımların önemi tekrar tekrar gözden geçirilmeli ve bu yönde kararlar alınmalıdır.

Bu çalışmada, günümüzde sıkça kullanılan Q klavye ile dilimize daha uygun olan F klavye ergonomik açıdan incelenip, önerilerde bulunulmuştur.

I. ERGONOMİ (İNSAN MÜHENDİSLİĞİ FAKTÖRÜ)

A. Ergonominin Tanımı ve Amacı

Ergonomi, Yunanca “Ergo: iş, çalışma” ve “Nomos: kural, yasa” sözcüklerinin birleştirilmesiyle elde edilmekte ve “iş yasası”, “iş kuralı” ya da “iş bilimi” anlamında kullanılmaktadır¹. Ergonomi; insan, makine ve çevrenin karşılıklı etkileşimi çerçevesinde, uygulamalı ve teorik prensipler, veri ve metotlarla bireyin ve tüm sistemin performansı için optimum tasarım sağlamaktadır².

En geniş şekliyle ergonomi; “insan anatomik özelliklerini, antropometrik ölçülerini, fizyolojik kapasite ve toleranslarını göz önüne alarak; iş yeri yerleşimi ve ortam değişkenlerinin etkisi ile oluşan, organik ve psikolojik reaksiyonlara göre, insan-makine-ortam uyuşumunun temel kuramlarını araştıran bir bilim disiplini” olarak tanımlanmaktadır³.

Zamanımızdan milyonlarca yıl öncesinde Hominid (insansı canlı türü) olarak adlandırılan canlı türünde başlayan araç kullanma yeteneği, akılcı olarak ilk defa Homo Sapiens (akılcı insan)’de görülmüş ve bir ara insana Homo Faber (araççı insan) adı da verilmiştir⁴. Kullanılan aletler ve araçların git gide kişiselleştirilmeye başlamasıyla ortaya çıkan “eşya” kavramı ise, etimolojik olarak; dışımızda var olan, çevremize yerleştirilmiş, göze görünen, duyarları etkileyen, algı alanımızı zorlayan, özneye karşı duran şey/şeyler anlamını taşımaktadır⁵. Tarım kültürünün etkisiyle yerleşik hayata geçen insan, eşyaları çeşitlendirme-

¹ Şimşek, 1994:10

² Koca, vd., 2001:240

³ Sabancı ve Sümer, 2011:3

⁴ Seçkiner ve Kurt, 2004:37-41

⁵ Bilgin, 1991:1

ye ve seri olarak üretmeye, satmaya/satın almaya başlayarak kendisine farklı yaşam alanları sağlamış ve bunları düzenleme yoluna gitmiştir. Eşyaların insan yapısına daha uygun olarak üretilmesi amacıyla çeşitli prensipler ortaya koyan bilim insanları, aynı zamanda iş yaşantısının da insan yapısına uygun olarak düzenlenmesi için çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar arasında, 'Ergonomi' teriminden ilk defa F.W.Taylor (1856-1915) 18. yüzyılda "İş Düzeni" anlayışını geliştirerek iş görenlerin daha verimli çalışabilmesi için çeşitli teorilerden bahsetmiştir⁶. İnsan sağlığını ön plana çıkararak sağlığa uygun eşyaların üretimi ve tasarımıyla ilgili olan ergonominin birinci amacı ise insan-makine birleşiminin verimliliğini en üst seviyeye çıkarmak ve iş güvenliğini arttırmaktır. Bu şekilde eşyalardan alınan verim en üst seviyeye çıkmakla birlikte iş güvenliği artacak ve çalışanların sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmalarını sağlanacaktır. Çalışmanın yöntemli bir şekilde düzenlenmesini amaçlayan ergonomi aynı zamanda insanın kullandığı araç ve makinelerin yaptığı işin insanın özellikleri ile uygun bir şekilde çalışmasını sağlamaya yöneliktir⁷.

B. İnsanın Fiziksel Özellikleri

İş yaşamında insan vücudunu çeşitli konumlara sokar, oturarak veya ayakta çalışır, bazen çalışmada bu iki konumun kombinasyonu söz konusudur. İnsanın fiziksel özellikleri, kısa süre içerisinde kolay bir şekilde değiştirilemeyen verimlilik, yanıtlama süresi ve yaş gibi özellikleridir⁸.

Verimlilik; ergonomik açıdan çok önemli bir nokta, insanın iş yaparken elde ettiği verimdir. İş yapmada ortaya koyduğu gücün, aynı zaman diliminde harcadığı enerjiye oranı insanın verimidir⁹.

Yanıtlama Süresi; insana, ortam ve makineden gelen uyarıların, algı organı-merkezi sinir sistemi ve adale arasındaki ulaşım süresi yanıtlama süresidir. Normal bir insanda bu süre makinelerin yanıtlama süresi ile kıyaslanamayacak kadar uzundur¹⁰.

⁶ Ayanoğlu, 2007:29-36

⁷ Papatya ve Papatya, 1998:508

⁸ Babalık, 2011:20

⁹ Babalık, 2011:20

¹⁰ Sabancı ve Sümer, 2011:8

Yaş; insanın fiziksel iş başarısı üzerinde yaşın etkisi büyüktür. Fiziksel olarak insanın iş yeteneği 25-30 yaşlarında maksimum düzeye ulaşır. Bu yaştan sonra fiziksel yetenekleri azalmaya başlar¹¹.

II. KLAVYE

Fransızca ‘clavier’ kelimesinden dilimize geçmiş klavye, Türk Dil Kurumu tarafından ‘parmaklarla hareket ettirilen piyano, org vb. çalgılarda veya yazı ve hesap makinelerinde değişmez bir eksen çerçevesinde inip kalkabilen, istenilen işe göre düzenlenmiş bazı mekanizmaları çalıştıran kaldıraç kollarının, tuş sıralarının bütünü’ şeklinde tanımlanmıştır¹².

A. Klavye Çeşitleri

Halk dilinde yaygın olarak klavye çeşitlerinden söz edildiğinde F klavye ve Q klavye olmak üzere iki çeşit klavyenin olduğu görülmektedir. Ancak klavyeleri sadece iki ana sınıfa ayıran bu gruplandırma yöntemi yeterli değildir. Klavyeler teknolojilerine göre (PC/XT klavye, PC/AT klavye, Enhanced Klavye, Windows Klavye) ve bizler için ergonomik açıdan daha önemli bir ayırım olan tuş düzenlerine göre klavyeler olmak üzere klavyeleri sınıflandırabiliriz.

1. Teknolojilerine Göre Klavyeler

Klavyeler, kullanılan teknoloji açısından değerlendirildiğinde temel olarak dört gruba ayrılmaktadır. PC/XT, PC/AT, Enhanced ve Windows klavye. Bu klavye modellerinin ortaya çıkmasında, ilk kişisel bilgisayarını pazara sunan IBM firmasının rolü çok büyüktür.

PC/XT Klavye; İngilizce de extended technology (genişletilmiş teknoloji) ifadesini temsil eden PC/XT klavye, IBM firmasının 1980’li yılların başında piyasaya sürdüğü PC/XT kişisel bilgisayar modelinde kullanılmaktaydı. Toplam 83 tuşa sahip olan bu klavye modelinde, fonksiyon tuşları (<F1>-<F10>) sol tarafta iki sütun halinde yer almaktadır

¹¹ Sabancı ve Sümer, 2011:8

¹² Günel, vd., 2012:3

Enhanced Klavye; Türkçe’de gelişmiş anlamına gelen enhanced klavye, IBM firmasının 1986 yılında tanıtımını yaptığı, yine PC/AT temelli olan yeni kişisel bilgisayar modelinde kullanılmıştır. Farklı dillerdeki klavye düzenine bağlı olarak 101 ila 106 tuşa sahiptir. PC/AT klavye ile karşılaştırıldığında bu modelde önemli farklılıklar göze çarpmaktadır. İmleç kontrolü ve yönler için ayrı tuşlar eklenmiştir. İki yeni fonksiyon tuşu (<F11> ve <F12>) eklenmiş ve tüm fonksiyon tuşları klavyenin sol tarafından, tek satır halinde üst bölüme taşınmıştır. <Esc> tuşu klavyenin sol üst köşesinde, <Caps Lock> tuşu ise sol tarafta yer alan <Shift> tuşunun üstünde konumlandırılmıştır. <Space> tuşunun sağ tarafına ilave <Ctrl> ve <Alt> tuşları eklenmiştir. Nümerik tuş grubuna ise ilave bir <Enter> tuşu ve </> tuşu eklenmiştir. Enhanced klavyenin düzeni, günümüzde standart haline gelmiş Windows klavyelerin de temelini oluşturmuştur.

Windows Klavye; Windows işletim sisteminin yaygınlık kazanmasıyla birlikte kişisel bilgisayarlar için standart haline gelmiş olan bu klavye modelinde, Enhanced klavyedeki tuşlara ilave olarak işletim sistemine özgü <Win> ve <Menu> tuşları eklenmiştir. Özgü tuş takımlarına bağlı olarak, bu klavye modelinde 104 ila 109 tuş bulunmaktadır¹³.

2. Tuş Düzenlerine Göre Klavyeler

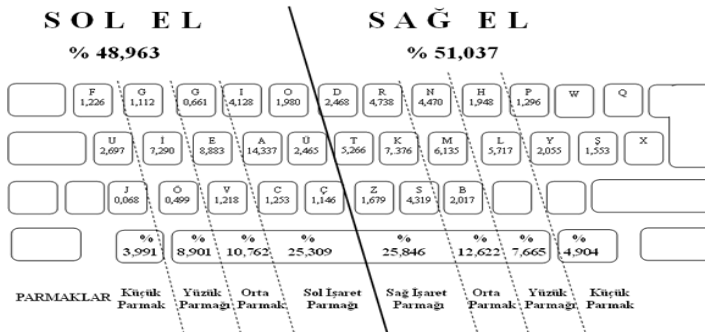
Tuş düzenlerine göre klavyeler, başlığından da anlaşılacağı üzere tuşların klavye üzerindeki yerleşimlerine göre adlandırılır. Bu sınıflandırmada farklı dillere özgü çok sayıda düzen ya da konumlandırma karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Qwerty, Qwertz, Azerty, Dvorak ve F klavye, küresel olarak kullanılmaktadır. Qwerty klavye günümüzde Q klavye olarak adlandırılmakta olup Qwertz klavyeden tek farkı “Y” ve “Z” tuşlarının birbirleriyle yer değiştirmesidir. Kullanım yoğunluğuna göre Q klavye ile F klavye birbiri ile devamlı rekabet içinde olup bu iki klavye ergonomik açıdan önemli farklılıklar arz etmektedir. Bu yüzden bu iki klavye üzerinde yoğunlaşılacaktır¹⁴.

¹³ Günal, vd., 2012:10-11

¹⁴ Günal, vd., 2012:10

F Klavye

F klavye ismini klavyenin üst sırasının en solunda bulunan ilk harften almaktadır. F klavye dizilimi günümüzde standart Türk klavyesi olarak da anılmaktadır. F klavyenin mucidi olarak İhsan Sıtkı Yener isminden bahsedilebilir. İhsan Sıtkı Yener, F klavye çalışmalarına 1945 yılında başlamış ve 20 Ekim 1955 tarihinde Standart Türk Klavyesini sonuçlandırmıştır. F klavye geçirmiş olduğu 10 yıllık süreç içerisinde yaklaşık 30.000 kelime ve 185.000 harfin incelemesiyle oluşturulmuştur. Türk Standartları Enstitüsü 1991 yılında yaptığı yeni düzenleme ile F klavyenin mecburi hale getirilmesi ile ilgili Milli Eğitim Bakanlığı'na öneri de bulunmuştur. Bu süreç sonunda Standart Türk Klavyesi olan F klavye Milli Eğitim Bakanlığı'nın 31.03.2003 tarih ve 996 sayılı genelge ile zorunlu hale getirilmiştir. Türk Standartları Klavye temel düzeninin tasarımı esnasında, Türkçe kelimelerdeki harflerin kullanılma sıklıkları, ünlü ve ünsüz ses durumları, kelime yapısı, parmakların kuvvet ve işlevsellikleri gibi faktörleri dikkate almıştır. Bu tasarım sonucunda, iki elin parmaklarının sırayla kullanılabilmesi için ünlü harflerin tamamı ve seyrek kullanılan ünsüz harfler (Ğ, J vb.) klavyenin sol tarafında yer alırken, sık kullanılan ünsüz harfler (K, L, M vb.) sağ tarafta konumlandırılmıştır. İki ele düşen yük oranı, sağ el yüzde 51,037 ve sol el yüzde 48,963'dür. Parmaklara düşen yük oranlarına bakıldığında ise işaret parmakları (yüzde 51,2), orta parmaklar (yüzde 23,4), yüzük parmakları (yüzde 16,6) ve küçük parmaklar (yüzde 8,8) şeklinde bir sıralama ortaya çıkmaktadır¹⁵.



Şekil 1: F Klavye Düzeni

Kaynak: <http://www.phphocam.com> (E.Tarihi: 20.05.2013)

¹⁵ tr.wikipedia.org, 2013

Q Klavye

Qwerty klavye, yani günümüzde anılan ismiyle Q klavye aynı F klavye gibi aslında ismini klavyenin ilk harfinden almaktadır. Qwerty ismi ise klavyenin en üst sırasının en solunda bulunan ilk 6 harften almaktadır. Q klavye her ne kadar dünya çapında bir klavye türü olarak anılmakta ise de aslında uluslararası bir klavye türü değildir. İngiliz alfabesi esas alınarak düzenlenmiş ve bir rivayete göre İngiliz mühendisler tarafından körler için tasarlanmış olan bir daktilo makinesine dayandığı belirtilmektedir. Daha sonra Amerikalı daktilo imalatçıları, İngilizcenin rahat ve kolay yazılımını sağlamak için standart bir klavye yapma isteği doğrultusunda fikir birliğine varılması ile üretime başlamışlardır. Ticari anlamda başarı sağlayan ilk modern daktiloyu geliştiren Christopher Latham Scholes ve arkadaşları, başlangıçta basit bir yaklaşım ile alfabetik düzende bir tuş takımı oluşturmuş, ancak birden fazla tuşa aynı anda basıldığında ortaya çıkan sıkışma sorununa bir çözüm üretememişlerdir.

Bu sebeple, daktilo kullanıcılarının hızlı yazmasını engellemek, dolayısıyla farklı tuşlara aynı anda basma ihtimalini azaltmak amacıyla, İngilizce’de en sık kullanılan harfleri parmakların en zor ulaşabileceği tuşlara yerleştirerek Qwerty klavye düzenini oluşturmuşlardır. Görüldüğü üzere hiç bir bilimsel yöneme dayanmayan bu düzen, şaşırtıcı bir şekilde insanların hızlı ve doğru yazmasını kolaylaştırmaya çalışmaktan ziyade, mekanik sıkışma probleminin önüne geçmek için yavaşlatmayı hedeflemiştir.

Qwerty klavye, sahip olduğu tüm bu olumsuz özelliklerine karşın, türünün ilk örneği olmasının verdiği avantaj sayesinde yaygınlık kazanmış ve alışkanlıklardan kolay kolay vazgeçilememesi nedeniyle günümüzde en çok kullanılan klavye haline gelmiştir.

Qwertz klavye, Qwerty klavyeye benzer şekilde, ismini klavyenin üst sırasının en solunda bulunan ilk altı harften almaktadır. Bu klavye, büyük oranda Almanya ve merkez Avrupa’da kullanılmaktadır. Qwerty düzeni ile arasındaki en temel farklar Y ve Z tuşlarının birbirleriyle yer değiştirmesi ve aksan karakterlerinin, bazı özel işaretlerin yerini almasıdır¹⁶.

¹⁶ Günal, vd., 2012:12

é	!	'	^	+	%	&	/	()	=	?	-	←												
"	<	1	>	2	£	3	#	4	\$	5	½	6	7	{	8	[9]	0	}	*	\	-		Backspace
Tab	←	→	Q	W	E	R	T	Y	U	I	O	P	Ğ	Ü	;	,	.								
Caps Lock	↑	A	S	D	F	G	H	J	K	L	Ş	İ	Enter	↵											
Shift	↑	Z	X	C	V	B	N	M	Ö	Ç	:	.	Shift	↑											
Ctrl	Win	Alt											Alt Gr	Win	Menu	Ctrl									

Şekil 2: Q Klavye Düzeni

III. ERGONOMİK AÇIDAN KLAVYELERİN İNCELENMESİ

Günümüz çalışma ortamında gelişime açık olmak için bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeleri takip etmek yeterli değildir. Çoğu zaman verimliliğin temel kaynağı olan insandır. Bu nedenle özellikle rekabetin yoğun yaşandığı ve rekabet avantajının elde edilmek istenildiği pazarlarda her ne kadar teknolojik gelişmelerden yararlanılsa da insan unsuru üzerinde durulmadıkça istenilen başarının ve rekabet avantajının gelmesi mümkün değildir. Çünkü gelişmiş teknolojileri ve bunlarla ilişkilendirilmiş sistemleri kullanabilecek faktör insan faktörüdür. İnsan, makine ve çevrenin karşılıklı etkileşimi sonucunda tüm sistemin performansını en üst seviyeye çıkarmak için yapılan tasarımları içeren disiplin yani ergonomi, bu açıdan organizasyon için önem teşkil etmektedir. Ergonomik tasarım ile geliştirilen ürünler sayesinde insan faktörü yukarıda sayılan fiziksel özelliklerini optimum kullanabilir. İnsanın fiziksel özelliklerinin optimum kullanımının sağlanması günümüzde özellikle bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektörde kullanılan klavyelerde ergonomik tasarımın önemini yinelemektedir. Tutulan kayıtların hızlandırılarak kalitelerinin yükseltilmesi, zamandan tasarruf edilmesi ve bilgiye eksiksiz ve anında ulaşım gibi verimlilik açısından klavyelerin önemli bir yeri bulunmaktadır. Uygun klavye seçimi kalite, sağlık, verimlilik ve zamandan tasarruf sağlayarak gerek kişilere gerekse topluma büyük katkılar sağlamaktadır.

Kullanılan klavyelerin insanın fiziksel özelliklerini karşılayamamasından dolayı uzun çalışmalar sonucu ortaya konulan Standart Türk Klavyesi (F klavye) ergonomik açıdan şu üstün özelliklere sahiptir;

1. Yoğunluk; Parmaklar üst sıraya göre alt sıraya daha rahat ulaştığından, yoğunluğu çok olan harfler temel sıra, üst sıra ve alt sıra biçiminde dizilmiştir. Türkçe sözcük yazımındaki bir sesli, bir sessiz bağlantısı göz önünde tutularak her iki elin parmaklarının birbiri arkasına sıra ile kullanılması fırsatını vermek için bütün sesliler bir elde toplanmıştır. Az geçen sessizler de sol ele alınmıştır. Yaklaşık 30.000 Türkçe sözün ölçü alındığı bir değerlendirmede “a” harfi 26.323, “e” harfi 16.308, “k” harfi 13.542, “m” harfi 11.263 kez geçmekteydi ve bu harfler F klavyede en uygun yerlere sıralanmıştı. Q klavyede ise tam tersi bir durum söz konusu olup 30.000 sözcükte sadece 125 defa geçen ve en az kullanılan harf olan “j” harfi klavyenin ortasına konulmuştur¹⁷.

2. Güç; Sağ el, sol ele oranla daha güçlü olduğundan en çok kullanılan sessiz harfler sağ ele gelecek şekilde sıralanmıştır. İşaret parmağı, serçe parmağına göre daha güçlü olduğundan sık kullanılan harfler işaret parmağından serçe parmağa doğru sıralanmıştır.

3. Ağırlık; Parmaklara düşen yük oranları, parmakların fiziki güçleri ve hareket yetenekleri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Serçe ve yüzük parmakları elimizin en “fonksiyonel olmayan” parmakları olmasına karşın Türkçe’de en fazla kullanılan harflerden biri olan “a” harfi elin sol serçe parmağına denk gelir. Yine Q klavye için Türkçe’de en az kullanılan harflerden biri olan “j” harfi en aktif parmak olan sağ işaret parmağına denk gelmektedir. Bunun gibi bin bir dezavantaj sayılabilir. Türkçe’de birçok sözcük Q klavye için en pasif parmaklara dağılır¹⁸.

4. Verimlilik; F klavyedeki verim artışı %60’dır. Yapılan bir araştırmaya göre; F klavyeyi 10 parmak yazan bir Türk ile Q Klavyeyi 10 parmak yazan Amerikalılara aynı İngilizce metin verildiğinde, Amerikalılar dakikada 32-35 sözcük yazarken; Türklerin 72 sözcük yazdıkları görülmüştür. Bu da F klavyeyi, sadece Türkçe klavye olduğu için değil, bilimsel bir klavye olduğu için tercih edilmeli gerçeğini ortaya koymaktadır. Türk dilinin fonetik özelliğine dayanarak, on parmakla yazma yöntemi için çok verimli bir standart Türk klavyesi var olduğu halde, Q klavyeyi dünya standardı zanneden kullanıcılar, bilgisayar kullanımındaki verimsizliğin en büyük etkeni olmaktadır¹⁹.

¹⁷ Akalın, 2003

¹⁸ Bengü, 2008

¹⁹ Yılmaz, vd., 2012

5. Hız; F klavye, Türkçe için özel olarak geliştirilmiş bir klavye olduğundan Türkçe bir metni yazmak, Q klavyede yazmaktan daha kısa sürer. Türkçe doğal dil işleme tasarısı olan Zemberek'le yapılan testlerde Türkçe'de çok kullanılan harflerin F klavyede kolay yerlerde olduğu kanıtlanmıştır. Q klavyede “ş, i, ğ” gibi harfler ulaşılması zor yerlerde. Ayrıca Türkçe'de çok kullanılan “de” gibi ekleri yazmak için Q klavyede orta parmakla ilk önce “d” harfine daha sonra yeniden “e” harfine basılması gerekmektedir²⁰.

IV. ERZURUM ADLİYESİ'NDE BİR UYGULAMA

Erzurum Adliyesi, Erzurum Adalet Sarayı olarak adlandırılan Erzurum il merkezinde kurulu binada faaliyet göstermektedir. Erzurum il merkezi, Palandöken, Yakutiye ve Aziziye ilçeleri Erzurum Adliyesi yargı sınırları içerisinde yer almaktadır. Adalet Sarayında duruşma salonları, hâkim ve savcı odaları, soruşturma kalemleri, arşiv odaları, avukat odası, basın odası, hizmetli odaları, yemekhaneler, kafeterya, kütüphane, konferans salonu, postane, kapalı otopark gibi bölümler yer almaktadır.

Erzurum Adliyesinde toplam 2 ağır ceza mahkemesi, 7 asliye ceza mahkemesi, 2 sulh ceza hâkimliği, 1 iş mahkemesi, 2 aile mahkemesi, 1 çocuk mahkemesi, 1 kadastro mahkemesi, 4 asliye hukuk mahkemesi, 2 sulh hukuk mahkemesi, 2 icra ceza ve hukuk mahkemesi, 1 infaz hâkimliği, 5 icra müdürlüğü bulunmaktadır. Ayrıca 7 mülhakat (Horasan, Pasinler, Karayazı, Çat, Tortum, İspir, Aşkale) adliyede Erzurum Adliyesine bağlıdır.

A. Araştırmanın Amacı ve Kapsamı

Araştırmanın amacı F klavye ile Q klavyenin ergonomik açıdan karşılaştırmasını yapmaktır. Araştırmada birincil kaynaklardan veri toplamak için anket yöntemi kullanılmıştır. Anket, Erzurum il merkezinde bulunan Erzurum Adalet Sarayı'nda gerekli izinler alınarak, klavye ile yoğun çalışma temposu içerisinde bulunan zabıt kâtiplerine yapılmıştır. Yapılan uygulama esnasında Erzurum Adliyesi'nde çalışan zabıt kâtibisi sayısı 140'tır. Fakat bazı kişilerin anketi cevaplamak istemeyişlerinden dolayı anket 106 zabıt kâtibisine uygulanmıştır. Ankette cevaplayıcılara 5'li likert (5 Tamamen Katılıyorum ... 1 Hiç Katılmıyorum) ölçeğinde sorular sorulmuştur. An-

²⁰ tr.wikipedia.org, 2013

ket yönetimi ile elde edilen verilerin analizinde SPSS paket programı kullanılmıştır.

B. Verilerin Analizi

Araştırmanın sağlıklı olabilmesi için anket sorularına geçerlilik ve güvenilirlik analizi yapılmış ve soruların Cronbach Alpha değerlerine bakılmıştır. F klavye ile ilgili ifadelerin Cronbach's alpha değeri 0,712 ve Q klavye ile ilgili ifadelerin Cronbach's alpha değeri 0,703 çıkmıştır. 0,70'den daha düşük bir değer olmadığından dolayı sorular analiz için uygun olarak tespit edilmiştir.

Uygulanan anket sonucu elde edilen soruların ortalama değerleri Tablo 1'de verilmiştir.

Tablo 1. Soruların Ortalama Değerleri

	F Klavye	Q Klavye
İfadeler	Ortalama	Ortalama
...klavye evrenseldir.	2,5000	3,5566
...klavye, her iki elin parmaklarını birbiri ardına kullanılma olanağı verir.	3,9528	2,5094
...klavye ile daha hızlı yazarak zaman tasarrufu sağlarım.	3,5660	2,4245
...klavye kullandığımda işimde daha fazla verim elde ederim.	3,4906	2,3774
...klavye kullandığımda daha az yorulurum.	3,5472	2,3302
...klavyeyi alışkanlık olduğu için tercih ederim.	3,2358	2,5755

Tablo 1'de görüldüğü gibi F klavyenin sahip olduğu özelliklerden en önemlisi '...klavye, her iki elin parmaklarını birbiri ardına kullanılma olanağı verir' ifadesidir. İkincisi; '...klavye ile daha hızlı yazarak zaman tasarrufu sağlarım' ve üçüncüsü ise '...klavye kullandığımda daha az yorulurum' ifadesidir. Bu ifadeler kâtipler tarafından diğer ifadelere göre daha önemli görülmüştür. Q klavyenin sahip olduğu özelliklerden en önemlisi '...klavye evrenseldir', ikincisi '...klavyeyi alışkanlık olduğu için tercih ederim' ve üçüncüsü ise '...klavye, her iki elin parmaklarını birbiri ardına sırayla kullanılma olanağı verir' ifadeleridir.

Tablo 1'de verilen ortalamalara baktığımızda; zabıt kâtipleri Q klavyenin

F klavyeye göre daha evrensel olduğunu, F klavyenin Q klavyeye göre her iki elin parmaklarını birbiri arkasına sırayla kullanılması olanağının daha iyi olduğunu, F klavyenin Q klavyeden daha hızlı yazılıma olanak sağladığı ve zaman tasarrufu oluşturduğunu, F klavyenin daha verim sağladığını ve daha çok F klavyenin alışkanlık olduğu için tercih edildiğini göstermektedir.

Ankete katılan kişilerin vermiş oldukları cevaplar frekans analizine tabi tutulmuş ve Tablo 2’de gösterilmiştir.

Tablo 2. Frekans Dağılımları

		Frekans(f)	Yüzde(%)
Kullanılan klavye çeşidi	F klavye	56	52,8
	Q klavye	50	47,2
Çalışma yılı	0-5	17	16,0
	6-10	27	25,5
	11-15	26	24,5
	16-20	16	15,1
	21-25	9	8,5
	26 yıl ve daha fazla	11	10,4
Çalışılan birim	Cumhuriyet Başsavcılığı	31	29,2
	Ceza mahkemesi	41	38,7
	Hukuk mahkemesi	20	18,9
	Diğer	14	13,2
Bir dakikada yazılan kelime sayısı	30 kelime altı	11	10,4
	31-50	44	41,5
	51-70	36	34,0
	71-90	9	8,5
	91-110	6	5,7
Cinsiyet	Kadın	42	39,6
	Erkek	64	60,4
Yaş	18-24	18	17,0
	25-31	22	20,8
	32-38	22	20,8
	39-45	15	14,2
	46-52	13	12,3
	53 yaş ve üzeri	16	15,1

Cevaplayıcıların demografik özellik dağılımları Tablo 2’de gösterilmiştir. Bu sonuçlar doğrultusunda cevaplayıcıların çoğunluğunun 25-38 yaş aralığında, F klavyeyi tercih eden, 6-10 yıllık çalışma süresine sahip, çoğunlukla ceza mahkemesinde çalışan erkek ve kadın katıplardan oluştuğu görülmektedir.

Sahip olunan özellikler açısından zabıt kâtiplerinin kullandıkları F ve Q klavye arasında farklılık olup olmadığını belirlemek amacıyla t-testi yapılmış ve değerler Tablo 3’de gösterilmiştir.

Tablo 3. T Testi Sonuçları

	İfadeler	t	Sig.
1	...klavye evrenseldir.	-2,902	,005
2	...klavye, her iki elin parmaklarını birbiri arkasına sırayla kullanılması olanağı verir.	2,546	,012
3	...klavye ile daha hızlı yazarak zaman tasarrufu sağlıyorum.	4,510	,000
4	...klavye kullandığımda işimde daha fazla verim elde ederim.	4,253	,000
5	...klavye kullandığımda daha az yorulurum.	4,707	,000
6	...klavyeyi alışkanlık olduğu için tercih ederim.	2,039	,044

T-testi için önemli olan, p değerinin 0,05’den küçük olmasıdır. Tablo 3’de görüldüğü gibi 1,3,4 ve 5 numaralı ifadelerde $p < 0,05$ olduğu için iki klavye arasında ergonomik açıdan anlamlı farklılık vardır. 2 ve 6 numaralı ifadelerde ise $p > 0,05$ olduğu için anlamlı bir farklılık yoktur.

Kullanılan klavye çeşidi ile demografik özellikler arasında anlamlı bir ilişki olup olmadığını belirlemek amacıyla Ki-Kare Analizi yapılmış ve değerler Tablo 4’de gösterilmiştir.

Tablo 4. Ki Kare Analizi

F klavye	Q klavye			
		Sig.	Çapraz değerler	Çapraz değerler
Çalışma yılı	0-5	,004	10	7
	6-10		17	10
	11-15		5	21
	16-20		10	6
	21-25		5	4
	26 yıl ve fazlası		9	2
Çalışılan birim	Cumhuriyet Başsavcılığı	,538	18	13
	Ceza mahkemesi		18	3
	Hukuk mahkemesi		12	8
	Diğer		8	6
Bir dakikada yazılan kelime sayısı	30 kelime altı	,009	8	3
	31-50		22	22
	51-70		13	23
	71-90		7	2
	91-110		6	0
Cinsiyet	Kadın	,094	26	16
	Erkek		30	34
Yaş	18-24	,034	11	7
	25-31		16	6
	32-38		7	15
	39-45		5	10
	46-52		6	7
	53 yaş ve üzeri		11	5

Tablo 4'te görüldüğü gibi çalışılan birim ile cinsiyetin kullanılan klavye çeşidi ile arasında $p > 0,05$ den büyük olduğu için arasında bir ilişki yoktur. Kalan demografik özellikler ile klavye çeşidi arasında ilişki incelendiğinde ise değerlerin $p > 0,05$ den büyük olduğu için arasında bir ilişki yoktur. p açısından arala-

rında ilişki bulunan çalışma yılı ile klavye çeşidi arasındaki ilişki incelendiğinde, 0-5. yılını çalışanlar ile 6-10. yılını çalışanlar F klavyeyi, 11-15. yılını çalışanlar Q klavyeyi, 16-20. yılını çalışanlar ile 21-25. yılını çalışanlar ve 26. yıl ve fazlası çalışanlar ise F klavyeyi tercih etmişlerdir. 1 dakikada yazılan kelime sayısı ile klavye çeşidi arasında çıkan ilişkiye bakıldığında ise 30 kelime altı, 71-110 kelime arası, 91-110 kelime arası yazanlar F klavyeyi ve 51-70 kelime arası yazanlar ise Q klavyeyi tercih etmektedirler. 30-50 kelime arası yazanlar ise hem F hem de Q klavye tercih etmektedir. Yaş ile klavye çeşidi arasında çıkan ilişkiye bakıldığında ise 18-24, 25-31 ve 53 yaş ve üzerinde olanlar F klavyeyi tercih ederken 32-38, 39-45 ve 46-52 yaş arasında olanlar ise Q klavyeyi tercih etmektedir.

SONUÇ

Günümüzde yoğun olarak bilgisayar teknolojisinden yararlanılmakta ve bu teknoloji hem kişilere hem de kurumlara çok büyük katkılar sağlamaktadır. Bu doğrultuda bilgisayar teknolojisinin bir donanımı olan klavye seçimi sağlık, verim ve kalite açısından önemli bir yer tutmaktadır.

İyi bir klavye tasarımı için klavyenin ergonomik olması, verimlilik ve hızlı yazma unsurlarından önce gelmektedir. Klavye üzerinde tuşlar nasıl tasarlanırsa tasarlansın, klavyenin boyutu nasıl şekillendirilirse şekillendirilsin, klavyede en çok yapılan şey 'tuşlara basma eylemi'dir. Bu eylemi yaparken parmaklar sayısız kere klavyenin üzerinde yolculuk eder. Ergonominin önemi bu safhada ortaya çıkmaktadır. Bu yolculuğun mesafesinin düşürülmesi ile ergonomik klavye sağlanmış olur. Öncelikle bu açıdan bakılırsa F klavye, Q klavyeye oranla daha ergonomiktir. Çünkü harflerin buldukları yerleşkeler Q klavyeye göre daha uygundur. Harfler en az kas gücü gerektirecek şekilde yerleştirilmiştir. Q klavye ise özellikle dilimize göre tamamen rastlantısal bir şekilde hızlı yazmaktan kaynaklanan sıkışmayı engellemek üzere geliştirilmiştir.

Türkçemizde kullanılan tüm kelimelerin istatistiksel olarak dökümü çıkarıldığında yapılan araştırmalardan sonra en çok tekrar edilen kelimelerin belirlenerek sağ ve sol el parmaklarındaki fiziki kuvvetlerin mukayesesi yapıldığında her iki tespit arasında en uygun (ergonomik) klavye tipinin F klavye olarak

tasarlandığı görülmektedir. Tümüyle dilimize uygun, rahat, kolay bir yazma rahatlığı getiren, insan faktörü mühendisliğinin bu özelliklerden dolayı tasarlayıp ürettiği F klavyenin bugün kullanım oranının azlığı şaşırtıcı ve bir o kadar üzücü bir durumdur.

Daha önceleri prosedürler ile zorunlu hale getirilen F klavye, ülkemizin geleceği adına gerçek anlamda zorunlu kılınmalı ve F klavyenin, diğer klavyelerden üstünlükleri ortaya konulmalıdır. Dünyada var olan ve Q klavye etkisi olarak adlandırılan Q klavye kullanma hevesi ve ülkemizde yapılan Q klavye dayatmalarından vazgeçilerek F klavye kullanımına geçilmelidir.

Özellikle yargı organlarında oldukça çok kullanım alanına sahip olması nedeniyle klavye büyük öneme sahiptir. Bu nedenle klavye üzerinde düşünülmesi ve klavyeyi iyi kullanmanın yargıya neler katabileceği tespit edilmelidir. Özellikle yargı organlarında F klavyenin kullanımının artırılması ile beraber özellikle yazı ve veri girişi işlerinde zaman ve emek kaybı büyük ölçüde azalacaktır. Aksi durumda ise klavyenin yaratacağı olumsuz etkiler yüzünden (hız, sağlık sorunları vs) yargının yavaşlayacağı aşikârdır. Tüm bu veriler ışığında gerek kamu kurum ve kuruluşlarında (özellikle işlemlerinin büyük bir bölümünü bilgisayar kullanarak icra eden kurum veya kuruluşlar) gerekse özel sektörde F klavye kullanımının zorunlu hale getirilmesi gerekmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AKALIN, Haluk Şükrü (2003), **Klavye Sorunu ve Bilgisayarlarda Türkçe Karakterler**, Türk Dili Dergisi, Sayı 616, Ankara, s. 353-356.

AYANOĞLU, Can (2007), İşyerinde Ergonomi ve Stres, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Sayı:34, Ankara, s. 29-36

BABALIK, C. Fatih (2011), **Mühendisler İçin Ergonomi İşbilim**, Dora Basım Yayın, İstanbul

BENGÜ, Sarp (2008), “Özel Eğitimde F Klavyenin Önemi ve Türkçe Yazımın Nörolojisi”,http://www.rehabilitasyon.com/action/makale/1/Ozel_Egitimde_F_Klavyenin_Onemi_ve_Turkce_Yazimin_Norolojisi-5112 (Erişim Tarihi: 15.05.2013)

BİLGİN, Nuri (1991), “Eşya ve İnsan”, Gündoğan Yayınları, İstanbul

GÜNAL, Serkan, **OYSAL** Yusuf, **TELÇEKEN** Sedat, **ÖZŞEN** Özgür, **POLAT** Hüseyin, **AKINLAR** Cüneyt, **SAVAŞ** Topuz Ayla (2012), “Klavye Öğretimi”, Editör: Serkan Günal, “Klavye Öğretimi”, Anadolu Üniversitesi, Ankara

KOCA, Başak, **AKIN** Galip, **GÜLTEKİN**, Timur, (2001), “Ergonomik Tasarımlarda El Antropometrisi ve Veri Analizi” 8. Ulusal Ergonomi Kongresi, Bildiriler Kitabı, s.240-247, İzmir.

PAPATYA, Gürcan, **PAPATYA** Nurhan (1998), “6. Ergonomi Kongresi Bildiriler”, Ankara Üniversitesi, Milli Prodüktivite Merkezi, Yayın No:662, s. 508

SABANCI, Alaettin-Sarp Korkut Sümer (2011), “Ergonomi”, Nobel Yayın Dağıtım, İstanbul

SEÇKİNER, Serap Ulusam, **KURT**, Mustafa (2004), “Güvenliğin Değerlendirilmesi için Geliştirilmiş Ergonomi Teknolojisi: Kairos, Örnek Uygulama” Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Ankara, s. 37-41.

ŞİMŞEK, Muhittin. (1994), “Mühendislikte Ergonomik Faktörler”, armara Üniversitesi Yayınları, İstanbul

VİKİPEDİ (2013), ‘F Klavye’, http://tr.wikipedia.org/wiki/F_klavye, (Erişim Tarihi: 15.05.2013)

YILMAZ, Aytül Nurdan Yavuz, **ÖZVERİ**, Hakan-Bektaş, Gülfer-İrban, Arzu (2012), “Tıp Bilişimi İle Kaliteli ve Verimli Sağlık Hizmeti Sunumunda “F Klavye” Gerçeği”, SD Dergisi, <http://www.sdplatform.com/Dergi/654/Kaliteli-ve-verimli-saglik-hizmeti-sunumunda-F-Klavye-gercegi.aspx> (Erişim Tarihi: 15.05.2013)

TÜRK HUKUKUNDA ÖNGÖRÜLEN SON DEĞİŞİKLİKLER İTİBARIYLA YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASINDAN FAYDALANMA KOŞULLARI

*Recent Changes in Turkish Law Intended to Benefit
From The Foreign Service Debt Conditions*

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI *

ÖZET

Ülkemiz bilhassa 1960'lı yıllardan itibaren başlamak üzere yurt dışına büyük sayılarda işçi ihraç eden bir ülkedir. Türk vatandaşlarının yurt dışında çalışmaları söz konusu olduğu zaman yurt dışında çalışarak geçen sürelerin sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesi büyük bir önem taşır. Zira uzun yıllar yurt dışında çalışan vatandaşlarımız, çalıştıkları ülkede yaşlılık aylığına hak kazanmadan ülkemize döndükleri takdirde ve yurt içindeki çalışmaları da kendilerine aylık bağlanması için gerekli koşulları sağlamaya yetmemesi durumunda sosyal güvencesiz kalabilirler. Bu bakımdan Türk vatandaşları için 08.05.1985 tarih ve 3201 sayılı "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" ile belirtilmiş olan şartları yerine getirmek suretiyle yurt dışında geçen bir takım sürelerin borçlanılabilmesi imkanı öngörülmüştür. Söz konusu 3201 sayılı Kanun günümüze değin halen yürürlükte ise de sonuncusu 10.09.2014 tarihinde kabul edilmiş olan 6552 sayılı Kanun tarafından öngörüldüğü üzere pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu çalışmada Türk Hukuku bakımından yurt dışı hizmet borçlanmasından faydalanabilme koşullarında, konuyla ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılmış olan Genelgeler de incelenmek suretiyle, gelinen son durum değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik Hakkı, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, Türk Vatandaşlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Yurt Dışında Geçen Sigortalılık Süreleri

ABSTRACT

Turkey is a country which has sent plenty of workers abroad especially since 1960s. Being able to assess the time that Turkish citizens worked abroad in terms of social security is significant due to the fact that they would not qualify for social security in

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, eyuvali@erciyes.edu.tr

case of returning to Turkey before they would be granted pensions in the countries they worked, and not fulfilling the conditions to be granted pensions by means of domestic work. In this respect, these workers were provided an opportunity to indebted the period they worked abroad by fulfilling the requirements that were indicated in the “Law For Assessment of The Time Spent Abroad by Turkish Citizens With Regard To Social Security Matters” No 3201 and dated 08.05.1985. Although this law is still effective, it has been amended several times, the last one by the Law No 6552 and dated 10.09.2014. In this study, the most recent condition of benefiting from foreign service debt, in terms of Turkish Law, will be evaluated by means of examining Notices issued by Social Security Institution regarding this matter.

Key Words: Social Security Right, Foreign Service Debt, Turkish Citizenship, Social Security Institution, Insurance Periods Abroad



GİRİŞ

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasamızın 60. maddesi itibariyle Anayasa ile güvence altına alınmış bir hak olan sosyal güvenlik hakkının sadece Türkiye’de yaşayan vatandaşlarımıza yönelik bir hak olmadığı görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa’nın 62. maddesinde yabancı devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması ile ilgili özel bir düzenleme de öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre; “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır”.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın 31.12.2010 tarihli istatistiği itibariyle yurtdışında 3.765.175 Türk vatandaşı bulunduğu düşünüldüğünde¹ söz konusu vatandaşlarımızın sosyal güvenlik ile ilgili sorunlar yaşamaları kaçınılmaz olmaktadır. Bu bakımdan yabancı devletlerle yapılan ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik anlaşmaları da bu konudaki sorunları gidermediğinden ve

¹ Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızla ilgili sayısal bilgiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/diyih.portal?page=yv&id=1> (Erişim Tarihi 27.11.2014, 15.30).

Türk vatandaşlarının çalıştığı tüm yabancı ülkelerle sosyal güvenlik anlaşmaları imzalanmadığından bu hususta bir takım yasal düzenlemeler öngörülmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Nitekim bu konuda ilk olarak 30.05.1978 tarihli ve 2147 sayılı “Yurt Dışında Çalışan Türk vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”² öngörülerek söz konusu meseleye ilişkin çözüm getirilmeye çalışılmıştır³. Bu düzenleme ile ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış veya yapılmamış yabancı devletlerde çalışmış veya çalışmakta olan Türk vatandaşlarına yurt dışında geçirdikleri çalışma süreleri bakımından borçlanma imkanı öngörülmüştür. Bununla birlikte yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın hizmetlerini borçlanabilmeleri bakımından uygulamada ortaya çıkan birçok meseleye⁴ çözüm getirememesi neticesinde söz konusu 2147 sayılı Kanun ancak yedi yıl yürürlükte kalabilmiştir. Nitekim 08.05.1985 tarihinde 2147 sayılı Kanunu mülga eden 3201 sayılı “Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”⁵ çıkarılmıştır. Söz konusu 3201 sayılı Kanun birçok değişikliğe uğramakla birlikte günümüzde de yürürlüktedir. 3201 sayılı Kanunun uygulanma esasları ile ilgili olarak ise Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Yasanın Uyguma Yönetmeliği⁶ çıkarılmıştır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 3201 sayılı Kanun halen yürürlükte ise de 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesince yurt dışı hizmet borçlanmasının ancak yurda kesin dönüş koşuluna bağlamasını eşitlik ilkesine

² RG 10.02.1978, 12823.

³ Söz konusu kanun ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Okur, Ali Rıza; Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk vatandaşlığı Koşulu”, çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/3, s.11-112.

⁴ Örneğin; 2147 sayılı Kanunda işsizlik sürelerinin borçlanılamaması ve kısmi borçlanma konusundaki belirsizlik konusunda bakınız: Sözer, Ali Nazım; “Yurtdışında Bulunan Türk vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik İçin Borçlanmaları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, s. 629-630.; Laçiner, Hediye; “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s. 610.; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 560.

⁵ RG 22.05.1985, 18761.

⁶ RG. 15.09.1985, 26200.

aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁷. 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde değişiklik yapan 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle söz konusu yurda kesin dönüş şartı ortadan kaldırılmıştır⁸. Yurda kesin dönüş koşulu ile ilgili olarak 3201 sayılı Kanunun ile ilgili olarak öngörülen Uygulama Yönetmeliğinde de değişikliğe gidilmiştir⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenlik sisteminde reform yapmak amacıyla 31.05.2006 tarihinde kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁰ hükümlerinin kısmen veya tamamen iptaline karar vermesinin üzerine iptal kararına uygun düzenlemelerin yapılması amacıyla güden 5754 sayılı Kanun¹¹ ile 5510 sayılı Kanun ve diğer bazı Kanunların yanında 3201 sayılı Kanunda da ve dolayısıyla yurtdışı hizmet borçlanması hususunda bir takım önemli değişiklikler yapılmıştır. Nitekim söz konusu 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi itibariyle; 3201 sayılı Kanun'un birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı maddeleri değiştirilmiştir. Bunun yanında 3201

⁷ A.M., 12.12.2002, E. 2000/36, K. 2002/198.(RG. 25.04.2003, 25089).

⁸ Söz konusu değişiklik ile 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir; "8.5.1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Başvurulacak kuruluşlar; 1) Halen yurt dışında bulunanlar; a) Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna, b) Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna, c) Ev kadınları Bağ-Kur'a, Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler. 2) Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler; a) Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna, b) Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna, c) Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna, d) Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlanılardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna, e) Ev kadınları Bağ-Kur'a, Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler. 3) Hak sahiplerinin borçlanması, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar"

⁹ 06.07.2007 tarih ve 26574 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile yurda kesin dönüş" ibaresi, aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmasının sona ermesi, çalışmaya bağlı sosyal sigorta ödenekleri olan işsizlik ve hastalık ödeneği ile ikameteye bağlı sosyal yardım almaması şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁰ R.G. 16.06.2006, 26200.

¹¹ RG. 08.05.2008, 26870.

sayılı Kanuna geçici beşinci, altıncı ve yedinci maddeler ilave edilmiştir. Ayrıca 3201 sayılı Kanunun 4. maddesinde söz konusu 5754 sayılı Kanunun 79. maddesiyle yapılan değişiklik itibarıyla borçlanma tutarının hesaplanmasında dikkate alınan “döviz parametresi” kaldırılmıştır. 5754 sayılı Kanun itibarıyla 3201 sayılı Kanunda yapılan söz konusu önemli değişikliklerden sonra 3201 sayılı Kanununun uygulanması ile ilgili esasları belirleyen “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” öngörülmüştür¹².

Yurtdışı hizmet borçlanmasının nasıl uygulanacağı hususuna açıklık getirmek bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından 2008/44¹³ ve 2008/115¹⁴ sayılı iki Genelge yayınlanmıştır. Söz konusu her iki Genelgeyi de yürürlükten kaldıran 2011/48 tarihli Genelge ise 8.6.2011 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Bu değişikliği müteakip borçlandıkları yurtdışı hizmetleri dikkate alınarak aylık bağlanmış olanlar ile aylık bağlama işlemleri devam edenlerin yada aylık bağlanacakların; kısa süreli çalışmalarının bulunması halinde ne şekilde işlem yapılacağına açıklandığı 2012/24¹⁵ Sayılı Genelge yürürlüğe konulmuştur.

Yurtdışı hizmet borçlanması bakımından mevzuatımızda öngörülen son değişiklikler, 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun¹⁶ ile öngörülmüştür. Nitekim söz konusu Kanun ile 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş¹⁷ ve bu Kanuna yeni hükümler eklenmiştir. 6552 sayılı Kanun’un 3201 sayılı Kanunda yapmış olduğu değişikliklere ilişkin usul ve esasları belirtmek bakımından 2014/27¹⁸ sayılı Genelge yürürlüğe konulmuştur.

Bu çalışmada 6552 sayılı Kanunla değiştirilen 3201 sayılı Kanun, Yurtdışın-

¹² R.G. 06.11.2008, 27046

¹³ Yayın tarihi: 22.05.2008

¹⁴ Yayın tarihi: 02.01.2009

¹⁵ Yayın tarihi: 28.06.2012.

¹⁶ “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” R.G. 11/09/2014, 29116.

¹⁷ 6552 sayılı Kanunla 3201 sayılı Kanun’un 1. ve 5. maddesi de değiştirilmiştir. Bunun yanında 3201 sayılı Kanuna geçici 8. madde eklenmiştir.

¹⁸ Yayın tarihi: 29.09.2014.

da Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik ve 2014/27 sayılı Genelge ile değiştirilmiş 2011/48 sayılı Genelge itibariyle yurtdışı hizmet borçlanmasından faydalanma koşulları ele alınmaya çalışılacaktır.

I. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASINDAN YARARLANACAK KİŞİLERDE ARANAN KOŞULLAR

A. Türk Vatandaşı Olma

Yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabilmek bakımından Türk Vatandaşlığı koşulu iki durum bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki; borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olma gerekliliği, ikincisi ise borçlanacak süreler müddetince Türk vatandaşı olma gerekliliğidir¹⁹. Söz konusu iki halin birlikte aranması gerekmektedir ki; bu bağlamda sonradan yabancı ülke vatandaşlığına geçen Türk asıllı kimseler 3201 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Bunun gibi yabancı ülke vatandaşlığından Türk vatandaşlığına geçildiğinde ise Türk vatandaşlığının kazanılmasından sonraki süre için borçlanılabileceği söylenmelidir²⁰. Bununla birlikte 5754 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanun'un ilk maddesinde yapılan değişiklikle beraber gerek Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesinde²¹ gerek 2011/48 Genelge'nin Kazanılmış

¹⁹ **Tuncay Süleyman/Aras**, Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 44.

²⁰ Sonuç olarak bu tarihten önceki zamana ait fiillerinde ve işlemlerinde ilgili (Türk vatandaşlığını kazanmış kişi) yabancı muamelesi göreceğinden, bunun sonuçlarına katlanma durumundadır. 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun davacının Türk vatandaşlığını kazanma yoluna göre uygulanması gereken 10. maddesinde de açıkça Türk vatandaşlığına alınma; yetkili makamın bu konudaki karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği kuralını içermektedir. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sadece borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olma yeterli olmayıp borçlanılmak istenilen sürenin geçtiği dönemde de Türk vatandaşı olunmasının gerekli olduğu kuşkusuzdur. Hal böyle olunca talep konusu hizmetin geçtiği dönemde Türk vatandaşı olmayan davacının 3201 Sayılı Yasadan yararlanması mümkün olmadığından mahkemece bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir., Y21HD14.06.2005, E. 2005/6678, K. 2005/6046 (Güzel, Ali, Ocak, Saim; "Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal İSGHD 2006, Sa.:12, s. 1346.

²¹ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik md. 2: "Bu Yönetmelik, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma

Haklar bölümünde²² belirtildiği üzere borçlanılan süreler bakımından aylık talebinde bulunmada ve aylık alma süresi boyunca Türk Vatandaşı olma koşulu kaldırılmıştır. Bu bağlamda Türk vatandaşlığını kaybettiklerinden dolayı eski Yönetmelik hükümlerine göre aylıkları bağlanmayan²³ veya aylığı bağlandıktan sonra Türk vatandaşlığını kaybetmesi nedeniyle aylıkları durdurulan veya kesilenlerin 08.05.2008 tarihinden sonra yaptıkları veya yapacakları tahsis başvuruları üzerine aylıkları, taleplerini takip eden aybaşından itibaren bağlanacaktır²⁴.

Yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabilmek bakımından başvuru esnasında Türk vatandaşı olmanın zorunlu olduğu yönünde doktrinde görüş birliği mevcuttur²⁵. 3201 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanun ile değişik son hali incelendiğinde de başvuru anında Türk vatandaşlığı koşulunun arandığı görülmektedir²⁶.

talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsar”.

²² 2011/48 Sayılı Genelge 4. Bölüm: “...Yönetmeliğin 2 nci maddesinde, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsadığı hükmü yer almaktadır. Yeni düzenleme ile borçlanılan süreler istinaden aylık talebinde bulunmada ve aylık alma süresinde Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Bu nedenle yurtdışı sürelerini borçlanılanların gerek aylık talebinde buldukları tarihte, gerekse aylık aldıkları sürede, Türk vatandaşlığını kaybetmeleri durumunda aylıkları kesilmeyecektir”.

²³ Nitekim 2008/44 sayılı Genelgeye göre; “Türk vatandaşlığında geçmeyen yurtdışı hizmet veya ev kadınlığı süreleri borçlandırılmayacağı gibi, borçlanma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmadığı tespit edilen sigortalı ve hak sahiplerinin borçlanma talepleri reddedilecektir”(Genelge, A,1).

²⁴ 2011/48 sayılı Genelge uyarınca Türk vatandaşı olmadıkları için ölüm aylığı talepleri reddedilen hak sahipleri hakkında da, aylığa hak kazanmaları halinde, yukarıdaki paragrafta belirtilen esaslara göre işlem yapılacaktır.

²⁵ Örnek olarak bkz.: Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat; “Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 871.; Ergin Hediye; “Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Legal İSGHD., C. 5, S. 18, İstanbul 2008, s. 561.; Ergin, Hediye, “Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması”, Legal İSGHD., C. 6, S. 24, İstanbul 2009, s. 1469.; Akin, Levent; “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 959.; Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 561.; Tuncay Süleyman/Aras, Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 44.; Manav, Eda, “Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 30, İstanbul 2013, s. 110.

²⁶ 2011/48 sayılı Genelgeye göre; “Talep sahibinin borçlanmak istediği sürelerde, Türk vatandaşlığının devam edip etmediği ve borçlanmak için yazılı başvuru tarihinde sigortalının Türk

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, Türk Vatandaşlığından izin almak suretiyle ayrılan kişilerin borçlanma hakkında yararlanıp yararlanamayacağı konusudur. 3201 sayılı Kanunda konu ile ilgili açık bir düzenleme olmadığı dönemlerde Yüksek Mahkeme Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle ayrılan kişilerin yurtdışında Türk vatandaşı olarak geçirdiği süreleri borçlanabileceği yönünde hüküm kurmuştur²⁷. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında bilhassa Türk Vatandaşlık Kanunu'nun izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kimseleri sosyal haklar bakımından vatandaş olarak kabul ettiği gerekçesine dayandığı görülmektedir²⁸. Gerçekten de 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun²⁹ 28'inci maddesinin ilk bendine göre; "Doğumla Türk

vatandaşı olup olmadığı, ilgililerden herhangi bir belge talep edilmeden İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün Kimlik Paylaşım Sistemi kullanılarak bilgi-sayardan alınacak olan "*Vukuatlı Nüfus Kayıt Örneği*" çıktısı ile tespit edilecektir.(Genelge, 1,1.).

²⁷ Aynı yönde; Ocak, Saim; Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Karar İncelemesi", Sicil İş hukuku Dergisi, 2011, Sa.:21, s. 261 vd.

²⁸ "Somut olaya gelince; 06.03.1962 tarihinde, doğumla Türk vatandaşı olup, Türkiye'de, 10.01.1989-30.11.1989 tarihleri arasında hizmet sözleşmesine dayalı çalışmaları bulunan, Bakanlar Kurulu'nun 23.12.1998 gün ve 1998/12263 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve vatandaşlıktan çıkma belgesini teslim aldığı 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını kaybedip, halen Türk vatandaşı olmadığı anlaşılan davacının; 28.11.2005 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurarak Almanya'da geçen çalışmalarının 3201 sayılı Kanun'a göre değerlendirilmesi için borçlanma talebinde bulunduğu, davalı Kurum tarafından, yurtdışında geçen çalışma sürelerini borçlanma hakkının sadece Türk vatandaşlığına haiz olanlara tanındığı gerekçesiyle isteğinin reddedildiği hususları tartışmasıdır. Her ne kadar 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6.maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığını haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardanır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2.maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir" hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez. Hal böyle olunca, davacının Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir", YHGK 28.04.2010, E. 2010/10-240, K. 2010/240 (Manav, E.; s. 111).

²⁹ R. G.: 12/6/2009 Sayı: 27256.

vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar altsoyları bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır³⁰ .

6552 sayılı Kanun 3201 sayılı Kanunun ilk maddesi; “Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir” biçiminde değiştirilmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme’nin bu konudaki içtihadının 3201 sayılı Kanunun ilk maddesinin değişmesinde öncülük ettiği söylenebilir.

6552 sayılı kanun’un 3201 sayılı Kanunda öngördüğü değişiklikler üzerine Kurumca çıkarılan 2014/27 sayılı Genelgeye göre izinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin 11/09/2014 tarihinden itibaren yaptıkları borçlanma başvuruları diğer şartların yerine gelmesi şartıyla kabul edilerek borçlanma işlemleri gerçekleştirilecektir³¹. 11/09/2014 tarihinden önce borçlanma başvurusunda

³⁰ Mülga 403 sayılı Türk vatandaşlığı Kanunu’nun 29. maddesine göre de; “...Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler...”

³¹ 2014/27 sayılı Genelge’ye göre Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle borçlanma talebi Kurum tarafından reddedilen ve bunun üzerine 11/09/2014 tarihinden önce Kurum aleyhine dava açan henüz davası neticelenmemiş izinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin davalardan vazgeçtiklerini gösterir ilgili mahkemelerden alacakları yazı ya da ilgili mahkeme kalemının şerhini taşıyan dilekçeyi ekleyecekleri örneği ekli dilekçe ile Kuruma başvurmaları halinde reddedilen borçlanma talep dilekçeleri esas alınarak o tarihte tercih ettikleri prime esas günlük kazanç üzerinden borç tahakkukları gerçekleştirilerek ilgililere tebliğ edilecektir. Söz konusu borcun yasal süresi içerisinde ödenmesi halinde borçlanma geçerli sayılacaktır. Tebliğ edilen borcun yasal süresi içerisinde bir kısmının ödenmesi ya da hiç ödenmemesi halinde ise ödenmeyen kısım için yeniden müracaat şartı aranacaktır(Genelge 2.3.a).

bulunup da henüz başvuruları reddedilmeyenlerin borç tahakkukları Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla gerçekleştirilecektir³².

Çifte vatandaşlığa sahip olanların³³ yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanıp yararlanamayacağı hususunda 3201 sayılı Kanunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴. Buna mukabil öncelikle bu konuya 2008/115 sayılı Genelge ile olumlu cevap verilmiş söz konusu Genelgeyi yürürlükten kaldıran 2011/48 Sayılı Genelgede de çifte vatandaşların yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabileceği öngörülmüştür³⁵.

Bulgaristan'dan zorunlu olarak Türkiye'ye gelip Türk Vatandaşlığına geçenler 3201 sayılı Kanun kapsamında Yurtdışındaki hizmetlerini borçlanmak istemişlerdir. Bunla birlikte Yargıtay, bu kimselerin borçlanılacak sürelerde Türk vatandaşı olunmasının şart olduğundan hareketle yurtdışındaki hizmetlerini borçlanamayacaklarına karar vermiştir³⁶. Bununla birlikte 3201 sayılı Kanu-

³² 2014/27 sayılı Genelge'ye göre Kanunun yürürlük tarihinden önce borçlanma talepleri reddedilenlerin, bu Genelgenin yayımı tarihinden itibaren 3 ay içerisinde yeniden müracaat etmeleri halinde borçlanma işlemleri 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 11/09/2014 tarihine göre sonuçlandırılacaktır. Söz konusu 3 aylık süreden sonra müracaat edenlerin taleplerinde ise talep tarihi esas alınacaktır(Genelge 2.1)..

³³ Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre, çifte vatandaşlık hakkına sahip olabilmek için Türk idaresinden izin almak şartı getirilmişti. Nitekim söz konusu kanunu'nun 2383 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 21. maddesindeki; "Türk vatandaşlığından çıkma veya başka bir Devlet vatandaşlığını kazanma dileği, Türkiye içinde ilgilinin oturduğu yerin en büyük mülkiye amirine, yurt dışında Türk konsolosluğuna bir dilekçe ile sunulur" hükmü ve 22. maddesinin 3. fıkrasındaki "Başka bir Devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye de Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilebilir" hükmü mülga TVK'ya göre çifte vatandaşlığın izne bağlı olduğunu göstermektedir. Buna mukabil 5901 sayılı TVK 44. maddesi, "herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır", hükmüyle Türk devleti vatandaşlarının bir başka devletin vatandaşlığına sahip olabilmeleri için Türk devletinden herhangi bir izin almalarını veya benzeri bir prosedürü aramamıştır.

³⁴ Bu hususla ilgili bir düzenleme olmadığı dönemde de doktrinde çifte vatandaşlarının Türk Vatandaşı olarak kabul edildiklerinden Türk Vatandaşlarına tanınan tüm haklardan yararlanacakları, nitekim MÖHUK md. 4 hükmüne göre; birden fazla devlet vatandaşı olanlar hakkında bunlar aynı zamanda Türk Vatandaşı ise Türk Hukuku'nun uygulanacağını ve bu bağlamda çifte vatandaşlara da 3201 Sayılı Kanun'un uygulanacağı ifade edilmiştir. (Caniklioğlu, Canbolat; s. 8729).

³⁵ 2011/48 sayılı Genelge Bölüm 1.1: "Türk vatandaşlığı ile birlikte yabancı ülke vatandaşlığı devam edenler de söz konusu Kanun ile getirilen düzenlemeden yararlanabileceklerdir".

³⁶ 3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak

na geçici 6. madde ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar zorunlu göçe tabi tutulan, Türk vatandaşı olup Türkiye’de ikamet edenlerin geldikleri ülkelerdeki hizmetlerini borçlanma yoluyla değerlendirilmesi imkanı getirilmiştir. Zorunlu göçe tabi tutulanların söz konusu imkandan yararlanabilmesi bakımından (1) Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden zorunlu göçe tabi tutulan

a) 1/1/1989 tarihinden 8/5/2008 tarihine kadar geldikleri ülke tarafından zorunlu göçe tabi tutulmuş olmaları,

b) Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olup, Türkiye’de ikamet ediyor olmaları,

c) 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre bağla-

Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyruklu ilişkisini arandırmakta olup, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak” yeterli bulunmamaktadır. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanununun 1. maddesinde, Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise; bu kanunun Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmeline izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılar ile kurulan sosyal güvenlik ve çalışma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır. Kaldı ki; bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmaların, davacı yönünden yabancı ülkede geçmiş hizmet olarak adlandırılmasına ve kabulüne imkan bulunmamaktadır. Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmasının yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye’ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler”. YHGK, 23.11.2005, E. 2005/10-492, K. 2005/646(Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2014).

nan aylıklar da dahil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamaları,

- ç) Geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini belgelendirmeleri,
d) Borçlanma için yazılı başvuruda bulunmaları
şartları aranmaktadır^{37, 38}.

“Göçmen” kavramı 19.09.2006 tarihli 5543 sayılı İskan Kanununun³⁹ 3. maddesi itibariyle “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır” biçiminde tanımlanmıştır. Bununla birlikte Türkiye’ye gelen soydaşlarımızın iskan ile ilgili kanunlarda sadece Bulgaristan’dan gelenler için “zorunlu göç” ifadesi kullanıldığından, yalnızca zorunlu göç nedeniyle bu ülkeden gelen vatandaşlarımız söz konusu düzenleme ile öngörülen borçlanma hakkından yararlandırılacaktır⁴⁰. Dolayısıyla başka ülkelere kendi istekleri

³⁷ “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” Geçici Madde 2.; 2011/48 sayılı Genelge de ise “zorunlu göç nedeniyle türk vatandaşlığına geçenlerin borçlanma ve tahsis işlemleri başlığı altında söz borçlanma hakkında yararlanmak bakımından aranan şartlar; “1) 1/1/1989 tarihinden 8/5/2008 tarihine kadar geldikleri ülke tarafından zorunlu göçte tabi tutulmuş olmak.
2) Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olmak.
3) Türkiye’de ikamet etmek.
4) 2022 sayılı Kanun dahil Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir ve aylık almamak.
5) Geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini belgelendirmek.
6) Ek: 2’de yer alan “Bulgaristan Hizmetlerini Borçlanma Talep Dilekçesi” ile yazılı istekte bulunmak.
7) Tebliğ edilen borç miktarını üç ay içinde ödemek” olarak belirlenmiştir(Genelge Bölüm 4-6).

³⁸ Aynı yönde; “Kural olarak, Bulgaristan’dan gelen kişilerin sosyal güvenlik haklarına borçlanma yoluyla kavuşabilme olanağı bulunmamaktadır. Ne var ki, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar zorunlu göçte tabi tutulduktan sonra Türk vatandaşlığına geçenlere, geldikleri ülkedeki hizmetlerini borçlanma yoluyla değerlendirme imkanı tanınmıştır. Anılan düzenlemeden yararlanabilmek için, belirtilen tarihler arasında zorunlu göçte tabi tutulmuş, zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olup, Türkiye’de ikamet ediyor olmak, sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir ve aylık almamak, geldikleri ülkedeki “çalışma” sürelerini belgelendirmek, borçlanma için yazılı istekte bulunmak, tebliğ edilen borçlanma miktarını yasal süresi içerisinde ödemiş olmak koşulları aranmaktadır”. Y10.D., 03.02.2009,E. 2007/16189, K. 2009/964. (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2014).

³⁹ RG.: 26/9/2006, Sayı: 26301

⁴⁰ Kurt, Resul; “Zorunlu Göçte Tabi Tutulan Bulgaristan Göçmenlerinin Hizmet Borçlanması”, Yaklaşım,Ağustos 2008, Sa.:188, s. 152 vd.

ile ülkemize gelen soydaşlarımız, Ahıska Türkleri gibi, İskan Kanununa göre iskana tabi tutulmuş olsa bile, zorunlu göç nedeniyle ülkemize gelmedikleri için bunlar geldikleri ülkelerdeki hizmetlerini borçlanamamaktadır. Aynı şekilde Bulgaristan'dan kendi istekleri ile gelerek Türk vatandaşlığına geçenlerin borçlanma talepleri reddedilecektir.

3201 sayılı Kanunu'nun hükümlerinin uygulanması suretiyle borçlanılan hizmetler⁴¹; yalnızca yaşlılık aylığı bağlanmasında değerlendirileceğinden, malullük ve ölüm aylığı bağlanmasında, bu şekilde borçlanılan hizmetler dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin hak sahiplerince borçlanmasına ilişkin talepler reddedilecektir. Ancak, borçlanma hakkından yararlanarak yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının ölümü halinde, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanacaktır(Genelge Bölüm 4-6).

B. 18 Yaşını Doldurmuş Olmak

3201 sayılı Kanun'un ilk maddesi itibariyle "Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra..." yurt dışı hizmetlerini borçlanma imkanları mevcuttur⁴². Bu bağlamda 2011/48 sayılı Genelge'de(1.2.4) 18 yaşının doldurulmasından önce yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı sürelerinin borçlanma kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir⁴³.

⁴¹ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik" Geçici Madde 2: "Borçlanmak için örneği Kurumca hazırlanan borçlanma talep dilekçesi ve geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini gösterir hizmet belgesinin ibraz edilmesi zorunludur. Kurumun, borçlanma işlemlerinin sonuçlandırılmasına esas olmak üzere, gerekli gördüğü hallerde yeni belge isteme hakkı saklıdır".

⁴² "Bahsedilen yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, anılan Uluslararası sözleşme hükmünün uygulanabilmesi, Alman Rant sigortasına giriş tarihini içeren yurt dışı sürelerinin 3201 sayılı Yasa kapsamında usulünce borçlanılmasıyla mümkündür. Nitekim somut olayda da, Alman rant sigortasına 17.09.1984 tarihinde giren davacı, yurt dışı sürelerinin, sosyal güvenliği bakımından değerlendirilmesi aşamasında 3201 sayılı Yasaya göre ancak 18 yaşın ikmal tarihi olan 30.05.1985 sonrası süreyi borçlanmaya konu yapabilecektir. Şu halde, davacının Türkiye'deki sigortalılık başlangıç tarihi, 18 yaşın ikmal edildiği 30.05.1985 tarihi olarak alınması mümkün olup; aksini öngören mahkeme kabulü hatalıdır". Y10.HD., 27.06.2013, E. 2013/9289, K.2013/14522(Yayınlanmamış Karar).

⁴³ "Somut olayda, 21.12.1964 doğumlu davacının 01.03.1982 tarihinden itibaren yurtdışında çalışması bulunmakta ise de, 3201 sayılı Kanun'un birinci maddesine göre 01.12.1982 tarihinden önceki süreyi borçlanması mümkün değildir", Y21. HD. ,23.05.2013, E. 2013/8079, K. 2013/10762(Manav, Eda; s. 112).

3201 sayılı Kanun'un ilgili hükmünde reşit olmaktan değil 18 yaşını doldurmaktan söz edilmektedir. Bu bağlamda gerek evlenme yoluyla⁴⁴ gerek hakim kararı ile reşit olunması⁴⁵ halinde dahi 18 yaşın altında geçen süreler yurtdışı borçlanmanın kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁶. Doktrinde yurtdışı hizmet borçlanması bakımından 18 yaşının doldurulmuş olması şartının 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinin 2. fıkrasındaki "Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir" hükmüyle paralellik sağlanması bakımından getirilmiş olabileceği belirtilmiştir⁴⁷.

C. Belirli Nitelikte Yurt Dışı Sürelerine Sahip Olunması

3201 sayılı Kanunun ilk maddesine göre; yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleridir⁴⁸. Ayrıca bağımsız çalışma statüsünde geçen süreler de borçlanılabilecektir⁴⁹. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere sigortalı veya ev kadını olarak

⁴⁴ Nitekim M.K. md. 124'e göre; Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir.

⁴⁵ M.K. md. 12'ye göre; "On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir."

⁴⁶ Okur, Ali Rıza; "Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu", Çalışma ve Toplu Dergisi 2006, C:3, Sa.:10, s.126.; Tuncay, C./ Ekmekçi, Ö.; s. 565; Ergin, H.; Son Değişiklikler, s. 562.; uğur, Murat; "Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar", Sicil İş Hukuku Dergisi, C.7, Sa.:28, s. 217.; Manav, E.; 112.

⁴⁷ Ergin, H.; Son Değişiklikler, s. 563.; 3201 sayılı Kanundaki 18 yaş şartının 5510 sayılı Kanundan önceki sosyal güvenlik mevzuatı ile de paralellik sağladığına ilişkin bkz.: Caniklioğlu, N./ Canbolat, T.; s. 873.

⁴⁸ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin ilk maddesine göre de; "Bu Yönetmeliğin amacı, Türk vatandaşlarının, yurtdışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ile bu sigortalılık süreleri arasında veya sonundaki işsizlik sürelerinden her birinde bir yıla kadar olan kısmının ve yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin, talepleri halinde borçlandırılarak sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesindeki usul ve esasları düzenlemektir". Aynı husus 2011/48 sayılı Genelgede de tekrarlanmıştır (Genelge 1.2).

⁴⁹ Tuncay, C./Ekmekçi, Ö.; s. 565.; Manav, E.; s. 112.; aynı yönde; "Somut olayda davacının 1955 yılında doğduğu açık olup, 3201 sayılı Yasa kapsamında Fransa'da ev hanımı olarak geçen hizmetlerinden 5400 günü kuruma 09.10.2007 tarihinde ödemiştir. Davacının 4447

18 yaşın doldurulmasından önce geçen süreler borçlanılamaz. Bunun yanında izinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin borçlanma hakkından yararlanabilmeleri için borçlanmak istedikleri sürede Türk vatandaşı olma zorunluluğu bulunduğundan Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri borçlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir(2014/27 sayılı Genelge 2.1).

1. Yurtdışında Geçen Sigortalılık Süreleri

3201 sayılı Kanunda 5754 sayılı kanunla yapılan değişiklikle beraber Kanun'un ilk maddesine göre borçlanılacak sürelerden olan çalışma süreleri kavramı yerine sigortalılık süreleri kavramı kullanılmıştır. Sigortalılık süresi ise Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinin (g) bendine göre ; “borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış ya da çalışılmış süre olarak kabul edilen süreleri” ifade etmektedir⁵⁰. Çalışılmış olarak kabul edilen süreler, ilgili ülke mevzuatı uyarınca çalışılmayan bir dönem söz konusu olduğunda bile çalışmaya eşdeğer süre olarak kabul edilip, aylığa hak kazanmada ve aylığın hesaplanmasında dikkate alınan sürelerdir^{51, 52}.

Belirtilmelidir ki; söz konusu Yönetmelikte kastedilen yabancı bir ülkede, o ülkenin kanunlarına uygun bir çalışmadır. İş sözleşmesi kapsamında çalışılan süreler borçlanılabileceği gibi kendi nam ve hesabına bağımsız olarak geçen

sayılı yasanın 39. maddesi ile 1479 sayılı yasaya eklenen geçici 10. maddesinin yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinde Türkiye’de 1479 sayılı yasa Kapsamında sigortalı olarak çalışması bulunmadığı gibi bu tarih de 3201 sayılı yasa kapsamında yapılmış bir borçlanması da bulunmamaktadır. Bu durumda davacının aylıklık aylığı bağlanma koşullarının 3201 sayılı yasa kapsamında Kuruma borçlanmanın yapıldığı 09.10.2007 tarihinde yürürlükte bulunan 1479 sayılı yasanın 35/2 maddesine göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulununun 30.03.2005 gün ve 2005/10-138 E. 2005/221 K. 15.03.2006 gün ve 2006/21-36 E. 2006/80 K. ve 08.07.2009 gün ve 2009/21-309 E. 2009/322 K. sayılı ilamları da aynı yöne ilişkindir”. Y.21. HD 21.12.2009 E. 2008/19823, K. 2009/16654 (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.12.2014)

⁵⁰ Aynı tanım 2011/48 sayılı Genelgenin birinci bölümünün “Kavramlar “başlıklı kısmında tekrarlanmıştır.

⁵¹ Tunçay, S./Aras, A; s. 48.

⁵² “ilgili ülke mevzuatına göre çalışılmış veya eşdeğer süre olarak kabul edilen ikamet sürelerinin çalışılmış süre olarak değerlendirilmesine imkan bulunmadığından, borçlandırılması mümkün değildir”(2011/48 sayılı Genelge 1.2.1).

sigortalılık süreleri de borçlanılabilir⁵³. Bununla birlikte yabancı bir ülkede sigortasız veya çalışma izni olmaksızın yapılan çalışmaların 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılabilmesi mümkün değildir⁵⁴.

Buradaki sigortalılık süresi; 5510 sayılı Kanunun “uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresi” başlıklı 38’inci maddesine göre sigortalının ilk defa malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olduğu tarihten talep ya da ölüm tarihine kadar geçen sigortalılık süresi olarak değerlendirilmemelidir⁵⁵. 3201 sayılı kanunun 5’inci maddesine göre; “Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde bunu belirten belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasından en son tarihten geriye doğru günler dikkate alınacaktır, bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün olarak hesaplanır”.

2. Yurt Dışında Geçen İşsizlik Süreleri

3201 sayılı Kanun ilk maddesi itibariyle sigortalılık sürelerinin arasındaki ya da sonundaki işsizlik sürelerinin belirli bir sınırlama dahilinde borçlanılmasına imkan verilmiştir. Nitekim 3201 sayılı Kanuna göre iş sözleşmesi kapsamında veya kendi nam ve hesabına bağımsız olarak geçen sigortalılık süreleri arasında veya sonundaki her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri borçlanılabilecektir. Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde işsizlik süreleri ibaresinden, ilgili ülke mevzuatına göre çalışma süreleri ile bu çalışma sürelerine eş değer süreler haricinde o ülkede geçen sürenin, anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu Yönetmeliğin 6. maddesinin ilk fıkrasında da 3201 sayılı Kanundaki sınırlama aynen tekrarlanmıştır⁵⁶.

⁵³ Ergin, H.; Son Değişiklikler, s. 568

⁵⁴ Yelmen, Yunus; “Yurt Dışında Geçen Hizmetlerin Borçlanılmasında Takip Edilecek Usul ve Esaslar”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl 12, Sayı 57, Mayıs 2009, s. 35.; Orhan, Cihan; Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanılması ve Türkiye’deki Emeklilik hakları, Ankara 2007, s. 30

⁵⁵ Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

⁵⁶ 2011/48 sayılı Genelge de aynı husus tekrarlanmıştır. Nitekim 2011/48 sayılı Genelge 1.2.2.: “Kanuna göre işsizlik sürelerinin tamamının borçlanma kapsamında değerlendirilmesine imkan bulunmadığından, sigortalılık süreleri arasında veya sonunda her birinde olmak kaydıyla bir yıla kadar olan yurtdışında geçen işsizlik süreleri borçlandırılacaktır. ikamet süreleri ve boşta geçen süreler de bu kapsamda değerlendirilecektir”.

3. Yurt Dışında Ev Kadını Olarak Geçirilen Süreler

3201 sayılı Kanun'un ilk maddesi itibarıyla yurtdışında Türk vatandaşı olarak 18 yaşını doldurduktan sonra ev kadını olarak geçen süreler borçlanılabilecektir⁵⁷. 2011/48 sayılı Genelge'ye göre; yurtdışında ev kadını olarak geçen süreler, medeni durumlarına bakılmaksızın kadınların sigortalılık süreleri haricinde yurtdışında buldukları süreleri ifade etmektedir(Genelge 1.2.3). Dolayısıyla kanunda ifade edilen "ev kadını" ifadesinden evli veya herhangi bir mesleği bulunup bulunmadığına bakılmaksızın 18 yaşını doldurmuş ve bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak herhangi bir işte çalışmayan kadınların anlaşılması gerekecektir⁵⁸.

Ev kadını olarak geçen süreler işsizlik süresi veya boşta geçen süreler kapsamında değerlendirilmeyecek, borçlanma talebinde bulunanların yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin diledikleri kadarı borçlandırılacaktır⁵⁹(2011/48 sayılı Genelge 1.2.3).

4. Borçlanılamayacak Süreler

Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesinin ikinci fıkrasında ve SGK'nun 2011/48 sayılı Ge-

⁵⁷ "...Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde yapılması gereken iş; ev kadınlığı süresinin ve bu anlamda sigorta başlangıcına esas alınan 18 yaşın ikmal edildiği 12.01.1983 tarihli girişin, yukarıda bahsedilen Uluslararası sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan Belçika yaşlılık sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalı; yaşlılık sigortası kapsamında olmaması halinde, Belçika yaşlılık sigortasına tabi olunan ilk tarih belirlenmeli ve böylece davacı istemi ile yaşlılık aylığı şartları bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir". Y21. HD. 27.06.2013, E. 2013/7987, K.2013/14494(Yayımlanmamış Karar).

⁵⁸ Caniklioğlu, N/Canbolat, T.; s. 875.; Tunçay, s. /Aras, A.; s. 49.; Uğur, M.; s. 219.; Ergin, H.; Son Değişiklikler, s. 569.; Manav, E.; s. 113.

⁵⁹ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; "Ev kadını olarak geçen süreler, yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesinin Türkiye'de yeminli tercüme bürolarınca yapılmış veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi ya da çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerinde söz konusu birimlerin ikamet belgesine istinaden düzenleyecekleri belge ile birlikte, ikamet belgesi temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesi ile belgelendirilir.

nelgesinde(1.2.4) borçlanma kapsamında olmayan süreler belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler itibariyle;

1) 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri,

2) Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri,

3) İkili sosyal güvenlik sözleşmelerine göre kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik süreleri ve ev kadını olarak geçen süreler,

4) Türkiye’de malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen ve aşağıda sayılan yurtdışı sürelerinden:

a) Libya’da iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin, bu ülkede 1/9/1985 tarihinden sonra geçen çalışma süreleri,

b) Almanya’da istisna akdi kapsamında iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin bu ülkedeki çalışma süreleri,

c) 5510 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi ile ülkemiz ile imzalanan ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi hükümlerine göre yurtdışında geçici görevli olarak bulunmaları nedeniyle 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılanların geçici görevli buldukları yurtdışı çalışma süreleri,

borçlandırılmaz (Genelge 1.2.4).

D. Borçlanma İçin Yurda Kesin Dönüş ve İki Yıl İçinde Başvurma Şartları Kaldırılmıştır

1. Yurda Kesin Dönüş Yapma Koşulu Kaldırılmıştır

3201 sayılı Kanunu’nun 2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki halinde yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmek bakımından

yurda kesin dönüş yapmış olmak koşulu aranmaktaydı⁶⁰. Söz konusu düzenleme bilhassa yurda kesin dönüşün ne anlama geldiği konusunda uzlaşma sağlanamaması bakımından birçok sıkıntı yaratmaktaydı^{61, 62}.

Anayasa Mahkemesi 12.12.2002 tarihli kararıyla 3201 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki yurda kesin koşulunu Anayasa'nın 10'uncu, 60'ıncı, 62'inci ve 65'inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir⁶³. Söz konusu iptal kararına uygun olarak 4958 sayılı Kanun⁶⁴ ile 3201 sayılı Kanun'un 3. maddesinde gerekli değişiklikler yapılmıştır. Ancak belirtelim ki; borçlanma talebi bulunma açısından yurda kesin koşulu iptal edilmiş olup, 4958 sayılı Kanun da buna ilişkin bir düzenleme öngörmüştür. 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde bulunan aylık tahsisi yapılabilmesi için gerekli olan yurda kesin dönüşmüş olunması

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Başterzi, Süleyman; "Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Yurda Kesin Dönüş Koşulu", Aydın Özkul'a Armağan, s. 271 vd.

⁶¹ Yargıtay'ın yurda kesin dönüş koşulu bakımından o dönemde verdiği kararların ayrıntılı analizi için bkz.: Caniklioğlu, N/Canbolat, T.; s. 878 vd.

⁶² Yargıtay 21. Hukuk dairesinin ilk olarak benimsediği görüş itibarıyla, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde ifadesini bulan yurda kesin dönüşten kasıt, "yurt dışındaki çalıştığı işyerinden ayrılmak suretiyle Türkiye'ye dönmektir. Başka bir anlatımla, yurt dışındaki aktif sigortalılığını giderek çalışma yaşamına son vermektir. Bu yönü aynı Yasanın 6/B. maddesinde; bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında "çalışmaya başlayanların" çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir. sözcükleri ile kesin dönüşten amacın; yurt dışında eylemli olarak çalışmama olgusunun amaçlandığı, çalışmama koşulu ile, ikamet etmemenin amaçlanmadığı"nın açık olduğu belirtilmiştir(Y21HD., 26.06.1997, E. 1997/4377, K. 1997/4500, Başterzi, Süleyman, s. 276.). Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili bir başka kararına göre, borçlanma yapanın köyünde ev yaptırmaması, zaman zaman gelip gitmesi, pasaportunda birden fazla giriş çıkış kaydının bulunması tek başına yurda kesin dönüşü ispata yeterli değildir. Hakim her somut olayı kendi içinde değerlendirmelidir(Y21HD., 06.10.1997, E. 1997/6015, K. 1997/6112, (Başterzi, Süleyman, s. 276.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise yurda kesin dönüşü; yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma yaşamına ilişkin tüm ilişkilerini, gerek çalıştıkları işyerleri gerekse ilgili oldukları tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek, yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de sağlamak amacıyla anavatana dönmeleri şeklinde tanımlamıştır(YHGK, 22.10.1997, E.1997/10-558, K.1997/857, Başterzi, Süleyman, s. 280).

⁶³ **Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.12.2002, E. 2000/36, K. 2002/198 (RG. 25.04.2003, S. 25089)**; Anayasa'nın 10'uncu maddesi *eşitlik ilkesini*, 60'ıncı maddesi *sosyal güvenlik hakkını*, 62'inci maddesi, *yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşları ile ilgili devletin görevlerini*, 65'inci maddesi *ise devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin mali sınırlarını* düzenlemektedir.

⁶⁴ RG: 06.08.2003, 25191.

şartı ise mevcudiyetini sürdürmektedir^{65, 66}. Başka bir deyişle yurt dışı hizmet borçlanması bakımından yurda kesin dönüş şartı ortadan kaldırılmışken, aylık bağlanması açısından yurda kesin dönüş şartının yerine getirilmiş olması gerekmektedir^{67, 68}.

SGK'nun 2012/24 sayılı Genelgesine göre ise; yurt dışı hizmet borçlanması ile aylık bağlanması talebinde bulunacaklardan, aylığın başlangıç tarihi itibarıyla yurtdışında kısa süreli çalışmalarını sürdürdükleri tespit edilenlerin talepleri yurtdışındaki çalıştığı işten ayrılma ve yurda kesin dönüş yapma şartını yerine getirmediğinden reddedilecektir. Yurtdışındaki kısa süreli çalışma-

⁶⁵ Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N.; s. 638.; Ocak, Saim; "Türkiye'deki Sigortalılığı Üzerinden Malullük ya da emeklilik aylığı alan kişinin yurtdışında çalışması, Legal İSGHD 2012, Sa.:36, s. 211.

⁶⁶ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik md. 4/1-d'ye göre kesin dönüş; aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmalarının sona ermesini, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almamaları durumunu,

⁶⁷ Güzel, A./Ocak, S.; "Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal 2006, Sa.:12, s. 1317.; Tuncay, C./Ekmeççi, Ö.; 567.;Ergin H.; Son Değişiklikler, s. 5546.Mavna, E.; s. 119-120.

⁶⁸ "...Davalı 3201 Sayılı Yasadan yararlanarak yapmış olduğu borçlanma sonrasında tahsis talebinde bulunmuş ve Kurum tarafından 01.11.1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmış ancak davacı kurum tarafından davalının 30.06.1994 tarihine kadar kesin dönüş yapmadığı ve çalıştığı tespit edildiğinden. bağlanan aylıkları iptal edilmiştir. Dosyada mevcut TR-4 belgesi ile kurumun iptal kararında belirtilen davalının çalışma süreleri ilişkili bulunduğu, 3201 Sayılı Yasanın 6.maddesine göre yurda kesin dönüş dönüştürülüp çalışmaya başlanırsa yaşlılık aylığı bağlanamayacağı ve giderek aylığın başlatılmaması, şayet, bağlanmışsa aylığın kesilerek fuzulen ödenen yaşlılık aylıklarının Kurumca geri istenmesinin mümkün olduğundan; davalının, Türkiye'ye kesin dönüş tarihinin araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir"Y10HD, 20.06.2005, e.2005/3630, K.2005/6773.; " "...davacının 3201 sayılı Kanun gereğince 12.04.1970-26.7.1995 tarihleri arasında ilişkin borçlanma işleminin geçerliliği karşısında , iptal edilen ilk aylığının yeniden bağlanabilmesi için 6. maddenin aradığı kesin dönüş koşulunun bulunmadığı;19.10.2009 tarihli TR 4 belgesine göre 31.12.2008 tarihinden sonra yurtdışı çalışmasının bulunmadığı, hastalık ve işsizlik yardımı almadığı gözetilerek değerlendirilmesi gerekirken , eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucunda yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."Y10HD, 04.07.2013, E.2012/24369, K.2013/15163(Yayınlanmamış Karar). "Şu halde yapılması gereken iş; davacının borçlanma işleminin geçerliliğine karşın, aylık bağlanabilmesi için anılan 6'ncı maddenin aradığı kesin dönüş koşulunun yeniden ve usulünce (bu anlamda özellikle yurtdışı sigorta merciiine ait son tarihli tercümelî hizmet cetveli yeniden celbedilmeli v.s) araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, halen Türk Vatandaşı olunmaması ve böylece kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediğinden hareketle, yaşlılık aylığı bağlanmasına yönelik davacı isteminin reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir". Y10HD, 27.06.2013, E. 2013/6739, K.2013/14500 (Yayınlanmamış Karar).

ları sona erenler ya da kesin dönüş yapanlar hakkında yeni tahsis talepleri alınarak işlem yapılacaktır⁶⁹.

2. İki Yıl İçinde Başvurma Şartı Kaldırılmıştır

3201 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten önce; borçlanma başvurusunun, yurda kesin dönüş tarihinden itibaren en geç 2 yıl içinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra 2 yıllık başvuru süresi içinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren 2 yıl içinde başvuruda bulunmak durumundaydılar.

Uygulamada yurda kesin dönüş ile birlikte sıkıntılara sebep olan bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararıyla iptal edilmiştir. Nitekim yurda kesin dönüş şartının iptali ile buna bağlı olarak düzenlenen bu şartın uygulanabilirliği kalmamıştır⁷⁰. İptal kararı sadece kişinin kendisinin başvuruda bulunması hali için aranan 2 yıllık süre şartını içermekte olup, hak sahipleri için öngörülen 2 yıllık başvuru süresini içermemektedir. Ancak 4958 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile bu şart da kaldırılmıştır. Böylelikle yurt içi ve yurt dışı borçlanmaları için aynı esas benimsenmiş olup, başvuru herhangi bir süre ile sınırlandırılmaksızın borçlanma hakkı olan kişilerin, bu haktan en geniş şekilde yararlanması sağlanmaya çalışılmıştır.

II. BORÇLANMA BAŞVURUSUNDA BULUNMAK VE BORÇLANILACAK SÜRELERİ BELGELENDİRMEK

3201 sayılı Kanun'un birinci maddesi gereğince borçlanma hakkı sahibi

⁶⁹ Söz konusu Genelge itibariyle; Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle ya da borçlandıkları yurtdışında geçen sigortalılık süreleri dikkate alınarak aylık bağlananlardan, aylığın başlangıç tarihi itibariyle yurtdışındaki kısa süreli çalışmalarının sona ermediği tespit edilenlerin aylıkları; yurtdışındaki çalıştığı işten ayrılma, yurda kesin dönüş yapma şartları yerine gelmediğinden başlangıç tarihinden itibaren iptal edilecektir. Bunlardan yurtdışındaki çalışmaları sona erenlerin yada yurda kesin dönüş yapanların aylıkları çalışmanın sona erdiği yada yurda kesin dönüş yaptıkları tarihi takip eden aybaşından geçerli olmak üzere aylık talep dilekçesi alınmadan yeniden bağlanacaktır. Bunun gibi Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle yada borçlandıkları yurtdışında geçen sigortalılık süreleri dikkate alınarak aylık bağlanmış olanlardan, yeniden yurtdışında kısa süreli çalışmaya başladıklarının çalıştıkları sırada yada daha sonra tespit edilmesi halinde bunların aylıkları, kısa süreli çalışmaya başladıkları tarihte kesilecektir(2012/24 sayılı Genelge 1-2).

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel, A./Ocak, S.:s. 1314 vd.

olan kişinin, eğer bu kişi ölmüşse bu kişinin Türk vatandaşı olan hak sahiplerinin istekleri halinde borçlanma yapılabilecektir. Dolayısıyla ilgilinin başvurusu olmadan yurtdışı hizmetlerin borçlandırılması mümkün değildir⁷¹. Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesine göre de; borçlanma hakkından yararlanabilmek için; Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması olanların en son tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna, Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması olmayanların, Kuruma; sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kısmi aylık bağlanmış olanların, aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşuna yazılı olarak başvuruda bulunmaları şarttır⁷².

Yurt dışındaki hizmetlerini borçlanılabilmesi için yurtdışında geçen ve borçlanmaya esas sürelerin belgelendirilmesi zorunludur⁷³. Ancak ibraz edilen belgeler bakımından borçlanma işleminin yapılması için yeterli görülmeyenlerin talepleri reddedilmeyecek, gerekli belgeleri tamamlamaları talep edilecektir⁷⁴. Hizmet belgeleri ile tespit edilebilecek borçlanma sürelerinin tamamı borçlanılabileceği gibi bir kısmının da borçlanılabilmesi mümkündür^{75, 76}. Söz konusu belgelendirme mecburiyeti Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğinin 8. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁷. Yönetmeliğin 9. maddesinde ise bu sürelerin nasıl belgelendirileceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde borçlanma için Kuruma ibraz edilmek su-

⁷¹ Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N.; Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bası, Beta yayıncılık, İstanbul 2014, s. 636.

⁷² 2011/48 sayılı Genelge’ye göre; Yurtdışında geçen çalışma veya ev kadınlığı sürelerinin borçlandırılmasına ilişkin yazılı talep, “Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi”nin usulüne göre doldurularak imzalandıktan sonra doğrudan ya da posta yolu ile Kurumun ilgili ünitesine ulaştırılması ile yapılacaktır(Genelge 1.4).

⁷³ Arıcı, Kadir;Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s. 478.; Alper, Yusuf; Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora yayıncılık, 5. Bası, Bursa 2013, s. 285.; Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, seçkin yayıncılık, Ankara 2009, s. 256.; Ekin, Ali/Kayırgan, Hasan; “Yargıtay Kararları ve 6552 sayılı Kanun İle Son Değişiklikler Işığında Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C.9, Sa:1, s. 63.

⁷⁴ Tunçay, S./Aras, A.; s. 50.

⁷⁵ Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N.;, s. 634.; Manav, E.; s. 113.

⁷⁶ YDGSBDİY md. 6/III’ye göre kısmi borçlanma yapmak isteyenler, borçlanacakları süreleri gün, ay ve yıl olarak belirtmek zorundadırlar.

⁷⁷ YDGSBDİY md. 8/II’ye göre; “Kurum, gerektiğinde sigortalılık sürelerinin tespiti için sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerden idari yardım talebinde bulunabilir”.

retiyile belgelendirme mecburiyetine ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan belgeler, sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde⁷⁸, sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde⁷⁹ ve ülke ayrımı yapılmadan ev kadını olarak geçen süreler⁸⁰ ilişkin olmak üzere üç grupta toplanmıştır (2011/48 sayılı Genelge 1.3).

Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk iş-

⁷⁸ Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için talep sahiplerinin aşağıdaki maddelerde açıklanan belgelerden durumlarına uygun olan bir belgeyi Kuruma ibraz etmeleri gerekmektedir; 1-İslak mühür ve imza olup olmadığına bakılmaksızın, çalışılan ülkede bağlı bulunulan sosyal sigorta kurumundan alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartları. 2- Sigortalıların çalıştıkları işyerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın, çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerde düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairesince çalışılan sürelerle ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelerle ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgeleri. 3- Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesi. 4- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri(2011/48 sayılı Genelge 1.3.1).

⁷⁹ Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için talep sahiplerinin aşağıdaki maddelerde açıklanan belgelerden durumlarına uygun olan bir belgeyi Kuruma ibraz etmeleri gerekmektedir. 1- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri. 2- Yurtdışında çalıştıkları işyerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri. 3- Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya işyerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örnekleri. (2011/48 sayılı Genelge 1.3.2).

⁸⁰ Ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılmasında, ev kadınlarının yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesi, ayrıca aşağıda belirtilen belgelerden biri ile teyit edilecektir.1- İkamet belgesinin Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi. 2- Çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerince ikamet belgesine istinaden düzenlenecek belge. 3- Yukarıdaki 1 ve 2 nci maddelerde belirtilen belgeler temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda giriş-çıkış çizelgesi.

çileri, 5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri, bunların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde ise haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanmaktadır. İsteğe bağlı sigortaya prim ödemeyenler ise yurtdışında iken ya da yurda döndükten sonra yurtdışında geçen söz konusu sürelerinden diledikleri kadarını 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanabileceklerdir(2011/48 sayılı Genelge 1.4).

III. BORÇLANILAN MİKTARIN ÖDENMESİ

3201 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde 5754 sayılı Kanun'un⁸¹ 79. maddesiyle getirilen düzenlemeden önce yurt dışı hizmet borçlanmasında borçlanılacak her gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarının tespit edilmesinde "döviz" üzerinden değerlendirme yapılmaktaydı^{82, 83}.

3201 sayılı Kanun'un 4. maddesinde 5754 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle ise borçlanılacak sürelerle ilişkin primlerin ödenmesinde dövizle ödeme esasından vazgeçilerek Türk Lirası üzerinden hesaplama ve ödeme esası getirilmiştir⁸⁴. Nitekim 3201 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca; borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82. maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük

⁸¹ RG. 08.05.2008, 26870.

⁸² Tezel, Ali/Kurt, Resul; Sosyal Güvenlik reformu Yorum ve Açıklaması, Yaklaşım Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2009, s. 314.

⁸³ 3201 sayılı Kanunda, döviz ile değerlendirilecek sürelerin her gün için tahakkuk ettirilecek prim, kesenek ve karşılık borcu tutarı bir dolar olarak belirlenmiştir. Bunun yanında bakanlar Kurulunca döviz cinsi ve miktarının değiştirilebileceği öngörülmüştür. bu hükme dayanarak bakanlar kurulu döviz miktarını bir çok kere değiştirmiştir. Nihayet 15.11.2005 tarihli ve 2005/9665 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla söz konusu miktar günlük 3,5 dolar olarak tespit edilmiştir.

⁸⁴ 2011/48 Sayılı Genelge: "2) Borçlarını yurt dışından ödeyecek olanlar, Türk Lirası olarak bildirilen tutarın karşılığını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından konvertibl sayılan döviz cinsinden ödeyeceklerdir. Ödemeler, borcun ödeneceği tarihteki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden yapılacaktır(Genelge 5.2).

kazancın % 32'sidir^{85, 86}. Görüldüğü üzere, yurt dışı hizmet borçlanmalarında, borçlanma tutarının belirlenmesinde, "borçlanma başvuru tarihi" kıstas olarak alınmalıdır⁸⁷.

3201 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde 5510 sayılı Kanununun 41 inci maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir⁸⁸. Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir⁸⁹. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazanca dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır⁹⁰.

3201 sayılı Kanunda 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce borçlanma bedelini ödemek için herhangi bir süre şartı öngörülmemiştir. 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber ise Kurumca tahakkuk ettirilen borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Üç aylık süre içinde ödeme yapmayanların borçlanma başvuruları geçersiz sayılacaktır. Bunların belgelendirilen yurtdışı hizmet sürelerinin yeni-

⁸⁵ Söz konusu hükmün devamına göre ise, prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili olduğu belirtilmiştir.

⁸⁶ Söz konusu düzenlemenin yurt dışı hizmet borçlanmasının koşullarını ağırlaştırdığı ifade edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N.; Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bası, Beta yayıncılık, İstanbul 2014, s. 639-640.

⁸⁷ "Şu halde, borçlanma nedeniyle belirlenecek borçlanma tutarının, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, borçlanma başvuru tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca saptanması gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, hükmün kesinleşmesini takiben yeniden yapılacak borçlanma başvuru tarihi kıstas alınarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir". Y10. HD. 27.06.2013 E. 2013/6868, K. 2013/14499 (Yayınlanmamış Karar).

⁸⁸ 5510 md. 41/son: "Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgari kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgari kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez".

⁸⁹ Kurumca birinci fıkraya göre tahakkuk ettirilen borç tutarı, ilgiliye iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir. Posta alındısının ilgiliye teslim edildiği tarih, borcun tebliğ tarihidir.(YDGSBDİY md. 10/IV).

⁹⁰ Tebliğ tarihinden önce borçlanmaya karşılık yapılan ödeme miktarları, borçlanma talep tarihinden sonra ödenmiş olmak kaydıyla geçerli sayılacak ve borçlanma işlemi iptal edilmeyecektir(Genelge 5.6).

den borçlandırılarak değerlendirilmesi, bu konudaki yeni başvurularına bağlı olacaktır(Genelge 5.3).

Borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir(3201 Sayılı Kanun md. 4/II).

Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğe göre ise borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde ödenmemesi halinde, borçlanma işlemi geçersiz sayılacaktır. Üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden süre geçerli sayılır⁹¹. Borcun bir kısmını veya tamamını ödemeyenlerin, bu sürelerinin Kanuna göre değerlendirilmesi, yeniden yazılı başvuruda bulunmaları ve tahakkuk eden borç miktarını süresi içinde ödemeleri şartına bağlıdır(md. 10/VI).

Tahakkuk ettirilen borcun tamamını veya bir kısmını ödeyenlerden borçlanmalarının iptal edilmesi için başvuruda bulunanların ödedikleri borçlanma tutarının tamamı, faiz uygulanmaksızın Yeni Türk Lirası olarak iade edilir. Kısmi iade yapılmaz (YDGSBDİY md. 11/II). Borçlandıkları hizmetleri ile malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan sigortalılar ile ölüm aylığı bağlanamayan hak sahiplerine başvuruları halinde ödenen borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın Yeni Türk Lirası olarak iade edilir (YDGSBDİY md. 11/III). Borçlandıkları hizmetler dikkate alınarak aylık bağlanmış olanlar, borçlanma başvurusundan vazgeçemezler ve bunların ödedikleri borçlanma tutarı iade edilmez (YDGSBDİY md. 11/IV).

SONUÇ

Yurt dışı hizmet borçlanması; bir takım şartların mevcudiyetine bağlı olarak yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızın yurt dışında geçen sürelerini Türkiye’de sigortalı olarak geçirmiş gibi değerlendirilmesine imkan sağlayan bir kurumdur.

⁹¹ Söz konusu üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktar ile orantılı süre geçerli sayılacak, kalan sürenin geçerli sayılması yeni bir borçlanma talebine bağlı olacaktır(2011/48 Sayılı Genelge 5.4).

3201 sayılı Kanun'un 6552 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile değişik ilk maddesine göre; "Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir". Görüldüğü üzere yurtdışı hizmet borçlanmasından faydalanabilme koşulları; Türk vatandaşı olmak, 18 yaşını doldurmuş olmak, belirli nitelikte yurt dışı sürelerine sahip olmak, borçlanma başvurusunda bulunmak ve borçlanılacak süreleri belgelendirip tahakkuk ettirilen borcun ödenmesi olarak sıralanabilir.

6552 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanunda yurt dışı hizmet borçlanmasından faydalanabilme koşulları bakımından öngörülen düzenleme itibarıyla doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere borçlanma imkanının getirilmesi olmuştur. Böylece daha önce Yüksek Mahkeme'nin Türk vatandaşlık Kanunu'ndan hareketle vermiş olduğu bu yöndeki kararların kanuni bir düzenlemeye kavuştuğu söylenmelidir.

Nihayet 6552 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanunda yapılan değişikliklere ilişkin olarak Sosyal Güvenlik Kurumunca çıkarılan 2014/27 sayılı Genelge ile yurtdışında geçen sürelerin borçlandırılmasına ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler öngören 2011/48 sayılı Genelge'nin yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen hükümlerine ilişkin iş ve işlemlerin usul ve esaslarının yeniden düzenlendiği belirtilmelidir.



KAYNAKÇA

Akın, Levent; “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 953-998.

Alper, Yusuf; Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora yayıncılık, 5. Bası, Bursa 2013, s. 285.

Arıcı, Kadir; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

Başterzi, Süleyman; “Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Yurda Kesin Dönüş Koşulu”, Aydın Özkul’a Armağan, s. 271-300.

Canikoğlu, Nurşen, Canbolat, Talat; “Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 867-895.

Güzel, Ali/ Ocak, Saim; “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Legal İSGHD 2006, Sa.:12, s. 1309-1355..

Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N.; Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, Beta yayıncılık, İstanbul 2014.

Ekin, Ali/Kayırgan, Hasan; “Yargıtay Kararları ve 6552 sayılı Kanun İle Son Değişiklikler Işığında Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C.9, Sa:1, s. 107-133.

Ergin, Hediye; “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sa.:16, s. 163-180.

Ergin Hediye; “Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Legal İSGHD., C. 5, S. 18, İstanbul 2008, s 553-592.

Ergin, Hediye, “Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması”, Legal İSGHD., C. 6, S. 24, İstanbul 2009, s. 1463-1477.

Kurt, Resul; “Zorunlu Göçe Tabi Tutulan Bulgaristan Göçmenlerinin Hizmet Borçlanması”, Yaklaşım, Ağustos 2008.

Laçiner, Hediye; “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s. 609-638.

Manav, Eda, “Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 30, İstanbul 2013, s.108-131.

Ocak, Saim; “Türkiye’deki Sigortalılığı Üzerinden Malullük ya da emeklilik aylığı alan kişinin yurtdışında çalışması, Legal İSGHD 2012, Sa.:36, s. 209-229.

Ocak, Saim; Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Karar İncelemesi”, Sicil İş hukuku Dergisi, 2011, Sa.:21, s. 257-266.

Okur, Ali Rıza; “Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2006 , C:3, Sa.:10, S.1-20.

Orhan, Cihan; Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye’deki Emeklilik hakları, Ankara 2007, s. 30

Sözer, Ali Nazım; “Yurtdışında Bulunan Türk vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik için Borçlanmaları”, Prof. Dr. Metin Kutsal’a Armağan, Ankara 1998, s. 629-640.

Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 561.

Tuncay Süleyman/Aras, Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 44.;

Uğur, Murat; “Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar”, Sicil İş Hukuku Dergisi 2012, C.7, Sa.:28, S.215-223.

Tezel, Ali/Kurt, Resul; Sosyal Güvenlik reformu Yorum ve Açıklaması, Yaklaşım Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2009, s. 314.

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2012.

Tunçay Süleyman/Aras, Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.

Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Yelmen, Yunus; “Yurt Dışında Geçen Hizmetlerin Borçlanılmasında Takip Edilecek Usul ve Esaslar”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl 12, Sayı 57, Mayıs 2009.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ

*Package Tour by Contract 6502 Announcement About
the Consumer Protection Law Provisions*

Yrd. Doç. Dr. Selin SERT*

ÖZET

Geçmişten günümüze insanların yeni yerler görme arzusu yani keşfetme isteği turizm ve seyahat kavramlarının da doğmasını ve gelişmesini sağlamıştır. Çalışma hayatının yüklemiş olduğu ağır sorumluluktan ve günlük yaşamın stresinden uzaklaşabilmek için milyonlarca insan her yıl seyahat etmektedir. Aynı zamanda değişik yerler görerek, kültür ve bakış açısını geliştirmek gibi amaçlar da turizm olgusunun temelini oluşturmaktadır. Günümüzde tatil imkânlarının, refah düzeyinin ve ücretli tatillerin artması, çalışma hayatının sınırlarının belirlenmesi, ulaşım imkânlarının gelişmesi, ülkeler arası sınırların azalması gibi sebepler seyahat etme arzusunu her geçen gün tetiklemektedir.

Seyahat etme isteğinin artması insanları bu alanlarda çalışmak için teşvik etmeye yönlendirmiş ve Dünyada ve ülkemizde seyahate dayalı yeni alanların ve sektörlerin doğumuna sebep olmuştur. Bu anlamda ortaya çıkan en önemli kavram ise paket tur sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda paket tur sözleşmesinin tanımı, mevzuatta düzenlenişi, sözleşmenin tarafları, hak ve yükümlülükleri ile sözleşmenin sona ermesi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Paket tur, seyahat sözleşmesi, turizm, gezi.

ABSTRACT

Past and present to people's desire to explore new places, seeing that desire has led to the emergence of tourism and travel concept and development. Studies have installed the heavy responsibility of his life and to escape the stress of everyday life of millions of people still travel every year. Seeing different places at the same time,

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. selin81hukuk@gmail.com

the aim of improving the angle of view is the basis of culture and tourism phenomenon. Nowadays vacation opportunities, and increase the welfare of paid holidays, determining the limits of working life, the development of transportation facilities, and international boundaries of the desire to travel reasons, such as the reduction is triggered every day.

The increase in travel willingness to encourage people to work in these areas has directed and led to a trip around the world and in our country based on the birth of new areas and sectors. This is the most important concept that emerged in the sense emerges as a package tour contracts.

The definition of this study package tour contract, arrangement of the legislation, the parties to the agreement will focus on the termination of the contract with rights and obligations.

Key Words: Package tours, travel contracts, tourism, travel.



I. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

A. Türk Hukuku

Paket tur¹ sözleşmesinin² taraflarından biri olan tüketicinin yani turistin ekonomik çıkarını korumaya yönelik olarak yürürlüğe giren ilk kanun 1618 Sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunudur³. Daha sonra

¹ Doktrinde paket tur sözleşmeleri kavramı yerine gezi sözleşmesi kavramını kullanan yazarlar için bkz. Saibe Oktay: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997; Rona Serozan: "Turistik Gezi Sözleşmeleri", Yargı Dergisi, S.49, Mayıs 1980, s. 20-27; Doktrinde Seyahat düzenleme sözleşmesi kavramını kullanan yazarlar için bkz. Bülent Yurt: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000, Ayşe Havutçu: "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Hakları", MBD, Temmuz- Ekim 1997, S. 62-63S.27 vd; Doktrinde paket tur sözleşmeleri kavramını kullanan yazarlar için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu: "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması", İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, s. 275-304; Ömer Öksüz: "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 19, S.66, 2006; Feyza Eren Sayın: Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013; Kadir Erk Pekmez: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2014.

² "Paket tur sözleşmesi uygulamada seyahat, gezi, tur sözleşmesi gibi adlarla da anılmaktadır. Burada önemli olan adlandırmanın nasıl yapıldığından ziyade paket tur sözleşmesi için kanunda öngörülen unsurların var olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılmasıdır.", Murat Aydoğdu: Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi, İstanbul 2014, s. 159.

³ 28.09.1972 Tarih ve 14320 Sayılı Resmi Gazete.

ise bu kanuna bağılı olarak Seyahat Acenteleri Yönetmeliğı yürürlüğe girmiştir. Bu kanun tüketicinin haklarını korumaya yönelik düzenlemeler içermiş olsa da günümüz koşullarında seyahat sözleşmesinin gelmiş olduğı nokta göz önüne alındığında tüketicinin ihtiyaçlarına cevap verememiştir. Kanunun 1972 yılında yürürlüğe girdiğı düşünöldüğünde ve kanunda yenileme yapılmadığından mevcut düzenlemelerin uygulamadaki etkililiğı oldukça yetersiz kalmıştır.

Turizm sektörünün gelişmesi ile birlikte sorunların çözüme kavuşturulamaması; 2003 yılında, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK), 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değıştirilerek paket tur sözleşmelerinin düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4077 sayılı TKHK'a eklenen 6/C maddesinde paket tur sözleşmeleri tanımlanmış, aynı tanım Paket Tur Yönetmeliğı'nin 4. maddesinde tekrar edilmiştir⁴. Bu kanunlarında yetersiz kalmasının ardından 2013 yılında 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir⁵.

Paket turlar hakkında 1618 Sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliğı Kanununda da hükümler bulunmaktadır. Bu kanunda paket tur sözleşmelerinde zorunlu seyahat sigortası yaptırılması ile ilgili hüküm mevcuttur⁶ (m.12).

⁴ Paket Tur Yönetmeliğı 14.01.2015 tarih ve 29236 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

⁵ 28.11.2013 Tarih ve 28835 Sayılı Resmi Gazete.

⁶ Seyahat acentaları, Türkiye'de satılan paket turlarda: a) Düzenledikleri paket tur kapsamında; müşteriye taahhüt ettikleri hizmetlerin acentanın iflası da dahil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadır. Bu durumda sigortacının sorumluluğı en az paket tur bedeli kadar olmalıdır. Müşteri, sigorta kapsamındaki zararını doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep edebilir. Seyahat acentaları ve sigorta şirketleri, sigorta sözleşmelerini yaptıkları andan itibaren beş iş günü içerisinde sözleşmenin bir örneğini Bakanlığa göndermekle yükümlüdürler. Sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde, bu durum aynı süre içerisinde seyahat acentaları ve sigorta şirketleri tarafından Bakanlığa bildirilir. İlgili branşta ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin paket tur sigortası yapmaları zorunludur. Hazine Müsteşarlığı gerekli durumlarda sigorta primlerini belirlemeye yetkilidir. b) Paket tur sözleşmesi düzenlenirken, müşteriye; 1- Müşterinin kaza ve hastalık halinde çıkış noktasına dönüş masraflarını, 2- Her türlü kazadan doğan zararını ve tedavi masraflarını, poliçe limiti kadar karşılayacak şekilde sigorta ettirilebileceğini bildirmekle yükümlüdürler.

B. AB Hukuku

AB hukukunda paket turlar ilk defa 1970 tarihli Brüksel Konvansiyonunda⁷ düzenleme alanı bulmuştur. Konvansiyonda, seyahat düzenleme sözleşmesi ve seyahat aracılığı sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme düzenlenmiştir. Seyahat düzenleme sözleşmesi paket tur sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır. Konvansiyonun m.1 hükmünde seyahat düzenleme sözleşmesinin temel unsurları hizmetler kombinasyonunu içermesi ve hizmetler kombinasyonu için tek bir değer biçilmesidir. Günümüzde ise paket tur sözleşmeleri AB hukukunda 90/314/EEC sayılı Direktif⁸ ile düzenlenmiştir. Söz konusu Direktif on maddeden oluşmakta olup, paket tur sözleşmelerini detaylı olarak incelemektedir. Direktifte öncelikle sözleşmenin uygulama alanının sınırları sözleşmenin tanımının yapılmasının yanı sıra unsurlarının ve taraflarının da açıklanması ile çizilmiştir. Seyahat düzenleyenin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğun kapsamına da yer verilmiştir⁹.

C. Alman Hukuku

Alman Hukukundaki düzenlemeler genel olarak AB Direktifinden alınmıştır. İç hukuka yapılan aktarım, Alman Medeni Kanununda (BGB) mevcut olan hükümlerin Direktifle uyumlaştırılması ve kapsamının genişletilmesi ile sağlanmıştır. Seyahat düzenleyen açısından bakıldığında herhangi bir düzenleyici organ olmadığı görülmektedir. Paket turlar hakkında haksız şartlar da uygulama alanı bulmaktadır. Seyahat düzenleyen açısından bakıldığında daha az şart ve izin arandığı görülmektedir. Ayrıca Alman Hukukunda sözleşme sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Buna göre, kişisel yaralanma durumu haricinde sözleşmesel sorumluluk tur bedelinin üç katı ile sınırlanabilmektedir. Sigorta ettirme bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, seyahat edenin sigorta ettirilmesi yerine banka garantisinin sağlanmasının da yeterli olduğu düzenlenmiştir¹⁰.

⁷ Brüksel Anlaşması'yla ilgili bilgi için bkz., Tonner, Klaus, Der Reisevertrag, Kommentar zu 651a-k bgbNeuwied 1979, s. 52.

⁸ Hans Nölke Schulte- Leonie Meyer: Package Travel Directive, Consumer Law Copendium, http://www.eu-consumer-law.org/directivestudy_en.cfm?DirectiveID=2.

⁹ Sayın: s. 17.

¹⁰ Zahd Yaqub: European Travel Law, New York 1997, s. 257 vd.

D. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, mahkemeler Direktifin uygulanmasında temel görevi üstlenmiştir. Seyahat organizatörleri için kurulmuş üç adet düzenleyici kuruluş mevcut olup, paket tur düzenlenmesi için izin alınması gerekmektedir¹¹. İngiltere de tur operatörleri birliği (ABTA) bulunmaktadır. Söz konusu birliğe üyelik zorunlu olmamasına rağmen birlik üyelerinin seyahat edenleri sigorta ettirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Paket tur başına sorumluluğun tur bedelinin üç katı ile sınırlanmasının yanı sıra üçüncü kişinin davranışları sonucu öngörülemez haller de sorumluluk kapsamına alınmıştır¹².

II. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

6502 Sayılı TKHK m. 51 hükmü paket tur sözleşmesini; “Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından aşağıdaki hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir:

- a) Ulaştırma
- b) Konaklama
- c) Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri.”

TKHK m. 51 hükmü paket tur sözleşmesini tüm unsurları ile tanımlamıştır.

Paket tur sözleşmelerine ilişkin bu madde 13.06.1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır. Bunun yanında bu Yönergenin İsviçre Hukukuna aktarılması amacıyla yürürlüğe konulan 18.06.1993 tarihli Paket Turlara İlişkin Federal Kanundan da faydalanılmıştır¹³.

¹¹ Yağub: s. 252.

¹² Yağub: s. 543 vd.

¹³ Aydoğdu: s. 158; Bu yönergenin Türkçe metni için bkz. Mehmet Demir, Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı; Ulusal Mevzuatla İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Ankara, 2002, s. 453 vd.; Aynı Yönerge metni için bkz. Tüketicilerin Korunması Semineri, Editor: Ebru Ceylan, Ankara 2004, s. 289 vd .

Paket tur sözleşmesi, Brüksel Konvansiyonunda “Bir kişinin kendi adına bir başkasına global bir fiyat karşılığında taşıma, konaklama ve yolculuğa bağlı diğer hizmetlerden birleştirilmiş bir bütünü yerine getirmeyi üstlenmesi” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴.

Kanımızca paket tur sözleşmesi; “ulaştırma, konaklama veya ulaştırma ve konaklamaya bağlı olmayan diğer turizm hizmetlerinin sunulmasını sağlayan, tüketiciye seyahat ile ilgili tüm hizmetlerin paket kapsamında sunulduğu, hizmetin en az bir gece kalınması suretiyle yerine getirildiği sözleşme” olarak tanımlanmalıdır.

Seyahat süresinin 24 saatten az olduğu veya gece konaklamasını içermeyen sözleşmeler TKHK kapsamında değerlendirilmez, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıca sadece taşıma veya sadece konaklamaya ilişkin hizmetlerin sunulmuş olması halinde de bir paket tur sözleşmesi söz konusu olmayacaktır.

III. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. Edimlerin Bütünlüğü Unsuru

Paket tur sözleşmesi tanımına göre; edimlerin bütünlüğü unsuru için en az iki hizmetin bulunması ve bu hizmetlerin birbiriyle ilişkili olması gerekmektedir. Ancak tanımdan yola çıkıldığında paket tur sözleşmesinin oluşması için ulaştırma ve konaklamaya ek olarak bunlara yardımcı sayılmayan en az iki hizmetin birlikte olması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ulaştırma veya konaklamanın mutlaka paket tur içinde olması gerektiği gibi bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerden en az birisinin yani toplam iki edimin paket tur hizmeti içinde olması gerekir¹⁵.

¹⁴ Oktay, s.8.

¹⁵ “Brüksel Sözleşmesinin m.1 hükmünün birinci fıkrasının ikinci bendinde **Alman Medeni Kanununun 651/a paragrafının birinci fıkrasına ve İsviçre Götürü Kanununun (Aslı Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18 Juni 1993) (Sabit Bedelli Gezilere İlişkin Federal Kanun)**m.1 hükmüne göre, bir seyahat düzenleme sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için gerekli olan en önemli şart, seyahat etmenin bir bütün olarak yerine getirilmesidir. Seyahat düzenleme sözleşmesini bu şekilde tarif edilmesi onun hem bireysel seyahat edimlerinden hem de sadece aracılık faaliyetlerinden ayırt edilmesinde önemli ve açıklayıcı rol oynamaktadır.”, İ.Yılmaz Aslan: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 327; Yurt: s.29; Oktay: s. 8.

Edimlerin bütünlüğü unsuru temel olarak, seyahat düzenleme sözleşmesine göre tur düzenleyen tarafından yerine getirilmekle yükümlü bulunan birden çok edimin bir bütün halinde mevcut olması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁶.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda iki hizmetten biri konaklama veya ulaştırma olarak belirtilmişse de bunlara yardımcı sayılmayan diğer hizmetler belirtilmemiş sadece bu iki asli hizmete yardımcı olmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu iki hizmete yardımcı olabilecek herhangi bir asli edim paket tur sözleşmesinin oluşması için yeterlidir. Paket tur sözleşmeleri bakımından asli edim niteliğindeki diğer hizmetlere örnek olarak; gezdirme, gösteri veya spor müsabakası izlettirme, rehberlik yapma, sportif ve kültürel faaliyetler düzenleme edimleri sayılabilecektir.

Bir asli edim ile bir yan edimin birlikte ifa edilmesi halinde edimlerin bütünlüğü unsurunun gerçekleşmediği kabul edilir. Örneğin tren ile yapılan bir ulaştırma hizmetinde tüketicinin trenin yataklı vagonundan yararlandırılması, uçak bileti alınması halinde, uçakta yemek verilmesi; ulaştırma hizmetine yardımcı hizmetler olduğundan asli bir edim olarak değerlendirilmeyecektir. Çünkü bu örneklerde uçakta yemek verilmesi veya vagona kalma, ulaştırma edimlerine bağlı asli nitelikte olmayan yan edim niteliğindedirler. Ancak büyük gemilerde yapılan turistik seyahatlerde durum farklıdır. Bu turlarda ulaştırma, konaklama, yedirip içirme edimlerinin yanında paket turun amacına uygun başka faaliyetlerde düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu edimler bütünlük unsurunun oluşmasını sağlamaktadır¹⁷.

B. Asli Edimlerin Birbiriyle Birleşimi Unsuru (Hizmetlerin Birlikte Sunulması)

Seyahat düzenleme sözleşmesinin varlığı için, seyahat düzenleyenin iki asli hizmeti gerçekleştirmesi ve bu iki hizmetin bir bütün oluşturması gerekmektedir¹⁸. Bu hizmetler birbirinden bağımsız ve ayrı olarak ifa ediliyorsa paket

¹⁶ Yahya Deryal: Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2008, s. 124; Yurt: s. 44; Vardar Hamamcıoğlu: s. 279; Sayın: s. 37; Pekmez: s. 18; İlhan Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006, s. 474 .

¹⁷ Aslan: s. 327; Yurt: s. 48-49; Oktay: s. 9.

¹⁸ Aslan: s.328; Yurt: s. 50-51.

tur sözleşmesinden bahsedilemez. Ancak bireysel seyahat edimlerinin önceden oluşturulmuş bir bütünlük ya da sonradan seyahat edenin arzusuna göre birbiriyle bağlantılı bir edim paketi şeklinde yerine getirilmesi halinde seyahat düzenleme sözleşmesinden söz edilir.

Söz konusu hizmetler program dâhilinde seyahat düzenleyen tarafından sunulmakla birlikte, bu edimlerin ifası çoğu zaman paket turu düzenleyen kişi tarafından yapılmamaktadır. Farklı edimlerin farklı kişiler tarafından sunulması söz konusudur. Fakat bu durumdan edimlerin birleşimi unsurunun yerine getirilmediği sonucu çıkarılmaz. Çünkü paket turu organize eden ve programın bütünü oluşturana, paket turu düzenleyen kişidir. Edimlerin farklı nitelikte olması sebebiyle farklı kişiler tarafından yerine getirilmesi paket tur sözleşmesinde asli edimlerin bütünlüğü olması durumunu zedelememektedir.

C. Ücret Unsuru

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da paket tur sözleşmesinin tanımı yapılırken 'her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satınının vaat edildiği' ibaresi yer almaktadır¹⁹. Dolayısıyla paket tur sözleşmesi içerisinde yer alan hizmetlerin karşılığının her şey dâhil ücretle kararlaştırılması zorunlu unsur olarak gösterilmiştir. Paket tur sözleşmelerinde tüketicinin temel borcu, ücret ödenmesidir²⁰. Kanunda yer alan her şey dâhil ibaresiyle anlatılmak istenen; paket tur sözleşmesi içerisinde yer alan hizmetlerin ayrı ayrı fiyatlandırılması yerine bir bütün halinde ücretlendirilmiş olmasıdır. Her bir seyahat edimi için ayrı ayrı ücret ödenmesi halinde, artık paket tur sözleşmesinden söz edilemez. Şayet ayrı ayrı ücret ödenmesi durumu söz konusu olsaydı seyahati düzenleyen tarafın, yaptığı sözleşme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamı dışına çıkarması mümkün olabileceğinden, bu durum tüketicinin korunması amacıyla bağdaşmayan bir sonuç doğurabilecektir.

Paket tur sözleşmesine dâhil olan hizmetlerin karşılığında tüketicinin tek bir ücret ödemesi seyahat edimlerinin bir bütün oluşturacak şekilde ifa edildi-

¹⁹ Doktrinde "sunma" yerine "satma" kavramının kullanılması eleştirilmektedir. Ceylan: s. 244.

²⁰ Pekmez: s. 25; Özdemir: s.70; Öksüz: s. 343.

ğine karine teşkil eder. Söz konusu ücret niteliği itibari ile götürü ücreti²¹ ifade etmektedir. Seyahat düzenleyen birden çok edimi bir anda yüklenirken, bu edimlerin karşılığında tek bir tutar söz konusu olmaktadır²².

Kanunda yer alan “her şey dâhil fiyat” kavramı ile amaçlanan seyahat sözleşmesini düzenleyen tarafın daha sonra kararlaştırılan ücreti dürüstlük kuralına aykırı şekilde arttıramamasıdır.

Paket tur sözleşmelerinde sözleşmeye “her şey dâhil” gibi ifadeler eklenmiş de olsa uygulamada genel olarak sözleşmenin içeriğine dâhil olan unsurlar ve dâhil olmayan unsurlar tüketiciye birlikte sunulmaktadır.

6098 Sayılı TBK m.99 hükmü uyarınca sözleşmenin konusu bir miktar para borcunun yerine getirilmesi olduğu için bu borcun Ülke parası ile ödenmesi gerekmektedir. Ancak bu kural emredici nitelikte değildir. Bu sebeple sözleşme ile taraflar para borcunun başka bir ülke parası ile de ödenmesini kararlaştırabileceklerdir²³.

Ücretin bir defada ödenmesi mümkün olduğu gibi taksitler halinde ödenmesi de mümkündür. Ücretin geç ödenmesi durumunda paket tur satın alan kişi faiz ödemek zorunda kalabilecektir.

D. Süre Unsuru

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun; paket tur sözleşmesinde süre unsurundan bahsederken; hizmetin yirmi dört saatten uzun bir

²¹ Tüketici tarafından götürü ücret ödenmesinin seyahat düzenleme sözleşmeleri bakımından zorunlu unsur olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, paket turun temel niteliğini veren unsurlarından en önemlisi seyahat düzenleyene peşinen bir götürü ücret ödenmelidir. (Yurt: s. 52 vd., Oktay: s.12; Deryal: s. 124.) Buna karşın diğer bir görüş, kanundaki düzenlemeye rağmen götürü ücretin zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemesi yönündedir. Götürü ücretin zorunlu unsur olarak kabul edilmesi halinde, seyahat düzenleyen tarafından seyahat programında keyfi olarak değişiklik yapılmasının yolu açılmış olmaktadır. (Yurt: s. 52; Vardar Hamamcıoğlu: s. 281; Sayın: s. 53); Kanımızca götürü ücret paket tur ile sunulan hizmetin tek bir fiyat oluşturulmasının sağlanmasına hizmet etmekte, tüketicinin fiyat değişikliklerine karşı korunmasını da sağlamaktadır. Bu bakımdan tüketicinin korunmasını sağlamaya yarayan götürü ücretin paket tur sözleşmelerinde kabul edilmesi yerinde bir uygulamadır.

²² Yurt: s. 133.

²³ Pekmez: s. 52; Yurt: s. 133.

süreyi kapsamaması veya gecelik konaklamayı içermesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla paket tur sözleşmesine konu hizmetlerden en az bir tanesi konaklamaya ilişkin olmalıdır. Ya da paket tur sözleşmesi olarak bir sözleşmenin nitelendirilebilmesi için; konaklama yapılmayacaksa bile, seyahatin süresinin yirmi dört saatten uzun olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu süre unsurlarına uygun olmayan bir tur, örneğin günübirlik turlar TKHK anlamında seyahat sayılmayacak ve genel hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.

IV. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Paket tur sözleşmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme türlerinden birisi olmaması sebebiyle isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Doktrinde tartışılan husus paket tur sözleşmesinin hangi isimsiz sözleşme ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği noktasındadır. Bazı hukukçular sözleşmeyi karma sözleşme²⁴ olarak kabul ederken²⁵, bazı hukukçular bu sözleşmeyi sui generis sözleşme²⁶ olarak adlandırmaktadır²⁷.

²⁴ “Karma sözleşmeler, yasalarda düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin değişik öğeleri, yasada öngörülmeleyen biçimde bir araya toplayarak oluşturulan sözleşmelerdir. Bu çeşit sözleşmeler, her ne kadar değişik sözleşme tiplerine ilişkin öğeler içermekte iseler de kendileri öğelerini taşıdıkları sözleşme türünden farklı bağımsız bir nitelik taşımaktadırlar.” Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 16; Cevdet Yavuz: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 25; Fahrettin Aral- Hasan Ayrancı: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 58; Murat Aydoğdu- Nalan Kahveci: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 38–39; Fikret Eren: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.23.

²⁵ Zevkliler- Gökyayla: s. 18; Havutçu: s.27 vd.; Oktay: s. 49.

²⁶ “Bu gibi sözleşmeler yasada düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin öğeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermezler ve kendilerine özgü öğelerden oluşurlar. Bu gibi sözleşmelerle ilgili olarak taraflar arasında bir sorun doğarsa, bu sorunun nasıl çözümleneceği sorusunu yanıtlamak güç olacaktır. Bu sözleşmeler yasada düzenlenmedikleri gibi, içerdikleri öğelere ilişkin de kanunda herhangi bir düzenleme olmaması sorunların çözümünde güçlük arz etmektedir.” Zevkliler- Gökyayla: s. 11; Yavuz: s. 29; Aral- Ayrancı: s. 57; Aydoğdu- Kahveci: s. 24–25; Eren: s.17.

²⁷ “Paket tur sözleşmesi sunmuş olduğu hizmetleri tek tek sunmamakta aksine hepsini bir bütün olarak paket turu satın alan kişiye takdim etmektedir. Sözleşme incelendiği zaman eser sözleşmesi, uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesi hükümleri ve hatta bazı özel durumlarda kira sözleşmesi hükümlerinin de uygulanması dolayısıyla nitelik olarak bu üç sözleşmeden farklı hükümlerin uygulanması söz konusudur. Sözleşme her ne kadar kanunda tanımlanmış ve incelenmiş sözleşmelerin özelliklerini taşımakta ise de aslında unsurlarını taşıdığı sözleşmeden tamamen farklı bir niteliğe sahiptir. Bu sebeple sözleşmenin “sui generis” olarak nitelendirilmesi ve değerlendirilmesinin yapılması daha uygundur.” Oktay: s. 55; Yavuz: s. 30; Halil Can- Semih Güner: Turizm Hukuku, Ankara 1997, s. 224 vd; Yurt: s.114;

Kanımızca paket tur sözleşmeleri paket turu satın alan kişiye birden fazla edimi sunmaları ancak paket tur düzenleyicisinin sunduğu hizmetler karşılığında sadece para talep etmesi karşısında karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Eğer kanun tarafından düzenlenmiş sözleşmenin unsurları, taraflarca kanunun öngörmediği tarzda bir sözleşme ilişkisinde bir araya getiriliyorsa ortada bir karma sözleşme var demektir²⁸. Bu tür paket tur sözleşmelerinde sunulan birden fazla edimin karşılığında ivaz olarak bir miktar para ödendiği için de karma sözleşmenin bir alt türü olarak kombine sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir²⁹.

V. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNDE TARAFLAR VE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Sözleşmenin Tarafları

1. Paket Turu Satın Alan Kişi

Paket turu satın alan kişi; paket turu düzenleyenin sunmuş olduğu hizmetlerden yararlanan ve bu hizmetler karşılığında da paket turu düzenleyene belirli bir ücret ödeme yükümlülüğü altına giren kimsedir. Paket turu satın alan kişi, acentenin düzenlediği seyahati doğrudan perakendeci seyahat acentesinden veya aracı seyahat acentesi yoluyla belirli bir ücret karşılığında satın alan kişidir³⁰.

Aslan: s. 335.

²⁸ Erol Cansel- Çağlar Özel: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.68. yazarlar bu hususu şu şekilde açıklamaktadırlar (s. 68-69): “karma sözleşmeler ya birkaç sözleşmenin bir araya gelerek bir tarafın her bir sözleşmenin gereğini ifa etmesine karşılık diğer tarafın genel olarak para ödemesi sonucunu doğuran ikiz sözleşmeler (kombine sözleşmeler) olabilir. Örneğin pansiyon sözleşmesinde kira+hizmet+yiyecek satımı=para veya garaj işletenle yapılan sözleşmede otomobilin muhafazası (saklama)+bakımı (hizmet)+ onarımı (eser)= para gibi. Ya da her biri diğerinden ayrı bir sözleşme tipine ait edimlerin değiştirilmesi (mübadalesi) söz konusu olan iki tipli sözleşmeler olabilir. Örneğin kapıcı sözleşmesinde kapıcı kalorifer yakma, alış veriş, temizlik işlerini üstlenir. (hizmet sözleşmesi unsuru) buna karşılık apartmanın bir dairesinde oturur. (kira sözleşmesi unsuru)

²⁹ “Seyahat düzenleme sözleşmesi: Taşıma (vekâlet veya istisna), otel temini (kira) ve yemek (satış) unsurlarını içermesi sebebiyle karma kombine sözleşme olarak değerlendirilmelidir.”, Aral- Ayrancı: s.59; “Seyahat sözleşmesinde de seyahat düzenleyen kişi (genellikle tur operatörü), bedel karşılığında seyahat düzenlemeyi (eser veya vekâlet), yatacak yer verme (kira) ve yemek verme (ard arda teslim koşuluyla satış) edimlerini üstlenmektedir”; Aydoğdu- Kahveci: s. 40; Eren: s. 27.

³⁰ Yurt: s.39; Gökçen Bilge Özdemir: “Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve

Paket turu satın alan kişi paket turun sunmuş olduğu hizmetlerden yararlanan ve bu yararlanmanın yani kendisine sunulan hizmetin karşılığında paket turu düzenleyen kişiye belirli bir ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Paket turu satın alan kişi aynı zamanda sözleşmede tüketici konumundadır³¹. Ancak tüketici dışında kalan kişiler de paket tur sözleşmesi kapsamında tüketici olarak değerlendirilebilecektir. Sadece paket tur sözleşmesinde tüketici sıfatına genel anlamından farklı bir anlam verilmiştir. TKHK sadece paket tur sözleşmesinde tüketici sıfatına genel anlamından farklı bir anlam vermiştir. Paket tur sözleşmelerinde ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilmektedir. Bu durumda iş gezisine çıkan kişiler, bir şirket ortağı olarak iş amaçlı tur toplantılarına, kongre, seminer vb. toplantılara katılan kişiler de paket tur sözleşmesinin unsurları bulunmak kaydıyla paket tur sözleşmesine ilişkin korumasından ve yargılama kolaylığından faydalanabilecektir.

Paket tur sözleşmesi de sözleşme olması sebebiyle sözleşmenin tarafı olan kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler bu sözleşmeyi yapabileceklerdir. Tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin ise bu sözleşmede paket turu satın alan kişi konumunda olamayacaklarının kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Paket Tur Düzenleyicisi

Paket tur sözleşmelerinin bir tarafı seyahati düzenleyen paket tur düzenleyicisidir. Paket tur sözleşmelerini düzenleyen TKHK da paket tur düzenleyicisi için herhangi bir sınırlama getirilmemiş de olsa Paket Tur Yönetmeliği'nde bir nitelendirme yapıldığı görülmektedir. Paket tur düzenleyicisinin paket turları düzenleyen ve bu turları kendisi veya aracısı vasıtasıyla satışa sunan gerçek veya tüzel kişi olması gerektiği belirtilmiştir.

Paket tur düzenleyicisi, düzenleme işini kendi ad ve hesabına yapmaktadır. Paket turu satın alan kişinin vaat edilen seyahatin, başladığı günden, bitimine kadar olan süre içerisinde başarılı geçmesinden doğan sorumlu-

Hakları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011, S.2, s. 66.

³¹ 6502 sayılı TKHK da tüketici;" Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır.

luk paket tur düzenleyicileri üzerindedir.

Paket tur düzenleyicisi sıfatının kazanılması için, seyahat düzenleme olgusunun sık sık tekrar edilmesine gerek yoktur. Bir kimsenin, diğer unsurlarında bulunması şartıyla bir defalık seyahat düzenlemesi, paket tur düzenleyicisi olarak kabul edilebilmesi için yeterlidir.

Paket tur sözleşmesinin tanımından yola çıkılarak, sözleşmenin ana turizm hareketlerinden sadece ikisinin sunulması ile paket tur sözleşmesinin unsurları olduğundan, aynı seyahat içinde iki tane seyahat hizmeti verilerek de 'paket tur düzenleyicisi' olunabilir.

Paket tur düzenleyenin; söz konusu faaliyeti meslek olarak icra etmek yükümlülüğü yoktur. Düzenleyenin açık bir şekilde aracı olduğu belirtilmemiş ve ayrı bir paket tur düzenleyicisi organize ile görevlendirilmemişse; okullar, işletmeler ve dernekler tarafından üyeleri için düzenlenen seyahatler, paket tur sözleşmesi ve düzenleyenler de paket tur düzenleyicisi olarak kabul edilir. Ancak bu gibi kişilerin ticari veya mesleki amaçla hareket etmemeleri durumunda ortada TKHK anlamında bir tüketici sözleşmesi (işlemi)³² niteliğinde bir paket tur sözleşmesinden söz edilemez. Bu durumda bu gibi kişiler genel hükümlere tabi bir paket tur düzenleyicisi olarak kabul edilir. Ancak bu durumda sözleşme TKHK kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Paket tur düzenleyicisi sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür³³ vermek zorundadır. Broşürde paket tur sözleşme-

³² Bu kavram öğretilerde şu şekilde açıklanmaktadır "Tüketici sözleşmesi, taraflarından birini yasa da niteliği belirlenen bir mal ya da hizmeti sunma edimini yüklenen girişimcinin, diğerini de bu edimi mesleki ve ticari olmayan kişisel bir gereksinimini karşılamak amacıyla ivaz karşılığı talep eden tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmedir. Tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek böyle bir sözleşmede tüketici, malı veya hizmeti ticari veya mesleki bir amacın dışında sırf kişisel gereksinimi için, ondan en iyi biçimde yararlanmak, onu tüketmek için elde etmeyi amaçlayan kişidir. Tüketicinin karşı yanını ise malı ve hizmeti en yüksek kazançla paraya çevirmeyi amaç bilen, piyasada örgütlenmiş (organize), profesyonel girişimci (müteşebbis=Unternehmer) oluşturur" (Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014, s. 50,51). Tüketici işlemi hakkında genel ve açıklayıcı bilgi için bkz. Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 39 vd.

³³ Paket tur sözleşmesinin içeriğini düzenleyen tanıtım broşürü verilmesi ile ilgili düzenlemeler hem TKHK hem de Paket Tur Yönetmeliği m.5 hükmünde ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bu hükme göre; (1) Paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce katılımcıya ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunludur.(2) Katılımcıya sunulan broşür veya ekinde; paket turun

sinin içeriği, hangi hizmetleri kapsadığı, hangi hizmetlerin ücrete dâhil olduğu hangi hizmetlerin tur ücreti dışında kaldığına dair tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Paket tur düzenleyicileri veya aracıları, yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmelerinin bir nüshasını kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye vermek zorundadır. Bu hükümden yola çıkılarak paket tur sözleşmesinin yapılabilmesi için şekil şartı zorunluluğu getirildiği, bu şeklin ise sözleşmenin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile saklanacak şekilde hazırlanması olduğu anlaşılmaktadır.

B. Paket Tur Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

1. Paket Turu Satın Alan Kişinin Hak Ve Yükümlülükleri

Seyahate katılanın asıl ve en önemli borcu, almış olduğu hizmetin karşılığı olarak tespit edilmiş seyahat ücretini ödemektir. Seyahat sözleşmesinde belirtilen ücret; seyahat düzenleyen tarafından tek taraflı olarak belirlenmekte olup, seyahat edenin bu ücreti belirlemede herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Seyahate katılanın, seyahat düzenleyenin belirtmiş olduğu şartları kabul etmesiyle taraflar arasında sözleşme kurulmuş olmaktadır.

vergiler dahil toplam fiyatı, ön ödeme tutarı ve kalan bedelin ödeneceği tarih bilgilerinin yanı sıra, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, aşağıdaki bilgilerin de yer alması zorunludur:

- a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri.
 - b) Kullanılan ulaşım araçlarının türü ile yolculuğun sınıfı, hareket ve dönüş tarihleri, saatleri ve yerleri.
 - c) Konaklama tarihleri de belirtilerek konaklamanın türü, yeri, nitelikleri, sınıfı ve bu sınıflandırma Türkiye’de uygulanandan farklı ise bu farklılığa ilişkin uyarı.
 - ç) Yemek planı.
 - d) Yolculukta izlenecek güzergâh.
 - e) Paket turun özelliklerine uygun olarak pasaport, vize, yaş ve sağlık şartlarına ilişkin bilgi.
 - f) Paket turun düzenlenmesi için asgari bir katılımcı sayısı öngörülmüşse bu sayı ve bu sayıya ulaşamadığı takdirde katılımcıya paket turun iptalinin bildirileceği son tarih.
 - g) 14.9.1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununa göre düzenlenmesi zorunlu sigorta ile varsa diğer sigortalara ilişkin bilgi.
 - ğ) Turist rehberliği hizmetlerine ilişkin bilgi.
- (3) Katılımcıya verilen broşürde yer alan bilgiler paket tur düzenleyicisi ve aracısı için bağlayıcıdır.
- (4) Broşürde yer alan bilgiler, sözleşme kurulmadan önce broşürde açıkça belirtilmek ve katılımcıya bildirilmek şartıyla sözleşme kurulduktan sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilebilir.

Seyahat ücreti Türk parasıyla ödenebileceği gibi yabancı ücret belirlenerek de ödenebilir. Taraflar belirlenen ücretin peşin ya da taksitle ödenmesini de kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile belirleyebileceklerdir.

Ücret sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça alacaklı sıfatına sahip seyahat düzenleyenin ikametgâhında yani işyerinde ödenmelidir. (TBK m. 89) Seyahat bedelinin nerede ödeneceği belirlendikten sonra ne zaman ödeneceği sorusu akıllara gelmektedir.

Seyahat bedelinin ne zaman ödeneceği genellikle sözleşmede belirlenmektedir. Bu zamanın belirlenmemesi durumunda ise hizmete göre farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin bilet ücretleri genelde peşin olarak ödenmektedir. Ödenecek ücret sözleşmede yer alan hizmetlerin tümü için belirlenmiştir. Bunun sonradan arttırılamaması bir diğer temel kuraldır. Bunun tek istisnası ise seyahat programında olmayan hizmetler için yapılacak ödemelerdir. Paket tur sözleşmelerinde uygulamada genel olarak ikili bir ayrıma gidilmekte ve tur ücretine dâhil olan hizmetler ve dâhil olmayan hizmetler tüketicinin bilgisine sunulmaktadır. Böylece tüketici daha sözleşme yapılırken ücrete dâhil olmayan hizmet edimlerini görmekte ve sözleşmeyi ona göre imzalamaktadır.

Tüketici ücreti ödeme de gecikirse, temerrüde düşmüş olur ve faiz ödemek zorunda kalır. (TBK m. 88)

Paket Tur Yönetmeliği'ne göre paket tur düzenleyicisi ile paket turu satın alan kişi arasında sözleşme düzenleme zorunluluğu bulunmaktadır³⁴.

³⁴ Paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcılarla paket tur sözleşmesi düzenlemek zorundadır. Paket tur sözleşmelerinde, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde 5 inci maddede yer alan bilgilere ilave olarak aşağıdaki hususlara yer verilmesi zorunludur:

- a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı ve varsa temsilcisi ile katılımcının adı veya unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri.
- b) Paket turun varış yerleri ile belirli bir süre kalınacak olması durumunda tarihleriyle birlikte kalış süreleri.
- c) Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dahil toplam fiyatı.
- ç) 9 uncu maddeye göre fiyat değişikliğinin şartları ve paket tur fiyatına dahil olmayan vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülükler.
- d) Ödeme planı ve şekli.
- e) Katılımcı tarafından sözleşme kurulmadan önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına

2. Paket Tur Düzenleyicisinin Hak ve Yükümlülükleri

Paket turu satın alan kişi, paket tur düzenleyicisi karşısında güçsüz konumda bulunması dolayısıyla gerçekleştireceği seyahat hakkında aydınlatılarak en doğru kararı vermesine yardımcı olunmalıdır. Bu amaçla da turu satın alana tanınan en önemli haklarından bir tanesi, paket tur düzenleyicisi tarafından kendisine broşür verme yükümlülüğüdür.

TKHK seyahat edenin broşürle bilgilendirme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. TKHK'nın m.51 hükmü; "Paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunludur" hükmü yer almıştır. Ancak paket tur düzenleyicisi; seyahat başlamadan ve hatta sözleşme akdedilmeden önce paket turu satın alanın katılmak istediği tur ile alakalı olarak bilgi vermek durumundadır. İşte bu bilgilendirme yükümlülüğünden de tüketiciye broşür vererek kurtulmaktadır. Hangi konularda tüketicilerin bilgilendirileceği ve hazırlanacak broşürlerin ayrıntıları Bakanlık tarafından yönetmelik ile belirlenecektir. Kanunda her ne kadar uygun süreden bahsedilmemişse de ön bilgilendirme paket tur programının başlamasından en az bir iş günü önce yapılmalıdır³⁵.

Paket tur düzenleyicisi; sözleşmeden önce sunulan broşür ve kataloglar veyahut basında yer alan ilanlar ile vaat edilen seyahat edimlerini paket turu satın alana sunmak zorundadır³⁶. Bu belgeler; satılan şeyin belirtilmesi yönünden ticari öneme, hem de yerine getirilen edimler ile ilgili uyumsuzluk olduğunda başvurulacak belgeler olarak hukuki öneme sahiptirler Ancak katalog ve broşürlerde verilmesi gereken bilgiler eksik kalmış ise paket tur düzenleyicisi, sözleşmenin amacı ve MK. md. 2'ye göre bunlarda yer verilmeyen gerekli her türlü bilgiyi vermelidir.

Broşürde yer alan hizmetlerde yapılan değişikliklerin geçerli olabilmesi,

bildirilen ve taraflarca kabul edilen özel talepler.

f) Mücbir sebep halleri ve bu hallerde tarafların hak ve yükümlülükleri.

g) Sözleşmeden dönme ve fesih şartları.

(2) Yurt dışı turlarda sözleşme bedeli döviz cinsinden belirlenebilir. Ödemede hangi kurun esas alınacağı sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca belirlenir.

³⁵ Aydoğdu: s. 161.

³⁶ Aydoğdu: s. 161.

bunun broşürde açıkça belirtilmesi ve sözleşme akdedilmeden tüketiciye bildirilmesine bağlıdır. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenir.

Seyahat için sunulan dokümanlar, reklam fonksiyonu taşımaktadır. Tüketici seçim yaparken seyahat acentesinin yazılı ve görsel basında yaptığı tanıtımlardan yahut gönderdiği broşürden yararlanmış, bu broşürlere güvenmiş ve seçimini yapmıştır. Bu nedenle seyahat acentesi zorunlu nedenler olmadıkça rezervasyona uygun davranmak zorundadır Bu konuda TKHK ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu; gerçeğe aykırı, yanıltıcı reklam ve tanıtım yasağı getirerek, verilen reklamların yalan ve aldatıcı olmamasını hükme bağlamıştır.

Paket turla ilgili mevzuat gereği paket tur düzenleyicisi paket turu satın alan kişiyi yapacağı seyahat ile ilgili bilgilendirmek³⁷ zorundadır³⁸. Bu çerçevede paket tur sözleşmesi kurulmadan önce ve kurulduktan sonra seyahati etkileyebilecek her türlü etken seyahat edene bildirilir. Örneğin yurt dışına düzenlenen seyahatlerde paket tur düzenleyicisi; pasaport, vize, sağlık sigor-

³⁷ Paket Tur Yönetmeliği m. 8 hükmü gereğince; Yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmeleri ile bu Yönetmelik kapsamında yapılan bilgilendirmelerin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya verilmesi zorunludur.

³⁸ Paket Tur Yönetmeliği m. 7 hükmü; Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, turun başlamasından yurt içi turlar için en az yirmi dört saat, yurt dışı turlar için ise kırk sekiz saat önce aşağıdaki konularda katılımcıyı bilgilendirmek zorundadır:

- a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri.
- b) Ara konaklamaların yapılacağı tarih ve yer ile aktarma bilgileri.
- c) Katılımcıya yolculukta belirli bir yer tahsis edildiği hallerde bu yer hakkında ayrıntılı bilgi.
- ç) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının tur yerindeki temsilcisinin veya bir temsilcisi yoksa iletişime geçilebilecek yerel irtibat noktalarının adı, adresi ve iletişim bilgileri, yerel temsilcinin ve irtibat noktasının bulunmaması durumunda katılımcının paket tur düzenleyicisi veya aracısı ile en kısa sürede iletişim kurmasını sağlayacak bilgiler.
- d) Reşit olmayan kişilerin yabancı bir ülkeye seyahat etmesini veya orada kalmasını öngören bir sözleşme yapılmışsa, küçükle veya küçüğün kaldığı yerdeki sorumlu kişi ile doğrudan iletişim kurmayı sağlayacak bilgiler.
- e) İptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dahil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmışsa buna ilişkin bilgiler.

(2) Katılımcıya verilen broşürün veya kurulan sözleşmenin, birinci fıkrada belirtilen bilgileri içermesi ve bu bilgilerin değişmemiş olması halinde, katılımcının yolculuk öncesinde tekrar bilgilendirilmesi zorunlu değildir.

tası konusunda paket turu satın alan kişiyi aydınlatmalı ve yine seyahatin en önemli unsurları olan konaklama, ücret, taşıma ve seyahatin devamını sağlamayacak ölçüde sorunların baş gösterdiği durumlarda paket turu satın alan kişiyi uyarmak ve bilgi vermek zorundadır.

Paket tur düzenleyicisi tecrübeli ve konusunda uzman kişilerden oluşmaktadır. Bu sebeple de seyahatin amacına uygun ve sorunsuz olarak geçmesi için elinden gelen tüm çabayı göstermekle yükümlüdür.

Yurtdışına yapılacak olan seyahatlerde özellikle paket tur düzenleyicisinin bu borcu büyük önem arz etmektedir. Çoğu zaman paket turu satın alanın gideceği ülke ile ilgili çok fazla bilgisi yoktur. Dolayısıyla paket tur düzenleyicisi; gidilecek ülkede meydana gelen her türlü olayı örneğin grev, savaş, deprem gibi seyahati etkileyecek durumlarda paket turu satın alan kişiyi aydınlatmalıdır. Aksi takdirde meydana gelebilecek tüm zararlardan sorumlu olur.

Paket tur düzenleyicisi; insanların şahsen katıldığı bir olgu olması sebebiyle seyahate katılanların şahsi güvenliklerini ve ulaşım hizmetlerini de genellikle üstlendiğinden tüketicileri tatil yapacakları yere bagajlarıyla birlikte en güvenli şekilde getirip götürmek zorundadır. Bu kapsamda, düzenlenen seyahatin her aşamasında, seyahate katılanların güvenlikleri için tedbirler almak, ulaşım araçlarını seçmek, tur öncesi ve süresince denetleme gibi yükümlülükler paket tur düzenleyicisinin borcudur³⁹.

Seyahatin güvenli bir biçimde geçmesinden paket tur düzenleyicisi sorumludur. Genel yaşam riskolarından meydana gelen güvenlik sorunları gezi düzenleyenin garanti yükümlülüğünden doğan dolaysız sorumluluğuna girmez. Ancak riziko ve ihtimaller üzerine bilgi verme borcunun ihlali söz konusu olabilir.

Paket tur düzenleyicisi, paket turu satın alan kişiye karşı yerine getirecek sorumlulukları olduğu kadar, talep edebileceği hakları da bulunmaktadır. Paket tur düzenleyicisi, düzenlediği seyahatin başından sonuna kadar amacına uygun olarak gerçekleşmesi için elinden geleni yaparak seyahat edeni memnun etmeye çalışır. Gösterilen çaba ve gayretin karşılığında ise paket tur

³⁹ Hossein Askari: http://www.bath.ac.uk/e-journals/jtep/pdf/Volume_V_No_1_40-51.pdf;

düzenleyicisinden ücret isteme hakkı bulunmaktadır. Ücretin kararlaştırılan günde ödenmemesi halinde paket turu düzenleyenin faiz isteme hakkı da bulunmaktadır. Faizin oranı sözleşmede belirlenmişse bu oran dâhilinde, belirlenmemişse yasal faiz oranındaki faizi isteyebilir.

Paket tur düzenleyicisi paket turu satın alan kişiye sigorta hizmeti de sunmakla yükümlüdür.

VI. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Seyahat düzenleyenin veya seyahat edenin ölümü ve fiil ehliyetini kaybetmesi konusunda sözleşmenin akıbetinin ne olacağı ile ilgili bir düzenleme TKHK da mevcut değildir⁴⁰. Kanımızca seyahat edenin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi durumlarında sözleşme sona erecektir.

Seyahat düzenleyen paket tur düzenleyicisinin iflas etmesi halinde paket tur sözleşmesi kanımızca sona erecektir.

Sözleşmenin olağan sona erme hali sözleşmenin ifa edilmesidir. Seyahat edenin geziden beklediği amacı elde ederek paket tur bedelini ödemesi, seyahat düzenleyenin ise taahhüt etmiş olduğu edimleri tam ve gereği gibi ifa etmesi ile paket tur sözleşmesi ifa ile sona erecektir⁴¹. Sözleşmenin eksik ifa edilmesi halinde ne olacağı Paket Tur Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Paket Tur Yönetmeliği m. 12 hükmüne göre; “Katılımcı, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksikliği bağımsız hizmet sağlayıcısına ya da paket tur düzenleyicisi veya aracısına derhal bildirmek zorundadır. Bu eksiklik giderilmediği takdirde katılımcının sözleşme bedelinden indirim talep etme hakkı vardır. Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, paket tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde, paket tur düzenleyicisi veya aracısı paket turun devam etmesi için katılımcıya ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler sunar ve katılımcıya teklif edilen hizmetlerle sunulan hizmetler arasındaki farkı tazmin eder. Katılımcı alternatif düzenlemeyi kabul etmeyerek sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda paket tur düzenleyicisi veya

⁴⁰ Pekmez: s. 101.

⁴¹ Oktay: s. 203; Pekmez: s. 102.

aracısının ücret talep etme hakkı sona erer ve yapılmış olan ödemeler sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren katılımcıya en geç on dört gün içinde iade edilir. Ancak paket tur düzenleyicisi veya aracısı o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için katılımcıdan hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda, paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcının paket tura başladığı yere veya üzerinde anlaşılan başka bir yere ücretsiz naklini sağlamak ve zorunlu konaklama olması halinde yapılan giderleri karşılamakla yükümlüdür”.

Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi⁴² veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına⁴³ da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur. Seyahat edene birden çok durumda sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Paket tur sözleşmelerinde sözleşmenin ayakta tutulması ilkesine

⁴² Paket Tur Yönetmeliği m. 10 hükmü; “Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından paket turun başlamasından önce, katılımcıdan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler ile 9 uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği hariç diğer fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak nitelendirilir.

(2) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini katılımcıya derhal bildirmesi zorunludur.

(3) Sözleşmenin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi halinde katılımcı, bu değişikliği kabul edebileceği gibi, yapılan değişikliği kabul etmediğini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek koşuluyla aşağıdaki seçimlik haklardan birisini kullanabilir:

a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma.

b) Fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma.

c) Herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme.

(4) Sözleşmeden dönülmesi halinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, sözleşmeden dönme bildirimimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren katılımcının ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın en geç on dört gün içerisinde iade etmesi zorunludur.

⁴³ “Sözleşmeden dönme, karşılıklı sözleşme ilişkisinin yenilik doğurucu bir işlemle, geriye etkili (ex-tunc) olarak çözümlenir. Dönme ya tarafların özel bir biçimde anlaşması ya da yasanın doğrudan bu hakkı tanımasıyla olur. İsviçre/Türk sorumluluk hukukunda, sözleşmeden dönen alacaklının, borçlu-sundan ayrıca bir zarar giderimi isteyebileceği fakat bunun “menfi zarar” biçiminde tazmin edileceği kabul edilmektedir” Cansel-Özel, Borçlar Hukuku, s. 294’dan naklen.

öncelik tanındığı için dönme hakkının kullanılması dönmeye alternatif olarak sunulan seçimlik hakkın kullanılmasının mümkün olmaması veya seyahat edene herhangi bir fayda sağlamaması şartları aranmaktadır. Dönme hakkı ilk olarak; sözleşmenin iptal edilmesi veya esaslı unsurlarından birinin değişmesi halinde seyahat edene tanınmış bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda seyahat eden alternatif bir turu kabul etmek zorunda değildir. İfa öncesi turun iptal edilmesi durumunda derhal bildirimde bulunularak sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bu durumda seyahat düzenleyicisi dönme bildiriminden kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhal iade etmek zorundadır. (TKHK m. 51/6) Paket tur esnasında edimlerin yerine getirilmemesi veya getirilemeyeceğinin anlaşılması halinde de seyahat eden sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. (TKHK m.51/7)

Tüketicinin, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksiklik nedeniyle bedelin indirilmesini talep etme hakkı vardır⁴⁴. Paket tur düzenleyicisinin, tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde tüketici sözleşmeden dönebilir. Bu hâllerde paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer. Yapılmış olan ödemelerin sözleşmeden döndüğü tarihten itibaren tüketiciye derhâl iade edilmesi zorunludur. Ancak paket tur düzenleyicisi o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için tüketiciden hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir.

14.9.1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket

⁴⁴ Fiyat değişiklikleri Paket Tur Yönetmeliği m. 9 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; “Sözleşmede yer alan fiyat; fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça sözleşmede belirtilmesi, fiyat değişikliğinin gerekçesinin ve nasıl hesaplanacağına ilişkin sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde katılımcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi koşuluyla sözleşme bedelinin yüzde beşini geçmeyecek şekilde aşağıdaki hallerde değiştirilebilir:

- Sözleşme bedelinin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik paket turlarda fiyat değişikliğinin döviz kurunda meydana gelen olağandışı değişikliklerden kaynaklanması.
- Fiyat değişikliğinin yakıt giderlerindeki olağandışı değişikliklerden kaynaklanması.
- Fiyat değişikliğinin liman, havaalanı gibi yerlerde tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerde meydana gelen değişikliklerden kaynaklanması”.

tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.

Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.

Ön bilgilendirme, sözleşmenin içeriği, paket turun devri, sözleşmede değişiklik yapılmasının koşulları ve bu hâllerde tüketicinin hakları, paket turun iptal edilmesinin sonuçları, paket tur düzenleyicisinin ve aracısının sorumlulukları, tüketicinin hangi hâllerde tazminat talep edebileceği, sözleşmeden dönme ve sonuçları ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

Paket turu satın alan kişi de paket tur programını almaktan vazgeçebilecektir. Bu durumda paket tur düzenleyicisinin yapılmış olan ödemeleri derhal iade etmesi gerekmektedir. Ancak paket turu satın alan kişi o ana kadar herhangi bir tur hizmetinden yararlanmış ise bunun karşılığında paket turu düzenleyen bir ücret isteyebilecektir⁴⁵.

SONUÇ

Paket tur sözleşmesi, insanların yeni yerler görme arzusu yani keşfetme isteği turizm ve seyahat kavramlarının doğması ile birlikte gelişmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicisi tarafından paket turu satın alan kişiye sunulan hizmetin tamamını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.51 hükmünde düzenlenmiştir. Ayrıca Paket Tur Yönetmeliği ile de paket tur sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızda paket tur sözleşmesinin tanımı, mevzuatta düzenlenişi, sözleşmenin tarafları, hak ve yükümlülükleri ile sözleşmenin sona ermesi inceleme konusu yapılmıştır.



⁴⁵ Aydoğdu: s. 163.

KAYNAKÇA

ARAL, Fahrettin – AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.

ASKARI, Hossein: http://www.bath.ac.uk/e-journals/jtep/pdf/Volume_V_No_1_40-51.pdf.

ASLAN, İ.Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2014.

AYDOĞDU, Murat: Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi, İstanbul 2014.

AYDOĞDU, Murat- KAHVECİ, Nalân: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.

CAN, Halil – GÜNER, Semih: Turizm Hukuku, Ankara 1997.

CANSEL, Erol – ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

CENGİZ, İlhan: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006.

CEYLAN, Ebru: Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara 2004.

DEMİR, Mehmet, Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı; Ulusal Mevzuatla İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Ankara, 2002.

DERYAL, Yahya: Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2008.

EREN SAYIN, Feyza: Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.

HAVUTÇU, Ayşe: “Seyahat Sözleşmesi ve Ayrılmış İfa Halinde Tüketicinin Hakları”, MBD, Temmuz- Ekim 1997, S. 62-63, s.27 vd.

NÖLKE SCHULTE, Hans – MEYER, Leonie: Package Travel Directive, Consumer Law Cöpendium, http://www.eu-consumer-law.org/directivestudy_en.cfm?DirectiveID=2.

OKTAY, Saibe: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997.

ÖKSÜZ, Ömer: “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 19, S.66, 2006, s. 332 vd.

ÖZDEMİR, Gökçen Bilge: “Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların

Borçları ve Hakları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011, S.2.

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014.

PEKMEZ, Kadir Erk: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2014.

SEROZAN, Rona: “Turistik Gezi Sözleşmeleri”, Yargı Dergisi, S.49, Mayıs 1980, s. 20-27.

KLAUS, Tonner, Der Reisevertrag, Kommentar zu 651a-k bgbNeuwied 1979.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, s. 275-304.

YAQUB, Zahd: European Travel Law, New York 1997.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

YURT, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000.

ZEVKLİLER, Aydın – GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

ULAŞIMA MÜDAHALE EDEREK VE ARAÇ KULLANMAK SURETİYLE TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇLARI

*The Crimes of Intentionally Jeopardizing the Traffic Safety Through
Intervention to Transportation and Unsafely Driving of Vehicle*

Dr. Cengiz APAYDIN *

ÖZET

Ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları genel tehlike yaratan suçlardır. Suçların mağduru toplum olup, suçların oluşumu için, fiilde sonucu belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması da aranmış olduğundan, bu suçlar somut tehlike suçu niteliğindedir. Trafik insanların veya eşyaların hareket ederek veya ettirilerek taşınması olup, trafik suçlarının işlenme yeri, ücretli veya ücretsiz olarak araç kullanıma özgülenmiş ve herkesçe kullanıma açık olan alanlarıdır. Ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları, karayolu trafiğinin güvenliğini ve düzenini korurken, ayrıca trafikteki kimselerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı güvenliği de korunmayı amaçlamaktadır. Suç tiplerinin objektif unsurlarının ve bu bağlamda tehlikenin kasten gerçekleştirilmesi şart olup, doğrudan kast veya olası kastın varlığı yeterlidir. Ulaşım müdahale ederek veya araç kullanmak suretiyle meydana getirilen tehlikenin kasten gerçekleştirildiği, failin bunun bilincinde olduğu ispatlanmalıdır. Failin hareketleriyle kendisini tehlikeye sokması, kastını ortadan kaldırmaz. Suç tipleri somut tehlike suçları olduğu için, meydana getirilen tehlikenin de somut olması, failin de somut bir tehlikeyi meydana getirdiğini düşünüp öngörmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları, somut tehlike suçu, soyut tehlike suçu, trafik kavramı, trafik güvenliği ve düzeni, suç kastı.

ABSTRACT

The offences of intentionally jeopardizing the traffic safety through intervention to transportation and unsafely driving of vehicles constitute public jeopardizing of-

* Cumhuriyet Savcısı, drcengizapaydin@gmail.com

fences. The victim of such offences is the society, and they pose the concrete endangerment nature as the formation of such offences requires the emergence of a danger or threat to the lives, health or properties of an unknown number of persons as a consequence of the related act.

Traffic is defined as the transportation of people or goods through moving or being driven, and the venue of commitment of traffic offences are the public domains allocated for driving of vehicles freely or on paid basis. The identification and penalization of offences of intentionally jeopardizing the traffic safety through intervention to transportation and unsafely driving of vehicles are intended to maintain the safety and order in road traffic and to protect the lives, health or properties of the persons in the traffic. The formation of the said offences essentially require the objective elements of the offence types and, in that context, the actual occurrence of danger; and the presence of either direct intent or eventual intent would suffice for such formation. It must be proven that the endangerment through intervention to traffic or unsafely driving of vehicles was committed intentionally, and the perpetrator was aware of such commitment. The perpetrator's having also endangered himself/herself through his/her actions does not eliminate the intent. Given the fact that the said offences are of concrete endangerment type; the danger created should also be concrete, and the perpetrator should have considered and foreseen the creation of such concrete danger.

Key Words: The offences of intentionally jeopardizing the traffic safety through intervention to transportation and unsafely driving of vehicles, concrete endangerment offence, abstract endangerment offence, the concept of traffic, traffic safety and order, criminal intent.



I. GİRİŞ

Ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda yer alan önemli suçlardandır. Bu suçlar trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu başlığı altında, TCK' nın Toplum Karşı Suçlar kısmının Genel Tehlike Yaratan Suçlar başlığını taşıyan birinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu itibarla ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları genel tehlike yaratan suçlardandır. Kara, deniz, hava ve demir-

yolu ulaşımının çeşitlenmesi ve yaygınlaşması toplum yaşamında hız ve rahatlık sağlamaktadır. Ancak bu yaygınlaşma ve çeşitlenme, insan sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeleri de artırmaktadır. Bu nedenle, bu alan giderek artan oranda hukuk kurallarıyla düzenlenmeye çalışılmaktadır¹.

Ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçlarının oluşması için bir ya da birkaç kişinin ölmesi, belirsiz sayıda kişinin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin meydana geldiğini kabule yeterli değildir. Eğer fiil sonucu belirsiz sayıda kişinin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin meydana geldiği belirtiliyorsa TCK'nın 179. maddesinde yazılı suçun olduğu kabul edilmelidir². Belirsiz sayıda kişinin tehlikeye maruz kalıp kalmadığı, somut olayın özelliklerine göre, olayın meydana geldiği yer ve zamana göre her olayda hâkim tarafından değerlendirilmelidir³.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda trafik güvenliğini düzenleyen maddeler aynı biçimde olmasa da benzer nitelikte, ancak birden fazla maddede olmak üzere hem cürüm hem de kabahat olarak bulunmaktaydı. Nitekim yürürlükteki 5237 Sayılı TCK'nın 179. maddesinin karşılığı kısmen mülga Kanun'un 385, 386, 387, 388, 392 ve 565. maddelerinde düzenlenmiştir⁴. Suç karşılığında ön-

¹ Centel ,N, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu, Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Sayı:2, Seçkin Yayınları, İstanbul 2012, s. 155.

² Kaymaz, S/Gökcan, H, T 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.211.

³ Kaymaz /Gökcan, s. 212.

⁴ 765 Sayılı TCK'nın 385. maddesi," Bir kimse kasten demiryolu üzerine bir şey koyarak yahut rayların makaslarını kapayarak veya açarak yahut yanlış işaretler vererek veya her ne suretle olursa olsun bir hareket yaparak bir kaza vukuu tehlikesine meydan verirse beş seneye kadar ağır hapse mahkûm olur. Eğer kaza vukua gelmiş ise ağır hapis cezası beş seneden on seneye kadardır".

765 Sayılı TCK'nın 386. maddesi," Bundan evvelki maddede yazılan fiil bir veya birkaç şahsın yaralanmasına veya ölmesine sebep olmuş ise birinci takdirde ceza yarısına kadar çoğaltılır ve ikinci surette on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası hükümlenir".

765 Sayılı TCK'nın 387. maddesi," Bir kimse kasten demiryoluna yahut makinelerine ve arabalarına veyahut işletilmesi için muktazi olan alât ve edevata bir zarar verirse bir aydan beş seneye kadar hapse mahkûm olur".

765 Sayılı TCK'nın 388. maddesi," Seyir ve harekette bulunan katarlara karşı katı veya ateşli cisimler veya silâh atanlar üç seneye kadar hapsolünür".

765 Sayılı TCK'nın 392. maddesi," Geçen maddelerde yazılı olan fiillerden başka her kim bir surette karada ve denizde âmmenin münakalâtına mahsus yolları ve eserleri tamamen veya kısmen bozarsa veya kullanılamayacak bir hale getirir veya bu maksatla mürasêlâtın

görülen cezalar her iki Kanun' da da farklıdır. Ancak 765 Sayılı Kanunu'nda düzenlenen kabahat türünden suçla ilgili ceza hariç, genelde suçun cezası ağırdır ve özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak öngörülmüştür. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ilgili suçlar, "Trafik güvenliğini tehlikeye sokma" başlığı altında özel hükümler kitabında, topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın genel tehlike yaratan suçlar başlıklı birinci bölümünde TCK'nın 179.maddesinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere sözkonusu suçlar 5237 Sayılı Kanunu'nda kasıtlı hali-ne ilişkin bir maddede ele alınarak düzenlenmiş ve sadeleştirilmiştir⁵.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/1-2. maddesi ve fıkralarında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları başlığı altında ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları ayrı suç türleri olarak düzenlenmiştir.

A. Zarar ve Tehlike Suçu

Hareketin sonucu, zarar veya tehlike şeklinde gerçekleşebilir⁶.Suçlar birçok hukuksal değeri korurlar. Suçlar, kanuni düzenlemelerle korunan hukuksal değerin uğradığı sınırlamanın yoğunluk derecesine göre, zarar ve tehlike suçları olarak birbirlerinden ayrılırlar. Bu bağlamda zarar suçlarında, korunan hukuksal değer bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılması (zarar görmesi) şarttır. Zarar suçları aynı zamanda netice suçu niteliğine sahiptir⁷. Zarar suçlarında hareketin konusu gerçek bir değer kaybına maruz kalmaktadır. Zarar veya değer kaybını olumsuz, kötü sonuç ve ziyan olarak anlamak gerekir. Ö-

teminine mahsus olan şeylerin mahallerini tebdil ederse üç aydan beş seneye kadar hapse mahkûm olur".

765 Sayılı TCK'nın 565. maddesi,"Bir kimse caddelerde ve umumun gelip geçtiği yerlerde veya umuma açık mahallerde hayvanları ve arabaları ve otomobilleri eşhas ve eşyanın emniyetine tehlike verecek tarzda sevk ve idare ederse yirmi güne kadar hafif hapse ve yirmi liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur. Eğer fail ruhsatnameye tâbi arabacı ve şoför ve sürücü ise bir aya kadar meslek ve sanatın tatili cezası da ilave olunur".

⁵ Çakmut, Y, Ö, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK

m. 179-180) Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt:III, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 775.

⁶ Demirbaş, T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara 2013, s. 236.

⁷ Heinrich, B, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör, Ünver,Y,(çev. Hakeri,H/Ünver, Y/Özbek, V,Ö/Çakmut,Ö, Y/Erman, B/Doğan, K/Atladi, R,B /Bacaksız,P /Tepe,İ) Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 92-93.

neğın; insan öldürme, insan yaralama, mala zarar verme, hırsızlık yağma gibi suçlar zarar suçlarıdır⁸. Zarar suçları, suçun unsur veya cezalandırma şartı olarak, dış dünyada değişikliğe sebebiyet veren suçlardır. Bu değişiklik suç normu tarafından korunan hukuki değere zarardır⁹. Zarar suçları geniş anlamda bir neticenin varlığını ve bu suçlarda kast da, anılan tipik neticenin yaratacağı anlamın “bilinmesini” ve “istenmesini” gerektirir¹⁰. Suçun maddi konusunun bir şey olarak belirtildiği hallerde netice, bu konunun zarara uğraması olarak gösterilmiş olabilir. Kanun koyucunun, zarar şeklindeki belirli bir dış değişikliğe suç tanımında yer verdiği suçlara, “neticeli suçlar”, “maddi suçlar” veya “zarar suçları” denir. Bu suç grubunun neticeli suçlar olarak adlandırılması, neticenin maddi zarar olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır¹¹.

Tehlike suçlarında ise, failin hareketi ile bir hukuksal değeri sadece tehlikeye düşürmesi suçun oluşması açısından yeterlidir¹². Tehlike suçlarında fiil, korunan hukuki değer gerçekte bir tahribini oluşturmaz. Ancak korunan değer için bir tehlike oluşturur¹³. Kanun koyucu bazı hukuki değerleri daha etkin bir şekilde koruyabilmek bakımından, bunları ihlal eden davranış dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, suçun konusu üzerinde herhangi bir zararın gerçekleşmesine gerek görmemiş zarar tehlikesini yeterli saymıştır¹⁴. Tehlike suçlarında, hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğraması şart olmayıp, bu konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olması, hareketin suçun konusu üzerinde zarar tehlikesini yaratabilme imkânının varlığı suç tipinin işlenmesi için yeterlidir¹⁵. Örneğin, TCK'nın 170/1.

⁸ Koca, M /Üzülmöz, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 136.

⁹ Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 76.

¹⁰ Ozansü, M, C, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 131.

¹¹ Zafer, H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 199.

¹² Heinrich, s. 93.

¹³ Soyaslan, s. 76.

¹⁴ Doktrinde tüm suçların zarar suçu olduğu iddia edilerek, herhangi bir yasağın ihlalinin hukuk düzenine zarar verdiği belirtilmektedir. Soyaslan, s. 76.

¹⁵ Artuk, M, E/Gökçen, A/ Yenidünya, A, C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s.443; Özgenc, İ, Gazi Şerhi, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006, s. 216-217.

madde ve fıkrasında düzenlenen genel güvenliği tehlikeye sokma suçu bir tehlike suçu olup, eylemin meydana gelmesi sonucunda birilerinin ölmesi veya yaralanması gerekmez. Böyle bir tehlikenin oluşması yeterlidir¹⁶. Tehlike, zarar doğması ihtimalinin bulunmasıdır. Ancak, bu konuda basit bir ihtimal bulunması yeterli görülmemelidir. Aksi takdirde, tehlike kavramı çok genişler. Bu nedenle, tehlike kuvvetli ihtimal halinde söz konusu olabilir¹⁷. Özetle tehlike suçlarında kanun koyucu koruduğu değeri “zarar tehlikesinde” cezalandırmayı gerekli görmüşse, “tehlike suçundan” söz edilir. Tehlike suçlarında hareket, korunan değere henüz bir zarar vermiş olmamakla birlikte, kanun koyucu zarar ihtimali nedeniyle faili cezalandırır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu bu hareketin yapılması ile doğan zarar ihtimalini, yani tehlikeyi gerçekleştirmeyi tek başına suç saymıştır¹⁸. Belirli koşullar altında bir zararın ortaya çıkması olasılığı hakkında varılan bir hüküm olan tehlike kavramı olağanüstü, kural dışı bir durumu ifade etmektedir¹⁹.

B. Somut ve Soyut Tehlike Suçları

Suçun oluşması için hukuki anlamda sadece zarar tehlikesinin doğmasıyla yetinilen suçlara tehlike suçu denir²⁰. Tehlike suçları da kendi aralarında somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere iki alt gruba ayrılmaktadır²¹. Somut tehlike suçlarında, suçta öngörülen netice suç objesinin somut olarak tehlikeye uğratılması söz konusudur. Bu suçlarda bir insan hareketinden kaynaklanan tehlikenin somut olayda ortaya çıkması gerekirken, suç objesinin zarar görmesi bir zorunluluk değildir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu’nun prg. 315/c uyarınca karayolu trafiğinin tehlikeye düşürülmesi²² suçunda olduğu gibi. Somut tehlike suçlarında hareketin suç konusu bakımından bir zarar tehlikesi orta-

¹⁶ Polat, H, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İltimatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 4.

¹⁷ Kunter, N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955, s. 125.

¹⁸ Demirbaş, s. 237.

¹⁹ İçel, K/Evik, A, H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 63.

²⁰ Centel, N/Zafer, H /Çakmut, Ö, Y, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 249.

²¹ Demirbaş, s. 237: İçel/Evik, s. 63.

²² Heinrich, s. 93.

ya çıkarması şarttır. Böyle bir zarar tehlikesi meydana gelmemiş ise, somut tehlike suçundan bahsedilemez²³. Somut tehlike suçlarında, hareketin suç konusu bakımından somut olayda hakim tarafından araştırılıp belirlenmesi gereken, gerçek bir zarar tehlikesini meydana getirmiş olması zorunludur²⁴. Bir zarar tehlikesi oluşmazsa, somut tehlike suçu gerçekleşmez. Bu nedenle, somut tehlike suçlarında hareketin korunan hukuki yarar üzerinde gerçekten tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılır. Burada bir varsayıma dayanılmaz. Dolayısıyla, sadece hareketin yapılmış olması yeterli değildir. Tehlikenin gerçekleşme olanağı bulunup bulunmadığı araştırılır²⁵. Somut tehlike suçlarının somut olarak nitelenebilmesi için, ortada exante etkilenmiş bir hukuki değer söz konusu olmalıdır. Yani zaten tehlikenin üzerinde yoğunlaştığı şey, anılan hukuki değerdir²⁶. Örneğin TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında düzenlenen ulaşım müdahale ederek kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından hukuki değerleri tehlikeye sokma ihtimalinin somut olayın özelliklerine göre gerçekleşmesi durumlarını cezalandırmayı amaçlamıştır. Somut tehlike suçları da neticeli suçlar grubuna girerler ve zarar suçlarının gösterdiği tüm özellikleri gösterirler. Bu nedenle somut olayda, hareketle, bu hareketin yöneldiği maddi konunun zarara uğratılma ihtimali (tehlikesi) arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁷. Somut bir tehlikenin ortaya çıkması, bu şekilde düzenlenmiş suçlarda suçun (maddi) unsurlarından kabul edilir ve bunun sonucu olarak (her defasında somut olarak tespit edilmesi gereken) tehlikeye düşürme, suç failinin kastının kapsam alanında olmalıdır²⁸.

Soyut tehlike suçlarında ise; suç tipinde tanımlanan hareketin yapılması yeterli olup, suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılıp saptanmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, kanun koyucu soyut tehlike suçlarında kanuni tanımdaki hareketin yapılmasıyla suç

²³ Önder, A, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s. 175.

²⁴ Daragenli, V, S, Tehlike Suçları, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 59-60.

²⁵ Önder, 54-55.

²⁶ Ozansü, s. 131.

²⁷ Önder, s. 61; Daragenli, s. 176.

²⁸ Heinrich, s. 93.

konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağını varsaymaktadır. O nedenle bu gibi suçlarda hâkim somut tehlike suçlarında olduğu gibi suç konusu bakımından gerçek tehlikenin varlığını araştırmayacaktır²⁹.

Soyut tehlike suçlarındaki netice, varsayımsal ve harekete uzak bir tehlikenin ibarettir. Bu tip suçların tanımında zarar veya zarar ihtimali (tehlike) şeklinde bir neticeye yer verilmediği, ancak varsayımsal bir tehlike netice olarak kabul edildiğinden, neticenin harekete bitişik olarak ortaya çıktığı kabul edilir. Bu tip suçlarda tehlikelilik, netice olarak suçun maddi, yapısal unsurunu oluşturmayıp, ceza tehdidinin yasal bir dayanağını oluşturur³⁰. Soyut tehlike suçlarına genel tehlike suçları da denir. Soyut tehlike suçları, biçimsel (neticesi harekete bitişik) suçlardandır; nedensellik ilişkisinin ayrıca araştırılması gerekmez. Bu suçlarda, hareketin suçla korunan hukuki menfaati soyut olarak tehlikeye sokmaya elverişli olması yeterlidir³¹.

Soyut tehlike (genel tehlike) suçlarında, ortaya henüz bir zarar çıkmamıştır. Suçun konusuna yönelik bir tehlike söz konusudur. Bu tehlike soyut bir tehlike olarak da ortaya çıkabilir. Eğer bir suç tanımında belli bir tehlikeli davranışın icra edilmesi başlı başına ceza yaptırımının uygulanmasını gerektiriyorsa burada soyut tehlike suçu vardır. Ancak bazı suçlarda tehlike somut bir tehlike olarak çıkar. Bu durumda ilgili suç tanımında belirtilen fiillerin gerçekleşmiş olması failin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Bunun için söz konusu fiiller sonucunda somut bir tehlike çıkması gerekir.

Somut tehlike suçlarında, zarar tehlikesinin “gerçek” olması gerekirken; soyut tehlike suçlarında ise, hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin meydana gelmesine gerek yoktur. Örneğin, “süratli araç kullanan cezalandırılır” şeklindeki bir hüküm, soyut tehlike suçu iken; “süratli araç kullanılarak başkalarını tehlikeye sokanlar cezalandırılır” hükmü, somut tehlike suçudur³².

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu başlığı altında Ulaşım müdahale

²⁹ İçel/Evik, s. 63.

³⁰ Zafer, s. 202.

³¹ Centel /Zafer /Çakmut, s. 251.

³² Hakeri, s. 118.

ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları, TCK'nın Topluma Karşı Suçlar kısmının Genel Tehlike Yaratan Suçlar başlığını taşıyan birinci bölümünde düzenlenmiştir. Suçların oluşumu için, fiil sonucu belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması da aranmış olduğundan bu suçlar somut bir tehlike suçu niteliğindedirler. Aracın sevk ve idaresinin salt trafik düzenine aykırılığı bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır. Bu suçun oluşabilmesi için, aracın trafik düzenine aykırı olarak ve ayrıca kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılması gerekir. Bu suç, trafik güvenliği için öngörülmüş bakım ve onarımlar yapılmadan aracın trafiğe çıkarılması hâlinde de işlenebilir. Ancak bunun için ayrıca gerekli bakım ve onarımı yapılmamış aracın trafiğe çıkarılması suretiyle kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir tehlikeye neden olunması gerekir. Keza gözlerinde ileri derecede görme kusuru bulunmasına karşın her nasılsa sürücü belgesi almış olan bir kişinin bu durumda ulaşım aracını kullanması halinde de somut bir tehlike söz konusu olduğunun kabulü gerekir³³. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/1-2. maddesi ve fıkralarındaki suçlar, genel güvenliği tehlikeye düşüren eylemleri önlemek için kabul edilmiştir. Bu bakımdan, genel tehlike suçu niteliğindedir. Bu suçlarda tehlikenin varlığı aranmış olduğundan somut tehlike suçu niteliğinde düzenlenmiştir³⁴. Tehlikenin mevcut olup olmadığını tayin için, failin bildiği veya bilmesi gereken hususlara bakılmaz. Bunlar ancak manevi unsur açısından önem taşır. Neticenin tehlikeliliği hakkında verilen değer hükmü, sonradan verilir. Olay anındaki koşullara göre (ex ante) hesaplanır. Bu nedenle, sonradan zarar neticesinin gerçekleşmemiş olması, bir tehlikenin var olmadığını anlamına gelmez³⁵.

³³ Parlar, A/Hatipoğlu, M, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, s. 1363.

³⁴ Yaşar, O/Gökcan, H,T/ Aruç, M, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:4, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 5518.

³⁵ Kunter, s. 129-130.

II. ULAŞIMA MÜDAHALE EDEREK TRAFİK GÜVENLİĞİNİ KASTEN TEHLİKEYE SOKMA SUÇU

A. Genel Olarak

Ulaşım müdahale ederek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, TCK'nın Toplum Karşı Suçlar kısmının Genel Tehlike Yaratan Suçlar başlığını taşıyan birinci bölümünde düzenlenmiş olup, kamu esenliğine yönelik bir tehlike suçudur³⁶. Ulaşım müdahale ederek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; "Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir".

B. Suçla Korunması Amaçlanan Hukuksal Yarar

Ulaşım müdahale ederek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile bireylerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlıklarının korunması amaçlanmıştır³⁷. Korunan hukuki değer, trafik güvenliği ve onun etkilediği değerlerdir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu, kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içerisinde akmasının sağlanması yoluyla bireylerin yaşamı, sağlığı veya malvarlıkları açısından meydana gelebilecek tehlikeleri önlemeye yöneliktir³⁸. Bu suçun koruduğu hukuki değerler, trafik güvenliği ve bu çerçevede genel olarak da kamu düzeni ve güvenliğidir. Böylece bireylerin kurallara uygun bir şekilde hareket etmeleri ve trafik güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlardan kaçınmaları amaçlanmıştır³⁹. Trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek eylemler, kişilerin güvenliğini de tehlikeye düşürecek veya zarar verecektir. Dolayısıyla bu suçla kara, deniz, hava veya demiryolu trafiğinde kamu

³⁶ Centel, s. 158.

³⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361.

³⁸ Centel, s. 157.

³⁹ Özbek, V, Ö/Kanbur, M,N /Doğan, K /Bacaksız, P /Tepe, İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 715:Yaşar/Gökcan/Artuk, s. 5519.

güvenliği ve kamu düzeni korunmak istenmektedir⁴⁰. Bu nitelikteki suçlar, toplum olarak yaşayan bireylerin, yaşam tarzlarını korkusuzca, özel korumaya ihtiyaç duymaksızın devam ettirebilmelerini temin etmek için düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla bu amaçla yasalar tarafından belirlenmiş bir suçun işlenmesi, belli bir kişi ya da kişilere değil; belirsiz sayıdaki kişilere yönelik onların ortak değerlerini tehdit eden, tehlikeye düşüren bir özellik taşır. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları bakımından da korunmak istenen hukuki değer belirttiklerimizin yanında trafik güvenliği olarak da karşımıza çıkmaktadır⁴¹. Özetle bu suçla karayolu trafiğinin güvenliği ve düzeni korunurken, ayrıca trafikteki kimselerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı güvenliği de korunmaktadır.

C. Suçun Maddi Unsuru

Güvenli bir trafik akışını sağlamaya yönelik⁴² yetkili makamlar tarafından usulüne uygun olarak konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması halleri seçimlik olarak sayılmıştır.

TCK m.179/1'de sayılan seçimlik hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması bakımından yeterli değildir. Söz konusu hareketlerden birinin yapılması durumunda başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikeye neden olunması gereklidir. Yapılan hareket kanun tarafından koruma altına alınmış hukuksal değer bakımından somut tehlike doğurmamış ise söz konusu suçun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴³. Suç, belirtilen işaretlerin salt kullanılmaz hale getirilmesi, kaldırılması, yola birşey konulması ile oluşmamakta, ayrıca buda vranışların kişilerin hayat, sağlık veya mal varlığı bakımından bir tehlikeye neden olması da gerekmektedir. Somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Trafik işaretleri, trafikte güvenli

⁴⁰ Çakmut, s. 778.

⁴¹ Çınar, Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu, s. 659-660: Yenerer, s. 778.

⁴² İsfen, S, K, Alman Ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 84.

⁴³ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361; Arslan, Ç/Azizağaoğlu, B, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 750.

akışın sağlanması için büyük önem taşımaktadır. Karayolu trafiğinin de işaretlerin ne şekilde kullanılacağı ve işaretlere uyma zorunluluğu 2918 sayılı KTK ile düzenlenmiştir.

Ulaşımın güvenliği için konulmuş bulunan işaretlerin kaldırılması vb. hareketler, o güzergahı kullananlar bakımından büyük bir tehlike yaratmaktadır⁴⁴. Kanuna konu edilen işaretlerin kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak amacıyla konulmuş olması şarttır. İşaretler ışıklı, sesli veya sinyalli olabilir⁴⁵.

Kanunda yer alan “işaret”, trafik işareti olarak anlaşılmalıdır. İşaret kavramına anlam verebilmek bakımından 2918 Sayılı KTK ve ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanılabilir. KTK m. 15 uyarınca trafik işaretleri ile ilgili olarak Trafik İşaretleri Hakkında Yönetmelik çıkarılmış olup trafik işaretleri tanımlanmıştır. Buna göre trafik işaretleri, trafiği düzenlemede kullanılan işaret levhaları, ışıklı ve sesli işaretler, yer işaretlemeleridir (Yönetmelik m.2). Trafik işaret levhası, sabit veya taşınabilir bir mesnet üzerine yerleştirilmiş ve üzerindeki sembol, renk ve yazı ile özel bir talimatın aktarılmasını sağlayan trafik tertibatıdır. Işıklı ve sesli trafik işaretleri ise trafiği düzenlemede kullanılan ışıklı ve sesli, sabit veya taşınabilir, elle kumanda edilebilen veya otomatik çalışan, üzerinde çeşitli renk, şekil, sembol, yazı bulunan ve belirli yanma süresi olan, ışık veya sesle özel bir talimatın aktarılmasını sağlayan trafik tertibatıdır. Nihayet işaretleme (yer işaretlemeleri veya benzerleri) ise taşıt yolu, bordur, ayrıca, oto korkuluk ve kenar taşı gibi karayolu elemanları üzerine, çeşitli renkte, çizgi çizilmesi, şekil ve sembol yapılması, yazı yazılması, yansıtıcı ve benzerleri ile özel bir talimatın aktarılmasıdır.

Trafik işaretleri, karayolunun yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevli kuruluşlarca temin ve tesis edilerek sürekliliği ve işlerliği sağlanır. Görülen eksiklikler ilgili kuruluşlara bildirilerek giderilmesi sağlatılır (KTK m. 15). O halde ilgili kuruluşlar dışında kalanların söz konusu işaretler ile ilgili değişiklik yapabilmeleri mümkün değildir⁴⁶.

⁴⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5520.

⁴⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361.

⁴⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 717.

Kanun kapsamında gerçekleştirilebilecek hareketlere örnek olarak; rayların makaslarının kapatılarak ya da açılarak demiryolu ulaşımının güvenliğini tehlikeye düşürmek, karayolu ulaşımında sürücülere yönelik işaretlerin yerlerinin değiştirilmesi, deniz fenerlerinin konuldukları yerden kaldırılması verilebilir. Yine kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarının kalkış, iniş, varış ya da geçiş yolları üzerine bir şeyler konulması, örneğin barikatlar kurulması da bu nitelikte hareketlerdir. Ulaşım araçlarının teknik iletişim sistemine diğer bir ifade ile aracın hareketini, yavaşlamasını ya da durmasını sağlayan bilgisayar, motor ve benzeri sistemine müdahale ederek belirtilen hukuksal değerler üzerinde somut tehlike yaratmak da suçun oluşmasına sebebiyet verecektir⁴⁷.

TCK'nın 179/1. maddesinde tanımlanan suç, seçimlik hareketli bir suç olup; kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması ile oluşur. Niteliği itibarıyla somut tehlike suçu olan ve TCK'nın 179/1. maddesinde tarif edilen suçun oluşabilmesi için, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından objektif olarak bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları yeterli olup, ayrıca zarar neticesinin gerçekleşmesi şart değildir. Hareketin kişiler üzerinde gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığı, somut olayın özellikleri nazara alınarak hâkim tarafından araştırılıp tespit edilecek, somut bir tehlikenin doğup doğmadığı konusunda değerlendirme yapılacaktır⁴⁸. Her olay bakımından, eylemin somut bir tehlikeye neden olup olmadığının incelenmesi zorunludur⁴⁹. Yargıtay, karayolunda izinsiz olarak ve tehlikeli olabilecek şekilde geçiş veya dönüş yolu açılmasının da bu suçu oluşturduğunu kabul etmiş olup, kararda şöyle denilmektedir: "İki şeritli bölünmüş tek yönlü duble yol olan Aksaray-Ankara E-90 Devlet karayolu üzerinde bulunan Kılıçlar

⁴⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361-1362.

⁴⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 3/7/2013 tarihli, 2012/26160 Esas ve 2013/18279 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

⁴⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5520.

Petrol istasyonu önünde, karayollarından gerekli izin alınmadan ve projeye aykırı olarak orta refüj bordur taşlarının 37 metrelik bölümünün sökülmesiyle karşı şeride araçların geçişine imkan verecek şekilde geçiş yolu açılmasının, bu geçişi kullanan araçların her iki yönde seyir edecek araçlar için trafik akışını güçleştireceği ve trafik güvenliği açısından tehlike oluşturduğu halde yakın mesafeden dönüş yolu olmasına rağmen işlettiği petrol istasyonunun önünden yazılı şekilde geçiş yolu açan sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir⁵⁰.

Değiştirmek, başka bir biçime sokmak, değişikliğe uğratmak; bir şeyi veya bir kimseyi bulunduğu yerden başka bir yere götürmek; başka bir duruma, başka bir görünüme getirmek anlamlarına gelmektedir⁵¹. O halde trafik işareti değişikliğe uğratmak, mevcut trafik işareti yerine bir başka işareti koymak halinde değiştirmek hareketinin gerçekleştiği söylenmelidir. Örneğin, sola dönülmez işareti yerine sağa dönülmez işareti koymak gibi. Değiştirilmiş olan kullanılamaz hâle de getirilmiş olabilir. Diğer deyişle değiştirmek, kullanılamaz hale getirmeyi de içine alan bir anlama sahiptir. Ancak değiştirmek daha çok bir değişikliğe uğramakla birlikte işlevini devam ettirmek şeklinde anlaşılacağından konuyu ifade etmek bakımından ayrıca kullanılamaz hale getirmek ifadesine de ihtiyaç olduğu söylenmelidir. Bu ifadeye yer verilmekle bozmamakla birlikte örneğin, trafik lambasını kırmak suretiyle işlevini ortadan kaldırmak biçimindeki hareketler de hükmün kapsamına alınmış olmaktadır. Konuldukları yerden kaldırmak işaretin tümüyle yok edilmesi, işlevsiz hale getirilmesi olarak anlaşılmalıdır⁵².

Trafik işaretlerinin ne şekilde olacağı Yönetmelikte düzenlenmiştir. O halde Yönetmelikte öngörülen haller dışında işaretlerin değiştirilmiş olması durumunda bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bunun dışında mevcut işaretlerin olması gerekenden farklı bir şekilde kullanılmış olması durumunda da bu suçun oluştuğu söylenmelidir. Örneğin, sola dönülmez işaretinin değiştirilerek sağa dönülmez hale getirilmesi, yol çift yönlü olarak ulaşım açık

⁵⁰ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 3.11.2009 tarihli, 2008/34595 Esas ve 2009/41180 sayılı kararı. (zikreden Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5520).

⁵¹ www.tdk.gov.tr.

⁵² Özbek ve Diğerleri, s. 718.

iken tek yön levhası konulması gibi. Geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koymak trafik düzenini bozar ve güvenliğini tehlikeye atar. KTK m. 13 vd. hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda karayollarında devamlılığın sağlanması, trafik akımının ve güvenliğinin bozulmaması asıldır. Karayolları üzerine herhangi bir şey koymak karayolunu kullananlara ve araçlara zarar verebilir. KTK m.13'e göre karayolları üzerine herhangi bir engel koyanlar, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca para cezası ile cezalandırılırlar⁵³.

Seçimlik hareketli suçlarda, birden çok seçimlik hareketin yapılması zincirleme suç oluşturmaz. Çünkü seçimlik hareketli suçlarda birden fazla hareketin yapılması suçun tekliğini bozmadır. Hâkim seçimlik hareketlerden kaçının somut olayda gerçekleştirildiğini göz önünde bulundurarak temel cezayı alt ve üst sınırlar içerisinde belirleyecektir⁵⁴.

Suçun oluşabilmesi için, seçimlik hareketlerin yapılması yeterli olmayıp, somut tehlike suçu olduğu için ayrıca olayda saptanabilir bir zarar tehlikesinin doğmuş olması gerekir⁵⁵. Örneğin "araç giremez" anlamına gelen ve bir yolun girişine konulmuş levhayı kaldıran failin, bu eylemi sonucunda herhangi bir kaza veya kaza tehlikesi meydana gelmemişse ve failin bu eylemi fark edilmiş ise bu suç oluşmaz. Eğer aynı örnekte levhanın bulunmaması nedeniyle bu yola bir araç girmişse ve bu araç somut bir şekilde bir kaza tehlikesi yaşamışsa ve fail bu kazayı atlatmış olsa bile somut bir tehlike meydana geldiğinden suç oluşur⁵⁶.

Ulaşım araçlarının kamuya veya özel kişilere ait olup olmaması arasında bir

⁵³ Özbek ve Diğerleri, s. 718.

⁵⁴ Hafızoğulları, Z, Aygün, E,E, Ulaşım Araçlarına Ve Sabit Platformlara Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s. 22; Malkoç, s. 1180: İsfen, s. 84.

⁵⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361.

⁵⁶ Polat, s. 10. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;" Sanık Süleyman'ın düşünleri olması nedeniyle İsabeyli kasabası Atatürk bulvarı üzerinde usulüne uygun şekilde başvuruda bulunup izin almadan sola mecburi yön levhası koyarak yolu kapatması üzerine Hasan Tunca'nın bunu fark etmesi ile aracını orta refüje çarpması şeklinde gelişen olayda, sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işlediğine ilişkin kabulde bir isabetsizlik görülmemiş, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 179/1.maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir;" Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.09.2010 tarihli, 2009/18156 Esas ve 2010/26027 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

fark bulunmamaktadır. Ulaşım araçlarının nitelik ve türünden de bahsedilmediğine göre, en basit ulaşım araçlarından bisiklet, at arabası, sandal, kayak ve motosiklet dahi bu kapsama dâhildir⁵⁷.

Trafiği düzenleme yetkisi olan kurum ve kuruluşlar KTK'nun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar; Karayolu Güvenliği Yüksek Kurulu, Karayolu Trafik Güvenliği Kurulu, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün trafik kuruluşları, trafik zabıtası, Karayolları Genel Müdürlüğü gibi kurum ve kuruluşlardır⁵⁸.

Güvenli bir trafik akışını sağlamaya yönelik yetkili makamlarca usulüne uygun olarak konulmuş işaretler sesli, ışıklı veya sinyalli olabilir⁵⁹. Örneğin geminin veya trenin imdat sireninin değiştirilmesi, deniz fenerinin yerinin değiştirilmesi veya kaldırılması, demiryolu işaretlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması, trafik lambalarının yerinin değiştirilmesi veya kaldırılması bu suçun maddi unsurlarına örnek olarak verilebilir. Yine aynı doğrultuda olmak üzere, ulaşım araçlarının teknik işletim sistemine, yani aracın hareketini, yavaşlamasını, durmasını sağlayan aksama müdahale edilerek somut tehlike oluşturulması bu suç kapsamındadır⁶⁰. Bu suçun bilişim sistemleri kullanmak suretiyle işlenmesi de mümkün olabilecektir.

Failin trafik levhalarını değiştirmeksizin, tren raylarının üzerine çıkıp, sefer halinde olan trenin kendisine yaklaşmasına ve uyarılara rağmen trenin durmasına neden olduğu olayda suçun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmektedir⁶¹. Somut olayda hâkimin yapılan hareketin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Bu bakımından nedensellik bağı önem taşır. Trafik güvenliğini tehlikeye sokan hareketlerin bu neticeye sebebiyet verebilecek nitelikte olması gerekir⁶².

⁵⁷ Malkoç, s. 1180.

⁵⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 718.

⁵⁹ Parlar/Hatipoğlu, s. 1361.

⁶⁰ Çakmut, s. 780.

⁶¹ Yargıtay ,12. Ceza Dairesinin , 29.05.2012 tarihli, 2012/12980 Esas ve 2012/13414 sayılı kararı.

⁶² Özbek ve Diğerleri, s. 719.

D. Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilir. Özel kast aranmamış olup⁶³, genel kast yeterlidir. Failin belli bir amaç ya da saik etkisi altında hareket etmiş olması aranmaz. Failin kastının tipte yer alan unsurları kapsamaması gerekir⁶⁴. Failin kastının, davranışının tehlikeye neden olabileceğini de kapsamaması gerekir⁶⁵. Kuralı kasten ihlal etmiş olmak, zarar suçunun da mutlaka kasıtlı olmasını gerektirmez. Kasıtlı ihlalin tehlikeye yol açabileceği öngörülmüş ise de, meydana gelen somut netice öngörülemediği olabilir. Bu takdirde tehlike suçu için kasıtlı olan davranış, zarar suçu yönünden taksirli olabilir⁶⁶.

Manevi unsur doğrudan kast ve olası kasttır⁶⁷. Kastın iki unsuru bilme ve istemedir. Failin tehlikeli davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmenin de ötesinde, trafik güvenliğini bozduğunu ve belirsiz üçüncü kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olduğunu da bilmesi gerekir. Kast somut olayda tehlikeye yöneliktir. Olası kast yeterlidir.

Failin, trafik güvenliğini bilerek ve isteyerek tehlikeye düşürmek bilinç ve iradesiyle hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Kastın bir türü olarak olası kast, TCK m.21/2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, failin, suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır. Suçun olası kastla işlenmiş olması halinde, ceza indirilir⁶⁸.

Suç taksirle işlenemez. Örneğin demiryolu görevlisinin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek yanlış sinyal vermesi halinde eylem TCK'nın 179/1. maddesinde tanımlanan suç oluşturmaz⁶⁹. Somut tehlike

⁶³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5534.

⁶⁴ Özbek ve Diğerleri, s. 719; Arslan/Azizoğlu, s. 741; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5543.

⁶⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5534.

⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535.

⁶⁷ Yargıtay'ın atılı suçun olası kastla işlenebileceğine ilişkin kararında şöyle denilmektedir: "... trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun ancak kasten işlenebilen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için aracın kasıt ya da olası kasıtlı kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği,..." 12. Ceza Dairesinin 8.11.2012 tarihli, 2012/28174 Esas ve 2012/23376 sayılı kararı (akt - Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535).

⁶⁸ Çakmut, s. 785.

⁶⁹ Bu olayda eylem demiryolu ulaşımında, kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olma suçu olan TCK'nın 180. maddesinde düzenlenen trafik

suçu olduğundan, sadece tehlike kastı ile de işlenebilecektir. Tabii bu belirlenim, failin olası bir hukuki değer ihlali olasılığını dışladığı manasına gelmez. Aksine bu ihtimalin bilinci var olmadan failin eylemini kasten işlemiş olduğundan dahi söz edilemeyecektir. Ancak eğer fail, somut olayda anılan hukuki değer ihlallerinin gerçekleşebileceğini eylemine katmışsa, artık sadece tehlike kastından değil, dar anlamda neticeye yönelik kasttan(zarar kastı) bahsetmek gerekecektir⁷⁰.Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu kasıtlı işlenen suçlardan olduğundan eylemin taksirle gerçekleşmesi karşısında, kasten işlenebilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurları oluşmaz. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir: "TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında tanımlanan suç, seçimlik hareketli bir suç olup; kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olması ile oluşur. Niteliği itibarıyla somut tehlike suçu olan ve TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında tarif edilen suçun oluşabilmesi için, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından objektif olarak bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları yeterli olup, ayrıca zarar neticesinin gerçekleşmesi şart değildir. Hareketin kişiler üzerinde gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığı, somut olayın özellikleri nazara alınarak hâkim tarafından araştırılıp tespit edilecek, somut bir tehlikenin doğup doğmadığı konusunda değerlendirme yapılacaktır. Maddede tanımlanan suçun manevi unsuru kast olduğundan, suçun oluşabilmesi için sanığın isteyerek gerçekleştirdiği eylemin, öngörülen tehlikeyi yaratacağını bilmesi gereklidir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; "somut olayda 220 promil alkollü olan sanığın suç tarihinde cadde üzerinde bulunan inşaat halindeki binanın önünde bulunan tuğla ve taş parçalarını trafiğe açık yola atmak suretiyle araçların geçişine engel olduğu ve kolluk görevlilerince düzenlenen 22.06.2010 tarihli tutanakta; tuğla ve kiremit atılan yolun ana cadde olduğu ve atılan malzemeler nedeniyle

güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturmaktadır.

⁷⁰ Ozansü, s. 131.

tamamen trafiğe kapalı olduğunun, yolun tamamında kiremit ve tuğla parçalarının kırılmış vaziyette bulunduğunu ve bu nedenle araçların geçemediğinin belirtilmesi, tanık Ali Oral'ın beyanında, suça konu yolun işlek bir cadde olduğunu, sanığın caddeye tuğla ve kiremit attığını gördüğünü, birkaç tane aracın da yola kiremit atılması nedeni ile yoldan geçemediklerini ifade etmesi karşısında; sanığın eyleminin trafik güvenliği açısından tehlike yaratacak nitelikte olduğu ve somut tehlikenin gerçekleştiği gözetilmeksizin sanığın atılı suçtan mahkûmiyetleri yerine, yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmektedir"⁷¹.

E. Suçun Faili

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir⁷². Hükümde yer alan diğer suçların aksine bu suç bakımından failin herhangi bir aracı sevk ve idare etmesi şart değildir⁷³. Özgü suç değildir.

F. Suçun Mağduru

Suçun oluşumu için, fiil sonucu belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması aranmıştır. Bu nedenlerle suçun mağduru belli kişiler değil, toplumdur. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; " katılanların, trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve alkollü olarak araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından doğrudan zarar görmeleri söz konusu olmadığı ve hükmü temyiz etme hakları bulunmadığından, katılanlar vekilinin sanık hakkında anılan suçlardan kurulan hükümlere yönelik temyiz talebinin CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine, karar verilmesi gerekmektedir"⁷⁴.

⁷¹ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 3/7/2013 tarihli, 2012/26160 Esas ve 2013/18279 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

⁷² Centel, s. 158; Parlar/Hatipoğlu, s. 1361: Özbek ve Diğerleri, s. 715: Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5519: Arslan/Azizoğlu, s. 750.

⁷³ Özbek ve Diğerleri, s. 715.

⁷⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/6/2010 tarihli, 2009/1494 Esas ve 2010/7771 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

G. Suça Teşebbüs

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bir tehlike suçu olduğundan, teşebbüse elverişli olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Bir grup yazara göre, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bir tehlike suçu olduğundan, teşebbüse elverişli değildir. Bu tehlikenin soyut bir tehlike değil de somut bir tehlike olması da sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü somut tehlike suçunda suçun oluşması için zarar meydana gelmesi de bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi şarttır. Dolayısıyla bu zarar tehlikesi meydana geldiğinde bu suç oluşacaktır. Bu tehlike meydana gelmezse, bu suç da oluşmaz. Somut olayda saptanabilir bir zarar tehlikesini doğuran hareketin icra edilmesiyle esasen suç tamamlanacağından bu suça teşebbüs mümkün değildir⁷⁵. Diğer bir grup yazara göre, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunda fiil ve netice birbirinden ayrılabilir olduğundan, bu suç teşebbüse elverişlidir⁷⁶. Diğer bir grup yazara göre ise, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, bir tehlike suçu olup, aynı zamanda neticesi harekete bitişik olduğundan kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Ancak hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs mümkündür. Örneğin ışıklı levhaya müdahale eden failin başarılı olamaması ve levhanın işlevini devam ettirmesi halinde eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır⁷⁷.

Alman Yargıtay'ı ise, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun teşebbüse elverişli olduğunu kabul etmektedir. Örneğin; trafik işaretini, elindeki spreyle boyayla boyamaya çalışan ancak spreyle kutusunun başlığı tutukluk yaptığı için boyayamayan ve dolayısıyla işareti kullanılamaz hale getiren kimse teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir⁷⁸.

Kanaatimizce trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu her ne kadar bir tehlike suçu ise de, teşebbüse elverişlidir. Çünkü bu tehlike somut bir teh-

⁷⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Polat, s. 11:

⁷⁶ Çakmut, s. 788; İsfen, s. 85; Malkoç, s. 1181; Kaymaz /Gökcan, s. 443; Yaşar/Gökcan/ Artuç, s. 5535. Buna karşın, doktrinde belirtildiği üzere somut tehlike suçlarında tehlike olgusunun objektif cezalandırma şartı olması nedeniyle suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşü ileri sürülmektedir. Özgenç, teşebbüs kabul edilse dahi, objektif cezalandırma şartı gerçekleşmediği takdirde failin cezalandırılmayacağı görüşündedir; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 551.

⁷⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 719.

⁷⁸ Bkz, İsfen, s. 85.

like olup, somut tehlikenin oluşması için suçun neticesi olan somut tehlike gerçekleşmeden de icra hareketlerinin başlaması mümkündür. Örneğin; failin izin almadan düğünlerinin rahat bir şekilde gerçekleşmesi için sola mecburi yön levhası koyarak yolu kapatarak henüz somut bir tehlike doğmadan olayın ortaya çıkması ve sola mecburi yön levhasının başka birisi tarafından kaldırılması halinde, icra hareketleri başlamış ancak fail elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamadığından, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır.

H. Suça İştirak

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK m.179), iştirak bakımından herhangi bir özellik taşımamaktadır⁷⁹. Bir kimseyi trafik güvenliğini tehlikeye sokması için azmettiren kişi de söz konusu suça azmettirmeden sorumlu tutulacaktır (TCK m.38). Öte yandan, söz konusu suçun işlenmesi amacıyla bir başkasına yardımda bulunan kişi de yardımcı fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m.39). Dolayısıyla incelenen suç bakımından TCK'nın 40. maddesinde düzenlenmiş bulunan bağlılık kuralı esasları ışığında iştirak mümkündür⁸⁰.

179. maddedeki eylemlere, fiilin niteliğine ve olayın özelliğine göre iştirak edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin trafik işaretini bulunduğu yerden birlikte kaldıran kişiler müşterek fail olarak sorumlu olacak, buna teşvik eden ise yardım eden sıfatıyla ve suç kararını aldırın kişi de azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Yine, birden fazla kişi tarafından sevk ve idare edilebilen taşıtlarla ilgili olarak veya işletim sistemine müdahale eylemi bakımından iştirak olanaklıdır. Bu takdirde müşterek veya yan yana faillikten söz edilebilir⁸¹.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçuna her türlü şekilde iştirak etmek mümkündür⁸². Örneğin trafik kuralını ihtiva eden bir levhanın sökülerek somut bir tehlikeye sebebiyet verilmesi olayında levhanın sökülmesine birden fazla kişi iştirak etmiş olabilir⁸³. Diğer taraftan bir kimseyi trafik güvenliğini

⁷⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 720; Çakmut, s. 790; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5536.

⁸⁰ Çakmut, s. 790.

⁸¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5536.

⁸² Çakmut, s. 790; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Polat, s. 11;İsfen, s. 86; Kaymaz /Gökcan, s. 443.

⁸³ Polat, s. 11.

tehlikeye sokması için azmettiren kimse de bu fiilinden dolayı sorumlu olacaktır⁸⁴. Kanaatimizce trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan suça iştirak mümkündür.

I. Suçların İçtimaı

Suçların içtimaı konusunda bu suçlarla ilgili özel bir hüküm öngörülmediğinden, bu husus genel hükümler olan TCK'nın 42. ve 44. maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir⁸⁵. Bu suçun oluşabilmesi için, olayda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından somut bir zarar tehlikesinin doğması yeterli olup ayrıca ölüm, yaralanma veya malın zarara uğraması gibi sonuçların gerçekleşmesi aranmamıştır. Ancak maddede tanımlanan biçimde trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması neticesinde kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir zarar meydana gelmiş ise, failin kusurluluğuna göre farklı suçlar da oluşabilecektir⁸⁶. Örneğin, failin düğünleri olması nedeniyle usulüne uygun şekilde başvuruda bulunup izin almadan evlerinin bulunduğu sokağa sola mecburi yön levhası koyarak yolu kapatması üzerine araç sürücüsü olan mağdurun /maktulün bunu fark etmeyerek aracını orta refüje çarparak yaralanması veya ölmesi şeklinde gelişen olayda, sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma eylemi ve taksirle yaralama/taksirle ölüm meydana gelmiş ise, bu durumda failin TCK'nın179/1madde ve fıkrasındaki suçlardan dolayı farklı neviden fikri içtima (TCK'nın 44.md.) hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokan kişi, bu davranışı sonucunda bir trafik kazasına neden olabileceğini ve hatta bu kazada birilerinin yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine rağmen, trafik işaretlerini değiştirerek veya kaldırarak kasıtlı davranış sonucunda sebebiyet verilen trafik kazasında meydana gelen yaralama veya ölüm neticesi açısından failde en azından olası kastın varlığının kabulü gerekir. Bu durumda ise trafik güvenliğinin tehlikeye sokma ve olası kastla yaralama/olası kastla öldürme suçu birlikte oluşacağından, bu durumda meydana gelen ölüm veya yaralama suçları açısından failin meydana gelen neticeye göre TCK'nın 81, 21/2 ve 86, 21/2. veya 87, 21/2. maddeleri gereğince TCK'nın

⁸⁴ İsfen, s. 86.

⁸⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1363.

⁸⁶ Kaymaz /Gökcan, s. 443.

44. maddesine göre, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırması gerekir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, trafik güvenliğinin tehlikeye sokma suçu ve doğrudan kastla veya olası kastla yaralama/ olası kastla öldürme suçu birlikte gerçekleştiğinde zarar suçları mağdur veya maktul sayısınca oluşur.

KTK'nun 14/son madde ve fıkrasına göre de "trafik işaretlerini... üzerlerine yazı yazarak, çizerek veya başka şekillerde bozmak, yerlerini değiştirmek veya ortadan kaldırmak yasaktır. Bu yasağa uymayanlara... lira para cezası verilir" (m. 14/son). Görüldüğü üzere TCK m. 179/1'de yer alan suç ile KTK m,14/son'da düzenlenen fiil büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak KTK m,14'te yer alan fiilin bir kabahat olduğu ifade edilmelidir. Her ne kadar m. 14'te para cezasından bahsediliyor ise de; 765 Sayılı TCK zamanında suç cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmakta cürümlere ilişkin para cezaları ağır para cezası, kabahatlere ilişkin para cezaları da hafif para cezası olarak ifade edilmekteydi (765 Sayılı TCK 'nın14. maddesinde böyle bir ağır ya da hafif para cezası ibaresi yer almadığına göre, bu bir suç olmayıp 5326 sayılı Kabahatler Kanunu anlamında bir kabahattir ve hükümde yer alan para cezası da idari para cezasıdır. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasındaki suçun oluşmuş sayılması için kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı bakımından bir tehlike meydana gelmiş olması zorunlu olduğundan, böyle bir tehlike meydana gelmemiş ise sadece KTK'nun 14. maddesi uygulanır⁸⁷.

TCK'nın 179. maddesi çerçevesinde işlenen fiil sonucu şikâyete tabi yaralama suçu işlenmiş ancak mağdur şikâyetçi olmamışsa, bu durumda failin sadece TCK'nın 179. maddesine göre cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Ayrıca sadece maddi hasarlı bir kaza söz konusu olmuşsa bu durumda Kabahatler Kanunu'nun 15/3. madde ve fıkrası gereğince sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır.

Eylem nedeniyle olayda bir veya birden fazla kişinin tehlikeye düşmesi arasında fark yoktur. Olayda birden fazla kişinin tehlikeye düşmesi halinde de aynı yer ve zamanda işlenen eylem dolayısıyla TCK'nın 179. maddesi gereğince tek suç işlenmiş olur⁸⁸.

⁸⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 720.

⁸⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5536.

TCK'nın 179. maddesindeki suçun mağduru toplumdur. Mağdur, kişi olarak belirlenebilir değildir. Hâlbuki ölüm ya da yaralama neticesinin gerçekleştiği suçlar bakımından mağduru belli bir kişi olduğu görülür. Bu yönüyle netice sebebiyle ağırlanmış suçlarda temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suçun aynı mağdur üzerinde işlenmesi gereği gerçekleşmiş değildir. Öte yandan TCK' 179/1. maddesinde ağır ya da başka netice konusunda bir açıklık bulunmadığına göre, failin eylemi daha ağır ya da özellikle başka bir netice oluştursa da failin bu başka neticeden sorumlu olması mümkün değildir. Ancak bu netice TCK'nın 61. maddesi çerçevesinde cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulur ve cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesi bakımından bir gerekçe oluşturabilir. Nitekim suçun cezasının altı yıla kadar hapis olarak belirlenmesinin nedeni bu olmalıdır⁸⁹.

TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında düzenlenen suçun seçimlik fiilli bir suç olması sebebiyle, hükümde belirtilen fiillerden birinin veya birden fazlasının birlikte yapılması suçun tekliğini etkilemeyecek; ancak birden fazla fiilin birlikte yapılması halinde, ceza bireyselleştirirken hâkimin takdirine göre ceza asgari sınırdan uzaklaşarak tayin edilecektir⁹⁰.

Fail bir trafik işaretini, kullanılmaz hale getirdiğinde aynı zamanda kamu malına da zarar vermiş ise, tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vereceğinden (TCK'nın 179/1 ve 152/1-a) fikri içtima hükmü (m.44) uygulanmalı ve fail en ağır cezayı öngören suçtan cezalandırılmalıdır⁹¹.

Suçun zincirleme olarak işlenmesi de mümkündür⁹². TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında düzenlenen suç, mağduru belli olmayan bir suç olduğundan TCK'nın 43/1. maddesi ve fıkrasının 4. cümlesi gereğince bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Bununla birlikte bu suç seçimlik hareketli olduğundan zincirleme suç hükmünün uygulanması zorluk ortaya çıkarabilir. Gerçekten fail aynı zaman diliminde TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurlarını oluşturan hareketleri gerçekleştirdi ise,

⁸⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 720-721.

⁹⁰ Aynı yönde olmak üzere İsfen, s. 86.

⁹¹ Özbek ve Diğerleri, s. 721.

⁹² Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5536.

örneğin işareti konulduğu yerden alsa ve kullanılmaz hale getirirse eylemi tek kabul etmek gerekir. Ancak eylemin haksızlık içeriği yoğun olduğundan failin cezası alt sınır üzerinden verilebilir. Buna karşılık hareketler değişik zamanda gerçekleşmiş ise failin aynı suç işleme kararı ile hareket ettiği kabul edilebilir ise ancak bu durumda diğer koşulların da varlığı halinde zincirleme suçtan söz edilebilir⁹³.

J. Görevli Mahkeme

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemele-
rinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'a göre, Asliye Ceza Mahke-
mesidir⁹⁴. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu kovuşturmayla görevli ve
yetkili mahkeme, tehlikenin meydana geldiği yer olan suçun işlendiği yerdeki
Asliye Ceza Mahkemesidir.

K. Suçun Yaptırımı

TCK 'nın 179/1 madde ve fıkrası söz konusu olduğunda verilecek ceza bir
yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. Mahkemenin somut olayın özelliklerine
göre, 1 yıl veya indirim sebeplerini uygulayarak daha az süreli hapis cezasına
hükmetmesi halinde ise, TCK 'nın 50. maddesi çerçevesinde seçenek yaptır-
ım veya tedbirlere çevrilmesi de mümkün olabilecektir. Kasten işlenen trafik
güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkûmiyet halinde sürücü belgesi-
nin geri alınmasını düzenleyen TCK'nın 53/6. maddesi uygulanamaz. Çünkü
güvenlik tedbiri olan sürücü belgesinin geri alınması ancak taksirli suçlarda
mümkündür. Mahkemenin temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1.
madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kastı, suçun işleniş biçi-
mi ile meydana gelen tehlikenin ağırlığı nazara alınmak suretiyle, TCK'nın 3/1.
maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede ön-
görülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmetmesi
gerekmektedir.

⁹³ Özbek ve Diğerleri, s. 721.

⁹⁴ 26.9.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkeme-
lerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11 (RG 7.10.2004, No. 25606).

L. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması

Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır. Kanunda şikâyete bağlı suçlar açıkça belirtilmiş olup, bir suç hakkında suçun şikâyete tabi olduğu belirtilmemiş ise, o suçun re'sen takibi gerektiren suçlardan olduğu söylenebilir. Suçun takibi, herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır⁹⁵.

M. Suçun Dava Zamanaşımı

TCK'nın 179/1. maddesi ve fıkrasında, kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olacak biçimde işlenecek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından dava zanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren on beş yıldır (TCK'nın 66/1-d. m). Dava zanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zanaşımı süresi en fazla yirmi iki yıl altı ay olabilir (TCK'nın 67/4. m).

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2)⁹⁶.

III. ARAÇ KULLANMAK SURETİYLE TRAFİK GÜVENLİĞİNİ KASTEN TEHLİKEYE SOKMA SUÇU

A. Genel Olarak

Trafik kavramı, insanların veya eşyaların hareket ederek/ettirilerek taşınması olup, trafik suçlarının işleme yeri, herkesçe kullanılan kamusal trafik alanlarıdır. Bu tür alanların kullanımının bir bedele veya kontrole tabi olması (benzinliklerin, alışveriş yerlerinin veya restoranların park yerleri, özel bir şir-

⁹⁵ Çakmut, s. 793.

⁹⁶ Çakmut, s. 792.

ketin arsası, şantiye alanı gibi) söz konusu kamusal niteliği ortadan kaldırmaktadır⁹⁷. Ulaşım aracının nerede sevk ve idare edildiği de önem taşımaz. Bu bir otoyol olabileceği gibi stabilize yol da olabilir. Ulaşım aracının motorlu bir araç olması da zorunlu değildir. Bu çerçevede bir park içinde bisiklet kullanan kişinin eylemi de tipe uygun olabilir⁹⁸.

5237 Sayılı TCK'nın "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma" başlıklı 179. maddesinin 2. fıkrasında "kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etme hali" suç olarak düzenlenmiş olup, maddede belirtilen suç somut tehlike suçudur⁹⁹. Suç tehlikeli olabilecek şekilde araç kullanmak şartını içinde barındırmaktadır¹⁰⁰. Bu suç bakımından ayrıca bir netice öngörülmemiştir¹⁰¹.

TCK'nın 179/2. maddesi ve fıkrasında yer alan suçun oluşabilmesi için; bir trafik kazasının oluşması gerekli ve yeterli değildir. Suçun oluşabilmesi için, failin eylem ve davranışları ile trafik güvenliğini genel olarak tehlikeye sokması, kişilerin mal, can emniyeti açısından genel ve somut bir tehlike meydana getirmesi gerekir. Bu nedenle bu suç somut tehlike suçudur¹⁰². Bu suç sırf hareket suçu şeklinde düzenlenmiştir. Ancak tipte harekete ilişkin bir öngüleme olmadığından suçun serbest hareketli bir suç olduğu ifade edilmelidir. Bu çerçevede sevk ve idarenin kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek bir şekilde olması kullanım şeklinden kaynaklanabileceği gibi aracın trafiğe çıkmaya elverişli olmamasından da kaynaklanmış olabilir¹⁰³.

5237 Sayılı TCK'nın 179/2. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 565. maddesinin tam ve yeni karşılığı değildir. 765 Sayılı TCK'nın 565. maddesi kabahat türünden bir suç iken, yeni yasada cürüm ve kabahat ayrımı kalktığından ve TCK'

⁹⁷ Bkz. İsfen, s. 25.

⁹⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 723.

⁹⁹ Çakmut, s. 790; Parlar/Hatipoğlu, s. 1362; Aydın, M, 5237 Sayılı TCK'nın 179/2. maddesi ışığında Trafik kazalarının Durumu ve Genel Tehlike Suçlarında İltima Hükümlerinin Uygulanması, s. 1, [www. Ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/165.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/165.doc)(Erişim tarihi: 14.06.2014); Polat, s. 17.

¹⁰⁰ İsfen, s. 88.

¹⁰¹ Özbek ve Diğerleri, s. 722.

¹⁰² Aydın, s. 2.

¹⁰³ Özbek ve Diğerleri, s. 722.

nın 179. maddesi genel tehlike suçları arasında sayıldığından bu iki suçun tek bir suç olduğunun kabulü yerinde olmayacaktır. Esasen iki suçta (yani eski TCK'nın 565. maddesi ile yeni TCK'nın 179/2. maddesi) korunan hukuki yararlar da farklıdır. Suçun maddi ve manevi unsurları da birbirinden ayrı olduğundan TCK'nın 179/2. maddesi ve fıkrasının 765 sayılı TCK'nın 565. maddesinin yerini aldığı söylenemeyecektir¹⁰⁴.

5237 Sayılı TCK'nın 179/2 maddesi ile tanımlanan trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması kara, deniz, hava ve demiryolu trafiğinin tümü bakımından ele alınmıştır. 765 Sayılı TCK'nın 565. maddesi ise sadece karayolu güvenliğini kapsamına almıştır¹⁰⁵.

5237 Sayılı TCK'nın 179/2'nin gerekçesinde şöyle denilmektedir; "Araçın sevk ve idaresinin salt trafik düzenine aykırılığı bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır. Bu suçun oluşabilmesi için, aracın trafik düzenine aykırı olarak ve ayrıca kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılması gerekir. Buna göre, failin salt bir trafik kuralını ihlal etmesi suçun oluşumu için yeterli değildir. Örneğin kişinin hız sınırlarını ihlal etmesi, kırmızı ışıkta geçmesi, sollama yasağını ihlal etmesi tek başına bu suçun oluşumuna yeterli değildir"¹⁰⁶. Ancak diğer koşulların varlığı halinde yani somut tehlikenin oluşması halinde suç oluşabilecektir.

Kural olarak araçların hareket edebildiği tüm alanları suç mahalli kapsamında kabul etmek gerekir. Ancak kanun başlığında trafik güvenliğinden bahsedildiğinden sadece araçların trafik akışında kullanımının üçüncü kişiler açısından oluşturduğu tehlikenin kastedildiğini söylemek yerinde olacaktır; aksi takdirde trafik akışının olmadığı bir çiftlik içinde motosikletle hız yapılması halinde de kasten tehlikeli araç sürüldüğünden bahisle ceza verilebilecektir. Oysa esasen burada cezalandırılan sırf tehlikeli araç sürmek fiili değil, bu suretle trafik güvenliğini ve bununla bağlantılı olarak üçüncü kişileri tehlikeye sokmaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Aydın, s. 1.

¹⁰⁵ Centel, s. 156.

¹⁰⁶ Aydın, s. 2.

¹⁰⁷ İsfen, s. 89.

B. Suçla Korunması Amaçlanan Hukuksal Yarar

Bu suçla korunmak istenen hukuksal menfaat, trafik güvenliği ve onun etkilediği değerlerdir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu; kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içerisinde akmasının sağlanması yoluyla bireylerin yaşamı, sağlığı veya malvarlıkları açısından meydana gelebilecek tehlikeleri önlemeye yöneliktir¹⁰⁸. Trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek eylemler, kişilerin güvenliğini de tehlikeye düşürecek veya zarar verecektir. Dolayısıyla bu suçla kara, deniz, hava veya demiryolu trafiğinde kamu güvenliği ve kamu düzeni korunmak istenmektedir¹⁰⁹.

C. Maddi Unsur

Suçun hukuki konusu “ulaşım araçları”dır. Ulaşım aracı yerine daha çok taşıt ya da vasıta terimleri kullanılmaktadır. Bu anlamda ulaşım aracı ya da taşıt, yük ve yolcu taşımaya yarayan araçları ifade eder. Ulaşım araçları karayolu taşıtları, raylı taşıtlar, su taşıtları ve atmosferik (hava taşıtları) taşıtlar olarak dörde ayrılır. Karayolu taşıtları da motorsuz ve motorlu olarak ikiye ayrılır. Motorsuz karayolu taşıtları bisiklet, kayak, kızak gibi insan gücü ya da fayton, at arabası gibi hayvan gücü ile hareket edebildiği gibi treyler gibi yük taşıma araçları da bu guruba dâhildir. Motorlu karayolu taşıtları ise otomobiller, motosikletler, otobüsler, kamyonlar, traktör şeklinde sıralanabilir. Trenler ve tramvaylar ise raylı taşıt araçlarına örnek olarak verilebilir. Öte yandan yat, feribot, mavna, yelkenli, şilep, kayak, sal da su taşıtlarına örnek olarak verilebilir. Nihayet uçak, balon, zeplin, planör, paraşüt de hava taşıma araçları arasında yer alır¹¹⁰.

Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarının kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, aracın, tehlikeli bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerekir. Ancak doktrinde aracın trafik düzeyine aykırı olarak sevk ve idare edilmese dahi bu suçun işlenmesinin mümkün

¹⁰⁸ Centel, s. 157.

¹⁰⁹ Çakmut, s. 772.

¹¹⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 721.

olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin ani fren yapılması trafik düzenine aykırı değildir; ancak bu şekilde başka bir kimse kasten tehlikeye sokulmak isteniyorsa suç kapsamında değerlendirilecektir¹¹¹.

Sevk ve idare etmek götürmek, yönetmek anlamlarına gelmektedir. Diğer bir deyişle kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarının harekete geçirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla söz konusu araçlar henüz harekete geçirilmemiş ise sevk ve idare etmekten de söz edilemez. Suçun icra hareketinin gerçekleşmiş sayılması için sevk ve idarenin kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek bir şekilde olması gerekir. Hareket bu nitelikte değilse yine bu suçun işlendiğinden söz edilemez¹¹². Ayrıca, suçun oluşabilmesi için aracın sevk ve idare edilmiş olması zorunludur. Sevk ve idareden söz edilebilmesi için, aracın harekete geçirilmiş olması gerekir. Bu bakımdan, henüz hareket ettirilmemiş bir aracın sevk ve idaresi için sürücü koltuğuna oturulması, suçun oluşması için yeterli sayılamaz. Aracın sevk ve idaresi, aracın harekete geçirilmesi ve belirli bir yer veya yöne doğru hareket etmesinin sağlanmasıdır. Suç sevk ve idarenin tehlikeli olabilecek bir hal aldığı anda tamamlanmaktadır¹¹³.

Trafik güvenliği için öngörülmüş bakım ve onarımlar yapılmadan aracın trafiğe çıkarılması suretiyle kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından bir tehlikeye neden olunması halinde de trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu oluşur¹¹⁴. Ayrıca, fiilin belirsiz sayıda kişinin hayat, sağlık veya malvarlığı bakımından tehlikeye neden olabilecek biçimde işlenmesi gerekir. Suçun niteliği gereği somut tehlikenin varlığı gerekli ise de bu durum, somut olayda mutlaka çok sayıda kişinin tehlikeye düşmesini zorunlu kılmaz. Somut tehlikenin, hareketin kendisinden kaynaklanması gerekir. Örneğin şehir içinde yarış yaparcasına çok aşırı bir hızla seyretmek, kavşakta kırmızı ışığı ihlal etmek, trafikte güven ilkesini ihlal edercesine zamansız ve işaret vermeden doğrudan doğruya değiştirmek, yolda sağa-sola manevralar yaparak ilerlemek, gibi davranışlar kişilere karşı somut tehlikeye neden olabilecek niteliktedir. Eylem potansiyel

¹¹¹ İsfen, s. 89.

¹¹² Özbeke ve Diğerleri, s. 722.

¹¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5520.

¹¹⁴ Bkz, TCK'nın 179 maddesi gerekçesi.

olarak bu tehlikeyi doğurmasına karşın o anda belirli bir kişi veya kişilere yönelik bir tehlike meydana gelmese dahi, somut tehlike ögesinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Örneğin kavşağa aşırı hızla giren ve sağa sola savrulan bir araç, o anda kavşakta başka bir araç bulunmasa dahi kişilere yönelik somut bir tehlikeye neden olabilir¹¹⁵.

Bakım ve onarımlar yapılmadan aracın trafiğe çıkarılması suretiyle kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından somut bir tehlikeye neden olunmaması halinde ise, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre, sadece gerçekleşen kabahatten dolayı idari para cezasına hükmedilebilecektir¹¹⁶.

Araçların tehlikeli olabilecek biçimde sevk ve idare edilmesi, çeşitli davranışlarla gerçekleştirilebilir. Bu bakımdan suç serbest hareketli suçlardır. Yine, suç yalnızca tehlikeli olabilecek biçimde sevk ve idare niteliğindeki davranışla işlenebildiğinden, bağlı hareketli suçtur. Ayrıca, tehlikeli olabilecek biçimdeki sevk ve idareyi oluşturan hareketin icra edilmesiyle suç oluştuğundan, sırf hareket suçu niteliğindedir¹¹⁷.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde trafik düzeninin sağlam yürümesine ilişkin kurallar öngörülmüştür. Örneğin; ehliyetsiz araç kullanmak, hız sınırlarını aşmak, aracın muayenesini yaptırmamak gibi eylemler idari yaptırıma bağlanmıştır. İşte sırf bu kanun ve yönetmelikte düzenlenmiş bulunan kurallara uymamak inceleme konumuz olan "trafik güvenliğini tehlikeye sokmak" suçunun oluşmasını sağlamaz. Bu kurallara uymamanın ayrıca kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı değerleri açısından zarar tehlikesini ortaya çıkarması gerekir¹¹⁸. Örneğin; ıssız bir yolda hız sınırlarını aşan fail, herhangi bir kaza veya kaza tehlikesine sebebiyet vermemişse bu suç oluşmaz. Burada hız sınırlarını aşmak, 2918 sayılı Kanunun 51'inci maddesi uyarınca idari yaptırımı gerektiren bir eylemdir¹¹⁹.

¹¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5521.

¹¹⁶ Çakmut, s. 781.

¹¹⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5521.

¹¹⁸ Kaymaz /Gökcan, s. 444.

¹¹⁹ Meran, N, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu , Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 917.

Yani adli bir olay değildir¹²⁰. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir:” 5237 Sayılı TCK'nın 179/2.maddesinde belirtilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için, kişinin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın araç kullanması gerekir. B sınıfı sürücü belgesine sahip olan sanığın sevk ve idaresindeki motosiklet ile trafik lambasının bulunmadığı kavşakta, yaya geçidinde karşıdan karşıya geçmekte olan mağdura çarparak yaralaması şeklinde gerçekleşen, salt trafik düzenine aykırılık oluşturan taksirli eyleminin, mahkemece 5237 sayılı TCK'da yapılan düzenlemelere göre suç teşkil etmediğinin belirlenmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir”¹²¹. Eğer failin hız sınırını aşması kazaya veya somut bir kaza tehlikesine sebebiyet vermişse, TCK' nın 179/2. madde ve fıkrasındaki suçun unsuru oluşmuş olur. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmektedir;” 5237 sayılı TCK'nın 179.maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun kasıtlı işlenen suçlardan olması, bu suçun oluşabilmesi için aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesinin gerekmesi, sanığın hız sınırlamasının üzerinde araç kullanmasının yaptırımının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun “Hız Sınırlarına Uyma” başlıklı 51.maddesinde idari para cezası olarak düzenlenmesi karşısında, sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan beraati yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemektedir”¹²².

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesine aykırı olarak ehli-yetsiz araç kullanarak somut bir tehlikeye sebep olan kişiler hakkında sadece 2918 sayılı Kanunu'nun 36. maddesi gereğince idari para cezasının mı uygulanması gerektiği; yoksa ayrıca TCK'nın 179/2. madde ve fıkrası gereğince cezalandırmak gerekip gerekmediği tartışılmaktadır.

¹²⁰ Polat, s. 18.

¹²¹ Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin 7.12.2009 tarihli 2008/38668 Esas ve 2009/45984 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹²² Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin 10.3. 2010 tarihli 2010/5968 Esas ve 2010/ 7347 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

Birinci görüşe göre, sırf ehliyetsiz araç kullanmak suretiyle somut bir tehlikeye sebebiyet vermek, “kasten tehlikeli araç kullanmanın kanıtı” olamaz¹²³.

İkinci bir görüşe göre ise, sürücü belgesi olmayan sürücü kural ihlali yapar veya kazaya sebep olursa, bu durumda sürücünün TCK'nın 179/2. madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması gerekir¹²⁴.

Üçüncü bir görüşe göre ise, sürücü belgesi geri alınmış veya iptal edilmiş olan kişinin araç kullanarak trafiğe çıkması halinde ise, idari para cezası verilerek yetinilebilecek bir kabahat söz konusu değildir. Bu durumda trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçunun koşullar oluştuğunda, belirtilen suçun işlediğini kabul etmek gerekir. Zira sürücü belgesi geri alınan veya iptal edilen kişi, trafik güvenliği bakımından tehlikeli görüldüğü için bu tedbirlere başvurulmuştur¹²⁵. Bu durumda sürücü belgesi geri alınmış veya iptal edilmiş olan kişinin araç kullanarak trafiğe çıkması halinin başlı başına somut bir tehlike meydana getirdiği kabul edildiğinden, sürücünün başkaca bir trafik kuralını ihlal etmesine gerek bulunmaksızın TCK'nın 179/2. madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması söz konusu olacaktır¹²⁶.

Kanaatimize göre, sadece sürücü belgesinin olmaması somut tehlikenin oluşması için yeterli olmamakta olup, trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunu düzenleyen TCK'nın 179/2 maddesi ve fıkrası gereğince araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etmenin suçun gerçekleşmesi için gerekli olduğu belirtilmiştir. Sürücü belgesinin bulunmaması, geri alınması veya iptal edilmesi somut tehlikenin gerçekleştiği yönünden bir karine olarak kabul edilemez. Yargıtay aynı doğrultudaki bir kararında, sanığın ehliyetsiz araç kullanmasının tek başına başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından somut tehlikeye neden olacağını kabulü anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir¹²⁷. Ehliyetsiz araç kulla-

¹²³ Parlar/Hatipoğlu, s. 1362; Polat, s. 1; İsfen, s. 89.

¹²⁴ Çakmut, s. 781.

¹²⁵ Malkoç, İ, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu C:II, s. 1540.

¹²⁶ Özgenç, İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 899.

¹²⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 13.10.2011 tarihi, 2011/5499 Esas ve 2011/2891 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

narak trafik kazasına sebebiyet veren bir kişinin aracı kasten tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare ettiğini ispatlamak için başka delillere ihtiyaç vardır. Her ne kadar sürücü belgesiz araç kullanmak trafik kurallarına aykırı bir davranış ise de, aracın kasten tehlikeli olabilecek şekilde sevk edildiğinin kanıtı değildir¹²⁸. Örneğin; ehliyetsiz bir şekilde araç sürdüğü esnada sollama yasağını “fark etmeden” sollama yaparak trafik kazasına sebebiyet veren bir sürücü, sollama yasağını fark etmeden, teknik tabirle taksirle hareket ederek tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etmiştir. Dolayısıyla bu olayda ehliyetsiz araç kullanarak trafik kuralını kasten ihlal etmiş olan sürücü, aracı kasten tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etmemiştir¹²⁹.

Trafik güvenliğini hangi hareketin tehlikeye düşüreceği mevzuatımızda yer alan konuya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde belirlenebilir. Örneğin, KTK kırmızı ışıkta geçmemek, belli hız limitlerini aşmamak gibi trafik düzenine ilişkin bazı kurallar getirmiştir. Dolayısıyla bir sürücünün kırmızı ışıkta geçmiş ya da hız limitini aşmış olması durumunda ulaşım aracının tehlikeli olabilecek bir şekilde sevk ve idare edildiği söylenebilir. Ancak bu suç bir somut tehlike suçu olduğuna göre trafik kurallarının soyut ihlali bu suçun işlendiğinin kabulü bakımından yeterli değildir. Bunun için ihlalin kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından bir tehlike doğurabilecek niteliğe sahip olması gerekir. Dolayısıyla hâkim her somut olayda bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak zorundadır¹³⁰.

Tehlikeye neden olma halinin her somut olayın özelliğine göre ayrıca araştırılması gerekir. Fakat suçun oluşması için tehlike ögesinin mutlaka gerçekleşmesi zorunlu görülmektedir. Somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, her olay bakımından tehlikeye neden olma ögesinin varlığı araştırılıp

¹²⁸ Polat, s. 19.

¹²⁹ Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmektedir; “TCK’nın 179/2. maddesinde düzenlenen trafik güvenliği tehlikeye sokma suçunun kasten işlenebilen bir suç olması, sanığın sürücü belgesi olmadan araç kullanması şeklinde gerçekleşen eyleminin atılı suçu oluşturmayacağı nazara alınmaksızın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan beraatına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi, kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmektedir”. Yargıtay, 12. Ceza Dairesinin 22/5/2012 tarihli, 2011/13416 Esas ve 2012/12764 sayılı kararı. (UYAP isimli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹³⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 722.

saptanılmalıdır. Örneğin salt sola dönüş yasağına veya hız kuralına aykırılığın bu suçu oluşturduğu öne sürülemez. Bu kural ihlalleri trafik kabahatine ya da bir kazaya neden olmuşsa, taksirle yaralama veya ölüme neden olma suçuna vücut verebilir. Fakat hız ihlalinin somut olayda başkaları için tehlikeli olabilecek düzey ve sürede ihlal edilmesi ya da akan bir trafikte sürekli zikzak çizerek seyredilmesi vb. davranışlar bu suçun maddi unsurunu oluşturabilir¹³¹.

D. Manevi Unsur

Bu suç doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilir. Emniyetli bir şekilde aracı sevk ve idare edemeyecek durumda olduğunu bile bile hareket etmiş olmak manevi unsurun varlığı için yeterlidir. Saik önemli değildir¹³². Belirtelim ki trafik kuralı ihlalinin bilinç ve iradeyle işlendiği ve tehlikeli sevk ögesinin olduğu olaylarda suçun manevi unsuru da oluşur. Nitekim Yargıtay, kural ihlalinin iradi olarak gerçekleştirildiği kimi olaylarda suçun oluştuğuna karar vermiştir¹³³.

Suç unsurlarının ve bu bağlamda tehlikenin kasten gerçekleştirilmesi şart olup, doğrudan kast veya olası kastın varlığı yeterlidir. Aracın fail tarafından kullanılması veya kullandırılması halinde, bununla bağlantılı olarak meydana getirilen tehlikenin kasten gerçekleştirildiği, failin bunun bilincinde olduğu ispatlanmalıdır. Kişinin hareketleriyle kendisini veya yakınlarını tehlikeye sokması, kastını ortadan kaldırmaz. Suç somut tehlike suçu olduğu için, meydana getirilen tehlikenin de somut olması, failin de somut bir tehlikeyi meydana getirebileceğini düşünmesi ve öngörmesi gerekir.

¹³¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5521.

¹³² Örneğin, failin randevuya yetişmek için hızını artırmış olması sonucu değiştirmez. Polat, s. 22.

¹³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5521. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: "Sanığın suç tarihinde sürücü belgesiz kullandığı kamyonet ile şehirlerarası yolda geceleyin seyir halindeki iken şerit ihlali yaparak karşı yönden gelen araca çarpması sonucu her iki araçtaki mağdurların yaralanması ile sonuçlanan eyleminde, 5237 sayılı TCK' nın 179/2. maddesinde belirtilen ulaşım aracını kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etmek suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden atılı suçtan mahkûmiyeti yerine hatalı gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin 5/11/2009 tarihli, 2008/34706 Esas ve 2009/41451 sayılı kararı.

Aracın tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idaresi genellikle bir trafik kuralına aykırılıkla birlikte gerçekleşmektedir. Fail başkaları için tehlikeye neden olabilecek biçimde bir kuralı bilinçli bir biçimde ihlal ederse suç kastı gerçekleşir. Ancak failin kural ihlalinin kasta değil de taksire dayanması durumunda bu suç oluşmaz. Bu bakımdan failin trafik kuralını kasta değil de taksire dayalı olarak ihlal etmesinin sonucunda ölüm veya yaralanma gerçekleşirse, fiil yalnızca taksirle yaralama suçunu oluşturur¹³⁴. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir: «Oluşa uygun kabule göre; trafik akışını dikkate almadan sola dönüş yapması nedeniyle, maddi hasarlı trafik kazasına dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı sonucu neden olan sanığın eylemi, kasten işlenebilen 5237 sayılı TCK'nın 179/2. maddesindeki suç oluşturmadığı gözeltmelidir»¹³⁵. Diğer taraftan, kuralı kasten ihlal etmiş olmak, zarar suçunun da mutlaka kasıtlı olmasını gerektirmez. Kasıtlı ihlalin tehlikeye yol açabileceği öngörülmüş ise de, meydana gelen somut netice öngörülemediği olabilir. Bu takdirde tehlike suçu için kasıtlı olan davranış, zarar suçu yönünden taksirli olabilir¹³⁶.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu kasıtlı işlenen suçlardan olduğundan eylemin taksirle gerçekleşmesi karşısında, kasten işlenebilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurları oluşmaz. Karayollarında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu taksirle işlenemez¹³⁷. Ancak deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olma eylemi, bir suç olarak TCK'nın 180. maddesinde düzenlenmiştir.

Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmek-

¹³⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535.

¹³⁵ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 16/5/2007 tarihli, 3587/6974 sayılı kararı. (zikreden Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535).

¹³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535.

¹³⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 723. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; "Sanıkların ayrı ayrı araçlarda seyir halinde iken kırmızı ışıkta durdukları sırada yağmur nedeniyle araçlarının kayması ile mağdura ait araca arkadan çarptıklarının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, taksirle gerçekleşen olayda, 5237 s. TCK'nın 179. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve kasten işlenmesi mümkün olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurları oluşmamakla, kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden..." (2.CD., 11.11.2009, 39662/43371; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5522).

tedir: " 765 Sayılı TCK'nın 565. maddesinde düzenlenen tehlikeli araç kullanmak suçu kasten veya taksirle işlenebildiği halde, 5237 Sayılı TCK'nın 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Bu düzenleme şeklinden, 5237 Sayılı TCK'nın 179. maddesinde tanımlanan suçun kasıtlı işlenen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için, aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesinin gerektiği ve suçun taksirle işlenen biçimine 5237 Sayılı TCK' da yer verilmediği anlaşılmıştır. Oluş ve dosya kapsamına göre, sevk ve idaresindeki araç ile bölünmüş tek yönlü yolda seyir halinde iken dönel kavşaktan sola dönüş yapmak isterken doğrultu değiştirme manevralarını yanlış yapması nedeniyle aynı yönde seyir halinde olan araç ile çarpışması sonucu iki taraflı maddi hasarlı trafik kazasına yol açan sanığın eyleminin, 5237 Sayılı TCK'nın 179/2. ve 180. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturmadığı gözetilmeden atılı suçtan sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır"¹³⁸.

Yargıtay kararlarında açıkça belirtildiği üzere suç sadece kasten işlenebilir¹³⁹. Ancak uygulamada sanki her trafik kazasında trafik güvenliği suçunun olduğu yönünde bir eğilim gözlemlenmiştir¹⁴⁰. Oysaki Yargıtay Ceza Genel

¹³⁸ Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin 21/12/2006 tarihli, 2006/5793 Esas ve 2006/2105 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹³⁹ 5237 sayılı TCK'nın 179.maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Bu düzenleme şeklinden; 5237 sayılı TCK'nın 179. maddesinde tanımlanan suçun kasıtlı işlenen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Halbuki dosya içeriğine göre sanığın taksirli davranışı sonucu mağdura çarparak yaralanmasına neden olduğunun anlaşılması karşısında atılı suçun unsurlarının oluşmadığı neticesine varıldığı, bu itibarla kanun yararına bozma istemi yerinde görülmele" Yargıtay, 9.Ceza Dairesinin, 23.6.2008 tarihli, 11504 Esas ve 11566 sayılı kararı. (UYAP isimli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴⁰ Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir: "Olay tarihinde sanığın, aracı ile yolda seyretmekte olduğu sırada kontrolsüz olarak geri giderken arkadan seyir halinde olan müştekinin aracına çarparak maddi hasarlı trafik kazasına neden olduğu olayda sanığın eyleminin taksirli olduğu, kasten işlenen suçlardan olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmektedir". Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin 16/6/2009 tarihli, 2008/27430 Esas ve 2009/29091 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet

Kurulu'nun 04.02.2014 gün ve 1566-32 sayılı kararında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun yalnızca kasten işlenebileceği açıkça şu şekilde belirtilmiştir ; "idaresindeki araçla ışık kontrollü dörtlü dönel kavşağa gelen ve yeşil ışık ile birlikte kavşağa giren, ancak sola dönüşte bulunan ve kendi istikametine kırmızı yanmakta olan ışıklı işaret cihazını fark etmeyerek, mağdurun aracının yoluna girip, maddi hasarlı ve yaralamalı trafik kazasına neden olan, tüm aşamalarda kavşak içerisindeki trafik ışığını fark etmediğini savunan ve bu savunmasının aksini ispatlayacak, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı bir delil elde edilemeyen sanığın eyleminin, somut olayda basit tıbbi müdahale ile giderilecek nitelikte yaralanan mağdurların şikâyetçi olmamaları da göz önüne alınarak, yalnızca kasten işlenebilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturmayacağından, yerel mahkemenin beraat hükmünde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır"¹⁴¹."

Yargıtay'ın bazı kararlarında suçun doğrudan kast veya olası kastla işlendiği belirtilerek hukuka uygun kararların verilmesi sağlanmaktadır¹⁴². Yargıtay'ın kast ve taksir kavramlarına yanlış anlamlar verdiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararında şöyle denilmektedir: "Sanığın yönetimindeki özel otosu ile meskun mahalde seyir halinde iken kavşakta karşı yönden gelen katılanın kullandığı motosiklete ilk geçiş hakkını vermeden U dönüşüne geçerek katılanın şeridinde tecavüz etmesi sonucu katılanın motosikleti ile çarpıştığı ve katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralanmasına neden olduğu olayda, taksirli hareketi sonucu kazaya sebebiyet veren sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 89/1. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, ancak kastla işlenebilen aynı kanunun 179/2.

Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.02.2014 gün ve 1566-32 sayılı kararı.(UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴² Oluşa, dosya kapsamına ve mevcut delillere göre olayda 5237 sayılı TCK'nın 179/2. maddesinin uygulanması için gerekli kasıt unsurunun oluşmadığı anlaşılmış olup, aynı Kanunun 89.maddesi kapsamında bulunan suçun takibinin şikâyete bağlı olması, mağdurun da sanıktan şikâyetçi olmaması karşısında kamu davasının 5237 sayılı Yasanın 73/4.maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesisi, kanuna aykırıdır. Yargıtay,9. Ceza Dairesinin 27.6.2006 tarihli, 2006/1795 Esas ve 2006/3671 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

maddesinde düzenlenen kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın unsurları oluşmayan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan beraatına ve taksirle yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır”¹⁴³. Kararda açıkça belirtildiği üzere sanık mağdura ilk geçiş hakkını vermeden U dönüşüne geçerek mağdurun şeridine tecavüz etmesi sonucu mağdurun motosikletine çarparak mağduru yaraladığı, şüphelinin eylemlerini olası kastla gerçekleştirdiği, dışa yansıyan davranışlardan anlaşılmasına rağmen, Yargıtay’ın eylemin taksirle gerçekleştiği kabul edilerek, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan beraat kararı verilmesi yönündeki kararı yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Olayda eylemin bölünmesi gerekmektedir. Sanığın mağdura ilk geçiş hakkını vermeden “U” dönüşüne geçerek mağdurun şeridine tecavüz etmesi eylemleri neticesinde belirsiz kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından somut tehlike olduğundan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu oluşmuştur. Sanığın mağdurun yaralanmasına sebebiyet vermesi eylemi ikinci bir eylem olup, belirli bir kişi olan mağdurun yaralanmasına sebebiyet vermesi suçu taksirli bir eylem sonucu meydana gelmiştir.

Bu suçun kasıtlı bir suç olması karşısında, sürücünün özensiz ve dikkatsiz davranışlarının tehlikeye yol açmasının manevi unsuru oluşturmayacağı düşünülmelidir. Dolayısıyla failin tehlikeli sevk ve idaresinin kasti bir davranıştan kaynaklanması zorunludur. Örneğin kalabalık caddede aşırı hızla giderek hız ihlali yapmak kasıtlı bir kural ihlali iken, tali yoldan gelen aracı göremediği için hızını azaltmadan devam etmek taksirli bir kural ihlalidir¹⁴⁴.

Ceza hukukunda ceza sorumluluğunun taksir sorumluluğu ile kasta dayalı sorumluluktan ayıran kriter; neticeyi istemeyen failin, kural olarak kasta dayalı sorumluluğunun olmaması; ancak şartları mevcut ise taksir sorumluluğunun bulunmasıdır. Ayrıca kastta neticenin istenmesi gerekirken, taksirde istenmemiş, hatta basit taksirde neticenin öngörülmemiş olması gerekir. Eylemin taksirle mi yoksa kasten mi gerçekleştirildiği, somut olayda harici delillerle, olay

¹⁴³ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 25/10/2010 tarihli, 2009/56207Esas ve 2010/29238 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5522.

yeri krokileri, inceleme raporları, mağdurun veya müştekinin ifadeleri, kamera kayıtları, bilimsel ve teknik bulgularla tespit edilebileceği gibi, harici delillerden tamamen bağımsız olan kanıtlarla örneğin, itiraf yoluyla da tespit edilebilir.

Olası kast veya bilinçli taksir somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır. Bu ayırım yapılırken de, failin psikolojik durumunun tespiti gerekmektedir. Failin neticeyi istememesi ve neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi halinde eylem bilinçli taksirle gerçekleştirilmiş olmasına karşılık, failin neticenin gerçekleşmesini göze alarak kayıtsız kaldığı ve neticenin gerçekleşmesini engellemek için çaba sarf etmediği halde eylem olası kastla gerçekleştirilmektedir.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluştuğuna dışa yansıyan davranışlarla karar verilir, suç kastının belirlenmesi gerekir. Failin, fiili gerçekleştirirken, öngördüğü neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak ve neticenin gerçekleşmesini engellemek için çaba sarf etmediği halde eylem olası kastla gerçekleştirilmektedir. Yargıtay kararlarında diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla, kırmızı ışıkta kasten geçerek maddi hasara veya yaralanmaya/ölüme neden olması hallerinde, eylemlerin olası kastla gerçekleştirilmiş olduğunu kabul ederek TCK'nın 179/2. maddesi ve fıkrası gereğince cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁵. Kırmızı ışıkta kasten geçen fail, sonucu öngörmesine rağmen, yani geçiş hakkı kendilerinde olan birilerine çarparak bir kazaya sebebiyet vermek suretiyle birilerinin ölebileceğini, yaralanabileceğini veya maddi hasar meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen bu sonucu kabul etmiştir. Yani aracını bile bile bu şekilde kullanarak, sonucu da kabullenmesi

¹⁴⁵ Oluşa ve dosya kapsamına göre, yönetimindeki otomobille, seyir halindeyken kavşağa geldiğinde kendisine fasıla kırmızı ışık yandığı halde kontrolsüz bir şekilde kavşağa girip diğer sanık Emrah Kılıç'ın yönetimindeki araçla çarpışması sonucu, sanık Emrah'ın aracında bulunan dört yolcunun basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralanmasına neden olan sanık Ali Kızılay'ın eyleminde trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğu, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanık Ali Kızılay hakkında, tehlike suçunun meydana gelen netice ile zarar suçuna dönüşmüş olması karşısında, taksirle yaralama suçundan cezalandırılması, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ise hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, sanık hakkında taksirle yaralama suçundan mahkûmiyet, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ise beraat hükmü verilmesi, kanuna aykırıdır. Yargıtay, 12. Ceza Dairesi, 14/5/2013 tarihli, 2012/22060 Esas ve 2013/13544 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

nedeniyle eylemini olası kastla gerçekleştirmişti¹⁴⁶.

Yargıtay'ın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluştuğuna ilişkin failin dışı yansıyan davranışlarla suç kastını ortaya koyduğu kararını şu şekilde özetleyebiliriz;" Trafik polisi tarafından durdurulması sonrası, ehliyet ve ruhsatına el konularak, aracının trafikten men edileceğini öğrenen failin, trafik polisinden kaçmak amacıyla bindiği aracını ara sokaklarda hızla kullanıp, tek yönlü yola tersten girerek kişilerin hayat, sağlık veya mal varlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde araç kullanmak suretiyle, trafik güvenliğini tehlikeye sokmaktadır"¹⁴⁷.

E. Suçun Faili

Bu suçun faili söz konusu ulaşım araçlarını tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişidir. Bu anlamda ulaşım aracını sevk ve idare eden kişinin bu aracı sevk ve idareye ehil olup olmaması ya da gerekli koşulları taşıyor bulunması şart değildir. Örneğin, bir otomobil sürücüsünün sürücü belgesine sahip olması bu suçun faili olması için gerekli değildir. Önemli olan o ulaşım aracını sevk ve idare ediyor olmasıdır. Bu çerçevede kanımızca sürücü belgesine sahip olmamak da suçun işlendiğine dair önemli bir argüman da olsa her zaman bu suçun oluşması için yeterli değildir. Zira suçun oluşması bakımından aracın tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare ediliyor olması gerekir¹⁴⁸.Özetle suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Özgü suç değildir.

F. Suçun Mağduru

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu genel tehlike yaratan bir suçtur. Suçun oluşumu için, fiil sonucu belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olunması aranmıştır. Bu neden-

¹⁴⁶ Polat, s. 21.Nitekim Yargıtay, 2. Ceza Dairesinin,15.2.2007 tarihli, 2006/8319 Esas ve 2007/2251 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴⁷ Yargıtay, 12. Ceza Dairesinin, 4.6.2012 tarihli, 2011/12224 Esas ve 2012/13973 sayılı kararı. (UYAP isimli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁴⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 722.

lerle suçun mağduru belli kişiler değil, toplumdur¹⁴⁹. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir: " Katılanların, trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve alkollü olarak araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından doğrudan zarar görmeleri söz konusu olmadığı ve hükmü temyiz etme hakları bulunmadığından, katılanlar vekilinin sanık hakkında anılan suçlardan kurulan hükümlere yönelik temyiz talebinin CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine, karar verilmesi gerekmektedir"¹⁵⁰. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki başka bir kararında şöyle denilmektedir: "Katılanın, olay nedeniyle sadece yaralanmış olması karşısında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan kurulan hükmü temyiz yetkisi bulunmadığından vekilinin anılan suça ilişkin temyiz isteğinin CMUK'un 317. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekmektedir"¹⁵¹.

G. Suça Teşebbüs

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bir tehlike suçu olduğundan, teşebbüse elverişli olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Bir grup yazara göre, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bir tehlike suçu olduğundan, teşebbüse elverişli değildir. Bu tehlikenin soyut bir tehlike değil de somut bir tehlike olması da sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü somut tehlike suçunda suçun oluşması için zarar meydana gelmese de bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi şarttır. Dolayısıyla bu zarar tehlikesi meydana geldiğinde bu suç oluşacaktır. Bu tehlike meydana gelmezse, bu suç da oluşmaz. Somut olayda saptanabilir bir zarar tehlikesini doğuran hareketin icra edilmesiyle esasen suç tamamlanacağından bu suça teşebbüs mümkün değildir¹⁵². Diğer bir grup yazara göre ise, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda fiil ve netice birbirin-

¹⁴⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 722.

¹⁵⁰ Yargıtay, 9. Ceza Dairesinin 29.6.2010 tarihli, 2009/1494 Esas ve 2010/7771 sayılı kararı. (UYAP isimli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁵¹ Yargıtay, 12. Ceza Dairesinin 11.9.2012 tarihli, 2011/19784 Esas ve 2012/18117 sayılı kararı. (UYAP isimli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁵² Özbek ve Diğerleri, s. 723; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5536; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Polat, s. 22; Çakmut, s. 788; ; İsfen, s. 95;

den ayrılabilirdiğinden, bu suç teşebbüse elverişlidir¹⁵³.

Kanaatimizce trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu somut bir tehlike suçu olup, suçun neticesi olan somut tehlikenin oluşması ile suç tamamlandığundan ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu sırf hareket suçu olup, hareket de bölünemeyeceğinden bu suç teşebbüse uygun değildir. Çünkü neticesi harekete bitişik olup, icra hareketlerinin başlamasıyla suç oluşur.

H. Suça İştirak

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna her türlü şekilde iştirak etmek mümkündür¹⁵⁴. Örneğin vakit darlığı nedeniyle araç süren kişiyi daha hızlı gitmesi veya kırmızı ışıkta geçmesi konusunda ikna eden kişi, sürücünün eylemine iştirak etmiş olur¹⁵⁵. Kanaatimizce detrafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan suça iştirakin her nevi mümkündür.

I. Suçların İçtimaı

Suçların içtimaı konusunda bu suçlarla ilgili özel bir hüküm öngörülmediğinden, bu husus genel hükümler olan TCK'nın 42 ve 44. maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir¹⁵⁶. Bu suçun oluşabilmesi için, olayda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından somut bir zarar tehlikesinin doğması yeterli olup, ayrıca ölüm, yaralanma veya malın zarara uğraması gibi sonuçların gerçekleşmesi aranmamıştır. Aynı fiille birden fazla suçun işlenmesi halinde, fikri içtima kuralları uyarınca en ağır cezayı gerektiren hüküm uygulanacaktır¹⁵⁷.

Eylem nedeniyle olayda bir veya birden fazla kişinin tehlikeye düşmesi arasında fark yoktur. Olayda birden fazla kişinin tehlikeye düşmesi halinde de aynı yer ve zamanda işlenen eylem dolayısıyla TCK'nın 179. maddesi gereğince tek suç işlenmiş olur¹⁵⁸.

¹⁵³ Kaymaz /Gökcan, s. 445.

¹⁵⁴ Özbek ve Diğerleri, s. 723; Çakmut, s. 790; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Polat, s. 11;İsfen, s. 86; Kaymaz /Gökcan, s. 443.

¹⁵⁵ Polat, s. 23.

¹⁵⁶ Parlar/Hatipoğlu, s. 1363.

¹⁵⁷ Çakmut, s. 789; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363.

¹⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5536; Özbek ve Diğerleri, s. 723.

Sürücünün aracını kasten tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idaresi sırasında bir başka suçu işlemiş olması durumunda iki suçun mu tek suçun mu oluşacağı önem taşır. Örneğin, sürücünün trafiğin yoğun olduğu bir yolda araçlar arasında zikzaklar yaparak süratli bir şekilde seyrederken diğer bir araçla çarparak araçtakilerin ölümüne sebep olması gibi. Burada ikinci suç taksirle işlenmiştir. Ancak failin ikinci suçu kasten işlemiş olması da mümkündür¹⁵⁹.

İkinci suçun taksirle işlenmiş olması durumunda sorunun çözümü bakımından değişik görüşler ortaya atılmıştır:

Birinci görüşe göre, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu kasıtlı bir suç olup, bu suçun taksirle neticelenmesinden söz edilemez. Başka deyişle fiil taksirli ise TCK'nın 179. maddesi, kasıtlı ise TCK'nın 85. ve 89. maddelerindeki suçlar oluşamaz¹⁶⁰. İkinci görüşe göre, kasıtlı bir şekilde trafik kuralını ihlal ederek bir kişiyi yaralayan failin eylemi her iki suçu da oluşturduğundan, ortada tek fiilin bulunduğu kabul edilemez¹⁶¹. Eylemin ölüm veya yaralamalı kaza ile neticelenmesi halinde geçitli suç kuralları gereği yalnızca yaralama veya ölüme neden olma dolayısıyla cezalandırılacağı görüşü de savunulmaktadır¹⁶².

Üçüncü görüşe göre, kanun koyucu bazı normları, diğer normların uygulanma imkânı bulunmadığında uygulanmaları amacıyla ihdas etmektedir¹⁶³. Böylece, temel normun uygulanmadığı yerde, yardımcı normlar uygulanabilmektedir. Doktrinde belirtildiği üzere zarar suçları, tehlike suçlarına nazaran asli norm niteliğinde olduğundan¹⁶⁴, görünüşte içtima kurallarından olan tali/yardımcı normun sonralığı (veya asli normun önceliği) ilkesi uyarınca yalnızca asli norm olan madde ile (örneğin TCK'nın 85-89. maddeleri) ceza verilmelidir¹⁶⁵.

Dördüncü görüşe göre ise, zarar ve tehlike suçları arasında her zaman ve her koşulda bir asli/tali norm ilişkisi bulunmaz. Sonraki suçun taksirli olması

¹⁵⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 723.

¹⁶⁰ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 907.

¹⁶¹ Şen, E, Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I, 2006, s. 142

¹⁶² Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s. 42.

¹⁶³ İçel, K, Suçların İçtimalı, İstanbul 1972, s. 218.

¹⁶⁴ Önder, s. 455; Koca/Üzülmez, s. 466.

¹⁶⁵ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5538.

durumunda artık “sonradan gerçekleşen” kasttan söz edilemeyeceğinden önceki suça ilişkin norm ile sonraki suça ilişkin norm arasında bir asli/tali norm ilişkisi de kurulamaz. TCK’nın 179. maddesinde bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri de düzenlenmemektedir. Nihayet geçitli suçtan söz etmek için normların korudukları hukuki değerlerin aynı nitelik ve türden olması, normlar arasında zorunluluk ilişkisi bulunması, önceki ve sonraki fiillerin mağdurlarının aynı olması, failin kastının başlangıçtan itibaren ağırlaşan neticeleri gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. TCK’nın 179. maddesi ile TCK’nın 85. maddesi arasındaki ilişki bu koşulları içermemektedir. O halde geçitli suçtan ve bu anlamda asli/tali norm niteliği taşıyan bir halden de söz edilemez. Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu ile yaralama ya da öldürme eylemleri birlikte gerçekleştiğinde somut olaya göre bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır. Şayet her iki eylem arasında zaman bakımından bir fasıla yok ise, yani fiil TCK’nın 44. anlamında “bir fiil” olarak kabul edilebiliyor ise bu halde fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Zira tehlike yaratan fiil ile ölüm/yaralama neticesini yaratan fiil tektir. Tek bir fiil ile kanunun faklı hükümleri ihlal edildiğinden en ağır cezayı öngören hükme göre ceza verilmelidir. Örneğin, hız sınırını aşarak taksirle bir kişinin ölümüne ya da yaralanmasına sebebiyet verilmesi hali gibi. Buna karşılık fail bir süre yüksek hızda ve kalabalık bir yolda zikzaklar çizerek araç kullandıktan sonra bir başka araca çarpıp yaralama ya da ölüme neden olmuş ise bu halde iki ayrı suçun bulunduğu kabul edilmelidir. Hatta bu son halde failin ikinci neticeyi olası kast ile meydana getirdiği de söylenebilir¹⁶⁶.

Kanaatimizce zarar ve tehlike suçları arasında asli norm, tali norm ilişkisi bulunmakta olup, asli norm zarar suçudur. Zarar suçunun oluştuğu halde tali norm olan tehlike suçundan hüküm kurulamaz. Hem kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma hem de taksirle yaralama veya öldürme suçlarının tek fiil ile işlenmesi halinde, iki eylem arasında zaman bakımından ara bulunmayıp, eylem bölünemiyorsa, tek fiil ile iki suç olduğundan bu halde farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Çünkü tehlike yaratan fiil ile ölüm veya yaralanma neticesini meydana getiren fiil tektir. Tek bir fiil ile kanunun faklı

¹⁶⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 725.

hükümleri ihlal edildiğinden en ağır cezayı düzenleyen hükme göre ceza verilmelidir.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun zararlar sonuçlanması durumunda iki suçun oluşacağı veya kasıtlı davranışın taksirle neticelenmeyeceğine ilişkin düşünceler kimi olaylar bakımından söz konusu olabilir. Örneğin aşırı hızlı şekilde tehlikeli araç kullanılması fiilinin oluştuğunun (A) caddesindeki trafik görevlilerince tutanağa bağlandığı ve aracın durmaksızın yoluna devam ettiği ve şehirde birkaç tur atan failin bir yayaya çarpıp yaraladığı olayda, iki ayrı suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Yine, failin yola dikkat etmeyip gelen aracı göremeyerek ana yola çıkıp bir araca çarparak sürücünün yaralanmasına neden olması ve böylece ana yoldaki araçlar bakımından tehlikeye neden olmasına karşın, hareketi taksirli olduğundan, bu olayda yalnızca taksirle yaralama suçu oluşacak, TCK'nın 179. maddesindeki kasıtlı suç oluşmayacaktır. Buna karşın, failin trafik kuralını kasten ihlal etmesi nedeniyle başlayan hareketin devamının zararlar sonuçlanması durumunda, artık bu sonucun başka bir fiilin sonucu olduğunu ileri sürmek güçtür. Ayrıca iki fiilin başlayıp ayrıldığı noktaları saptamak da mümkün değildir. Bu bakımdan, örneğin caddede hızla yarış yaptığı sırada veya kırmızı ışıkta durmayıp ilerleyerek bir kişiye çarpıp ölümüne neden olan kişinin eyleminde kasten tehlikeye neden olma ile olayın özelliğine göre kasıtlı veya taksirli ölümüne neden olma suçlarının meydana geldiğinin kabul edilmesi zorunludur. Başka deyişle, böyle bir örnekte ortaya çıkan neticenin, kasten tehlikeye neden olma fiilinin neticesi olmadığı ileri sürülemeyecektir¹⁶⁷.

Trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması neticesinde kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir zarar meydana gelmiş ise, failin kusurluluğuna göre farklı suçlar da oluşabilecektir¹⁶⁸. Örneğin; failin kasten kırmızı ışıkta geçerek tehlikeli araç kullanması sonucu refüje çarparak aracında bulunan mağdurun yaralanması veya maktulün ölmesi şeklinde gelişen olayda, sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma eylemi ve taksirle yaralama/taksirle ölüm meydana gelmiş ise, bu durumda failin TCK'nın179/2 madde ve fıkrasındaki

¹⁶⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5537.

¹⁶⁸ Kaymaz /Gökcan, s. 443.

suçlardan dolayı farklı neviden fikri içtima (TCK'nın 44.m) hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokan kişi, bu davranışı sonucunda bir trafik kazasına neden olabileceğini ve hatta bu kazada birilerinin yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine rağmen, kırmızı ışıkta geçerek kasıtlı davranışı sonucunda sebebiyet verilen trafik kazasında meydana gelen yaralama veya ölüm neticesi açısından failde en azından olası kastın varlığının kabulü gerekir. Bu durumda ise trafik güvenliğinin tehlikeye sokma ve olası kastla yaralama/ olası kastla öldürme suçu birlikte oluşacağından, bu durumda meydana gelen ölüm veya yaralama suçları açısından failin meydana gelen neticeye göre TCK'nın 81, 21/2 ve 86, 21/2 veya 87, 21/2 maddeleri nedeniyle TCK'nın 44. maddesi gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir¹⁶⁹. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, trafik

¹⁶⁹ Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun uygulanma şartlarının oluştuğu bir olayda ayrıca yaralama veya ölüm neticesi meydana gelmişse ve bu yaralama veya ölüm neticesi açısından failin olası kastla hareket ettiği sonucu çıkarılıyorsa, TCK'nın 179 hükmü ile madde 81, 86 ve 87 hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirlemek gerekir. Örneğin; aşırı alkol alan fail, süratli bir şekilde araç kullanırken kırmızı ışığın yandığını ve az ilerde yayaların geçtiğini fark ettiği halde "olursa olsun, yaralanırsa yaralansın" düşüncesiyle durmayarak yaralamayı göze alarak geçmesi ve böylece kişilerin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde, hem trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun şartları oluşmuş olacak, hem de olası kastla yaralama suçunun şartları oluşmuş olacaktır. İşte böyle durumlarda olası kastla yaralama suçu ile trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu arasında içtima sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak somut olayın özelliklerine göre eylem doğrudan kast olarak da nitelendirilebilecektir. TCK'nın 86/1 madde ve fıkrasındaki yaralama suçunun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun yaptırımı ise bir aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Dolayısıyla trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun şartlarının oluştuğu bir durumda ayrıca kişilerin TCK'nın 86/1 madde ve fıkrası kapsamında yaralanması söz konusu olup, bu yaralanma açısından failin olası kastla hareket ettiği sonucu çıkarılıyorsa daha ağır olan madde 86/1 hükmü uygulanacak ve uygulanacak bu ceza üzerinden madde 21/2 hükmü (olası kast) nedeniyle indirim yapılacaktır.

TCK'nın 86/2 madde ve fıkrasında düzenlenen nitelikteki bir kasten yaralama suçunun cezası dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun cezası ise bir aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Hem TCK madde 86/2 ve diğer artırım ve eksiltmeler (örneğin olası kast nedeniyle indirim vs.) uygulanmalı ve sonuç ceza bulunmalı; hem de aynı şekilde madde 179/2 hükmü ve somut olayın özelliğine göre diğer artırım ve eksiltmeler uygulanarak sonuç ceza bulunmalı ve bu sonuç cezalar karşılaştırılarak ağır olan ceza aleyhe kabul edilmelidir. Yani normatif olarak en başından alt sınırı fazla olan veya üst sınırı fazla olan cezayı içeren norm daha ağırdır denemez. TCK'nın 87'nci maddesi kapsamında kalan bir yaralanmaya ilişkin cezaların tümü, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçuna ilişkin cezaların tümünden daha ağırdır. Dolayısıyla trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun şartlarının oluştuğu bir durumda ayrıca kasten yaralama suçunun TCK'nın 87. maddesi kapsamındaki halleri söz konusu olmuşsa ve bu yaralama açısından failin olası kastla hareket ettiği sonucu çıkarılabiliyorsa TCK'nın 87.maddesi ve fıkrası uygulanacak ve

güvenliğini tehlikeye sokma suçu ve doğrudan kastla veya olası kastla yaralama/ olası kastla öldürme suçu birlikte gerçekleştiğinde, zarar suçları mağdur veya maktul sayısınca oluşur¹⁷⁰.

Yargıtay tehlike ve zarar suçu bağlamında konuyu değerlendirmekte; zarar meydana gelmiş olması halinde, bu durum tehlike suçundan daha ağır kabul ederek taksirle yaralama veya öldürme suçlarına ilişkin düzenlemelere göre hüküm kurmaktadır¹⁷¹. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir;” failin yönetimindeki otomobille seyri sırasında belirtilen

bu cezadan madde 21/2 hükmü gereğince indirim yapılacaktır. Ancak cumhuriyet savcılığı tarafından trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının birlikte işlendiğinin kabulü halinde, farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince soruşturma aşamasında hem tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hem de zarar suçu olan taksirle yaralama suçundan kamu davası açılması gerekmektedir. Yargılama aşamasında hangi suçun cezası ağır ise o suçtan hüküm kurulmalıdır.

¹⁷⁰ Trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması sonucunda bir trafik kazasına neden olunmuş ve bu kazada insanlar yaralanmış veya ölmüş olabilir. “Kişinin bir trafik kuralını kasten ihlal etmesi, bundan dolayı meydana gelen zararlı neticenin de kasten işlendiği anlamına gelmez. Örneğin, kişinin şehirlerarası yolda hız limitini farkında olarak, bilerek ve isteyerek aştığını veya yasak olduğunu bildiği halde sollama yasağını ihlal ettiğini ve bunun sonucunda meydana gelen kazada bir veya birkaç kişinin öldüğünü veya yaralandığını düşünelim. Burada tehlikeli hareket, fail tarafından bilinmekte ve istenmektedir. Ancak, meydana gelen zararlı netice bakımından her zaman aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Somut olayda failin hız kuralını ihlal sonucu veya yasak sollama sonucu bir araca veya şahsa çarpacağını, bunun neticesinde de kişi veya kişilerin ölebileceğini veya yaralanacağını öngördüğü halde buna kayıtsız kalarak ve bu sonuca katlanarak hareket ettiği kanıtlanabiliyorsa elbette ki meydana gelen yaralama veya ölüm neticesinden fail olası kastla sorumlu tutulabilir. Başkalarının ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngördüğü halde istemediği sonucuna varılırsa fail meydana gelen ölüm veya yaralama neticesinden bilinçli taksiri nedeniyle sorumlu tutulmalıdır. Meydana gelen ölüm veya yaralama neticesi bakımından failin kasten mi, olası kastla mı, taksirle mi yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiği somut olayda araştırılıp belirlenmeli ve sonucuna göre, meydana gelen ölüm veya yaralamadan failin kasten, olası kastla, taksirle veya bilinçli taksirle sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Fail yoldan karşı karşıya geçmekte olan birilerini gördüğü halde “geç kaldım, çarparsam çarpayım” düşüncesiyle hareket edip hızını düşürmeyerek veya kırmızı ışıkta durmayarak geçerse ve bu geçme esnasında yayaya çarpıp öldürür veyahut yaralarsa, hem trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu hem de olası kastla öldürme (veya yaralama) suçunu işlemiş olur. Fail bu eylemini tek bir fiil ile işlediğinden, bu iki suç arasında fikri içtima hükümleri uygulanarak ağır olan cezadan hüküm kurulur. Dolayısıyla trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun şartlarının oluştuğu durumlarda, kişiler yaralanmışsa veya ölmüşse, bu ölüm veya yaralama açısından fail olası kastla hareket etmiş sayılabileceği durumlar olabileceği gibi, bilinçli taksirle hareket etmiş sayılabileceği durumlar da olabilir. Bir trafik kazasında yaralama veya ölümün taksirle meydana geldiğini kabul ediyorsak, bu olayda trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurları oluşmamış denemez.

¹⁷¹ İsfen, s. 95.

şekilde kazaya karışarak trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarını işlediğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığa atılı suçun zarar suçu niteliğinde olduğu da değerlendirilerek taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır”¹⁷². Ancak uygulamada Cumhuriyet savcılarının tarafından farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince soruşturma aşamasında cezası ağır olan suçtan kamu davası açılarak, diğer suç olan genellikle de tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan kamu davası açılmayıp, taksirle yaralama suçundan kamu davası açılmaktadır. Hatta soruşturma aşamasında eylem sadece taksirle yaralama olarak nitelendirilip, mağdurun şikâyetçi olmadığı hallerde TCK’nın 89. maddesi gereğince kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilerek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu soruşturma veya yargılama konusu yapılmamaktadır.

Yargılama aşamasında ise, taksirle yaralama suçunu düzenleyen 5237 Sayılı TCK’nın 89. maddesi kapsamında olan zarar suçundan şikâyetten vazgeçilmiş olması nedeniyle sanık hakkında CMK’nın 223. maddesi gereğince şikâyetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesine karar verilmekte olup,

¹⁷² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin, 27.11.2012 tarih ve 2012/3682 Esas, 2012/25422 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarınınca Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır). Uygulamada sık yapılan hatalardan biri trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının birlikte işlendiği hallerde her iki suçtan da ceza verilmesidir. Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında şöyle denilmektedir: “Yönetimindeki otomobile, gece vakti, aydınlatması bulunmayan meskûn mahal dışında, orta refüj ile bölünmüş tek yönlü iki şeritli devlet yolunun sol şeridini takiben seyir halindeyken, şerit değiştirmek için kontrolsüzce sağa manevra yapıp, şerit tecavüzünde bulunarak, aynı yöne sağ şeritten giden mağdur sürücü Selçuk Çatalbaş idaresindeki kamyonete çarpıp, mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmasına sebebiyet vermek suretiyle kazaya karışan ve 151 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, tehlike suçunun meydana gelen netice ile zarar suçuna dönüşmüş olması karşısında, 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi uyarınca yalnızca taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırılık oluşturmaktadır”. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin, 18.12.2012 tarih ve 2012/27658 Esas, 2012/27669 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarınınca Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu cezasız bırakılmaktadır. Mahkemelerce trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılmayıp, sadece taksirle yaralama suçundan dava açılmış ise, CMK'nın 226. maddesi uyarınca 5237 Sayılı TCK'nın 179/3. maddesi gereğince sanığa ek savunma hakkı tanınarak trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan sanığın koşullarının oluşması halinde mahkûm edilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce Cumhuriyet savcıları tarafından trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının birlikte işlediğinin kabulü halinde, farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince soruşturma aşamasında hem tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hem de zarar suçu olan taksirle yaralama suçundan kamu davası açılması gerekmektedir. Yargılama aşamasında ise, mahkemece farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince sanığın müeyyidesi ağır olan suçtan cezalandırılması gerekmektedir. Böylece işlenen suçlar cezasız kalmayacaktır.

J. Görevli Mahkeme

Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunu kovuşturmayla görevli mahkeme, suçun işlendiği yerdeki Asliye Ceza Mahkemesidir.

K. Suçun Yaptırımı

TCK'nın 179/2.maddesi ve fıkrası söz konusu olduğunda verilecek ceza iki yıla kadar hapis cezasıdır. Cezanın alt sınırı TCK'nın 49/1. madde ve fıkrası gereğince en az 1 aydır. Hâkimin fail hakkında hükmedeceği hapis cezası kısa süreli hapis cezası olursa (TCK m.49/2) bu cezanın TCK'nın 50. maddesi çerçevesinde seçenek yaptırım veya tedbirlere çevrilmesi mümkündür¹⁷³.

¹⁷³ Söz konusu seçenek yaptırım veya tedbirler şunlardır: 1) Adli para cezasına çevirme, 2) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderme, 3) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, 4) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama, 5) sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgeleri geri alma, belli bir meslek ve sanatı yapmayı yasaklama, 6) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla

5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan 30 gün ve daha az süreli hapis cezasının maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir; "Olay günü, 138 promil alkollü olduğu halde, sevk ve idaresindeki araçla, Atatürk Mahallesi 13 nolu sokaktan, Uğur Mumcu sokak İnönü meydanı istikametine dönüş yaptığı esnada, Ergin Aslan'ın kullandığı motosiklete çarpması suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokan ve daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş bulunan sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 179/2. maddesi uyarınca tayin edilen 25 gün hapis cezasının 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğu, TCK'nın 50. ve 51. maddelerinin her ikisinin de kişiselleştirme kurumu olması ve birbirlerine karşı öncelikleri bulunmamakla birlikte, mecburi olan hükümlerin, takdiri hükümlerden önce uygulanacağı, Kanunun 50/3. fıkrasındaki düzenleme uyarınca öncelikle 50/1. maddesinin uygulanmasının gerektiği nazara alınmaksızın hükmedilen 25 gün hapis cezasının TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesi, kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmektedir"¹⁷⁴.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan (TCK m.179) dolayı mahkûm olan kişi, hapis cezasına çarptırıldığında, işlemiş bulunduğu suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)¹⁷⁵.

Kasten işlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda TCK'nın 53/6. maddesinin uygulanmaması gerekir. Çünkü sürücü belgesinin geri alınması ancak taksirli suçlarda mümkündür¹⁷⁶.

kamuya yararlı bir işte çalışma.

¹⁷⁴ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin, 24.01.2012 tarihli, 2011/6172 Esas ve 2012/1007 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

¹⁷⁵ Çakmut, s. 791.

¹⁷⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin, 2.5.2013 tarihli, 2012/26542 Esas, 2013/12134 sayılı kararı. (UYAP isimli Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarına Yargıtay kararlarına özel erişim sağlayan sistemden alınmıştır).

L. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması

Suçunun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılıır. Kanunda şikâ-yete bağlı suçlar açıkça belirtilmiş olup, bir suç hakkında suçun şikâyete tabi olduğu belirtilmemiş ise, o suçun re'sen takibi gerektiren suçlardan olduğu söylenebilir.

M. Suçun Dava Zamanaşımı

TCK 'nın 179/2. madde ve fıkrasındaki suçun dava zanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK 'nın66/1-e madde ve fıkrası). Dava zanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde dava zanaşımı süresi, TCK'nın 67/4. maddesi ve fıkrası gereğince en fazla on iki yıl olacaktır.

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK 'nın 66/2. maddesi).

SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kasten işlenebilen suç olarak düzenlenmiş bulunan ulaşım müdahale ederek ve araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçları toplumun güvenliği, bireylerin yaşamı, sağlığı veya malvarlığı için zarar tehlikesini cezalandırmayı gerekli görerek toplum düzenini ve kamu güvenliğini korumayı amaçlamıştır. Giderek çeşitlenen, gelişen ve yaygınlaşan ulaşım araçları toplumda yaşayan kişinin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından çeşitli tehlikelerin meydana gelmesine sebebiyet vermekte olup, suçların önlenmesini veya azaltılmasını sağlamaya yönelik olarak trafik ceza hukukunun geliştirilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun toplumdaki bireylerin canlarını veya mallarını korumak için her türlü ulaşım şekline müdahale ederek, trafik güvenliğinin sağlanması amacıyla radikal tedbirler alması gerekmektedir. Öncelikle trafikte işlenebilen suçlarla ilgili olarak sürücülerin bilinçlendirilmesi, sürücü belgelerinin verilmesinde hassasiyet gösterilerek sürüş yeteneği kazanamayanlara sürücü belgelerinin verilmemesi, trafik polislerinin uzmanlaştırılması, karayollarının bakımını ve

yapımını üstlenen kişilerin eğitilmesi, trafik kontrollerinin ve denetimlerinin teknoloji kullanılarak yapılması, trafik ihlallerini alışkanlık haline getiren araç sürücülerinin tespiti ve cezalandırılmalarına yönelik tedavi edici ve caydırıcı önlemlerin alınması gerekmektedir. Double yolların artması ile trafikte meydana gelen yaralanma veya ölüm olaylarının¹⁷⁷azalması bile alt yapıya yönelik tedbirlerin suçların azaltılmasında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Ceza hukukunun temel ilkelerine uygun, trafikteki tehlikeleri veya zararları önlemeye yönelik olarak, belirlilik ilkesi ışığında suçların ve cezaların tespiti ile cezanın ıslah edici, özel ve genel önleme fonksiyonunu yerine getirecek yasaların yapılması ve etkin bir şekilde uygulanması ile trafik güvenliğinin sağlanması gerekir. Ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarında teşebbüs ve içtima ile ilgili uygulamadaki karışıklıkların yasal düzenlemeler yapılarak düzeltilmesi de uygulama birliğini sağlayarak yasaların hızlı, etkin ve sağlıklı bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunacaktır.

Zarar ve tehlike suçları arasında asli norm, tali norm ilişkisi bulunmakta olup, asli norm zarar suçudur. Zarar suçunun olduğu halde tali norm olan tehlike suçundan hüküm kurulamaz. Hem kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma hem de taksirle yaralama veya öldürme suçlarının tek fiil ile işlenmesi halinde, iki eylem arasında zaman bakımından ara bulunmayıp, eylem bölünemiyorsa, tek fiil ile iki suç olduğundan bu halde farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Çünkü tehlike yaratan fiil ile ölüm veya yaralanma neticesini meydana getiren fiil tektir. Tek bir fiil ile kanunun farklı hükümleri ihlal edildiğinden en ağır cezayı düzenleyen hükme göre ceza verilmelidir.

Uygulamada trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının birlikte işlendiği hallerde, cumhuriyet savcılar tarafından farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince soruşturma aşamasında cezası ağır olan suçtan kamu davası açılarak, diğer suç olan genellikle de tehlike suçu olan trafik gü-

¹⁷⁷ Emniyet Genel Müdürlüğünün istatistiklerine göre, 2007 yılında trafik kazaları sonucunda ölenlerin sayısı 5.007 iken, double yolların artması ile 2013 yılında 3.685 olarak ciddi oranda azalmıştır. www.trafik.gov.tr. (erişim tarihi: 16.01.2015). Bölünmüş yolların trafik güvenliğine etkisi araştırılırken, ülke çapında incelenen yolların, bölünmüş yollar yapılmadan önceki trafik kaza verileri ile bölünmüş yollar yapımından sonraki trafik kaza verileri toplam kaza sayısı kullanılarak tespit edilmiştir.

venliğini tehlikeye sokma suçundan kamu davası açılmayıp, sadece taksirle yaralama suçundan kamu davası açılmaktadır. Hatta soruşturma aşamasında eylem sadece taksirle yaralama olarak nitelendirilip, mağdurun şikâyetçi olmadığı hallerde TCK'nın 89. maddesi gereğince kovuşturmaya yer olmadığına karar verilerek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu soruşturma veya yargılama konusu yapılmamaktadır. Yargılama aşamasında ise, taksirle yaralama suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 89. maddesi kapsamında olan zarar suçundan şikâyetten vazgeçilmiş olması nedeniyle sanık hakkında CMK'nın 223. maddesi gereğince şikâyetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesine karar verilmekte olup, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu cezasız bırakılmaktadır. Mahkemelerce trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılmayıp, sadece taksirle yaralama suçundan dava açılmış ise, CMK'nın 226. maddesi uyarınca 5237 sayılı TCK'nın 179/3. maddesi gereğince sanığa ek savunma hakkı tanınarak trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan sanığın koşullarının oluşması halinde mahkûm edilmesi gerekmektedir.

Cumhuriyet savcılar tarafından trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının birlikte işlendiği kabulü halinde, farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince soruşturma aşamasında hem tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hem de zarar suçu olan taksirle yaralama suçundan kamu davası açılması gerekmektedir. Yargılama aşamasında ise, mahkemece farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince sanığın koşullarının gerçekleşmesi halinde müeyyidesi ağır olan suçtan cezalandırılması gerekmektedir. Böylece işlenen suçlar cezasız kalmayacak ve cezanın bireysel ve genel önleyici fonksiyonları gerçekleşerek daha az suç işlenmesi sağlanacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda Alman Ceza Kanunu'na paralel bir düzenleme yapılarak ulaşım müdahale ederek veya araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçlarının taksirle işlenebilen hallerinin de suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü uygulamada kasten işlenebilen TCK'nın 179/1-2. maddesi ve fıkraları ile taksirle işlenen TCK'nın 85. ve 89. maddelerinde düzenlenen taksirle yaralama veya öldürme suçlarının içtimaı sırasında hukuk ihlalleri yaşanmakta olup, özellikle TCK'nın 179/1-2. maddesi

ve fıkralarında düzenlenen suçlar soruşturma veya yargılama dışında kalmaktadır. Kanaatimizce eylemlerin taksirle işlenen hallerinin de Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmesi ve fiillerin birlikte işlenmesi halinde gerçek içtima kuralları gereğince faillerin cezalandırılması, cezaların islah edici, özel ve genel önleyici işlevlerini yerine getirmeleri açısından çok daha etkili olacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet, Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya,A, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası,Ankara 2007.

Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

Aydın, Murat, 5237 Sayılı TCK'nın 179 / 2 maddesi ışığında Trafik kazalarının Durumu ve Genel Tehlike Suçlarında İçtima Hükümlerinin Uygulanması, s. 1, www. Ceza-bb.adalet.gov.tr / makale / 165.doc(Erişim tarihi: 14.06.2014).

Çakmut, Özlem Yenerer, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m.179-180) Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt:III, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Centel, Nur , Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu, Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Sayı:2, Seçkin Yayınları, İstanbul 2012.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Daragenli, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998.

Dener, Yüce / Hancı, İ, Hamit / Turan, Osman Fırat / Hancı, Tuba , Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda Ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, Ulaşım ve Trafik Güvenliği Dergisi, Ağustos 2012.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara 2013.

Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.

Hafizoğulları, Zeki Aygün, Eşitli, Ezgi, Ulaşım Araçlarına Ve Sabit Platformlara Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, 2011 / 1.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2010.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör, Ünver, Yener, (çev. Hakeri, Hakan / Ünver, Yener / Özbek, Veli, Özer / Çakmut, Özlem, Yenerer / Erman, Barış / Doğan, Koray / Atladı, Ramazan, Barış Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker) Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

İçel, Kayıhan / Evik, A Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

İsfen, Sibel Kılıçarslan ,Alman Ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Kaymaz, Seydi / Gökcan, Hasan, Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takirsirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Kunter, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955.

Koca, Mahmut / Üzülmez İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Malkoç, İsmail, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Malkoç Kitapevi, Ankara 2008 C:II.

Meran, Necati, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Parlar, Ali / Hatipoğlu Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C:II.

Polat, Halil, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İçtimai, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I, 2006, İstanbul 2006.

Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014,

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006.

Ünver, Yener, Alman Hukukunda Alkollü Araç Kullanma Suçları ve Türk Hukukunda Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisiyle Emniyetsiz Biçimde Araç Kullanmak Suçu, Suç ve Ceza Dergisi, İstanbul 2010, S: 2.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:4, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Yurtcan, Erdener, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği – Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, C: II.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

İSLAMOFOBİ OLGUSU BAĞLAMINDA TERÖRLE MÜCADELE DİLİ VE POLİTİKALARI

Counter-Terrorism Language And Policies In The Context Of Islamophobia

Dr. Ergin ERGÜL*

ÖZET

İslamofobi İslam'a ve Müslümanlara karşı korku, düşmanlık, nefret duygusu ve bunun sonucu toplumsal hayatta Müslümanlara yönelik hoşgörüsüzlük, ret ve ayrımcılık olarak kendini gösteren bir olgudur. Bu olgu günümüzde özellikle Batılı Hristiyan toplumlardan başlayarak tüm Dünya'da giderek yaygınlık kazanmaktadır. Bu durumun başta gelen sebeplerinden birisinin, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra İslam dünyasında gelişen terör örgütlerinin hedef gözetmeyen insanlık dışı eylemleri ile Batı ülkelerinde Müslüman ülkelerden gelen kişilerce işlenen terör saldırılarının batı medyası ve kamuoyunda yansıtılış biçimi olduğu görülmektedir. Oysa Müslümanlar kendi ülkelerinde, Batı ülkeleri ile kıyaslanamayacak ölçüde can kaybı ve yıkımlar ile söz konusu terör örgütlerinin ve eylemlerinin en büyük hedefleri ve mağdurlarıdır. Olayın diğer bir mağduriyet boyutu ise, İslam'ın ve Müslümanların terörle ilişkilendirilmesi sonucu Batı ülkelerinde uzun yıllardır vatandaş veya göçmen olarak bulunan Müslümanların adeta karşı terör gibi gerçekleşen İslamofobik eylemler nedeniyle uğradıkları mağduriyettir. Terörle mücadele için gerek uluslararası gerek ulusal düzeyde çeşitli stratejiler hazırlanmıştır. Bu stratejilerin İslamofobiyi doğrudan ve dolaylı olarak nasıl ele aldıklarının bilinmesi faydalı olacaktır. Bu makale İslamofobi olgusunun yaygınlaşmasında terörizmin rolünü, sözkonusu iki mağduriyet boyutu ile ortaya koymayı ve terörle mücadele politikaları ve İslamofobiki olgusu arasındaki ilişkiyi analiz etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İslamofobi, terör, terörle mücadele stratejileri.

ABSTRACT

Islamophobia is a phenomenon about fear, hostility and hatred directed at Islam and Muslims, resulting in intolerance, rejection and discrimination towards Muslims in social life. Nowadays, this phenomenon, specifically originating from the Western

* Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı, erginergul@gmail.com

Christian societies, is increasingly spreading out around the world,. It seems that one of the main reasons of that is the fact that the cruel and inhuman acts of the terrorist organisations emerging in Islamic world especially after the 9/11 attacks and the terrorist attacks in Western countries carried out by those people coming from a Muslim country are wrongfully reflected and somewhat distorted in Western media and public opinion. However, it is not the Western countries but it is those Muslims who are incomparably the biggest targets and victims of those terrorist organisations and their cruel acts in their own countries, resulting in loss of lives and devastation. Another aspect of that suffering is that, since Islam and Muslims are associated with terrorism, Muslims who have been residing in a Western country as a legal citizen or immigrant for years are suffering from Islamophobic acts that almost seem like acts of counter-terrorism. There are various strategies prepared to counter terrorism at international and national level. It would be useful to know how those strategies, directly or indirectly, address Islamophobia. The aim of this article is to discuss the role of terrorism in spreading out the phenomenon of Islamophobia, by explaining two aspects of suffering, and to analyze the relationship between counter-terrorism policies and Islamophobia.

Key Words: Islamophobia, terrorism, counter-terrorism strategies.



GİRİŞ

İslamofobi, son dönemde ülkemizde ve dünyada gerek medyada gerek siyasi ve akademik çevrelerde çok kullanılan bir kavram olarak kamuoyu gündemine girmiştir.

İslamofobi kelimesi “İslam” ve Yunanca “phobos” kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur. Terim olarak İslamofobi İslam’a karşı önyargı, nefret ve Müslüman azınlığa karşı gösterilen ırkçılık şeklinde anlaşılabilir.¹

Terim İslama karşı irrasyonel bir korkunun doğurduğu ideolojik çekirdekten ortaya çıkan her türlü farklı çeşitlerdeki tartışma, söylem ve eylemi bir araya getirmektedir.²

¹ Necmi KARSLI, İslamofobi'nin Psikolojik Olarak İncelenmesi, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2013, s.80

² Jocelyne CESARI, Batıda İslamofobi: Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Bir Mu-

Kavramın henüz hukuki bir tanımı bulunmasa, bu alandaki çalışmalar hala bağlayıcı bir uluslararası hukuk belgesini ortaya çıkarmamış olsa ve ayrıca böyle bir kavramsallaştırmaya karşı çıkanlar söz konusu olsa bile, Birleşmiş Milletlerden (BM) Avrupa Konseyine (AK), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatından (AGİT) İslam İşbirliği Teşkilatına (İİT) belli başlı uluslararası kuruluşların ilgi ve faaliyet alanına girmiş olması, kullanımının genel olarak kabul görmesini de beraberinde getirmiştir.

İslamofobi, İslam'a ve Müslümanlara karşı duyulan yersiz, sebepsiz bir korku kaynaklı düşmanlığı, nefreti ve ötekileştirmeyi, ayrımcı uygulamaları ve şiddeti meşrulaştırmayı beraberinde getirmektedir. Hiç kuşkusuz, geçmişte İslam'ın Batı Hristiyan kimliğini inşa edici bir korku kaynağı işlevi görmüş olması, günümüzde İslam'a ve Müslümanlara Batının kolektif bilinçaltından taşan önyargılarla yaklaşılmasını beraberinde getirmektedir. Bu önyargılar nedeniyle İslam inancının, medeniyet ve kültürünün bilimsel, objektif ve bütüncül bir şekilde değerlendirilmediği, ayrıca bazen bilinçli bir şekilde, özellikle siyasi saiklerle İslam'ın ve Müslümanların şiddet ve terörle yan yana gösterildiği gözlenmektedir. Batılı araştırmacıların, bazı istisnalar dışında, başka alanlardaki bilimsel bakışı İslam ve Müslümanlar söz konusu olduğunda gösteremedikleri görülmektedir. Burada adeta 13. asırdan günümüze insanlığa ilham vermeye devam eden evrensel düşünür ve bilge Mevlana'nın önyargı konusundaki bir tespitinin devreye girdiği görülmektedir: "Önyargı, bilgiyi mezara gömer. Önyargısız yaklaşım, bilgisizi bilgin yaparken, önyargılı bakış bilgiyi eğri ve yanlış bir hale getirir."³

11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra, bazılarının göre, dünya "terörizm çağı" olarak nitelenen yeni bir siyasi döneme girmiştir. Bu yeni dönemde alınan onca önlemler, gösterilen hassasiyetler 2004 Madrid, 2005 Londra ve son olarak 2015 yılının hemen başında, "Fransa'nın 11 Eylül'ü" olarak da nitelen-

kayase, in John L. ESPOSITO, İbrahim KALIN, İslamofobi, 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu, İnsan Yayınları, İstanbul, 2015, s.64

³ Eva De Vitray-MEYEROVITCH/Djamchid MORTAZAVI, Mathnawi, *La quête de l'absolu*, édition du Rocher, Paris 2004, s. 460

dirilen kanlı terör eylemlerinin vukuunu engelleyememiştir. ⁴

Batı medyasında, kamuoyunda ve bir kısım siyasetçi ve aydınların söyleminde söz konusu eylemlerin failleri İslamcı teröristler, aşırı İslamcılar, köktendinci Müslümanlar, Müslüman teröristler ve cihadistler gibi terimlerle sunulmuştur. Bu söylemin ulusal terörle mücadele uygulamalarını da de şekillendirdiği görülmektedir. Bu kavramlaştırma ve nitelendirmeler dünyanın hangi köşesinde olursa olsun Müslüman bir toplumdan çıkan failer için geçerli olmaktadır. Birtakım barbarca, insanlık dışı eylemlere ve bunların faillerine ilişkin İslam ve Müslüman kelimelerini içeren kavramlaştırmalar, başta Batıda yaşayanlar olmak üzere Müslümanların kahir ekseriyetini yaralamakta ve onlarda suçlanma, incinme, dışlanma hissine yol açmaktadır. Diğer taraftan bu durum aynı zamanda, İslam'ı ve Müslümanları tanımayan Batılılarda İslamofobik olarak nitelendirilen önyargı, kin, nefret söylemi ve şiddet eylemlerini tetiklemektedir.

Küreselleşme olgusu nedeniyle, bu kavramlaştırmaların İslamofobik etkileri, Batı ile sınırlı kalmamakta, güney doğu Asya'dan Afrika'ya, farklı inanç mensuplarının Müslümanlar aleyhine radikalleşmesine ve hükümetlerin terörle mücadeleyi bahane ederek Müslüman azınlıkların en temel insan haklarını kullanmalarına engeller getirmelerine yol açmaktadır.

1. İSLAMOFOBİ KAVRAMI VE OLGUSU

1.1. Terim ve Kavram

İngilizce 'de "İslamopobia", Fransızca 'da "İslamophobie" olarak ifade edilen terim Türkçe' de terimin Fransızcasının okunuşu gibi yazılmasıyla kullanılmaktadır. Terimde iki kavram vardır. İlki İslam, ikincisi ise fobi (phobie). Dolayısıyla İslamofobi terimi "İslam korkusu" anlamı taşımaktadır. Yabancı bir terim gibi gözükse de, içerdiği iki kelimenin Türkçede de kullanılıyor oluşu, kavramın herkes tarafından, en basit anlamda, İslam korkusu, karşıtlığı ve düşmanlığı olarak anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır.

İslamofobi teriminin ortaya çıkışına ilişkin olarak, bir görüşe göre ilk olarak, 1910 yılında Batı Afrika İslam araştırmalarında uzmanlaşmış bir grup Fransız

⁴ Kutlay TELLİ, Uluslararası Terörizm ile Mücadelede Fransa'nın Ocak 2015 Paradoksu, TBB Dergisi 2015, s. 118-134., s. 117

oryantalist tarafından kullanılmıştır.⁵ Örnek olarak, 1910 yılında savunulan ve yayınlanan “Fransız Batı Avrupasında Müslüman Politikası” adlı hukuk tezinde Alain Quellien İslamofobiyi “İslama karşı önyargı” olarak tanımlamıştır. Yazara göre; İslamofobi Batılı medeni ve Hristiyan toplumlarda geçmişte İslama karşı yaygın bir önyargı olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Müslüman onlar için Hristiyan ve Avrupalının doğal ve uzlaşmaz düşmanıdır ve İslam, medeniyetin inkârı ve barbarlıktır, kötü niyet ve vahşet daha çok Müslümanlardan beklenebilecek şeylerdir.⁶

İkinci görüşe göre, terim Etienne Dinet ve Cezayirli aydın Sliman ben İbrahim’in birlikte yazdıkları, 1918’de yayınlanan “Allah’ın Peygamberi, Muhammedin Hayatı” adlı biyografik eserde kullanılmıştır.⁷ Diğer bir görüşe göre de, terim ilk olarak yine Etienne Dinet tarafından 1922 tarihli bir makalesinde kullanılmıştır.⁸

Ancak terimin konuşma diline girmesi için 90’lı yılları beklemek gerekmiştir.⁹

Terim 1980’lerin sonu ve 1990’ların başında Anglo-Saxon ülkelerde ve özellikle İngiltere’de, Batı’da ikamet eden Müslümanların karşılaştığı ret ve ayrımcılığı vurgulamak için kullanılmaya başlanılmıştır.¹⁰ Bu açıdan yaklaşan Oxford İngilizce Sözlük de terimin yazılı olarak ilk defa 1991 yılında kullanıldığını yazmaktadır.¹¹

Özellikle Türkçe’deki birçok kaynak bu kavramın ilk defa İngiliz Düşünce Kuruluşu Runnymede Trust’ın 1997’de yayımladığı raporda kullanıldığını yazsa da, yukarıdaki İngilizce ve Fransızca kaynaklarımız bu kavramın 1997’den çok

⁵ Abdellali HAJJAT, Maewan MOHAMMED, *Islamophobie, Comment les élites françaises fabriquent le problème musulman, La découverte, Paris 2013, s.18*

⁶ Mohammed MOUSSAOUI, *Islamophobie ou racisme antimusulman ?* http://www.atlasinfo.fr/Islamophobie-ou-racisme-antimusulman_a53527.html erişim: 21.04.2015

⁷ Issa DIAB, *Religiophobia, Fear of Religion, Fear of the Religious*, in: *Islamophia, Islamophobia and Violation of Human Rights*, ODVV, Tahran 2013, s.62.

⁸ Chris ALLEN, *Islamophobia*, Asghate publishing, Surrey 2010, s. 5

⁹ CESARI, a.g.m, s.63.

¹⁰ Mohammed MOUSSAOUI, *Islamophobie ou racisme antimusulman ?*, http://www.atlasinfo.fr/Islamophobie-ou-racisme-antimusulman_a53527.html erişim: 21.04.2015

¹¹ ALLEN, a.g.e, s. 5

daha önce kullanıldığını doğrulamaktadır. Ancak bu raporun, İslamofobi'nin teknik anlamda bir kavram olarak ilk kez kullanıldığı bir yayın olması nedeniyle önemli olduğu açıktır.¹²

Runnymede raporunun İslamofobi kavramının duyurulmasında önemli rol oynadığı belirtilebilir. Dinsel önyargıların nedenlerinin araştırıldığı ve Müslümanların karşılaştığı sorunları ele alan bu rapor uluslararası kamuoyunda ve akademik çevrelerde büyük yankı uyandırmıştır. Müslümanlarla ilgili yürütülen tartışmalarda ve Müslümanların karşılaştığı sorunlarda İslam karşıtı bir önyargının hâkim olduğunu ifade eden rapor, bu önyargının iş ve eğitim alanında Müslümanlara yönelik ayrımcılığı, onlardan nefret edilmesini, onların medyada ve günlük yaşamda yanlış karakterize edilmesini körüklediğini dile getirmektedir.¹³

Diğer yandan, kavramın özellikle 11 Eylül olaylarından sonra Müslümanlara yapılan fiili ve entelektüel saldırıları ifade etmek amacıyla yaygın bir kullanıma kavuştuğu söylenebilir.¹⁴

İslamofobi kavramına ilişkin uluslararası alanda yapılan bazı tanımlara gelince; 1997 tarihli Runnymede Raporu İslamofobiyi “ Müslümanlara olumsuz ve aşağılayıcı kalıplaşmış yargılar ve inançlar atfeden bir dizi kapalı görüşün daha da kötüleştirdiği İslam ve Müslümanlara karşı korku ve nefret” olarak tanımlamaktadır.¹⁵

Journal of Sociology dergisinde 2007 senesinde yayınlanan bir makale İslamofobiyi anti-Müslüman ırkçılığı, anti-Asya ve anti- Arap ırkçılığının bir devamı olarak tanımlamaktadır.¹⁶

¹² Hilal BARIN, Runnymede Trust Raporları Bağlamında İslamofobi, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015

¹³ Murat AKTAŞ, Avrupa'da Yükselen İslamofobi ve Medeniyetler Çatışması Tezi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt:13, No:1 (Yıl: 2014), s.38

¹⁴ Tuba ER, Kemal ATAMAN, İslamofobi ve Avrupa'da Birlikte Yaşama Tecrübesi Üzerine Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2008, s.755

¹⁵ İslamofobi: Hepimiz İçin Bir Meydan Okuma (İslamophobia: A challenge for Us All) . ESPOSITO, KALIN, a.g.e, s. 19

¹⁶ Reuven FIRESTONE, İslamofobi& Antisemitizm: Tarihi Seyir ve İmkanlar, http://www.academia.edu/8745622/%C4%B0islamofobi_and_Antisemitizm_Tarihi_Seyir_Ve_%C4%B0mkanlar, erişim: 4.5.2015

Petit Robert Sözlüğünün 2006 tarihli 1. baskısı İslamofobiyi, “ Fransa’da Magrib kökenli göçmenlere karşı kötü niyetli eylemler ve etnik ayrımcılıkla tez-hür eden İslam ve Müslümanlara yönelik ırkçılık şekli “olarak tanımlamaktadır. 2014 baskısı ise şöyle bir tanım getirmektedir: İslam ve Müslümanlara karşı husumet”. “Büyük Larousse” da, 2014 baskısında benzer bir tanım vermektedir: “İslam ve Müslümanlara yönelik düşmanlık”¹⁷

AB Temel Haklar Ajansı’na göre , “İslamofobi, İslam dünyasına mensup olan bireylerin maruz kaldıkları ayrımcı muameleyle verilen genel isimdir” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁸

Günümüzde ‘İslamofobi’ Müslümanlara karşı yapılan değişik tarzlarda dini ayrımcılıkların tamamını içeren bir şemsiye terim olarak kullanılmaktadır. Benzer anlamlara sahip Müslüman karşıtı stereotip, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi terimlerden ayrı bir yapı olarak yavaş yavaş bilimsel kabul görmeye başlamıştır.¹⁹

1.2. Olgu

Kavramsallaştırılması 20. yüzyılın başına gitse de bir olgu olarak İslamofobinin kökeni tarihte Müslümanların Hristiyan dünyasına üstünlük sağlayarak özellikle Ortadoğu, Anadolu ve Endülüs’te hâkimiyet kurmalarına kadar gider.

İslam’ın beklenmedik ilerleyişine karşı Hristiyan tepkisi, Hristiyanların kendilerini ve Müslüman “öteki”yi algılama hususunda yerleşmiş derin bir korku ve kızgınlık şeklinde belirmiştir. Her ne kadar o zaman İslamofobi terimi henüz keşfedilmemiş bile olsa, bu aslında bugün İslamofobi olarak ifade edilen şeydi. Teolojik tezler ve araştırmalar Yahudilere ve Yahudiliğe karşı Hristiyan bakışına benzer şekilde, İslamofobinin esasen Hristiyan kültürünün doğasına sinmiş olduğunu göstermektedir.²⁰

¹⁷ MOUSSAOUI , http://www.atlasinfo.fr/Islamophobie-ou-racisme-antimusulman_a53527.html

¹⁸ EUMC, *Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia*, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/156-Manifestations_EN.pdf, erişim tarihi:27.09.2012.

¹⁹ Hilal h, Runnymede Trust Raporları Bağlamında İslamofobi, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015

²⁰ Reuven FIRESTONE, İslamofobi& Antisemitizm: Tarihi Seyir Ve İmkânlar, <http://www.acade->

Türkiye Selçuklularının İznik'i başkent yapacak kadar Avrupa'ya yaklaşması üzerine Bizans'ın teşvikiyle yapılan 1. Haçlı Seferine²¹ yakın bir tarihte yaşayan (1096-1097) Mevlânâ'nın (1207-1273) Fihi-Mafih adlı eserinde yer alan bir anekdot, bugünkü Batı dünyasında İslamofobi olarak tezahür eden İslam korkusunun 13. Yüzyılda Bizans Hristiyanlarındaki tezahürünün bir vesikasını yansıtmaktadır. Mevlana'ya şöyle denir: 'Rumlar, genç kızlarımızı Moğollarla evlendirelim de din bir olsun; şu yeni din, şu Müslümanlık ortadan kalsın' diyorlar.²²

İngiliz tarihçi Norman Daniel de, "İslam ve Batı" kitabında bu tezi teyit eder. Ona göre, İslam'a karşı Hristiyanların ilk tepkileri günümüzde karşılaşılan yeni tepkilerle ortak noktalar taşımaktadır. Gelenek hiç bir zaman kaybolmamış ve hala canlılığını korumaktadır. Bu husus doğal olarak değişkenlikler göstermektedir; Batı Avrupa İslam karşısında yaklaşık 1100 ve 1300 yıllarında oluşan, o zamandan beri ancak yavaş şekilde değişikliğe uğrayan kendine has bir görüşe sahiptir.²³

Avrupa'nın tarihi ve köklü problemlerinden olan yabancı düşmanlığı, ayrımcılık ve ırkçılığın, 11 Eylül sonrasında, din eksenini ve İslamofobi ile yeni bir boyut kazandığı günümüzde, Avrupa ülkelerinde, bu yöndeki söylem ve uygulamalarda artış olduğu gözlenmektedir. Bütün Avrupa'da Müslüman göçmenlere veya onların soydaşlarına karşı İslamofobi ve ırkçılık karışımı bir tutum da takınılmaktadır. Bu davranışlar, 11 Eylül 2001'den sonra ve hükümetlerin terörizme karşı tepkileri ile birlikte bir hayli artmıştır. Birçok ülkede Müslümanlar

nia.edu/8745622/%C4%B0slamofobi_and_Antisemitizm_Tarihi_Seyir_Ve_%C4%B0mkanlar, erişim: 4.5.2015

²¹ Yılmaz ÖZTUNA, Türk Tarihinden Yapraklar, Ötüken Yayınevi, İstanbul 2008, s.108

²² Mevlana'nın bu sözlere cevabı ise şöyle olmuştur: Bu din ne vakit bir olmuş ki? Daima ikiydi, üçtü. Aralarında da daima çekişme ve savaş vardı. Dinleri nasıl yapabilirsiniz siz? Din orada, yani kıyamet kopunca öbür dünyada bir olur. Fakat burada, dünya'da buna imkân yoktur. Çünkü burada herkesin bir amacı, başka bir dileği var; bu burada birliğe imkân vermez. Ancak orada bir olacaklar, aynı yöne dönecekler, aynı dile ve kulağa sahip olacaklardır Abdülbâki GÖLPINARLI (çev.), Fihi Mâ-Fih, İnkılap, İstanbul 2009, s.23; Eva De Vitray-MEYEROVITCH, Le livre du dedans, Babel, Paris 2010, s.53.

²³ Vincent GEISSIER, L'islamophobie en France au regard du débat européen In Rémiy LEVEAU, Khadija Mohsen-FINAN, Musulmans de France et d'Europe, L'islamophobie en France au regard du débat européen, CNRS Editions,, s.59.

saldırıya uğramış ve camiler tahrip edilmiş ya da yakılmıştır.²⁴

11 Eylül öncesi, İran devrimi ve Saddam Hüseyin'in saldırgan politikaları üzerinden Batı kamuoyunun 11 Eylül sonrası hızla yükselen İslamofobi'ye hazırlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim Fransız gazeteciler Rachel ve Jean-Pierre Cartier, 1991 körfez harbi sırasındaki ortamı şöyle tasvir etmektedirler: "Körfez savaşı o sırada askeri aşamasına girmek üzereydi. Soluduğumuz hava, korku ve kaygı yüklüydü ve hatta bazıları tuhaf bir savaş coşkusu içindeydi. Rachel ve ben çevremizde İslam'a karşı bir güvensizlik ve kin dalgası yükseldiğini hissettiğimiz için o sıralar ne yapacağımızı, ne söyleyeceğimizi bilemez haldeydik. Böylesi gerginlik dönemleri, kaba basitleştirmelere ve kuşkulu karıştırmalara, müsait dönemlerdir. Hatta bazı dostlarımızın evlerinde, bizim kanımızı donduran şu tür muhakemeleri bile duyduğumuz oluyordu: Hakikaten sizler çok safsınız. Son iki kitabınızda, İslam'ı hoşgörü ve katıksız sufi dini gibi takdim eden insanları konuşturdunuz. Açın gözünüzü artık. Gerçek İslam, sizin görmek istemediğiniz İslam, Ayetullahların ve Saddam Hüseyinlerin İslamı'dır. Kin dinidir. Kutsal savaş dinidir o. Bizi parçalayıp bitirmesini istemiyorsak, sürekli mücadele etmemiz gereken bir tehdittir o."²⁵

Görüldüğü üzere İslam'ın, Müslüman dünyasında görülen şiddet olayları veya İslami referans aldığı iddia etsin veya etmesin Müslüman kişi, örgüt veya devletlerin kötü ve yanlış eylem ve uygulamalarıyla ilişkilendirilmesi, Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslüman yabancılara yönelik önyargı, korku ve endişeyi beslemesinin yanısıra, bir tür mahalle baskısı oluşturarak, Müslümanlara objektif yaklaşan Avrupalıları da olumsuz etkilemektedir.

Diğer yandan bazı araştırma kuruluşlarının geleceğe ilişkin Müslümanlar lehine tahminleri, Batı basınında yankı bulmakta ve kamuoyundaki İslam ve Müslüman korkusunu beslemektedir. Örnek olarak Pew Araştırma Merkezi'nin²⁶ Nisan 2015 raporu aşağıdaki tespiti içermektedir: "Mevcut demografik eğilimlerin devamı halinde, ancak, İslam 21. yüzyılın ortalarında neredeyse

²⁴ Thomas HAMMARBERG (çev. Ayşen ekmaççi), Avrupa'da İnsan Hakları, İletişim Yayınları, Ankara 2011, s.49

²⁵ Eva de Vitray- MEYEROVI TCH, İslam, l'autre visage Albin Michel, Paris 1995, s.8

²⁶ 2001 yılında kurulmuş bu sivil toplum kuruluşunun orijinal ismi şöyledir: Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life

Hristiyan nüfusu yakalayacaktır. 2010 ve 2050 yılları arasında, dünyanın toplam nüfusunun % 35 artışla 9, 3 milyara ulaşması yükselmesi beklenmektedir. Aynı dönemde, - mukayese edildiğinde yüksek doğum oranları ile nispeten genç nüfusa sahip - Müslümanların % 73 artacağı tahmin edilmektedir. Hristiyanların sayısının da, daha yavaş ve genel dünya nüfusununki ile yaklaşık aynı oranda (% 35) yükseleceği tahmin edilmektedir. Sonuç olarak, Pew Araştırma projeksiyonlarına göre, 2050 muhtemelen tarihte ilk defa, Müslüman (nüfusun 2,8 milyar, ya da% 30) ve Hristiyan nüfus (2,9 milyar, ya da% 31) eşite yakın olacaktır.”²⁷

İslamofobik eylemler, kendilerini çeşitli şekillerde ortaya koyarlar. Bazıları açık ve net iken, bazıları gizli ve üstü kapalıdır, Bunlar, değişik şekiller alır ve farklı derecelerde saldırganlık sergilerler. Bazen Müslümanlara sözlü ve fiziksel saldırı şeklinde olabilmektedirler. Bazı örneklerde camiler, İslami merkezler ve Müslümanların malları saldırıya uğrayıp tahrip edildiler. İşyerlerinde, sağlık kurumlarında, okullarda ve konutlarda İslamofobi şüphe, dik dik bakma, taciz, dalga geçme, reddetme, damgalama ve açık ayrımcılık şeklini almıştır. Diğer kamusal alanlarda dolaylı ayrımcılık, nefret konuşmaları veya mal ve hizmetlere erişimin engellenmesi şekline dönüşmüştür. ²⁸

Runnymede Raporuna göre; İngiltere’deki Pakistanlılar, Almanya’daki Türk ve Araplardan daha az İslamofobi hissediyorken, Fransa’daki Mağribiler en yüksek oranda İslamofobi’ye maruz kalmaktalar. Sonuçlardaki bu farklılık çalışmanın parçası olan ülkelerin belli toplumsal özellikleriyle açıklanabilir. İngiltere’deki sivil toplum diğer çok kültürlü Batı topluluklarına göre tarihsel olarak çok daha fazla dini çoğulculuk barındırmış ve dini topluluklara çok daha fazla özgürlük tanımıştır. ²⁹

İslamofobi uzun bir geçmişi sahip olmasına rağmen son zamanlarda önemli bir siyasi araç ve söylem haline gelmiştir. İslamofobi en çok medyada kendini göstermektedir ve insan hakları bağlamında hukuki bir meseleye dönüşmek-

²⁷ Pew Research Center, April 2, 2015, “The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050, s.7

²⁸ ESPOSITO/KALIN, a.g.e, s.49

²⁹ BARIN, a.g.m, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi-yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015

tedir. İslamofobi, Müslümanlara yönelik nefret söylemi ve nefret suçlarıyla sonuçlanan hoşgörüsüzlük, dışlama ve ayrımcılığı da içerdiğinden bir insan hakları meselesi olarak düşünülmektedir.³⁰

Müslümanlara karşı eskiden beri var olan önyargılar ve ayrımcılığın, günümüzde nefret suçlarına kaynaklık edebilecek bir düzeye ulaştığı görülmektedir. Günümüzde İslamofobik tutum ve davranışlarla ateşlenen nefret söylemi, özellikle Müslümanlara karşı etiketleme ve dışlama duygularına yol açmakta; aynı zamanda insanların kimliğine, onların insan olarak değerlerine ve saygınlığına da bir saldırı teşkil etmektedir.³¹

İslamofobi, Müslüman göçmenlerin yaşadığı ülkelerde sosyal birliği tehdit ettiği gibi, zaman zaman cinayetlerle sonuçlanan insan hakları ihlallerine de yol açmaktadır.³²

Kısaca belirtmek gerekirse İslamofobi bir nefret söylemidir ve bütün nefret söylemleri yanlıştır. Aynı zamanda İslamofobi bir insan hakları meselesidir, bir nefret söylemi olarak ortaya konulması ve en az antisemitizmin tabi tutulduğu muamele kadar, önemli olması gerekir. 1.6 milyar Müslüman'ı ilgilendiren İslamofobi sadece Batı'da yaşayan, Amerika'da yaşayan insanların problemi değildir. Çünkü İslam üzerinden üretilen ve Müslümanlara her yerde sirayet eden sonuçları olan bir olgudur.³³

Günümüzde, Nathan Lean'ın tespitiyle, İslam ve Müslümanlar üzerinden korku ve kaygı üretimi için her türlü medyayı ve imkanı kullanarak artık dünya çapında giderek güçlenen bir "İslamofobi Endüstrisinden" bahsedilmektedir.³⁴ Bu endüstri birilerinin kasasını doldururken veya bazı siyasi partilere oy olarak dönerken toplumların ve insanlığın barış ve huzuru yara almaktadır.

³⁰ <http://islamophobia.info/files/downloads/konferans-el-kitabi.pdf>, erişim: 28.4.2015

³¹ Mehmet YÜKSEL, İslamofobinin Tarihsel Temellerine Bir Bakış: Oryantalizm ya da Batı ve Öteki, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012 , s.229, (203-217)

³² Hüseyin YILMAZ, İslam Karşıtlığında (İslamofobi) cihad Algısının Rolü, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012 hs.237, (217-231)

³³ BARIN, a.g.m, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015

³⁴ Nathan LEAN (Çeviren: İbrahim YILMAZ), İslamofobi Endüstrisi, DiB Yayınları, Ankara 2015

İslamofobinin günümüzde; korku propagandasından doğrudan ya da dolaylı bir şekilde istifade eden kitle medyası, dini gruplar ve diğer çıkar grupları tarafından takviye edilen kronik bir hastalık haline geldiği görülmektedir.³⁵ Buehler bu duruma şöyle dikkat çekmektedir: “İslamofobi, insanlık dendiğinde dünya nüfusunun beşte birini inkâr eden bir hastalıktır. Bu hastalık, gerçekte var olmayan bir şeye/birine yönelik temelsiz bir korkuyu ifade eden bir fobiye tekabül etmektedir.”³⁶

1.3. Runnymede Raporu

İslamofobinin, modern ve bilimsel anlamda bir olgu ve kavram olarak ele alınması, bir İngiliz düşünce kuruluşu olan Runnymede Trust tarafından, 1997 yılında yayımlanan bir raporla başlamıştır. Bu alandaki çalışmaların öncüsü olması nedeniyle bu rapora ve aynı kuruluş tarafından daha sonra yayınlanan raporlara da değinmekte yarar bulunmaktadır.

Rapor İslamofobi: Hepimiz İçin Bir Meydan Okuma ismini taşımaktadır.³⁷ Raporda, İslam’ın İngiltere’deki tarihinden başlayıp, o günün sorunları olan medyada İslam’ın yer alış biçimi ile dini ve etnik saldırılar gibi konularda bilgi verilmiştir. Bu rapor, aynı zamanda Batı’da İslamofobi’nin 11 Eylül saldırılarından daha geriye giden bir olgu olduğunu göstermesi açısından önem arz etmektedir.³⁸

Rapor, İslamofobi’nin Batı ülkelerinde yüzyıllardır bulunduğunu ancak son 20 yılda daha da belirginleştiğini, daha uç ve tehlikeli boyutlara ulaştığını vurgulamıştır. Yine bu rapor göstermiştir ki; İslam’ın, Batı medeniyeti karşısında ikinci/alt sınıf olarak algılanması Müslüman düşmanlığını körüklemekte, Müslümanların marjinalleşmelerine yol açmakta ve onlara karşı ayrımcılık yapılmasını meşru hale getirmektedir. İslamofobi’nin Müslümanlar üzerinde olumsuz bir etkisi vardır ve neticede onları, özellikle Müslümanların azınlık olduğu

³⁵ Arthur F. BUEHLER (Çeviren: Mehmet ATALAY), İslamofobi: Batı’nın “Karanlık Tarafı”nın Bir Yansıması, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 55:1 (2014), s.123.

³⁶ BUEHLER, a.g.m, s.132

³⁷ ESPOSITO/KALIN, a.g.e, s. 19

³⁸ Hilal BARIN, Runnymede Trust Raporları Bağlamında İslamofobi, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015

Batı ülkelerinde, toplumdan dışlayıcı ayrımcı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Müslümanlar medyada ve günlük yaşamda önyargıların hedefinde olabilmektedirler. Bu önyargılar sözlü sataşmalarla, fiziksel saldırılarla ve mülke zarar vermelerle kendini göstermektedir.

Raporda Müslümanlar, günlük hayatta dinden kaynaklanan ihtiyaçların dikkate alınmamasından şikâyetçilerdir. Ayrıca İslam korkusu ve karşıtlığının Batı ülkelerinde yüzyıllardır bulunduğu, ancak son 20 yılda daha belirginleştiği, daha uç ve tehlikeli boyutlara ulaştığı vurgulanmaktadır. Raporun İslamofobi'nin doğası başlıklı bölümünde, 11 Eylül'den sonra daha da tırmanan ve 'uzman' sayılan kişilerin görüşlerinde açık ya da kapalı olarak kendini hissettiren İslamofobik söylemin temel bakış açılarına yer verilmekte ve bunlar sekiz madde halinde sıralanmaktadır. Buna göre;

1. İslam yeni realitelere cevap vermeyen statik ve yeknesak bir blok' olarak görülmektedir.

2. İslam dini, 'farklı' ve 'öteki' olarak görülmektedir. a) Diğer kültürlerle hiçbir ortak amaç ve değere sahip değildir b) İslam medeniyeti, tarihte hiçbir kültürden etkilenmemiştir, c) onları etkilememiştir.

3. İslam, Batı karşısında daha alçak olan - barbar, akıldışı, cinsiyet ayrımcılığı yapan ve ilkel-olarak görülmektedir.

4. İslam, 'şiddet yanlısı, saldırgan ve terörizm üreten' bir din olarak sunulmakta ve medeniyetler çatışmasına teşvik edici olarak değerlendirilmektedir.

5. İslam siyasi ve askeri üstünlük için kullanılan siyasi bir ideoloji olarak görülmektedir.

6. Müslümanların Batıya yönelik eleştirileri hiçbir değerlendirmeye tabi tutulmadan anında reddedilmektedir.

7. İslam düşmanlığı, Müslümanlara karşı sergilenen ayrımcı uygulamaları ve onların toplumdan dışlanmasını realize etmek için kullanılmaktadır.

8. Müslümanlara karşı düşmanlık tabii ve doğal olarak kabul edilmektedir³⁹

³⁹ Chris ALLEN, The 'first' decade of Islamophobia: 10 years of the Runnymede Trust report "Islamophobia: a challenge for us all" <http://www.islamiccouncilwa.com.au/wp-content/>

Rapor aynı zamanda İslam ve Müslümanlara karşı stereotipleri ve basitleyici yargıları reddetmeyi amaçlamaktadır.⁴⁰

Bu rapordan 16 yıl sonra Runnymede Trust'ın Yeni Müslümanlar - İslamofobi: Sorunlar, Meydan Okumalar ve Eylemler adıyla 2004 Haziran'ında 11 Eylül ve benzeri olaylardan sonra İslamofobi'nin durumunu ve etkilerini işleyen bir raporu daha yayınlandı. Bu raporda komisyon, ilk raporda İslamofobi konusunda geliştirdiği çerçeveyi aynen korumuştur. İslamofobi'nin Avrupa tarihinde yeni olmadığına değinilen raporda, farklı zamanlarda farklı görünümde ortaya çıkan bu olgunun birden fazla karşılığının olduğu ve bu nedenle İslamofobi'nin çoğul anlamda 'İslamofobiler' olarak kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. İslamofobi olgusu, raporda örneklerle anlatılmış, İngiltere'de ve diğer Avrupa ülkelerinde Müslüman karşıtlığı, kamusal alanda Müslümanlara, camilere ve Müslüman kuruluşlara karşı saldırılar, medyada yer alan stereotipler, politik liderlerin konuşmalarında negatif ifadeler, iş ve istihdam alanında ayrımcılık ön plana çıkmıştır. Tüm bunlarla beraber, bürokrasinin, Müslümanların dinî ve kültürel talepleri ile yoksulluk ve toplumsal dışlanmışlığı karşısında duyarsızlığı, İslam'ın ve Müslüman kuruluşların resmen kabul edilmemesi, İslamofobi ile yasal mücadeledeki yetersizlikler ve sivil özgürlüklere getirilen yasal kısıtlamalar dile getirilmiştir.⁴¹

En son yayınlanan 2013 tarihli raporda ise Müslüman karşıtı tutumun artmakta olduğu belirtilmiştir. Raporda İslamofobik olayların bildirildiği bir telefon yardım hattının kurulduğuna ve 12 aylık süreç içinde tespit edilen fiziksel saldırıların yüzde 58'inin Müslüman kadınlara gerçekleştirildiğine yer verilmiştir. İslamofobik saldırıların daha fazla ciddiyetle kontrol altına alınması, ayrıca aşırı sağcı ve aşırı uçların üstesinden gelinmesinde daha fazla sorumluluk alınması talep edilmiştir.

Bu son raporda en çok dikkat çeken ayrımcılık vakası ise okul çağında çocukların deneyimledikleri olmuştur. Maalesef ki, genç azınlık gruplarının ken-

uploads/2014/05/Decade_of_Islamophobia.pdf, erişim: 21.05.2015

⁴⁰ M. BABACAR, La montée de l'islamophobie comme phenomene de société, La montée de l'islamophobie, COJEP, Strasbourg 2007, s.31

⁴¹ ER/ATAMAN, a.g.m, s.762

dilerini koruma amaçlı birbirlerine bağlı hareket etmelerini gerektirecek kadar yoğun önyargı ve taciz vakaları yaşanmıştır. Teröre karşı başlatılan savaşın ardından gelen süreçte bu meseleler eğitime üç şekilde yansımıştır:

- Öncelikle, okul politikalarını bütünleşme ve terör-karşıtlığı şekillendirmeye başlanmış ve Müslüman öğrenciler önleme politikalarının uygulanmasıyla patolojik bir şekilde çerçevelenmişlerdir.

- Nadir rastlanan başarı hikâyelerinin haricinde ırksal eşitsizlik o kadar içsel bir durum haline gelmiştir ki, mevcut engellerin kalkmasının bile durumları eşitleyemeyeceği tespit edilmiştir.

- Birleşik Krallık'ta okullarda ırkçı olaylarda artış yaşanmış, 2007 ile 2011 yılları arasında 88 bin ırkçı saldırı kaydı olduğu açıklanmıştır.⁴²

2. DİNLER, İSLAM VE TERÖR

Gerçekte dinler, barışı, adaleti, kardeşliği, sevgiyi ve yardımlaşmayı önerirken, geçmişte ve günümüzde hemen hemen tüm dinlerin mensupları arasında dini bir kılıfla gayri meşru şiddete başvuranların ortaya çıktığı bir gerçektir. Günümüzde, İsrail'in Filistin halkına karşı saldırı ve şiddet eylemleri devlet terörünün en canlı kanıtı olarak uluslararası kamuoyunun gözleri önünde tekrarlanmaktadır. Birmanya'da Budist toplulukların Arakan Müslümanlarına, Orta Afrika Cumhuriyetinde Hristiyan Anti -Balaka örgütünün Müslümanlara yönelik terörü de aşır soykırıma varan şiddet eylemleri gerçekleştirdikleri uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarında yer almaktadır.

Hal böyle iken özellikle Batı medyasında şiddet ve terörle ilişkilendirilen tek dinin İslam olduğu görülmektedir.

Müslüman kişi ya da gruplar tarafından gerçekleştirilen şiddet içerikli eylemlerin siyasal amaçlı olduğu gerçeği göz ardı edilmekte ya da bu gerçek bilinçli olarak gizlenmeye çalışılmaktadır⁴³.

Medyanın İslami, terör, şiddet, barbarlık çağrışımlarına imkan veren imaj,

⁴² BARIN, a.g.m., [http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/ yorum/17488](http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488), erişim: 16.04. 2015

⁴³ YILMAZ, a.g.m, s.247

klişe, stereotipik söylemlere bağlantılı sunması, zaten İslam ve hatta kendi toplumsal konularında dahi fazla bilgi sahibi olmayan ortalama vatandaş nezdinde İslam tehlikesinin abartılı bir korkuya dönüşmesine zemin hazırlamaktadır.⁴⁴

Bu tablonun ortaya çıkmasında, medyanın yanısıra birçok kurum ve aktörün katkısı vardır. Bunların başında da siyasi aktörler gelmektedir. Özellikle siyasi aktörler, son kertede olumsuz İslam algısını besleyen bir yaklaşımla Ortadoğu'ya yönelik politika, strateji ve eylemlerine meşruiyet kazandırmak için köktenci İslam'a, İslamcı teröre gönderme ve vurgu yapmaktadırlar. Medya ve siyaset iç içe olduğu için, biri diğerini daima beslemekte ve desteklemektedir. Dolayısıyla bir İslam karşıtlığı sarmalı oluşmakta ve bu sarmal diğer kurumları da olumsuz etkilemektedir.⁴⁵

Açıkça Katolik ve Protestan çatışmalarına sahne olan İrlanda ve İngiltere arasındaki terör faaliyetlerinde militanların dini inançlarından kaynaklanan şiddete rağmen hiçbir şekilde dini bir nitelermeye gidilmemiş; Hristiyan, Katolik veya Protestan teröristler gibi bir nitelermeye olmamıştır. Dolayısıyla Hristiyan ve Yahudi olan teröristlerden bahsederken veya başka bir inanca sahip olanlardan nasıl ki dini inançlarına izafeten bir nitelermeye gitmiyorsak aynı saygı ve tutarlılığın İslam dini için de gösterilmesi gerekmektedir.⁴⁶

Ünlü Boksör Muhammed Ali 11 Eylül 2001' de Dünya Ticaret merkezinin yıkıntılarını görmeye gittiğinde gazeteciler soruyorlar "El Kaide ile aynı dinden olduğunuz için ne hissediyorsunuz?" Muhammed Ali'nin cevabı sorunun sahibini şok edicidir: " Siz Hitlerle aynı dinden olduğunuz için ne hissediyorsanız ben de aynı şeyi hissediyorum."⁴⁷

Diğer yandan ABD ve Avrupa ülkelerindeki Müslüman kökenlilerin terör

⁴⁴ Orhan GÖKÇE, Avrupa Medyasının ve Kamuoyunun İslam Algısı, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.102 (s. 77-95)

⁴⁵ Vahap GÖKSU, Rukiye SAYGILI, Amerikan Medyasının İslam Algısı, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.277

⁴⁶ Zakir AVŞAR, İslami Terörizm Nitelermesine İtiraz, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.158

⁴⁷ Nevzat TARHAN, Şiddetin Psikososyopolitik Boyutu, Şiddet Karşısında İslam, DİB Yayınları, Ankara 2014, s.109

olarak nitelendirilen olaylardaki rolüne ilişkin istatistikler de, söz konusu nitelendirmelerin yanlışlığını ortaya koymaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1980'den 2005'e gerçekleşen terör saldırılarının yalnızca % 6'sı Müslümanlarla ilişkilidir (ki Müslümanlar da ABD nüfusunun % 6'lık bir kesimine tekabül etmektedir). EUROPOL kaynaklı mevcut terör raporlarınına (2006-2008) yalnızca % 4'ü Müslümanlarla ilişkilidir.⁴⁸

Kelime olarak barış anlamına gelen İslam'ın ilke ve değerlerinde terör olarak nitelendirilen eylemleri meşru gösterecek hiçbir referans olmadığı gibi, bu fiillere İslam kaynaklarında ve geçmiş uygulamalarda günümüz hukukundan çok daha sert yaptırımlar öngörülmüştür.⁴⁹

İslam'ın uluslararası ilişkiler, savaş ve barış, diğer din mensupları ile birlikte yaşama, tebliğ ve davet metodu, aşırılık ve şiddet konularında ortaya koyduğu ilke ve esaslar incelendiğinde, gerek savaş sırasında gerek savaş dışında fert, örgüt ve devletlerin sivillere yönelik saldırılarının, masum insanların can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak, onları korku ve dehşete sevk edecek eylemlerin hiçbir şekilde meşru sayılamayacağı açıkça anlaşılır.⁵⁰

İslâm dininin prensipleri göz önünde tutulacak olursa ismi ne olursa olsun, terör, şiddet, bunalım ve anarşinin İslâm'la uzaktan yakından ilişkisi olmadığı açıkça görülecektir. İslâm'ın bu tür yıkıcı hareketlerle ilişkisi olmadığı bir yana, o, her türlü anarşi, fitne, fesat, bozgunculuk, eziyet, işkence ve zulmü kısacası terör ve tedhişi kesin bir biçimde Müslümanların gündeminden çıkarmıştır. Dinin amacı, fert ve toplumu bozup dejenere etmek değil, aksine fert ve toplumu maddî ve manevî açıdan fitratına uygun düzeye ulaştırıp yüceltmektir.⁵¹

⁴⁸ BUEHLER, a.g.m, s. 133, dipnot, 24

⁴⁹ Hani RAMADAN, Article, sur l'İslam et la Barbarie, Centre Islamique de Geneve, Geneve 2001, s. 176

⁵⁰ Ahmet ÖZEL, İslam ve Terör, Fikhî bir yaklaşım, Küre yayınları, İstanbul 2007, s. 111.

⁵¹ AVŞAR,a.g.m, s. 155

3. ULUSLARARASI VE ULUSAL TERÖRLE MÜCADELE STRATEJİLERİNDE DİN VE TERÖRE BAKIŞI

3.1. Genel Olarak

Uluslararası örgütler, evrensel, bölgesel ve ulus üstü düzeylerde insan haklarını dikkate alan terörle mücadele stratejileri hazırlamışlardır. Söz konusu stratejiler arasında, BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi, AK Bakanlar Komitesi İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede İlkeleri Tavsiye Kararı ve AB Terörle Mücadele Stratejisi öne çıkmaktadır. Diğer yandan birçok ülke kendi tehdit değerlendirmeleri ışığında kamuoyuyla paylaşılan ulusal terörle mücadele stratejileri yayınlamışlardır. 11 Eylül den sonra hazırlanan bu stratejilerde El Kaide vb. örgütlerin tehdidinin etkili olmuş olması, Batı kamuoyundaki İslam-terör ilişkisine ilişkin tartışmaların, bu stratejilere nasıl yansdığına incelenmesini İslamofobi bağlamında faydalı hale getirmektedir.

Bu bakımdan belli başlı uluslararası ve ulusal stratejilerin ele aldıkları tehdidin türü ile din veya İslam'a ilişkin ifadeler ve bağlamlarının irdelenmesi, İslamofobi-terör ilişkisi bağlamında açıklayıcı olabilir.

3.2. BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi

Küresel Terörle Mücadele Stratejisi, BM Genel Kurulu'nca 8 Eylül 2006' da, 60/288 sayılı kararla kabul edilmiştir.⁵²

Genel Kurul kararında terör, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik en önemli tehditlerden biri olarak nitelendirilmektedir: *"Kim tarafından nerede ve hangi amaçlarla olursa olsun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik en önemli tehditlerden birisini oluşturduğu için terörün tüm şekil ve tezahürlerini en güçlü şekilde kınadığını tekrar ederek,"*

Stratejide, terörün bir dine, milliyete, medeniyete veya belli bir etnik kökene mal edilemeyeceği ve mal edilmemesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır: *"Aynı zamanda terörün hiçbir dinle, milletle, medeniyetle ya da etnik grupla bağdaştırılmayacağını ve bağdaştırılmaması gerektiğini hatırlatarak,"*

⁵² BM Genel Kurul Kararı ve Stratejinin İngilizce orijinal metni için bkz. <http://www.un.org/en/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml> Türkçe metin için bkz. KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013

Ayrıca terörün yaygınlaşmasının önlenmesi için diğerleri yanında dini değerler, inançlar ve kültürler için saygıyı temin etmeye vurgu yapılması dikkat çekicidir:

“Terörün yayılmasına neden olan koşullarla başa çıkma gerekliliğini akılda tutarak,

Üye Devletlerin ihtilaf çözmek, yabancı ülkelerin işgalini sona erdirmek, zulme karşı çıkmak, fakirliği ortadan kaldırmak, devamlı ekonomik büyümeyi, sürdürülebilir kalkınmayı, küresel refahı, iyi yönetişimi, tüm insanlar için insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü desteklemek, kültürler arası anlayışı iyileştirmek ve tüm dinler, dini değerler, inançlar ve kültürler için saygıyı temin etmek için ellerinden geleni yapmak konusundaki kararlılıklarını belirterek,”

Stratejiye ekli eylem planınının “Terörün yaygınlaşmasına neden olan koşulları ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler” başlıklı I. Bölümünün ilk paragrafında ; “ *hiçbir koşulun terör eylemlerine bahane ve gerekçe oluşturamayacağı*” vurgulanarak, “*terörün yaygınlaşmasına neden olan koşullar arasında; eşitliklessness, hukukun üstünlüğünün eksikliği ve insan hakları ihlalleri, etnik, ulusal ve dini ayrımcılık, siyasi dışlanma*” da sayılmaktadır (parag.1).⁵³ Bu ifadeler İslamofobik yaklaşım ve uygulamaların terörizmin yaygınlaşmasına hizmet edeceğini ortaya koymaktadır.

İlk paragrafın sonunda Terörün yayılmasına neden olan koşullarla başa çıkmaya yönelik bir dizi tedbirin alınması konusunda kararlılık vurgusu yapılmaktadır. Söz konusu 7 tedbirin ilk ikisi İslamofobi ile mücadele bağlamında da önem taşıyan hususları içermektedir:

“Medeniyetler, kültürler, milletler ve dinler arasında diyalog, hoşgörü ve anlayışı desteklemek ve dinlerin, dini değerlerin, inançların ve kültürlerin aşılmasını önlemek ve bunlara saygıyı temin etmek üzere BM himayesinde girişim ve programları düzenlemeye devam etmek. Bu anlamda, Genel Sekreter tarafından Medeniyetler İttifakı Girişiminin başlatılmasını memnuniyetle karşılıyoruz. Aynı zamanda dünyanın farklı yerlerindeki benzer girişimleri de memnuniyetle karşılıyoruz (parag. 2).”

⁵³ KDGM, a.g.e, s.370

Uygun görüldüğü şekilde toplumun tüm kesimlerini kapsayan eğitim ve toplumu aydınlatıcı programları oluşturularak ve bunları destekleyerek barış, adalet ve beşeri kalkınma kültürünü, ulusal ve dini hoşgörüyü ve tüm dinler, dini değerler, inançlar ve kültürler için saygıyı desteklemek. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatını inançlar arası ve inançlar içi diyalog ve medeniyetler arası biyolog da dâhil olmak üzere kilit rol oynamaya teşvik ediyoruz. (parag.3) ⁵⁴

Stratejinin hayata geçirilmesi bağlamında, “Terörle Mücadele Eylem Gücü” bünyesinde oluşturulan çalışma gruplarından birisi “Terörizme Yol Açan Radikalleşme ve Aşırılık Çalışma Grubudur.”⁵⁵ BM faaliyet ve belgelerinde herhangi bir din ve inancı çağırılmayan “terörizme yol açan radikalleşme” ve “aşırılık”, şiddete yol açan aşırılık” gibi nötr kavramlar kullanılması olumlu bir yaklaşım olup, ulusal stratejilerce de izlenmelidir.

3.3. AK Bakanlar Komitesi Terörle Mücadelede İlkeler Tavsiye Kararı

AK Bakanlar Komitesinin 11 Temmuz 2002 tarihli 804. toplantısında kabul edilen “İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkında İlkeler” başlıklı tavsiye kararı, gerek terörle mücadeleye çok boyutlu bir yaklaşım getirmesi, gerekse bu mücadeleyi insan haklarına mutlak saygı çerçevesinde ele alması nedeniyle önemli bir uluslararası belgedir.

Belgede insan haklarına ilişkin BM sözleşmeleri ve özellikle AİHS ve AİHM içtihatları dikkate alınarak on yedi adet ilke kabul edilmiş ve üye Devletlerin, bu ilkeleri terörle mücadeleden sorumlu tüm yetkililere geniş bir şekilde dağıtmaları talep edilmiştir.

İlkelerin başlangıç kısmında; “Her nerede ve her kim tarafından gerçekleştirilmiş olursa olsun, teröre ait her türlü eylem, yöntem ve faaliyeti suç ve haklı görülemez olarak açıkça kınayarak,” denilmek suretiyle, terörü herhangi bir inanç ve din ile bağdaştırmayan bir yaklaşım sergilenmektedir.

Yine başlangıç bölümünün h) bendinde, terörün önlenmesinde “kültürler

⁵⁴ BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi, KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s.373

⁵⁵ <http://www.un.org/en/terrorism/pdfs/radicalization.pdf>, erişim: 25.05.201

arası ve dinler arası diyalogu teşvik etme” gerekliliği vurgulanmaktadır: *“Terörle mücadelenin, toplumlarımızda özellikle kaynaşma ve kültürler arası ve dinler arası diyalogu teşvik etme yoluyla, teröre yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasına yönelik uzun vadeli tedbirler alınması anlamına geldiğini dikkate alarak;”*

Kararın açıklayıcı raporunda belirtildiği üzere, *“Teröre yol açan sebeplerle mücadele edebilmek için, kültürler arası ve dinler arası diyalogu da teşvik etmek gerekmektedir. Parlamenter Asamble, bu konuda bir dizi önemli belge hazırlamış olup, bu belgeler arasında şu Tavsiye Kararları yer almaktadır: 1162 sayılı İslâm Medeniyetlerinin Avrupa Kültürüne Katkıları (1991), 1202 sayılı Demokratik Toplumda Dinsel Hoşgörü (1993), 1396 sayılı Din ve Demokrasi (1999), 1426 sayılı Terör Karşısında Avrupa Demokrasileri (1999)12 ile 1258 sayılı Terör Karşısında Demokrasiler konulu Kararlar (2001) bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri de çok kültürlü ve dinler arası diyalogun terörle uzun vadede mücadele konusundaki önemine değinmiştir.⁵⁶*

3.4. AB Terörle Mücadele Stratejisi

“AB Terörle Mücadele Stratejisi” AB Konseyi Başkanlığı ve Terörle Mücadele Koordinatörünün önerilerini dikkate alarak, AB Konseyi tarafından 30 Kasım 2005 tarihinde benimsenmiştir.⁵⁷

Strateji terörün bütün ülkeler ve insanlar için bir tehdit olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Stratejide, kültürler, inançlar ve medeniyetler arası diyalog ve ittifak teröre yolaçan radikalleşmenin önlenmesinde önemli bir faktör görülmektedir: *Kültürler, inançlar ve medeniyetler arası diyalog ve ittifakın bir parçası olarak radikalleşmeyi körükleyen motivasyonel ve yapısal faktörlerle başa çıkabilmek için çatışmaların çözümüne yönelik çalışmak ve iyi yönetimle demokrasiyi desteklemek, Stratejinin temel unsurları olacaktır.*

Önleme başlığı adı altındaki ilk paragrafta radikalleşme ve teröre elaman

⁵⁶ KDG, İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayını, Ankara 2011, s.26.

⁵⁷ Strateji'nin İngilizce metni için bkz. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST+14469+2005+REV+4> , Türkçe metin için bkz. KDG, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013 (s. 353-365)

temini ile mücadeleye vurgu yapılarak, bu kapsamda asıl hedefin El Kaide ve ondan hedef alan örgütler olduğu ifade edilmektedir: *Bu strateji El Kaide ve ondan ilham alan diğer terör gruplarındaki radikalleşme ve yeni elaman temini ile mücadeleye odaklanmaktadır.*

Stratejiye göre; *İnançları ne olursa olsun Avrupalıların büyük bir çoğunluğu aşırılıkçı ideolojileri kabul etmemektedir. Kabul eden az sayıda Avrupalıların da sadece çok küçük bir kısmı teröre başvurmaktadır. Terörün bir parçası olma kararının arkasında yatan sebepler genelde benzer olsa da bu karar, kişiden kişiye değişmektedir. İnsanların teröre hangi yöntem, propaganda ve koşullarla çekildiğini belirleyip bunlarla mücadele etmeliyiz.*

Stratejide Medeniyetler Çatışması tezine itiraz edilmektedir: *Belli bir aşırılıkçı dünya görüşünün yayılması bireylerin şiddeti düşünme ve haklı göstermelerine sebep olmaktadır. Örneğin en son terör dalgasında meselenin temeli Batı ve İslam dünyası arasındaki çatışmanın kanıtı sayılan dünyadaki ihtilafları saptıran propagandadır. Bu sorunları ele alabilmek için, şiddeti teşvik eden teröristler ve aşırılık yanlılarının ileri sürdüğü fikirleri reddeden sivil toplum ve inanç gruplarıyla birlikte ana görüşün aşırı olanlara üstün geldiğine emin olmamız gerekmektedir. Buna ek olarak, ulusal politikalar ve Avrupa politikalarının algısını değiştirmek üzere, kendi mesajımızı daha etkin bir biçimde iletmemiz gerekmektedir. Politikalarımızın bölünmeyi kötüleştirmemesi de sağlanmalıdır. Sorunları tartışırken duygulardan arındırılmış bir söylem geliştirmek, bu açıdan bize yardımcı olacaktır.*

“Duygulardan arındırılmış bir söylem geliştirmek” terör olgusuna önyargısız bir bakışla yaklaşılmasını gerektirdiğinden, bunun gerçekleştirilebilmesinin ancak Müslümanları ve İslam’ı terörle ilişkilendiren kavram ve nitelendirmelerin terkedilmesiyle mümkün olabileceği açıktır.

Strateji, AB sınırları dışındaki faaliyetler bağlamında kültürler arası diyalogu uzun süreli bir bütünleşmenin gerçekleştirilmesinin bir aracı olarak görmektedir: *AB, sınırları dışında daha büyük bir şevkle, iyi yönetim, insan hakları, demokrasi, eğitim ve ekonomik refahı desteklemeli ve çatışmaların çözümünde etkili olmalıdır. Eşitsizlik ve ayrımcılığın olduğu yerlerde hedefleri-*

mizin arasında yer almalı ve uygun olduğunda kültürler arası diyalog ile uzun süreli bütünleşmeyi geliştirmeliyiz.

Strateji yedi unsuru önlemenin kilit öncelikleri olarak sırlamaktadır. Bu önceliklerden arsında İslamofobiyle bağlantılandırılabilir iki öncelik yer almaktadır:

- *AB içinde ve dışında kültürler arası diyalogu geliştirmek,*
- *Sorunları tartışırken duygulardan arındırılmış bir söylem geliştirmek.*⁵⁸

3.5. Ulusal Stratejiler

3.5.1. ABD Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi

2011 yılında yayınlanan belge⁵⁹, El-Kaide ve ona bağlı örgütlerle savaşa odaklanmıştır. Strateji belgesine göre; *“ABD’nin karşı karşıya olduğu en önemli güvenlik tehdidi, El-Kaide ve ona bağlı örgütler ve üyelerinden gelmeye devam etmektedir.”*

Başkan Obama’nın önsözünü de içeren belge, 11 Eylül 2001 sonrası uygulamaya konan panik stratejilerini eleştiren ifadeler içermekle birlikte, terörle savaş mı? Mücadele mi? tartışmasında çok eleştirilen ilkinden yana taraf almaktadır: *“ABD, El-kaideye karşı yürüttüğü amansız mücadeleyi tanımlamak için “savaş” kelimesini özellikle kullanmaktadır. Bununla birlikte, yönetim, terörizm yöntemiyle veya İslam diniyle savaş halinde olmadığını açıkça belirtmektedir. Biz belirli bir örgütle savaş halindeyiz: El Kaide”.*

“11 Eylül 2011 saldırılarından on yıl sonra, ABD hala El-Kaide ile savaş halindedir. ABD bu çatışmanın çıkmasını istememiş olsa da, vatandaşlarımızın ve çıkarlarımızın güvenliğini sağlamak için dünyadaki ortaklarımızla beraber El Kaideyi, ona bağlı örgütleri ve üyelerini dağıtma, yıkma ve sonunda yenme yönünde taahhüdümüz aynıdır.”

Strateji, Arap baharı olarak nitelendirilen olayların ve rejim değişiklikleri-

⁵⁸ AB Terörle Mücadele Stratejisi, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s. 356

⁵⁹ İngilizce metin için bkz. https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/counterterrorism_strategy.pdf, erişim: 15.05.2015

nin hemen akabinde yayınlanmıştır. Strateji bu değişiklikleri olumlu bulmakta ve ABD'nin bu değişime katkı vermesinin terörle mücadeleye katkısı olacağını değerlendirmektedir: *Usame Bin Ladin'in Müslüman toplumları güçlendirme yöntemi olarak Arap dünyasında şiddete dayalı rejim değişikliği için ve ABD ve müttefiklerine karşı sürekli şiddet çağrısında bulunması Ortadoğu'daki ve Kuzey Afrika'daki şiddete dayalı olmayan eylemlere tam bir tezat teşkil etmektedir. Son birkaç ay içinde, bu eylemler, El Kaide'nin uzun yıllar süren ve çoğunluğu Müslüman olmak üzere binlerce mağdurun yaşamına mal olan şiddet eylemlerinin getirdiğinden daha fazla siyasi değişim getirmiştir. Orta Doğu, Kuzey Afrika ve tüm dünyadaki insanların barış ve refah içinde temsilci hükümetlerin hâkimiyetinde yaşama arzularına desteğimiz El Kaidenin karanlık ve iflas etmiş dünya görüşüne tezat teşkil etmektedir.*

“Ortadoğu ve Kuzey Afrika'daki siyasi değişime yaklaşımımız, temsili ve hesap verebilir bir yönetim anlayışını desteklemenin ABD'nin dış politikasının temel özelliklerinden birisi olduğu ve doğrudan terörle mücadelemize katkıda bulunduğunu göstermektedir.”

Ancak, Stratejide terörle mücadele bağlamında Arap baharına yapılan bu olumlu atıfların uygulamaya yansımadağı, hatta bu ifadelere zıt politikalar izlenildiği de not edilmelidir.

Strateji “Bilgi ve Fikirler” başlığı altında, El Kaide ideolojisinin zayıflatılması ve Müslümanlar arasında taraftar bulmasının engellenmesine ilişkin eylemlere de yer vermektedir: *ABD'nin İslam diniyle savaştığını ve hiçbir zaman da savaştığını belirtmeye devam edeceğiz. El Kaidenin mesajını çeşitli yollar kullanarak yayma becerisini durdurmaya, iddialarının ve yaklaşımlarının doğruluğunu sorgulatmaya, ABD politikaları ve eylemlerinin daha iyi anlaşılmasını sağlamaya ve El- Kaide vizyonuna alternatif bir vizyon sunmaya odaklanacağız. El- Kaide ve eylemlerinin meşruluğunu ortadan kaldıran ve dünya görüşünü çürüten olumlu ve etkili mesajların sayısını artıracacağız.*⁶⁰

⁶⁰ ABD Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi, KDGGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s. 11-39

3.5.2. Birleşik Krallık Terörle Mücadele Stratejisi

Strateji 12 Temmuz 2011 tarihli olup CONTEST kısaltmasıyla bilinmektedir.⁶¹ Dönemin İçişleri Bakanı Theresa May Strateji belgesine yazdığı önsözde, Birleşik Krallığın karşı karşıya kaldığı terör tehditlerinin El-Kaide ve bağlı ve bağlantılı örgütler, yalnız kurt olarak adlandırılan tek başına hareket eden teröristler ve Kuzey İrlanda kaynaklı terör olarak sıralamaktadır. Belge, El Kaide ağırlıklı olmak üzere bu üç tehdidi ayrı ayrı ele almaktadır.

Ancak belgeye göre; *hâlihazırda en önemli güvenlik riski El Kaide ve aynı kafa yapısına bağlı örgütlerle bağlantılı terörden kaynaklanmaktadır.*

Dolayısıyla belgenin temel yapısı da bu tespite göre şekillenmiştir. Belgeye göre; *yeni önleme stratejisinde de, bu aşamada öncelikli (ancak tek değil) odak noktası El-Kaide ve ilgili örgütlerle bağdaştırılan terör olarak kalacaktır.*

Belge radikalleşme bağlamında İslamofobiye de işaret etmektedir: *“Propagandacıların faydalanacakları sıkıntılar gerçek ya da sadece algısal olabilir. Ancak hiç birisi terörü haklı çıkaramaz. Bunlar, özellikle de Müslümanların çoğunlukla oldukları dünyaya karşı dış politika algısını; İslamofobi duygusu ve tecrübesini ve bazen ayrımcı ya da orantısız olduğu düşünülen terörle mücadele güçlerini içermektedir.*

Radikalleşme, ideolojiyle, bu ideolojileri yayan insanlarla ve insanların kendilerini şiddet mesajlarına karşı dayanıksız yapan savunmasızlıklarıyla yürümektedir. İnsanların radikalleşmesini sağlayan kişiler sıkıntı ve üzüntülerden faydalanmaktadır. Buna (El-Kaidenin ilham kaynağı olduğu terör söz konusu olduğunda) dış politikamızın algılanışı, İslamofobi deneyimi ve Batının İslam’la savaş halinde olduğuna dair daha geniş kapsamlı görüş dahildir.⁶²

Strateji Müslümanlara yönelik İslamofobik uygulamaların, bu bağlamda orantısız terörle mücadele politikalarının radikalleşme süreçlerinde etkili olduğunu tespit etmekte, ancak bu sonucu engellemeye dönük öneriler getirmemektedir.

⁶¹ İngilizce metin için bkz. CONTEST, The United Kingdom’s Strategy for Countering Terrorism, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97995/strategy-contest.pdf erişim: 10.05.2015

⁶² Birleşik Krallık Terörle Mücadele Stratejisi, KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s.41-194

3.5.3 Hollanda Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi

2011 yılında yayınlanan strateji belgesi⁶³ ulusal stratejiler arasında cihadist vurgusuyla farklılaşmaktadır. Buna göre; *Yeni bin yılın başından itibaren hem ulusal hem küresel çapta terör saldırılarının sayısı artmıştır. Bu saldırılar daha çok cihat yanlısı çevreler tarafından yapılmıştır.*

Yine belgeye göre; *bugünlerde hedef grup, öncelikle cihat yanlılarıdır. Cihat yanlıları, Hollanda'ya ve Hollanda'nın yurtdışındaki çıkarlarına yönelik gelecekte en muhtemel ve en ciddi tehdidi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, terörle mücadele alanındaki ortak çabalar bu grup üzerine odaklanacaktır.*

Strateji belgesinin kullandığı cihadist kavramı ABD ve Birleşik Krallık strateji belgelerine göre somut örgüt isimlerine gönderme yapmadığından, daha soyut ve hedefin somut olarak anlaşılması daha zordur. Ayrıca İslam inancında ve hukukunda çok yönlü, çok boyutlu bir kavram olan ve insanın kendini gerçekleştirme çabasını da içeren “cihat” kavramının, terörle ilişkilendirilerek kullanılması, Müslümanları rencide edici ve Batı kamuoyunda İslamofobik bakışa hizmet edecek bir yaklaşımdır.⁶⁴

Strateji belgesi Hollanda'da terörle mücadeleye dâhil tüm tarafların kullanımı için kısa ve pratik bir terör tanımı yapmaktadır. Buna göre terör; *kişilere karşı ideolojik sebeplere dayanarak şiddete başvurma ya da toplumsal değişime yol açma, halka korku salma veya siyasi karar alma mekanizmasını etkileme amacıyla toplumsal olarak düzeni bozucu maddi zarara yol açma amacı güden eylemlerde bulunma ya da bunun hazırlığında olma veya bununla tehdit etmedir.*

Ancak strateji belgesini hazırlayanlar aşağıdaki vurguyu yapma zorunluluğunu da hissetmiştir: *“Bu stratejisi, kesinlikle “teröre karşı yeni bir savaş”, spesifik dini azınlık gruplarıyla mücadele etme yönünde bir girişimi ya da “medeniyetler çatışmasına” Hollanda'nın katkıda bulunmasını amaçlamaktadır. Bu*

⁶³ Belgenin İngilizcesi için bkz. <https://www.counterextremism.org/resources/details/id/584/national-counter-terrorism-strategy-2011-2015>, erişim: 10.05.2015

⁶⁴ Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Hüseyin YILMAZ, İslam Karşıtlığında (İslamofobi) Cihad Algısının Rolü, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.217-231

*stratejinin hareket noktası, suçların dayandığı ideolojik temele bakılmaksızın terör suçlarının önlenmesi ve bunlara karşı konulmasıdır.*⁶⁵

Ancak strateji ne olmadığını, neye hizmet etmeyi amaçlamadığını vurgulamak yerine, Müslümanları rahatsız eden uygulamalara karşı, medeniyetler ittifakı, kültürler arası diyalog gibi İslamofobi ile mücadele araçlarını öne çıkarılabile daha objektif ve dengeli bir metin olabilirdi.

3.5.4. İsveç Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi

2012 tarihli belge⁶⁶ terörle mücadele de üç ana yöntem öngörmektedir: önleme, durdurma ve hazırlanma. Strateji, nedeni ya da geçmişine bakmaksızın, terör ve şiddet yanlısı aşırıcılığın her türünü kapsamaktadır.

Belge İsveç'e yönelik terör tehdidini aşağıdaki şekilde değerlendirmektedir: *Uluslararası perspektiften bakıldığında, terör saldırılarının çoğu, Avrupa dışında çatışmalardan etkilenen bölgelerde gerçekleşmektedir. Avrupa'da ise saldırıların çoğundan yerel, ulusal ve ayrılıkçı gruplar sorumludur. Şiddete dayalı aşırılık İsveç'te, üç tip farklı çevreden kaynaklanmaktadır: beyaz güç çevresi, sol özerk hareketler ve şiddet yanlısı İslamcı aşırılık. Bu üç çevrenin hiçbirisi İsveç'in demokratik sistemine şu an için ciddi bir tehdit oluşturmamaktadır. El-Kaidenin etkilediği gruplar hala bir tehdit unsuru olmaya devam etmektedirler. Terör tehdidi son yıllarda değişmiştir. Çünkü tek başına hareket eden kişilerin saldırı gerçekleştirme riski artmıştır.*

Terör saldırıların çoğu hala Avrupa Dışında çatışma olan bölgelerde gerçekleşmektedir. Her yıl birçok sivil, Ortadoğu, Afrika, Asya, Güney Amerika gibi dünyaya yayılmış farklı bölgelerde terör saldırılarına maruz kalmaktadır.

Son on yıldaki gelişmeler şiddet yanlısı İslamcılarının terör hareketlerini destekleme ve gerçekleştirme niyeti ve iradesini arttırmıştır.

Norveç'te 2011'in yazında İslam karşıtlığı izleri taşıyan büyük çaplı iki ey-

⁶⁵ Hollanda Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi, KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s. 197-299.

⁶⁶ Belgenin İngilizcesi için bkz. <http://www.government.se/contentassets/68b06b9ece124c8e88df0d943ce4ecd7/swedens-national-counter-terrorism-strategy-skr-20111273>, erişim: 11.05.2015.

lem yapıldı. Norveçli failin bu saldırıları tek başına planlayıp gerçekleştirdiği düşünülmektedir.

Strateji “şiddet yanlısı İslamcı aşırılık”, “İslamcılar” gibi “İslam” kelimesi içeren kavramları kullanmasıyla diğer stratejilerden ayrılmaktadır. Medya ve siyaset dilinde kullanılan bu kavramların terörle mücadele stratejisine de dahil edilmesi, ancak İslamofobik yaklaşımı siyasi stratejilerinin bir parçası yapan çevrelere yarayabilir.

Diğer yandan Strateji İslamofobiye karşı yürütülen çalışmaları da şiddet yanlısı aşırılıkla mücadelede yardımcı olarak görmektedir: *“Hükümetin başka alanlardaki politikaları, şiddet yanlısı aşırılıkla mücadeleye yardımcı olabilir. Hükümet 2008 yılında toplumun temel değerleri üzerine bir diyalog başlattı. Bunun başlıca amacı, insan hakları ve demokrasi ilkeleri ile ilgili bir diyalog başlatmaktı ve bununla ilgili olarak “Toplumun Temel Değerleri Üzerine Bir Diyalog “ başlıklı Hükümet Raporunda açıklamalar bulunmaktadır. Yabancı düşmanlığı ve buna benzer hoşgörüsüzlük biçimlerine karşı nasıl daha etkili çalışmalar yürütülebileceğiyle ilgili bir araştırma yapılması kararlaştırıldı. Bu araştırmanın çıktılarında biri de Yaşayan Tarih Forumunun hükümetin görevlendirmesiyle yürüttüğü anti-semitizm ve İslamofobi ile ilgili bilgi ve araştırma durum anketidir.”*

Strateji kültürler ve medeniyetler arası diyalogu da terörün önlenmesinde önemli bir araç olarak görmektedir “Medeniyetler İttifakına” atfı yapmaktadır: *Kültürler ve toplumlar arası diyalog için yürütülen faaliyetler, önleyici çalışmaların önemli bir parçasını oluşturabilir. Bunun bir örneği, mevcut yüz üye ülkesi olan ve kültürler arası konularda açık diyalogun sağlanmasına yönelik hükümetler arası bir ağı niteliğindeki BM Medeniyetler İttifakıdır⁶⁷*

4. İSLAMOFOBİYİ BESLEYEN TERÖRLE MÜCADELE DİLİ VE YAKLAŞIMLARI

İslamofobinin geçmişte olduğu gibi günümüzdeki en önemli beslenme kaynağının İslam dini karşıtlıklarını ve siyasi ajandalarını İslami aşırılık ve İslami köktendincilik, İslamcı terör ve radikal İslam gibi kavramlarla ortaya koyan çev-

⁶⁷ İsveç Ulusal Terörle Mücadele Stratejisi, KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013 s.249-349.

reler olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Osmanlı entellektüeli ve siyaset adamı Ahmed Rıza 1896 yılında, Paris'te çıkan *La Revue Occidentale*'de yazdığı bir makalede, o dönem için, *Osmanlı Devletinin uyruklarının bütün ayaklanmalarının, ilk Yunan ayaklanmasından en son Ermeni isyanlarına kadar, insanlığın utancı ve İslam hukuku prensiplerinin ağır bir ihlali olan katliamların hükümetin mevcut zayıflığı ile bazı yabancı ajanlarca ustaca kullanılan entrikalara bağlı olduğunu vurguladıktan sonra, şu tespiti yapmaktadır: "Yüzeysel zihinler bu acıklı fiilleri İslam fanatizmine (fanatisme islamique) bağlıyorlar. Bu formülün gerisinde sırf Osmanlı İmparatorluğunu parçalama amacıyla Avrupa kamuoyunu Hristiyan azınlıklar lehine, ama gerçekte Müslümanlara karşı ayaklandıran dini kinleri ve siyasi ihtirasları bulunuyor."*⁶⁸

Ahmet Rıza'nın söz konusu tespiti günümüzde ABD ve Avrupa'daki İslomofobinin beslediği ana kaynakların ve İslamofobik kampanyaların sebeplerinin, 120 yıl öncesinden farklı olmadığını ortaya koymaktadır.

Gerçekte dünyanın herhangi bir yerinde, her hangi bir kişi veya grup tarafından insanlık onuruna aykırı fiiller işlendiğinde karşı çıkılması gereken aşırılık, bağnazlık, fanatiklik, terör vb. olgular olmalıdır. Aşırılık ve fanatiklik hangi dinin mensuplarında olursa olsun tehlikelidir. Terör fiilleri hangi dinden veya milletten kişilerce işlenirse işlensin kınanmalı ve mahkum edilmelidir. Ancak terörün bir din, siyasi görüş ve etnik grupla ilişkilendirilmesinden kaçınılmazdır. Böyle bir ilişkilendirmeyi yapanlar da aslında belli bir din veya görüşün fanatikleri olduklarını ve gizli siyasi bir ajandaları olduğunu ele vermektedirler.

İslam veya Müslüman kavramlarının medyada sürekli olarak terör, bombalama, şiddet gibi olumsuz kavram ve olaylarla birlikte zikredilmesi sonucunda insanlar bir süre sonra klasik şartlanmaya uğramaktadır. Böylece şartlandırılmış birey İslam ve Müslüman kavramlarını duyduğunda zihin dünyasına nakşedilmiş olan kan, şiddet, bombalama gibi olayları hatırlamakta, bu da İslam'a Müslümanlara karşı korku ve öfke duygularının oluşumuna neden olmaktadır.⁶⁹

⁶⁸ İsmayıl URBAIN, Ahmed RIZA, Tolérance de l'İslam, Centre ABAAD, Paris 1992, s.93.

⁶⁹ KARSLI, a.g.m, s.86

Pew Araştırma Merkezi'nin "Medyada Din: 2010" başlıklı araştırma sonuçlarına göre, 2010 yılında Amerikan medyasında çıkan din konulu haberlerde en fazla İslam ve Müslümanlık ele alınmaktadır. Araştırma sonuçlarında iki önemli detay söz konusudur: Birincisi, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra, Amerikan basınında Müslümanlara yönelik haberlerdeki hızlı artış; ikincisi ise, Müslümanlara yönelik haberlerin içeriğinde, diğer inanç sistemlerine kıyasla daha fazla şiddet unsurunun olması.⁷⁰

İslam'ın diğer dinlere yaşam hakkı tanımayan, savaşı ve şiddet içerikli bir din olduğu yönünde basılı ve görsel medyada yayınlar yapılması ve İslam hakkında doğru ve yeterli düzeyde bilgi sahibi olmayan gayrimüslim bireylerin bu yayınlardan etkilenmeleri İslamofobi'ye neden olmaktadır.⁷¹

Oysa 11 Eylül saldırılarında kullanılan kimselerin Müslüman olması nedeniyle her türlü saldırganlığı ve şiddeti yasaklayan aksine merhamet ve hoşgörüyü tavsiye eden İslam dinini terör, şiddet ve kanla birlikte anmak ve bütün Müslümanlara potansiyel terörist muamelesi yapmak haksız, kötümser, ayrıştırıcı, dışlayıcı ve ön yargılı bir yaklaşımdır. İslam'ı şiddet ve terörle özdeşleştiren Hristiyan Batı dünyasının öncelikle kendi tarihinde yer alan, şiddet, sömürgecilik, haçlı seferleri ve engizisyonlar ile yüzleşmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷²

Amerikalı Akademisyen Arthur F. Buehler tam burada ilginç bir saptama yapmaktadır. Ona göre; İslamofobi, aslında, Hristiyan dünyanın –şimdilerde İslam'a/Müslümanlar'a yansıtılan– genel şiddet tavrına dair uzun inkâr tarihinin psikolojik tezahürüdür.⁷³ Yazar bu açıdan İslamofobiyi, "düşman olarak öteki" oluşturmak amacıyla kullanılan bir psikolojik yansıtma durumu ihtiva etmektedir. Bu olguyu, Hristiyan dünyanın/Batı'nın karanlık tarafının İslam'a/Müslümanlara yansıtılmasını ihtiva eden psikolojik bir savunma mekanizması olarak açıklamaktadır.⁷⁴

Gerçekten de, İslam'ı neredeyse şiddetle eş anlamlı olarak niteleyen bil-

⁷⁰ Melih ÖZSÖZ, 13 Dakika 51 Saniye'de İslamofobi, İKV Değerlendirme Notu, 58, *Ekim 2012*, s.6.

⁷¹ KARSLI, a.g.m, s.86

⁷² KARSLI, a.g.m, s.97

⁷³ BUEHLER, a.g.m, s.138

⁷⁴ BUEHLER, a.g.m, s. S.23

hasa Batılı araştırmacı ve siyaset adamlarının kendi tarihlerinde görölen Şiddetin boyutu bütün bir İslam tarihi sürecinde Şahit olunan Şiddet tezahürleri ve tahripkârları ile karşılaştırıldığında, gerçekten İslam-Şiddet ilişkisi oranının çok düşük düzeyde kaldığı görölecektir.⁷⁵

Gerek islam, gerek halk ve özgürlük adına olsun, her ne iddia ile ortaya çıkarsa çıksın terörist yöntemlere başvuran örgütlerin tutarlılıklarının, dayanaklarının sorgulanmasının gerek sorunun teşhisinde, gerek tedavisinde çok büyük yararlar sağlayacağı açık iken, İslam'a karşı özellikle de vurgulanarak, rencide edici nitelermelere gidilmesi hiç doğru değildir. İslam dünya yüzünde mensupları itibariyle ikinci büyük dindir. İslam adına eylem yapanları onaylamayan Müslümanların sayısının milyonlarca olduğu unutulmamalıdır.

Kitle medyası; eylemlerin siyasi, ekonomik ve askeri sebeplerini tecrit etmek yerine Müslümanların bir şekilde dâhil olduğu bütün olayları dini saiklerle gerçekleştirilmiş olaylar olarak resmetmektedir. Öte yandan, örneğin İsrail, Hindistan, ABD ya da Sri Lanka'da din adına icra edilen Şiddet, o dinin diğer mensuplarıyla çok nadir olarak irtibatlandırılır. Dünya yüzeyinde Hindu, Budist, Yahudi ve Hıristiyan teröristler hakkında bir yazıya neredeyse hiç rastlanmaz.⁷⁶

Batı dünyasının İslam korkusunun (İslamofobisinin) içinde geliştiği kültürel mirastır. Maalesef Müslümanların Şiddetle irtibatlandırılması yalnızca Batı dünyasında görölen bir olgu olmayıp kitle medyası aracılığıyla bir virüs gibi dünyanın diğer coğrafyalarına yayılmış bulunmaktadır.⁷⁷

İslamofobi'nin oluşma nedenlerinden birisi de insanların tanıdığı ve güven-diği politikacı, yazar ve din adamlarının İslam'ı terörle ilişkilendiren ifadelerde bulunmalarıdır.⁷⁸ Bu durum Müslümanları potansiyel bir terörist gören anlayışın her geçen gün yaygınlık kazanmasına yol açmaktadır.

AB Temel Haklar Ajansı (...) *11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelen olaylar sonrasında terör ile mücadele kapsamında, aralarında Arapların, Musevilerin,*

⁷⁵ Adem ARAR, Tarihsel Tecrübe Olarak Merhamet ve Şiddet Açısından İslam, Şiddet Karşısında İslam, s. 380

⁷⁶ BUEHLER a.g.m, s.131.

⁷⁷ BUEHLER, a.g.m, s. 138

⁷⁸ KARSLI, a.g.m, s.87

*Müslümanların, bazı mülteci grupların, göçmenlerin ve sığınmacıların ve kimi azınlıkların da bulunduğu gruplara bağlı kişi veya kişiler; eğitim, istihdam, barınma, hizmetler ve kamu alanlarına erişim, toplumsal katılım ve hareket serbestliği gibi bazı alanlarda ırkçı ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar.*⁷⁹ Demek suretiyle terörle mücadele ve İslamofobi ilişkisini ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Görüldüğü üzere İslamofobi, eski bir korku için üretilen yeni bir kavramdır. İslamofobi bugün artık medeniyetler arası diyalog, işbirliği ve uyumu, çok kültürlülüğü ve birlikte yaşam iklimini ciddi bir biçimde tehdit eden bir olgu halini almıştır. Ayrıca ayrımcı eylemler ve şiddet içeren yönüyle hukuku, özellikle de insan hakları hukukunu ilgilendiren bir olgu olarak tezahür etmektedir.

Bu açıdan iç barış ve güvenlik ortamının yanı sıra uluslararası ve bölgesel barış ve istikrara da tehdit oluşturan terörle mücadele ederken, benzer bir tehdit oluşturma riski taşıyan İslamofobinin gelişmemesi için hem ulusal hem uluslararası alanda yetkililerin ve medyanın özenli, dikkatli bir dil kullanmaları kilit önem taşımaktadır.

Terörle mücadele bağlamında medyada ve kamuoyunda İslam ve Müslüman karşıtı duygular oluşturabilecek, ırkçılık ve yabancı düşmanlığını körükleyebilecek bir söylemin yaygınlaşması ciddi bir sorun olarak görülmelidir.

Terörle mücadele alanında hem uluslararası, hem ulusal planda etkili ve bütüncül stratejiler geliştirilmesi gerekliliği açıktır. Mevcut uluslararası stratejiler terörü genel bir sorun olarak ele almakta ve medeniyetler diyaloguna vurgu yapmak suretiyle İslamofobiye zımnen değinmektedir. Ayrıca, İslamofobiyle mücadeleye destek veren medeniyetler ve kültürler arası diyaloğu teşvik eden ifadeler içermemektedir. Buna karşılık uluslararası stratejileri dikkate alması gereken ulusal stratejiler terör örgütleri olarak sadece veya ağırlıklı olarak Müslümanlarla ilişkili örgütleri tehdit olarak dikkate almakta, İslamı terörle ilişkilendiren kavramlar kullanabilmektedir. Bu stratejiler İslam ve terör ilişkisini reddeden açık

⁷⁹ *Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia*, AB Temel Haklar Ajansı resmi internet sitesi, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/156-Manifestations_EN.pdf, erişim tarihi: 27.09.2012.

ifadeler kullanmak suretiyle İslamofobi ile mücadelede destek olma açısından yetersiz kalmaktadır. İslamofobi terimi, Birleşik Krallık ve İsveç'in ulusal strateji belgelerinde geçmektedir. Ancak kavram radikalleşmeyi besleyen olgulardan birisi olma anlamında, çok sınırlı bir şekilde gündeme gelmektedir. İslamofobi ile mücadele araçlarından medeniyetler ittifakı ve kültürler ve inançlar arası diyalog gibi unsurlar İsveç stratejisi dışında kendine yer bulmamaktadır.

İslamofobi ve terör ilişkisinin iki temel boyutundan bahsedilebilir. İlki ayrımcılık ve ötekileştirilme nedeniyle Müslümanların şiddete varan aşırılığa sürüklenmesidir. Bu husus ulusal ve uluslararası terörle mücadele stratejilerinde dikkate alınan ve stratejilerin önleme boyutunda üzerinde durulan bir boyuttur. İkinci boyut ise, İslamofobik propagandaların etkisinde kalan kişilerin Müslümanlara veya bazen Müslümanlara karşı yumuşak yaklaşımları gerekçesiyle sorumlu tuttıkları kişilere karşı gerçekleştirdikleri terör eylemleridir. Terörle mücadele politikalarında, bu ikinci boyutun da en az birincisi kadar üzerinde durulmadığı takdirde, terör probleminin de İslamofobi probleminin de çözümünde arzulanan ilerleme sağlamak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, terör tehdidi ile karşı karşıya olan ülkeler, terör olgusuna objektif bir şekilde yaklaşarak, buna uygun bütüncül politikalar geliştirmek ve uygulamak durumundadırlar. Bu kapsamda özellikle terörün herhangi bir din, etnik grup ve ideoloji ile eşleştirilmemesine özen göstermeliler ve inanç gruplarının değerlerini ve hassasiyetlerini gözetmelidirler. Ancak bu şekilde teröristlerin önemli bir istismar kaynakları kurutularak, terörle mücadele mesafe alınabilir. Böylece İslamofobik eylemleri ortaya çıkartan iklim ortadan kaldırılarak İslamofobinin yaygınlaşmasının da önüne geçilebilir. Ancak burada Batılı ülkelerin samimiyet, kararlılık ve iradesi önem taşımaktadır.

Batılı ülkeler Müslüman ülkeleri terörle mücadele için uluslararası işbirliğine katmaya çalışırken, aynı işbirliği iradesi ve kararlılığı İslamofobiyle mücadele alanında da göstermelidirler. Bu iki konuda sağlanacak başarı, hiç kuşkusuz geçmişten gelen önyargıların günümüzü etkilemesine mani olacaktır. Bu ise ulusal, bölgesel ve uluslararası planlarda istikrar, barış, güvenlik ve hukukun üstünlüğünün güçlenmesini beraberinde getirecektir.



KAYNAKÇA

Abdellali HAJJAT, Maewan MOHAMMED, islamophobie, Comment les élites françaises fabriquent le probleme musulman, La découverte, Paris 2013.

Abdülbâki GÖLPINARLI (çev.), Fîhi Mâ-Fîh, İnkılap, İstanbul 2009.

Adem ARAR, Tarihsel Tecrübe Olarak Merhamet ve Şiddet Açısından İslam, Şiddet Karşısında İslam, (s. 339, 382).

Ahmet ÖZEL, İslam ve Terör, Fikhî bir yaklaşım, Küre yayınları, İstanbul 2007.

Arthur F. BUEHLER (Çeviren: Mehmet ATALAY), İslamofobi: Batı'nın "Karanlık Tarafı"nın Bir Yansıması, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 55:1 (2014), s.123-140.

Chris ALLEN, Islamophobia, Asghate publishing, Surrey 2010.

_____, The 'first' decade of Islamophobia: 10 years of the Runnymede Trust report "Islamophobia: a challenge for us all"http://www.islamiccouncilwa.com.au/wp-content/uploads/2014/05/Decade_of_Islamophobia.pdf, erişim: 21.05.2015.

EUMC, Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia", http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/156-Manifestations_EN.pdf, erişim: 12.05. 2015.

Eva De Vitray-MEYEROVİTCH, Djamchid MORTAZAVİ, Mathnawi, La quête de l'absolu, édition du Rocher, Paris 2004.

_____, Le livre du dedans, Babel, Paris 2010.

Hani RAMADAN, Article, sur L'İslam et la Barbarie, Centre Islamique de Geneve, Geneve 2001.

Hilal BARIN, Runnymede Trust Raporları Bağlamında İslamofobi, <http://setav.org/tr/runnymede-trust-raporlari-baglaminda-islamofobi/yorum/17488>, erişim: 16.04. 2015.

Houda ASAL, «Islamophobie: la fabrique d'un nouveau concept. État des lieux de la recherche», *Sociologie* 1/2014 (Vol. 5), p. 13-29.

Hüseyin YILMAZ, İslam Karşıtlığında (İslamofobi) Cihad Algısının Rolü, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.217-231.

Issa DIAB, Religiophobia, Fear of Religion, Fear of the Religiousin. Islamophia, Islamophobia and Violation of Human Rights, ODVV, Tahran 2013, s.57-86.

İsmayıl URBAIN, Ahmed RIZA, Tolérance de l'İslam, Centre ABAAD, Paris 1992.

Jocelyne CESARI, Batıda İslamofobi: Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Bir Mukayese, in John L. Esposito, İbrahim Kalın, İslamofobi, 21. Yüzyılda Çoğulculuk Sorunu, İnsan Yayınları, İstanbul 2015.

KDGM, İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayını, Ankara 2011.

_____, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013.

Kutlay TELLİ, Uluslararası Terörizm ile Mücadelede Fransa'nın Ocak 2015 Paradoxu, TBB Dergisi 2015, s. 118-134.

M. Ali KIRMAN, Kültürel Yanılsama İslamofobi, *Diyanet Aylık Dergi*, Ekim 2012, Sayı: 262.

M. BABACAR, La montée de l'İslamophobie comme phenomene de société, La montée de l'İslamophobie, COJEP, Strasbourg 2007.

Mehmet YÜKSEL, İslamofobinin Tarihsel Temellerine Bir Bakış: Oryantalizm ya da Batı ve Öteki, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012 , s.203-217.

Melih ÖZSÖZ, 13 Dakika 51 Saniye'de İslamofobi, İKV Değerlendirme Notu, 58, Ekim 2012.

Mohammed MOUSSAOUI, Islamophobie ou racisme antimusulman ?, http://www.atlasinfo.fr/Islamophobie-ou-racisme-antimusulman_a53527.html erişim: 21.04.2015.

Murat AKTAŞ, Avrupa'da Yükselen İslamofobi ve Medeniyetler Çatışması Tezi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt:13, No:1 (Yıl: 2014), s.31-54.

Nathan LEAN (Çeviren: İbrahim YILMAZ), İslamofobi Endüstrisi, DİB Yayınları, Ankara 2015.

Necmi KARSLI, İslamofobi'nin Psikolojik Olarak İncelenmesi, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2013.

Nevzat TARHAN, Şiddetin Psikososyopolitik Boyutu, s.109 (s.77-132), Şiddet Karşısında İslam, DİB Yayınları, Ankara 2014.

Pew Research Center, April 2, 2015, "The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050.

Orhan GÖKÇE, Avrupa Medyasının ve Kamuoyunun İslam Algısı, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s. 77-95.

Reuven FIRESTONE, İslamofobi& Antisemitizm: Tarihi Seyir ve İmkanlar, http://www.academia.edu/8745622/%C4%B0islamofobi_and_Antisemitizm_Tarihi_Seyir_Ve_%C4%B0mkanlar, erişim: 4.5.2015.

Sami ÇÖTELİ, Propaganda ve İslamofobi'nin İngiliz Kitle İletişim Araçlarından Yansımaları, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 33 Kasım – Aralık 2012, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, <http://www.akademikbakis.org/eskisi-te/33/01.pdf>.

Talip KÜÇÜKCAN, Avrupa İslamofobiye Teslim mi? 06 Aralık 200 <http://arsiv.setav.org/public/HaberDetay.aspx?Dil=tr&hid=5415&q=avrupa-islamofobiye-teslimmi>.

Thomas HAMMARBERG (çev. Ayşen ekmakçı), Avrupa'da İnsan Hakları, İletişim yayınları, Ankara 2011.

Tuba ER, Kemal ATAMAN, İslamofobi ve Avrupa'da Birlikte Yaşama Tecrübesi Üzerine Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2008.

Vahap GÖKSU, Rukiye SAYGILI, Amerikan Medyasının İslam Algısı, İslamofobi, Kolektif Bir Korkunun Anatomisi, Sempozyum Tebliğleri, Ankara 2012, s.251-278.

Vincent GEISSIER, L'islamophobie en France au regard du débat européen In Rémiy LEVEAU, Khadija Mohsen-FINAN, Musulmans de France et d'Europe,

L'islamophobie en France au regard du débat européen, CNRS Editions, s.59-79.

Yılmaz ÖZTUNA, Türk Tarihinden Yapraklar, Ötüken Yayınevi, İstanbul 2008

Zakir AVŞAR, İslami Terörizm Nitelemesine İtiraz, Sivas Kemal İbn-i Hümam Vakfı Sempozyum Tebliğleri, 30 Nisan-1 Mayıs 2010 Sivas, Ankamat Matbaacılık, Ankara, 2012, s. 131-145.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURUDA SAĞLIK NEDENİYLE TEDBİR UYGULAMASI

*Constitutional Court's Implementation of the Injunction
by Reason of Health in the Individual Application*

Dr. Hüseyin TURAN* – Muharrem İlhan KOÇ**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yapılan başvurularda bazı durumlarda tedbir uygulandığı gibi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda da tedbir uygulaması kabul edilmiştir. Özellikle yaşam hakkının korunması ve işkence yasağının ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda tedbir uygulanması kabul edilmekle birlikte, hükümlü veya tutuklular hakkında sağlık durumu veya hastalık nedeniyle tedbir uygulanıp uygulanamayacağı konusunda belirlilik bulunmamaktadır.

Bireysel başvuru, ülkemizde 23/9/2012 tarihinden itibaren uygulanan yeni bir hak arama yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik bu yeni hukuk yolunun uygulaması sırasında bazı hukuki sorunların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Kişi hürriyeti ve güvenliği ile yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda, sağlık durumu dikkate alınarak başvuru sahibinin tedbire tahliyesine karar verilmiştir. 6216 sayılı Kanuna göre, kabul edilebilirlik aşamasından sonra başvuru esas incelemesi sırasında tedbir kararı verilebilir. Ancak tedbire karar verilen bu başvuru kabul edilemez bulunması, tedbir kurumuyla bağlantılı olarak bireysel başvuru yargılaması bakımından incelenmeye değer sonuçlar ortaya çıkarmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Tedbir Kararı, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Yaşam Hakkı, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Tutuklama

ABSTRACT

As an injunction is imposed for such cases in the extent of European Convention of Human Rights, Constitutional Court initiates an injunction for the individual applications. While an injunction is imposed in such cases which include submission about

* Dr. Hâkim/Anayasa Mahkemesi Raportörü, ab40230@adalet.gov.tr

** Hâkim/Anayasa Mahkemesi Raportörü, muharrem.ilhan.koc@anayasa.gov.tr

violation of right to life and prohibition of torture, there isn't a noticeable point of view whether an injunction would be imposed for sentenced and detainees by reason of health or illness.

The individual application, practicing in Turkey since 23/9/2012, is a new remedy to seek justice. During practicing this remedy pointed to protect fundamental rights and freedom, some legal questions would appear inevitably. In an application lodged with allegations about violation of right to liberty and security and right to life, the Court held an injunction for health care that made the detained applicant release. In accordance with Law No. 6216, an injunction can be imposed only at the time of considering substance of a case after admissibility stage completes. However, the decision of inadmissibility about this application in which the injunction was imposed has revealed some conclusions for human rights' judging that value to review.

Key Words: Individual Application, Injunction, Right To Liberty and Security, Right to Life, Internal Regulation of Constitutional Court, Detention



GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun başladığı 23/9/2012 tarihinden itibaren¹ sağlık durumu gerekçe gösterilerek ceza infaz kurumlarında bulunan bir çok hükümlü ve tutuklu tarafından tahliye talepli başvuru yapılmaktadır.²

Başvuruculardan³ *tutuklu* statüsünde olanlar⁴, sağlık/hastalık durumları dikkate alınmadan tutukluluk hallerinin devamına karar verilmesinden şikâyet etmekte iken, *hükümlü* statüsünde olanlar ise sağlık/hastalık durumları gerektirdiği halde infazın ertelenmesine karar verilmemesinden şikâyet etmektedirler.

¹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1'inci maddesinin 8'inci fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.

² Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan ve kabul edilen 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile tanınmıştır. Bkz. R.G.13/5/2010 Tarih ve No:27580.

³ Başvurucu:6216 sayılı Kanununun 47.maddesinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunan kimsedir.

⁴ 17/7/2014 tarih ve Başvuru No: 2014/328 sayılı (M. Erbey) Kararı, 1/10/2014 tarihli Resmî Gazete.

Her iki durumla ilgili olarak sağlık durumu veya hastalık nedeniyle tedbiren serbest bırakılma talebi, Anayasa Mahkemesince bireysel başvuruda ilk olarak 2014/648 sayılı başvuruda incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 18/9/2014 tarih ve Başvuru No:2014/648 sayılı kararına⁵ konu başvuruda, başvuru, ceza yargılaması sürecinde ceza infaz kurumunda tutulmanın sağlık durumu ve hastalık nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği ile yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

I. TEDBİR KARARI VE AMACI

Temel hak ve özgürlüklerden birisinin ihlaline neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ve kararlar nedeniyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için söz konusu işlem, eylem ya da kararın kesinleşmiş olması, bir başka ifadeyle var olan olağan kanun yollarının tüketilmiş olması aranmaktadır.⁶

Bireysel başvurunun ikincil nitelikte olması nedeniyle bu yola başvurulmadan önce, kamu işlemine karşı var olan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Dolayısıyla kesinleşmiş bir karar ortaya çıkmadığı müddetçe bu yola gidilemeyecektir. Kanun yolları tüketilmeden, ilgili işlem ya da karar kesinleşmeden yapılan bir bireysel başvuru hakkında, olağan başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir.⁷

İdari ve yargısal başvuru yollarında temel hak ve özgürlük ihlalinin ortadan kaldırılması ve varsa başvuruçunun uğradığı zararın giderilmesi durumunda, başvuru için aranan mağdurluk statüsünün devamından da bahsedilemeyeceğinden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmasında hukuki bir yarar kalmamaktadır.⁸

6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" başlıklı 45. maddesinin 1.

⁵ 4/12/2014 tarih ve 29195 sayılı Resmi Gazete.

⁶ 6216 sayılı Kanun Mad.45/2.

⁷ AYM, B. No: 2012/254, T. 6/2/2014. Editörler: SAĞLAM, Musa/ GÖKSU, Hasan Tuna; **Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

⁸ **Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi**, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mart 2011. Rehber ulaşmak için www.echr.coe.int (Case-Law _Case-LAWAnalysis_Admissibility Guide) s.14.

fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesine ancak Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurulabilir. Buradan çıkan sonuca göre Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişi "mağdur" statüsü kazanamaz ve mağdur olmayan kimsenin başvurusu ise reddedilir.⁹

Bireysel başvuru için aranan başvuru yollarının tüketilmesi şartı, özellikle kamu gücünün sınır dışı etme ve iade işlemleri nedeniyle yapılan bireysel başvurular olmak üzere, tedbir talebi içeren başvuruların sonuçsuz kalmaması için derhal incelenip karara bağlanması gerekli bulunduğundan, sınır dışı etme kararına karşı ilgililer başvuru yolunu tüketmek zorunda bırakılmamaktadır.¹⁰ Bu nedenle başvuru yolu tüketilemeden doğrudan tedbir talebi ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmekte ve bu başvurular durumun gerektirdiği şekilde öncelikle karara bağlanabilmektedir.¹¹ Esasen, ihlal konusu hakkı koruma işlevini yerine getirmekten uzak olan veya tüketildiğinde hakkı koruma imkânı kalmayacak sonuçlar ortaya koyan başvuru yollarının bu kapsamda kabul edilmemesi gerekir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş olması, bireysel başvuruya konu edilen karar ya da işlemin yürürlüğünün durdurulması üzerinde otomatik olarak bir etkisi bulunmamaktadır.

Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesince başvurucu lehine ileride verilecek bir ihlal kararının, geçmişe etkili olarak bireyin temel hakkını korumada etkisinin kalmaması ihtimali özellikle yaşam hakkı gibi bir hakkın söz konusu olduğu durumda pekâlâ mümkün olabilir.¹² Bu nedenle, kamu

⁹ AYM, B.No: 2013/1977, T. 9/1/2014. § 43. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/\(ErişimTarihi:14.12.2014\)](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/(ErişimTarihi:14.12.2014))

¹⁰ HARRİS, David/ O'BOYLE, Michael/ WARBRİC, Colin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013. s.871.

¹¹ ALTAN, Alparslan; **"Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış"** HUKAB, Ekim-Aralık 2013. S.7, s.10.

¹² ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi. Ankara 2012. s.40.

gücü işlem ve kararı nedeniyle ortaya çıkabilecek ağır zararları önlemek ve Mahkemece verilen ihlal kararlarının etkisiz kalmamasını sağlamak için bireysel başvuruda tedbire karar verme imkânı verilmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir.¹³

Bu ihtiyaç, özellikle Mahkemece hükmolunabilecek tedbirler, başvurucunun temel bir hakkının korunması bakımından zorunluluğun ortaya çıkması halinde daha belirgin hale gelir.¹⁴ Kişinin gönderileceği ülkede yaşam hakkına, işkence ve kötü muamele yasağına ve kişi güvenliğine yönelik bir ihlal riskinin bulunması durumlarında bireysel başvuru hakkının etkili olabilmesi için tedbir kurumu gereklidir.

Bireysel başvuruda tedbirin amacı, Mahkeme'nin şikâyet konusu kararın ya da işlemin Anayasa'ya uygunluğunu incelerken ve inceleme sonuçlanınca ya kadar mevcut durumun korunmasıdır.¹⁵ Bu ve benzeri nedenlerin, bireysel başvuruda geçici tedbir kararının verilmesinin temelini oluşturduğu görülür.

II. TEDBİRİN KANUNİ DAYANAĞI

Anayasasının 148. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesi....bireysel başvuruları karara bağlar...*", üçüncü fıkrasına göre de, "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...*".

Bireysel başvurunun kabul edildiği Anayasanın 148. maddesi, Anayasa Mahkemesinden talep edilebilen ve Mahkemece verilebilen bir karar olması nedeniyle öncelikle tedbir kararının temel dayanağını oluşturur. Zira bireysel başvuruda bulunmadan ve böyle bir yol kullanılmadan Mahkemeye tedbir talebinde bulunulması mümkün değildir. Tedbir talebi ve sonrasında verilecek tedbir ka-

¹³ KILINÇ, Bahadır; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25, s.40.

¹⁴ EKİNCİ, Hüseyin; **Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru 'Anayasa Şikâyeti'**. HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara. s.153.

¹⁵ HARRIS/BOYLE/WABRIK, s.868.

rarı, bireysel başvuru sisteminin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır.

Bireysel başvuruda tedbir uygulaması, Anayasada öngörülen bireysel başvuru yolunun inceleme ve yargılama usulünü gösteren 6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin beşinci fıkrasında ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün ise 73. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin beşinci fıkrasına göre, “*Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.*”

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, “*Başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verilebilir*”.

Dolayısıyla 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, bireysel başvuru yolunda öngörülen tedbir uygulamasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

III. TEDBİR KARARI VERİLEBİLECEK DURUMLAR

6216 sayılı Kanuna göre “*temel hakların korunması için zorunlu görülen hallerde*” Anayasa Mahkemesi, talep üzerine veya resen tedbir kararı verebilmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne göre, Mahkemeye bireysel başvuruda bulunan başvuruçunun “*yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine*” tedbir kararı verilebilmektedir. İçtüzükteki sayılan haller sınırlı olup, kanun ise daha geniş bir alanda mahkemece tedbir kararı verilebileceğini düzenlemiştir.

İçtüzük metninden açıkça anlaşılacağı üzere bu iki konu dışında tedbir kararı verilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda İçtüzük hükmünün, Kanuna açıkça aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.¹⁶ Tedbir kararına ilişkin İç-

¹⁶ ÖZBEY, Özcan; *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, 2.B. Ada-

tüzük düzenlemesinin bireysel başvurunun inceleme ve yargılama usulüne ilişkin olduğu açıktır. Bireysel başvuruya ilişkin yargılama usulünün Kanunun belirlediği kapsamı daraltan/değiştiren şekilde içtüzükte düzenlenmesinin hukuki dayanağı olmadığı söylenebilir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvurularda, başvuruçunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkın nitelendirmesi ile bağlı olmadığından¹⁸ tedbir talebine konu durumu, kişinin maddi ya da manevi bütünlüğüne ciddi bir tehdit olarak değerlendirilebilir ve tedbire karar verebilir. Nitekim Mahkeme, hükmen tutuklu (*mahkumiyete bağlı tutulma hali*) statüsünde olan başvuruçunun sağlık sorunlarını, yaşam hakkı ya da maddi veya manevi bütünlüğü koruma kapsamında değerlendirip tedbire tutukluluğun sonlandırılmasına karar vermiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz karar da bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin verdiği ilk karardır.

Kanun ve içtüzükte geçen tedbire ilişkin “*verebilir, verilebilir*” ibareleri, bu hususun tamamen Mahkemenin takdirine bırakıldığı veya Mahkemenin takdir hakkının sınırsız olduğu anlamını doğurmamaktadır. Bu yetki, ancak Mahkemece bireysel başvuruda bulunan kişinin temel bir hakkının korunması bakımından zorunluluk arz ediyorsa kullanılmalıdır.¹⁹

Tedbir talebinin konusu içtüzüğün 73. maddesinde belirtildiği üzere, genel olarak başvuruçunun yaşamına ya da vücut bütünlüğüne yönelik durumlardır. Buna ilişkin haklar; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 3. maddesinde düzenlenen işkence, eziyet ve kötü muamele yasağıdır. Bu haklar Anayasanın 17. maddesinin 1. ve 3. fıkralarına karşılık gelmektedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için kural olarak Türk vatandaşı olmak şart değildir. Bireysel başvuruçunun niteliği gereği yabancı ülke vatandaşları, vatansızlar veya mülteciler de temel hak ve özgürlüklerinin

let Yayınevi, Ankara 2012. s.394.

¹⁷ KOÇ, Muharrem İlhan; “**Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru**” Barobirlik, Türkiye Barolar Birliği, Sayı: 10. Ekim 2014. s.28-32.

¹⁸ AYM, B. No: 2013/6799, 5/11/2014. §19.

¹⁹ ERGÜL, s.41

Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait kamu gücünü kullanan otoriteler tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulabilirler. Zira 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinde bireysel başvuru hakkı herkese tanındığı için, bu herkes içinde kabul edilen, ülkede yaşayan yabancılar da başvurabilir. Bunun tek istisnası ise, sadece Türk vatandaşlarına tanınan bir hak söz konusu olduğu durumlardır. Bu halde yalnızca vatandaşlar bireysel başvuruda bulunabilecek, yabancılar ise başvuruda bulunamayacaktır.²⁰

Tedbir talebine konu olan belirteceğimiz ilk iki husus, daha ziyade ülkede yaşayan yabancılarla ilgili olduğundan başvurucular da daha ziyade yabancılar olacağı aşikârdır.

Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru yolunda temel bir hakkın ihlal edildiği iddiası ve bununla ilişkili tedbir talepleri şu şekillerde gelebilir:

a) Sınır dışı edilecek ya da ülkesine geri gönderilecek bir kişinin, gittiği ülkede yaşam hakkına yönelik bir saldırı olacağını ve ölüm cezasına maruz kalacağını iddia ederek iade edilmemesi gerekçesiyle tedbir talebinde bulunması söz konusu olabilir.

b) Sınır dışı edilecek kişinin gönderileceği ülkede işkence göreceğini veya kötü muameleye maruz kalacağını ya da tutuklanacağını iddia ederek iade edilmemesi nedeniyle tedbir kararı verilmesi talebi yapılabilir.

c) Kişiler, tutukluluk halinde sağlık sorunları nedeniyle Anayasanın 17. maddesindeki yaşama hakkının (kişinin maddi ve manevi hakkı ile olan bağlantısı nedeniyle) ve Anayasanın 19. maddesinde belirtilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek tedbiren tahliye talebinde bulunabilirler.

d) Genel olarak Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda da kişiler örneğin infazın ertelenmesi gibi tedbir talebinde bulunabilmektedirler.

²⁰ 6216 Sayılı Kanunun 46/3.maddesi

Gerek kanunda, gerekse İctüzükte öngörülme-yen bir konuda Mahkeme-den tedbir talebinde bulunulması durumunda tedbir kararı verilir verilmeme-si hususu tamamıyla Mahkemenin kendi takdirinde olan bir husustur. Fakat bu son durumda belirtilen, örneğin infazın ertelenmesi, infazın durdurulması gibi tedbir taleplerinin kanun ve tüzük hükümleri birlikte dikkate alındığında, Mahkemece kabul edilme olasılığı pek mümkün gözükmemektedir.²¹

IV. TEDBİR KARARININ VERİLME USULÜ

Tedbire karar verilir verilemeyeceğinin değerlendirilmesi, Bireysel başvuru-nun Bölümler kısmınca başvuru üzerinde esas incelemesi yapıldığı sırada ve bireysel başvurunun esasına ilişkin bir karar verilmediği sürece yapılabilmek-tedir.²²

Komisyonlarca, esas incelemesi yapılmadığından ve sadece kabul edilebi-lirlik incelemesi yapılabildiğinden kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilmek-tedir. Dolayısıyla tedbir kararının Komisyonlarca verilmesi mümkün gözükme-mektedir.²³

Bireysel başvuruda tedbir kararı, resen veya başvuru-cunun talebi üzerine verilebilmektedir. Tedbir kararı niteliği gereği acil durumlar için söz konusu-dur ve bekleme kabul etmeyen, derhal alınması gereken bir karar niteliğindedir. Süratle karar verilmemesi durumunda başvuru-cu Mahkemenin yetki ala-nından çıkmış olabilir. Bunun için tedbir talepli başvurularda, kişinin yaşama hakkına veya maddi ya da manevi bütünlüğe yönelik ciddi bir tehlike olduğu durumlarda, karar verilmek üzere ilk önce Komisyonlara gelmesi nedeniyle kabul edilebilirlik incelemesi derhal yapılmalı ve tedbir hususu incelenmek ve karar verilmek üzere dosya hemen Bölüme gönderilmelidir.

²¹ Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden 23 Eylül 2013 tarihine kadar olan bir yıllık dönemde Anayasa Mahkemesine yapılan 8486 başvurudan 440 başvuru dosyasında tedbir, 125 başvuru dosyasında ise acil tedbir kararı verilmesi talep edilmiş ise de, Mahkemece verilen tedbir kararı sayısı çok sınırlıdır. Bkz. ÇINAR, İbrahim; **"Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi"** . HUKAB, Ekim-Aralık 2013. S.7. s.56.

²² ERGÜL, s.40.

²³ 6212 sayılı Kanunun 48 ve 49/5. Mad.

Bu husus, *İçtüzüğün 73'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında şu biçimde ifade edilmiştir. "İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvuru talebi üzerine dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvuru yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir."*

Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde *İçtüzüğün 73. maddesinin 3. fıkrası gereğince hemen gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirmekle görevlidir.*

Bireysel başvuruda tedbirle ilgili karar verildikten sonra esasa ilişkin inceleme yapılarak nihai kararın verilmesi gerekmektedir. Gerek kanunda, gerekse İçtüzükte tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığı halde, başvuru hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda herhangi bir işleme gerek kalmaksızın verilmiş olan tedbir kararının da kendiliğinden kalkacağı açıktır.²⁴

Anayasa Mahkemesi, kural olarak bireysel başvuruları geliş sırasına göre incelemektedir. Bu husus *İçtüzüğün 68. maddesinde* belirtilmiştir. Fakat tedbir talepli başvurular, tutuklulukla ilgili başvurular gibi, konuları itibarıyla önemli ve acil olarak ele alınması gerekir. Bu durumda Mahkeme, tedbir talebi olan başvuruları öncelikli işler arasında görüp karar vermelidir. Bu nedenle burada asıl görev Bireysel Başvuru Bürosuna düşmektedir.²⁵ Bunun nedeni, tüm bireysel başvurular öncelikle bu büroya gelmekte ve bir esas numarası almakta, başvuruda bir eksiklik varsa bu eksikliğin bu birim tarafından tamamlanması sağlanmaktadır.

²⁴ "Tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvuru hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar". *İçtüzüğün 73'üncü maddesinin 4. fıkrası.*

²⁵ SAĞLAM, Musa; "**Bireysel Başvuruda Geçici Tedbir Konusunda Değerlendirme**" Teorik Açısından ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir, Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmet İçi Eğitim Yayınları, Ocak 2013, Ankara. s.162.

Bireysel Başvuru Bürosunun görev ve yetkileri İçtüzüğü'nün 65. ve 66. maddelerinde düzenlenmiştir. Büro, kendisine gelen başvurulardan İçtüzüğü'nün 73. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen konulara ilişkin, tedbir talebi olan bir başvuruyu öncelikle inceleyip varsa bir eksikliği gidermek üzere harekete geçmek durumundadır. Eksiklik yoksa ya da eksiklikler tedbir kararı vermeye yetecek ölçüde tamamlandığında başvuru dosyasını karar verilmek üzere hemen Komisyona göndermelidir.²⁶ Komisyon da bu dosyayı derhal Bölüme göndermek durumundadır.

V. İNCELEME KONUSU OLAY

Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuruda temel insan haklarından biri olan yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla birlikte sağlık durumu nedeniyle tedbir talebi istenen ve tedbiren tahliyeye konu olan başvurunun olaylar kısmı şu şekildedir:

Başvurucu F. H, 2000-2008 yıllarında İnönü Üniversitesi Rektörü olarak görev yapmış bir tıp profesörüdür. Başvurucu 2008 yılından itibaren Başkent Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde Gastroenteroloji Bilim Dalında öğretim üyesi olarak çalışmaya başlamıştır (§ 9)²⁷.

Başvurucu, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 12/4/2009 tarih ve 2009/274 sayılı kararı doğrultusunda *“yasa dışı terör örgütü üyesi olmak ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya ve görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs”* suçlarından gözaltına alınmış ve İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/4/2009 tarih ve 2009/56 sayılı kararıyla tutuklanmıştır (§ 10).

İsnat edilen suçlarla ilgili olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 17/7/2009 tarih ve 2009/1498 Soruşturma, 2009/751 Esas sayılı iddianamesiyle İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır (§ 11).

Başvurucunun tahliye talepleri *“dosya kapsamı, her saniğe iddianamede ayrı ayrı isnat olunan suçlamalar ve bunlarla ilgili sevk maddeleri, delillerin*

²⁶ SAĞLAM, s.162-163.

²⁷ Karar paragraf numaralarıdır.

tamamen toplanmamış olması, delillerin karartılması şüphesinin bulunması, atılı suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının devam etmekte ve bu suçların Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrasında sayılan suçlardan olması” gerekçesiyle reddedilmiştir (§ 12).

Başvurucu tutuklu olduğu ve yargılandığı dönem içinde sağlık durumu nedeniyle 22/6/2009-7/3/2011 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi Hepatoloji Servisinde yatırılmıştır (§ 15).

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesinin 18/11/2009 tarihli sağlık kurulu raporunda, *“Hasta, kronik hepatit B ve karaciğer sirozu tanılarını ile yatırılarak izlenmektedir. Kompanse siroz tanılı hastaları genel olarak yatırarak tedavi etmemekteyiz. Hasta Fatih Hilmioğlu karaciğer fonksiyonları düzeltildikten sonra aylar boyunca izlenmiş ve durumunun stabil kaldığı tespit edilmiştir. Şu anda kendisine bir hastane tedavisi yapılmamaktadır...”* ifadeleri yer almaktadır (§ 17).

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu 25/9/2009 tarih ve 8363 sayılı raporunda, *“başvurucuda ileri evre kronik karaciğer hastalığı bulunduğu, cezaevi şartlarında hayati tehlike oluşacağına dair tıbbi bulgu tespit edilemediği, hastalığı sebebiyle iki ayda bir üniversite hastanesinin hepatoloji bölümünde takiplerinin yapılmasının uygun olacağı”* belirtilmiştir (§ 18).

Adli Tıp Genel Kurulu'nun 28/1/2010 tarih ve 8363 sayılı raporunda oy çokluğuyla *“başvurucunun kronik karaciğer hastası olduğu, siroz hastalığının (A) evresinde bulunduğu, hastalık tablosunun bu haliyle, cezaevi şartlarında hayati tehlike oluşturacağına dair tıbbi bulgu tespit edilemediği, hastalığı sebebiyle iki ay aralıkla bir üniversite hastanesinin hepatoloji bölümünde takiplerinin yapılmasının uygun olacağı”* belirtilmiştir (§ 18).

Başvurucuya göre, tutuklanabilecekleri endişesiyle İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi doktorları 2/2/2011 tarihli sağlık kurulu raporunda *“mevcut bulgulara göre tedavi için hastaneye yatırılması zorunlu değildir. Bu hasta için söz konusu olabilecek hayati tehlike bugünkü durumundan değil, gelişebilecek muhtemel komplikasyonlardan (...) kaynaklanabilir.”* şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bu rapor üzerine başvuru 7/3/2011 tarihinde

ceza infaz kurumuna nakledilmiştir (§ 21).

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 5/8/2013 tarihli kararla, başvuruçunun, Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçlarından mahkûmiyetine, toplam 23 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir (§ 22).

Başvuruçucu mahkûmiyet kararından sonra tahliye talebinde bulunmuş, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 12/12/2013 tarihinde *“kovuşturma aşamasının tamamlandığını belirterek yeniden karar verilmesine yer olmadığına”* karar vermiştir (§ 23).

A. Başvuruçunun Şikayetleri

Başvuruçucu; tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının, hastalığı sebebiyle hayati tehlike içinde bulunmasına rağmen ceza infaz kurumunda tutulması ve iki ayda bir üniversite hastanesinde kontrollerinin yaptırılmaması nedeniyle yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürerek tedbiren tahliyesine karar verilmesini ve tazminata hükmedilmesini talep etmiştir (§ 35).

B. Tedbir Talebine İlişkin Karar

Anayasa Mahkemesi'nin İkinci Bölümü, tedbir talebiyle ilgili olarak 20/1/2014 tarihinde; *“Başvuruçunun cezaevinde bulundurulmasının mevcut hastalığı yönünden hayati risk oluşturup oluşturmadığı hususunun, ilgiliye ait mevcut tıbbi belge ve dokümanlar ve ilgili hakkında daha önce düzenlenen raporlarla birlikte yapılacak muayeneden sonra yeniden değerlendirildiği yeni bir uzman heyet raporunun istenmesine, belirtilen konularda başvuruçunun durumunu değerlendiren raporun düzenlenmesi amacıyla ilgilinin, bu konuda yeterliliğe sahip, daha önce ilgili hakkında rapor düzenleyen sağlık kuruluşlarından farklı, tam teşekküllü bir sağlık kurumuna sevkine, başvuruçunun tedbir talebinin düzenlenecek uzman heyet raporundan sonra değerlendirilmesine”* karar vermiştir.

Bu karar üzerine, başvuruçunun yapılan muayene ve tetkikleri sonrasında İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesince düzenlenen 17/2/2014 tarihli kurulu raporunda *“hepatoselüler karsinom tespit edilmediği, böbrek fonksiyonlarının %50 oranında azalmış olduğu, kronik B hepatitine bağlı gelişmiş kompense karaciğer sirozu olduğu (Child-A), grade I özofagus varisleri ve portal hipertansif gastropatisi bulunduğu, psikiyatrik açıdan majör depresyon teşhis edildiği, uygun süre ve dozda tedaviye rağmen depresyon belirtilerinin devam etmesinin psikososyal ve çevresel stres faktörleriyle ilişkili olabileceği”* belirtilmiştir (§ 25).

Anılan raporda, *“başvuruçunun kronik sistemik ciddi hastalıkları olduğunun anlaşıldığı, mevcut karaciğer sirozu nedeniyle hayat kalitesinde düşme, enfeksiyonlara eğilim ve üst gastrointestinal sistem kanaması geçirme riski olduğu, kronik B hepatiti tedavisine ek olarak portal hipertansiyon tedavisinin başlanmasının uygun olacağı, başvuruçunun sağlığı açısından, cezaevi koşulları yerine fiziksel, psikososyal şartların daha sağlıklı olduğu ve her türlü tıbbi imkâna kolayca ulaşabileceği bir ortamda izlenmesinin uygun olacağı”* kanaati bildirilmiştir (§ 26).

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 20/2/2014 tarihinde başvuruçunun sağlık durumuyla ilgili muhtemel riskler ve düzenlenen sağlık kurul raporunu dikkate alarak 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin beşinci fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 73. maddesi gereğince tedbiren tahliye kararı vermiştir (§ 27).

C. Başvurunun İncelenmesi ve Karar

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, başvuruçunun şikâyetlerinin, tutukluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin Anayasa’nın 19. maddesi ile hastalık sebebiyle hayati tehlike içinde bulunmasına rağmen ceza infaz kurumunda tutulma ve sağlık kurumunda kontrollerin yaptırılmaması nedeniyle yaşam hakkına ilişkin Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır (§ 36).

1. Tutuklulukla İlgili Karar

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü; kararda yer alan, “*Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez...*” (§ 47).

“*Somut olayda başvuru, isnat edilen suç nedeniyle 13/4/2009 tarihinde gözaltına alınmış ve 17/4/2009 tarihinde tutuklanmıştır. Tutuklu olarak devam eden yargılamada mahkûmiyet kararının açıklandığı 5/8/2013 tarihinde tutukluluk hali bu anlamda sona ermiştir*” (§ 49).

“*Başvuru formunda belirtilmeyen ve daha sonra Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda ifade edilen mahkûmiyete ilişkin kararın gerekçesinin yazılmamış olması nedeniyle temyiz incelemesinin yapılamaması ve tahliye talebi hakkında bu aşamada bir karar verilmemesi tek başına “mahkûmiyete bağlı olarak tutulma” halini hukuka aykırı kılmamaktadır. Bu durum makul süre çerçevesinde adil yargılanma hakkı kapsamında incelenebilecek olmakla birlikte, özgürlükten yoksun bırakmanın mahkûmiyet kararına dayandığı ve “mahkûmiyete bağlı olarak” özgürlükten yoksun bırakılmanın hukuka aykırılığına ilişkin bir şikâyet de bulunmadığı dikkate alındığında, başvurudan sonra ileri sürülen bu iddia nedeniyle farklı bir sonuca ulaşılması mümkün değildir*” (§ 50).

Gerekçeleriyle başvurunun “*kişi özgürlüğü ve güvenliğinin*” ihlal edildiğine ilişkin kısmının “*süre aşımı*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesinin tutukluluk ve başvuru süresiy-

le ilgili içtihadına uygundur:²⁸

Anayasa Mahkemesinin 6/3/2014 tarih ve B. No: 2014/912 sayılı kararında, “mahkûmiyete bağlı olarak” özgürlükten yoksun bırakılmanın hukuka aykırılığı iddiasının, gerekçeli karar yazılmadığından temyiz merciince incelenmemesi “kişi hürriyeti ve güvenliğinin” ihlali olarak kabul edilmiştir.²⁹ Hukuka aykırılığı kanunun öngördüğü usul ve yetki kurallarına aykırılık olarak kabul etmek gerekir.

Bundan farklı olarak, sadece gerekçeli karar yazılmadığı için temyiz incelemesi yapılamamasının ve temyiz merciince tutukluluk durumunun incelenmemesinin “kişi hürriyeti ve güvenliğinin” ihlal etmesi kural olarak mümkün görünmemektedir. Suç vasfına veya suçun sübutuna ilişkin nedenlerle kanun incelemesi sonunda hükmün bozulması ihtimali, mahkûmiyete bağlı tutmanın bu sebeplere bağlı olarak hukuki olup olmadığının bireysel başvuru kapsamında incelenmesine imkân vermez. Mahkûmiyet kararı ile özgürlükten yoksun bırakılma arasında illiyet bağının varlığı, kural olarak tutmanın hukukiliği bakımından yeterlidir.³⁰

2. Yaşam Hakkına İlişkin Karar

Sağlık durumuyla ilgili raporlar dikkate alındığında, başvuruçunun hastalığının cezaevinde bulunma nedeniyle tek başına yaşamsal risk oluşturacak bir nitelikte olmadığı belirtilmektedir. Başvuruçunun rahatsızlığının geri dönülmez bir noktaya ulaştığı yönünde bir tespit de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mevcut hastalık nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel risklerin varlığından bahsedilmekte ve sonuç olarak “başvuruçunun sağlığı açısından, cezaevi koşulları yerine fiziksel, psikososyal şartların daha sağlıklı olduğu ve her türlü tıbbi imkâna kolayca ulaşabileceği bir ortamda izlenmesinin uygun olacağı” değerlendirilmektedir (§ 67).

²⁸ 6/3/2014 tarih ve 2014/912 sayılı ve 6/3/2014 tarih ve 2013/ 5267 sayılı kararlar. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim Tarihi: 14.12.2014).

²⁹ 6/3/2014 tarih ve 2014/912 sayılı karar, (§ 86). <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim Tarihi: 14.12.2014).

³⁰ 17/9/2014 tarih ve 2013/1912 sayılı karar, (§ 25). <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim Tarihi: 14.12.2014).

Başvurucu, rahatsızlığının cezaevi şartları veya yetkililerin uygulamalarından kaynaklanan nedenlerle kötüleştiği ve bu nedenlerle doğal olarak özgürlükten yoksun bırakılma nedeniyle ortaya çıkan ızdırap ve acının ötesinde bir ızdırap ve acıya maruz kaldığı yönünde bir delil ortaya koymamıştır. Başvurucunun tedavi veya kontrollerinin ihmal edilmesi nedeniyle hastalığının ilerlediği yönünde bir tespit de bulunmamaktadır. *Başvurucu her aşamada sağlık durumuyla ilgili hususlar dikkate alınarak hakkındaki dava nedeniyle devam eden özgürlükten yoksun bırakılma halinin sonlandırılmasını yargılama makamından talep etmiştir.* (§ 68).

Başvurucu, iki ay aralıklarla bir üniversite hastanesinin hepatoloji servisinde hastalığıyla ilgili kontrollerin yaptırılmamasını yaşam hakkının ihlali olarak ayrıca ileri sürmüş ise de, bu kontrollerin yapılmasına ilişkin idari mercilerin hareketsiz kalması nedeniyle idari veya yargısal bir şikâyet yaptığına ve bu kapsamda bir sonuç alamadığına ilişkin delil sunmamaktadır. Bireysel başvuru kapsamındaki talebin de hastalık nedeniyle sağlık kurumunda tedavi edilme değil, *“mahkûmiyet kararına bağlı olarak”* cezaevinde tutulmanın sonlandırılması yani serbest bırakılma olduğu görülmektedir (§ 74).

Başvurucunun yukarıda bahsedilen raporlarla tespit edilen sağlık durumuna rağmen *“mahkûmiyet kararına bağlı olarak”* cezaevinde tutulmasının, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir ceza/muamele olarak değerlendirilmesine neden olabilecek bir olgunun da bulunmadığı, bu nitelikte değerlendirilebilecek somut bir duruma ilişkin şikâyet olmadığı görülmektedir (§ 75).

Suç isnadına veya mahkûmiyet kararına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir *“genel zorunluluk”* bulunmadığı, hasta bir kişinin cezaevinde tutulmasının, ancak cezaevi şartları veya uygulanan tedbirlerin kişiyi olağanın üzerinde sıkıntıya sokacak nitelikte olması halinde insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele olarak nitelendirilebileceği ve bu kapsamda da somut bir delil olmadığı dikkate alındığında, kronik hastalığı olan başvurucunun *“mahkûmiyet kararına bağlı olarak”* cezaevinde tutulmasına ilişkin şikâyetlerinin somut bir olguya dayanmaması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (§ 77).

VI. TEDBİR VE KABUL EDİLEMEZLİK KARARLARI

A. İnceleme Usulü Yönünden

6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasına göre, kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Maddenin 5. fıkrasına göre, Bölümler, *esas inceleme aşamasında*, başvuru- rucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuru- rucunun talebi üzerine karar verebilecektir.

6216 sayılı Kanunda bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Komisyonlar yanında doğrudan Bölümler tarafından yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almadığı halde, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün³¹ 33. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak başvuru dosyası Bölüme gönderilmiştir.³²

Bireysel başvuruya ilişkin yargısal yetki ve görevlerin İçtüzükle belirlenmesi ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte,³³ anılan İçtüzük düzenlemesine dayanılarak Bölüme gönderilen başvuru hakkında tedbir kararı verilmeden önce kabul edilebilirlik incelemesi yapılması gerekir. 6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin 5. fıkrası yanında, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 1. fıkrasına göre de, başvurularla ilgili talep üzerine veya resen Bölümlerce *esas inceleme aşamasında* tedbire karar verilebilir.

Komisyonlarca yapılan kabul edilebilirlik incelemesi sonunda verilen kabul edilemezlik kararları kesin olduğundan, ancak kabul edilebilir olduğuna karar verilmiş bir başvuruda esas incelemesi yapılabilecek ve bu aşamada tedbire karar verilebilecektir.

İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 4. fıkrasına göre, *tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvuru- rucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvuru- runun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden*

³¹ 12/7/2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete

³² İçtüzük, madde 33/3: *Komisyonlar, önlerindeki bir başvuru- runun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuru- rucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvuru- runun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususu- nu karara bağlamadan başvuru- yu ilgili Bölüme gönderirler.*

³³ Koç, s.31.

kalkar. Bu düzenleme de göstermektedir ki, tedbir kararı verilen bir başvuruda kabul edilemezlik kararı verilmesi bir seçenek olarak öngörülmemiştir. Bu düzenleme tedbir kararının ancak *esas inceleme aşamasında* verilebileceğinin başka bir göstergesidir. Yukarıda zikredilen başvuruya ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 24/1/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir (§ 3).

6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin 5. fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 1. fıkrası gereğince, başvuru hakkında kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan başvurunun tamamen veya tedbir talebine konu kısmı bakımından kısmen kabul edilebilir olduğuna karar verilmeden tedbir kararı verilmiştir.

Başvurucunun mahkûmiyete bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının sonlandırılması sonucunu doğuran tedbire ilişkin bu başvuru kapsamında izlenen usulün 6216 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümlerine uygun olmadığı görülmektedir.

B. Kararların Esası Yönünden

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü 20/2/2014 tarihinde başvurucunun sağlık durumuyla ilgili muhtemel riskler ve düzenlenen sağlık kurulu raporunu dikkate alarak 6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin beşinci fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi gereğince serbest bırakılmasına karar vermiştir (§ 3). Bu kararla birlikte başvurucunun mahkûmiyete bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılma hali sonlandırılmıştır.

6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin 5. fıkrasına göre, tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.³⁴ Anılan başvuru kapsamında tedbire 20/2/2014 tarihinde karar verilmesine karşın, *esas hakkındaki karar* altı ay geçtikten sonra 18/9/2014 tarihinde alınmıştır. Dolayısıyla, 20/2/2014 tarihinde verilen tedbir kararıyla başvurucunun "*mahkûmiyete bağlı tutulma*

³⁴ İçtüzüğü'nün 73. maddesinin (4) numaralı fıkrasında aynı konu düzenlenmiştir.

hali” sona erdirilmiş olmakla birlikte, başvurunun nihai olarak sonuçlandırılması gereken altı aylık sürede karar verilememiştir.

Tedbir kararının kendiliğinden kalkacağı altı aylık süre sonunda başvurucunun tedbir kararıyla oluşan hukuki durumunda bir değişiklik olmamış ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesi dışındaki yargı mercilerince de bir karar alınmamıştır. Özellikle tutukluluk gibi usul ve şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiş,³⁵ hürriyeti kısıtlama sunucu doğuran ceza yargılamasına ilişkin bir koruma tedbirinin *kendiliğinden* uygulanması güçtür. Tedbirin *kendiliğinden* kalkmasının, tutukluluk durumunun *kendiliğinden* tekrar ortaya çıkmasını sağlayabilmesi mümkün görünmemektedir.

Başvuru kapsamında verilen tedbir ve kabul edilemezlik kararlarıyla ortaya çıkan en önemli husus ise, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin *açıkça dayanaktan yoksun* bulunmasına karşın, bu hakkı ihlal ettiği ileri sürülen durumun tedbir kararıyla ortadan kaldırılmış olmasıdır.

Başvurucunun mevcut koşullar altında mahkûmiyete bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması, yaşam hakkının ihlali kapsamında esastan dahi incelemeye değer bulunmamıştır. Bunun yanında, bu koşulların kötü muamele oluşturacak düzeyde bir etki yaratmadığı da belirtilmiştir.

Sonuçta, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesine karşın, tedbir kararıyla başvurucunun *esas talebi* kabul edilmiştir. Bu durum bir anlamda *ihlal* kararının sonuçlarını doğurmuş ve hatta aşmıştır. Başvurunun kabul edilemez bulunması tedbir kararıyla ortaya çıkan durumu etkilememiştir.

Bu çelişik sonuç tedbirin usul yönünden hatalı, esas yönünden ise ölçüsüz uygulanmasından kaynaklamıştır. Bu nitelikteki bir başvuruyla ilgili olarak uygulanacak tedbir, tutuklu veya hükümlü olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hastane/sağlık durumuna uygun koşullarda tutulması olmalıdır. Zira özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için bir *“genel zorunluluk”* bulunmadığını Anayasa Mahkemesi de benimsemiştir. Ancak olağan usul kapsamında ve yetkili yargı merci kararlarıyla tutuklu/hükümlünün serbest bırakılmasına karar verilebilir. Sağlık ne-

³⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100. ve devamı maddeleri.

deniyle de olsa, tedbir yoluyla *tutukluluk/hükümlülük* halinin sonlandırılması bireysel başvurunun sınırlarını aşar niteliktedir.

Başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verildiği halde tedbirle ilgili bir karar verilmemiştir. Başvuru hakkındaki nihai karar (*kabul edilemezlik*) dikkate alındığında *tedbirin devamına* karar verilemeyeceği açıktır. Bununla birlikte kararda tedbiri sonlandırma yönünde bir hüküm de bulunmamaktadır.

Tedbir kararıyla başvuru konusu hakkın korunmasına yönelik *zorunlu* önlemler almak amaçlanmış iken, ihlal kararının dahi sınırlarını aşan bir sonuç ortaya çıkmıştır. Gerçekten bu şekilde bir başvuruda özgürlükten yoksun bırakılma koşulları nedeniyle yaşam hakkı veya başka bir hakla ilgili olarak *ihlal* kararı verilse dahi, bu sonuç tek başına serbest bırakılma zorunluluğunu ortaya çıkarmayacaktır.

Bireysel başvuruda tedbir kararıyla "*tutukluluk/hükümlülük*" halinin sonlandırılması ve daha sonra başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi, usul yönünden 6216 sayılı Kanunun ortaya koyduğu *sistematığe* uygun olmadığı gibi, uygulanan tedbirin sonuçları nihai kararı anlamsız kılmıştır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda, bir temel hakkın ihlal edildiği iddiası ile birlikte tedbir talebi de yapılmaktadır. Tedbir talebi ciddi değilse, ya da kanunda ve içtüzükte öngörülmemeyen bir konuda tedbir talebinde bulunulmuş ise, Mahkemeden tedbir talebi konusunda olumlu bir karar verilmesi beklenmemelidir.

Temel hak ve özgürlükleri daha etkin biçimde koruma amacına uygun olarak bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesince kanunda ve içtüzükte belirtilen nedenlerle tedbir uygulanması gerekebilir. Ancak, bireysel başvurunun ikincil niteliğiyle bağdaşmayacak şekilde tedbir uygulanması, genel mahkemeler ve idari işleyişi etkisiz kılacağı gibi bireysel başvuruların esas inceleme aşamasını da gereksiz hale getirebilir.

Temel hak ve özgürlükleri etkin biçimde koruma amacına uygun olarak, kabul edilebilirlik incelemesinden önce de başvuru kapsamında tedbir uygu-

lanması gerektiği düşünülmesi halinde bunun hukuki bir dayanağının olması gerekir.

Başvurular nedeniyle ihlal kararı verilmesi halinde, tespit edilen ihlalin niteliğine uygun biçimde sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekir. Esasla ilgili karardan ve hatta kabul edilebilirlik incelemesinden önce tedbir uygulamasıyla başvurunun, nihai kararın işlevsiz kalmasına neden olacak şekilde *filen* sonuçlandırılması, sistemin sağlıklı işleyişi ve hakların korunması bakımından tercih edilmemelidir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ALTAN, Alparslan; **“Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış”** HUKAB, Ekim-Aralık 2013. S.7.

ÇINAR, İbrahim; **“Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi”** . HUKAB, Ekim-Aralık 2013. S.7.

EKİNCİ, Hüseyin; **Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru ‘Anayasa Şikâyeti’**. HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara.

ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi. Ankara 2012.

HARRİS, David/ O’BOYLE, Michael/ WARBRİC, Colin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013.

Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mart 2011. Rehber ulaşmak için www.echr.coe.int (Case-Law _Case-LAWAnalysis_Admissibility Guide).

KILINÇ, Bahadır; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25.

KOÇ, Muharrem İlhan; **“Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Kapsamı ve Birey-**

sel Başvuru” Barobirlik, Türkiye Barolar Birliği, Sayı: 10. Ekim 2014.

SAĞLAM, Musa/ GÖKSU, Hasan Tuna; **Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

SAĞLAM, Musa; **“Bireysel Başvuruda Geçici Tedbir Konusunda Değerlendirme”** Teorik Açidan ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir, Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmet İçi Eğitim Yayınları, Ocak 2013, Ankara.

ÖZBEY, Özcan; **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, 2.B. Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

KANUNLAR İHTİLAFI VE ANAYASA YARGISI

Conflict of Laws and Constitutional Jurisdiction

Dr. Tolga ŞİRİN*

ÖZET

Devletler özel hukuku kapsamındaki kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yabancı kanunlar –söz konusu kural, kamu düzenine aykırı olmadıkça- Türkiye’deki mahkemelerde uygulanabilmektedir. Yani gerekli şartlar varsa ulusal yargıçlarımız, bir yabancı hukuk kuralını, kamu düzenine uygunluk denetiminde geçirdikten sonra uyumsuzluk çözümünde kullanmaktadır. Peki, böyle bir pratik içine giren bir yargıç, söz konusu yabancı kuralın 1982 Anayasası’na aykırı olduğunu düşünürse ne yapacaktır? Bu kanunu somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi’ne gönderebilecek midir? Eğer gönderebilecekse Anayasa Mahkemesi bu yabancı hukuk kuralını denetleyebilecek midir? Denetiminin sonunda ne gibi karar verebilir? Bu sorular 70’li yıllarda Almanya’da tartışılmıştır. Almanya Yargıtay’ı yabancı kanunların anayasaya uygunluk denetiminin mümkün olmadığını, ancak kamu düzeni kavramı içinde dolaylı bir anayasallık denetimi yapılabileceğini, Almanya AYM’si ise Bonn Anayasası’nın Almanya’daki tüm kamu gücü uygulamaları için bağlayıcı olduğu görüşünü savunmuştur. Bu makalede söz konusu görüşler Türkiye hukuku çerçevesinde sorgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kanunlar ihtilafı, devletler özel hukuku, anayasa yargısı, somut norm denetimi, bireysel başvuru.

ABSTRACT

In principle, the laws passed by any foreign legislatures cannot be reviewed by the Turkish Constitutional Court. Nevertheless, foreign laws can be enforced by the Turkish courts in compliance with the rules of conflict of laws. According to 1982 Constitution, the provisions of the Constitution are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals, and laws shall not be contrary to the Constitution under no circumstances. Accordingly, not only the national laws that introduced by the grand

* Öğretim Üyesi, tolgasirin@gmail.com

national assembly of Turkey, but also the foreign rules enforced by the judicial organs must conform to the Constitution.

In this article, consequence of foreign rules which are inconsistent with the Turkish constitution is analysed.

The 1982 Constitution regulates various remedies on the purpose of elimination of the (foreign or national) laws conflicting with the Constitution. These are traditionally concrete and abstract control of norms. Among those, concrete control of norms which involves some problems peculiar to the 1982 Constitution, is a convenient remedy to determine the unconstitutionality of the foreign laws. Likewise, the constitutional complaint procedure, which entered into force after the constitutional amendment of 2010, provides crucial opportunity to clarify this kind of unconstitutionality.

Key Words: Conflict of laws, international private law, constitutional jurisdiction, concrete review of norms, constitutional complaint.



GİRİŞ

Bir devletin kendi egemenlik sahasındaki eylemleri, yabancı bir devletin mahkemeleri tarafından denetlenemez¹. Dış egemenlik ilkesi veya diğer bir ifadeyle bağımsızlık ilkesi, kural olarak devletlerin birbirlerinin iç işlerine karışmamasını gerektirir.

Geleneksel olarak yürütme ve yasama için geçerli olan bu prensip, pek doğaldır ki yargı organları için de geçerli kabul edilmekte, hatta doktrine edilmektedir. Mesela Anglo-Sakson menşeli “*devlet eylemi doktrini*”nde (*act of state doctrine*) bir egemen devletin, diğer egemen devletlerin bağımsızlığına saygı göstermek zorunda olması ve mahkemelerin, diğer devlet erkelerinin kendi ülkelerindeki eylemleri hakkında karar veremeyecek olması, devletler hukukunda ana kural olarak kabul görmekte² ve *act of state* olarak kabul edi-

¹ AYM de bir kararında, Fransa devletinin bir işlemine karşı kendisine yapılan anayasa şikâyetini haklı olarak kabul edilemez bulmuştur. *Ali Kemal Renklioğlu kararı*, AYM, 2012/171, 12/02/2013.

² Bağımsızlığa en çok saygısızlık gösteren devlette, bağımsızlığa vurgu yapan bu doktrinin şekillenmiş olması tabii ki paradoksal. ABD mahkemelerinin kararları için bkz. Maria Merentelg, *Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?: Zur Nachprüfung fremder Hoheitsakte durch staatliche Gerichte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, ss. 32-

len bir muamelenin yargı organlarınca denetlenmesinin mümkün olmadığı sıklıkla ifade edilmektedir³. Farklı farklı biçimlerde kavramlaştırılan bu prensip, modern hukukun temel öğelerindedir.

Ancak yine modern hukukta bir devletin, başka bir devletin eylem ve işlemlerini kendi ülkesinde uygulaması veya bunlara uygulama kazandırması mümkündür. Bu özel durumlar, esasen devletler özel hukukunun çalışma alanına girer. Mesela bir devletler özel hukuku konusu olan ‘*kanunlar ihtilafı*’, Türkiye’deki ulusal yargıçların, yabancı bir yasama organı işlemini (yabancı yasayı) ne zaman ve nasıl uygulayacağı ile ilgilidir. Keza yabancı yargı işleminin (yabancı mahkeme kararının) ulusal hukuka aktarılması da yine bir devletler özel hukuku konusu olan ‘*tenfiz ve tanıma davaları*’ başlığı altında incelenir. Yani yabancı hukuk, devletler özel hukukunun bu alanları sayesinde ulusal hukukta etki ve sonuç doğurabilmektedir.

Peki, Türkiye’de uygulanacak olan yabancı hukuk, ulusal hukukun en üstün yasasının, yani ‘anayasanın’ denetiminden geçmekte midir? Geçmeli midir? Neden ve nasıl? Bu makalede, üzerinde durulacak ve yanıtlamaya çalışılacak ana sorular bunlar olacaktır. Ancak devletler özel hukuku yoluyla gerçekleşen bu yabancı hukukun uygulanma biçimlerinin tamamını kapsayan bir anayasal inceleme, bir makalenin boyutlarını aşar. Bu nedenle inceleme -anayasa yargısı denince akla ilkin yasaların anayasaya uygunluk denetimi geldiği için- yabancı yasaların anayasallık denetimi ile sınırlandırılacaktır⁴.

78. İngiliz hukukunda ise bu konuda büyük ölçüde paralellik taşıyan “egemen muafiyeti doktrini” (Doctrine of Sovereign Immunity) uygulanmaktadır. Bu doktrin hakkında bilgi için ve köklerine ilişkin bkz. George W. Pugh, “Historical Approach to the Doctrine of Sovereign Immunity”, *Louisiana Law Review*, 1953, Vol. 13, Nr.3, ss. 476-494.

³ Albert Venn Dicey/John Humphrey Carlile Morris/Lawrence Antony Collins, *The Conflict of Laws*, Stevens, London 1987, ss. 109-110.

⁴ Fakat yabancı mahkeme kararlarına Türkiye’de icra edilebilirlik kazandıran ‘tanıma’ ve ‘tenfiz’ davaları neticesinde verilen kararların anayasa şikâyetine tabi olduğunu kaydetmek gerekiyor. Türkiye’deki mahkemelerin, 1982 Anayasası’na aykırı bir yabancı mahkeme kararını tanınması durumunda o mahkeme, bir kamu gücü olarak anayasal hak ihlali gerçekleştirmiş olur. Bu, İHAM pratiğinde de böyledir. Konuyla ilgili olarak bkz. Patrick Kinsch, “Private International Law Topics before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-2011)”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, Vol. 13, ss. 37-49.

Bu konu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihinde verdiği bir kararda yabancı mahkeme kararlarının, gerekçe ihtiva etmemesinin tenfize engel olmayacağı yönündeki görüşü dikkate alındığında güncel bir öneme sahiptir. Zira hem Ana-

I. BİR ANAYASA HUKUKU KONUSU OLARAK KANUNLAR İHTİLAFI

Devletler özel hukuku olarak bilinen hukuk dalının en temel çalışma alanlarından biri kanunlar ihtilafı meselesidir⁵. Kendi ulusal hukukuna sahip olan farklı devletlerin ve vatandaşlarının ilişkileri geliştikçe, bu ilişkilerde ve olaylarda hangi hukukun uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkmış ve devletler, yasa çatışması sorunlarının çözümüne ilişkin kurallar getirmişlerdir. Bugün neredeyse bütün devletler, böyle yabancılık unsuru içeren davalarda ulusal yargıçlarının yabancı özel hukuku⁶ uygulamasına izin vermektedirler.

Türkiye’de de 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) “*Yabancı Hukukun Uygulanması*” başlıklı 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında, Türkiye mahkemelerinde yabancı hukukun uygulanabilme imkânı açıkça ifade edilmiştir: “*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.*”

İşte devletler özel hukuku, bu maddenin açtığı kapıdan içeri giren yabancı

yanının 36 ve 141, hem de İHAS’ın 6’ncı maddesi gerekçeli karar alma hakkını güvence altına almaktadır. Bu bakımdan Yargıtay’ın görüşü AYM ve İHAM önünde tartışılmaya açıktır. Türkiye’deki mahkemelerin, yabancı mahkemelerdeki kararların tanıma ve tenfizi sırasında, bu kararların hem hükümlerinin hem de usuli öncüllerinin (özellikle adil yargılanma hakkı bakımından) anayasaya uygunluğunun dikkate alınması gerekmektedir. Bunun ayrı bir makale konusu olarak kaleme alınması gerekiyor. Yargıtay’ın aktarılan kararı (T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1) için bkz. R.G., 20.09.2012, 28417.

⁵ Türkçe’de yasalar çatışması ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 4. Yazarlar “hukuk çatışması” ifadesini de yerinde görmektedirler. Bu konu Almanca öğretilerde *Kollisionsrecht*, İngilizce öğretilerde *Conflict of Laws* kavramı altında ele alınmaktadır. Devletler özel hukukunun ismi, kavramlaştırılması, terimleri, çalışma alanı ve özellikleri üzerine bkz. Paul Heinrich Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, ss. 1-50.

⁶ Yabancı kamu hukuku ise muhtelif sebeplerle uygulama alanı bulamamaktadır. Yabancı kamu hukukunun icra edilmemesi Anglo-Sakson hukukunda “kamu hukuku tabusu” (Public Law Taboo) olarak ifade edilmektedir. Bkz. Andreas F. Lowenfeld, “Public Law in the International Arena”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye*, 1979-163, ss. 322 vd. Öte yandan öğretilerde “Yabancı Kamu Hukukunun İcra Edilmemesi” (Non-Enforcement of Foreign Public Law) kavramlaştırmasına da rastlanmaktadır. Bkz. Robert Jennings ve Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law: Peace*, Oxford University Press, 9. Baskı, Vol.1, New York, par. 144. “Kamu Hukuku Tabusuna” yönelik eleştirel bir sorgulama için bkz. William S. Dodge, “Breaking the Public Law Taboo”, *Harvard International Law Journal*, Winter 2002, Vol. 43, Nr.1, ss. 161-235.

yasaların uygulanma şartları ve MÖHUK'un diğer maddeleri bağlamında (uluslararası düzeyde⁷) kanunlar ihtilafı kurallarıyla ilgilenir.

Bu bilgiler ışığında bir akla şu sorular gelmektedir:

- *Türkiye mahkemelerine yabancı hukukun uygulanmasını söyleyen bu kurallar anayasaya uygun mudur?*

- *Uygulanması gereken yabancı hukuk kurallarının Anayasa Mahkememiz tarafından denetimi mümkün müdür?*

II. ULUSAL MAHKEMELERE YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI SÖYLEYEN KURALLARIN ANAYASA UYGUNLUĞU MESELESİ

Yukarıda değinildiği üzere MÖHUK hükümleri ulusal yargıçlara, belli koşullar taşıyan davalarda, ulusal hukuku değil, yabancı hukuku uygulamalarını emretmektedir. Bu durum, ilk bakışta, doğal olarak yadırganabilir. Zira Türkiye'deki mahkemelerde en önce Türkiye hukuku uygulanır. Çünkü Anayasa'nın 5'inci maddesi gereğince egemenlik kayıtsız şartsız milletindir ve millet, egemenliğini yetkili organları eliyle kullanır. Anayasaya göre kanun⁸ yapmaya yetkili organ sadece TBMM'dir. Dahası, Anayasa'nın 6'ncı maddesinde de ifade edildiği gibi "*egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz.*" Yani ana kural; egemen/bağımsız bir devlet olarak Türkiye Cumhuriyetinde uygulanacak yasaların, sadece ve sadece TBMM tarafından çıkarılması ve TBMM'nin bu yetkisini hiçbir gerçek veya tüzel kişi veya kişilere bırakamamasıdır. Oysa MÖHUK hükümleri, Türkiye'de TBMM dışındaki yabancı yasama organlarının çıkarttığı yasaların uygulanabileceğini ifade etmektedir. O halde bir an için bunun bir tür yetki devri olup olmadığı, yani

⁷ R. Aybay ve E. Dardağan, kanunlar ihtilafının farklı düzeyleri olduğu için, böyle bir vurgu yapılması taraftardır. Aybay/Dardağan, *op. cit.*, s. 4.

⁸ Burada kastedilen şekli anlamda kanundur. 'Şekli anlamda kanun' ve 'maddi anlamda kanun' kavramları arasında fark bulunmaktadır. AYM, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarında şekli anlamda kanunla sınırlama yapılabileceğini kabul etmektedir. İHAM ise maddi anlamda kanunla (*law*) sınırlama yapılabileceğini kabul etmektedir. Bu farklılaşma iki mahkemenin benzer konularda farklı sonuçlara ulaşmasına yol açabilmektedir. AYM yaklaşımı için bkz *Tuğba Arslan kararı*, AYM, 2014/256, 25/06/2014, par. 93. İHAM yaklaşımı için bkz. *Leyla Şahin v. Turkey*, İHAM, 44774/98, 29/6/2004, par. 51. Bu ayırım konusunda ayrıca bkz. Regina Weiß, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker&Humblot, Berlin 1996.

Anayasa'nın 6'ncı maddesine aykırı olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Eğer yabancı hukuk kurallarının Türkiye'de uygulanması yasama yetkisinin devri anlamına geldiği kabul edilecek olur ise MÖHUK'un yabancı hukukun Türkiye'de uygulanmasına izin veren hükümlerinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Ancak böyle bir sonuca en az üç nedenle katılmak mümkün değildir:

Birinci olarak 1982 Anayasası, milli egemenlik konusunda çok belirgin hükümler içermekle birlikte, özellikle kural koyma yetkisine ilişkin esneklik içermektedir. Şöyle ki; Anayasa'ya göre asli kural koyma yetkisi TBMM'nindir. Fakat aynı Anayasa'ya göre TBMM, çıkartacağı bir yetki kanunuyla yürütme organının da -belli sınırlar dâhilinde- Kanun Hükümünde Kararname (KHK) adı altında kural koyma yetkisini tanımaktadır⁹. Yargıçlar, TBMM dışında bir erk olan Yürütme'nin çıkardığı bu kuralları uygulamaktadır. AYM'ye ve doktrindeki bazı yazarlara göre bu durum, yetki devri değil¹⁰, yetki tanıma olarak nitelendirilmektedir.¹¹

Aynı mantık, MÖHUK kuralları için de yürütülebilir. Şöyle ki; TBMM, asli kural koyma yetkisini kullanarak MÖHUK'u çıkarmıştır. MÖHUK hükümleri gereğince yargıçlar, tıpkı KHK'lerde olduğu gibi TBMM dışında bir erkin çıkardığı kuralları uygulamaktadır. MÖHUK, ulusal yargıçların, belli şartlar altında yabancı hukuku uygulayabileceklerini ifade etmek suretiyle yabancı hukukun Türkiye'de uygulanabilirliğini tanımaktadır. Fakat MÖHUK, KHK yetki kanunlarından farklı olarak yabancı bir yasama organına kural koyma yetkisi tanımamaktadır. Hal böyleyken Yürütme'nin kural koyabilmesini ve yargıçların da bu kuralları uygulamasını öngören KHK rejimi bile yetki devri olarak görül-

⁹ KHK yetki kanunlarının niteliği öğretide tartışmalıdır .Bu konudaki görüşler ve tartışma için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., Bursa 2000, ss. 669-673.

¹⁰ "Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verilmiş olması, Anayasanın 7. maddesinde öngörülen Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini ortadan kaldırmaz." Bkz. AYM, T. 05.02.1992, E. 1990/22, K. 1992/6.

¹¹ N. Yüzbaşıoğlu, konuyla ilgili monografisinde yasama organının Bakanlar Kurulu'nu kanun hükmünde kararname çıkartma konusunda yetkilendirmesinin 'yetki devri' değil, 'yetki verme' niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükümünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yay., İstanbul 1993, s.56.

mezken, sadece yabancı hukukun Türkiye’de uygulanmasını öngören MÖHUK hükümleri evleviyetle yetki devri olarak görülemez.

İkinci olarak 1982 Anayasası, yabancılik ögesi içeren kuralların Türkiye’de doğrudan uygulanmasına izin veren bir anayasadır. Anayasa’nın 90’ncı maddesi gereğince, usulüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar, kanun hükmündedir. Bu maddeye göre uluslararası antlaşma hükümleri, tıpkı kanunlar gibi doğrudan uygulanabilir niteliktedir¹². Hatta Anayasa’nın 90’nci maddesinin 2’nci fıkrası kapsamındaki antlaşmalar, anılan fıkradaki hükümlere uymak koşuluyla TBMM’nin uygun bulma kanunu olmadan dahi yürürlük kazanabilmektedir.¹³ Bu kapsamda olmayan antlaşmaların uygulanabilirliği ise TBMM’nin bir uygun bulma kanunu çıkartılmasına bağlı kılınmıştır. Uygun bulma kanunlarında yabancı antlaşmalara atıf yapılmakta ve bu atfa binaen TBMM tarafından yazılmamış kurallar, ulusal hukukta uygulama kazanmaktadır. İşte TBMM tarafından çıkartılan bir kanun olan MÖHUK’un yabancı hukuka atıf yapması ve TBMM tarafından yazılmamış kuralların Türkiye’de uygulama kazanması da buna benzemektedir.

Yani denilebilir ki; münhasıran TBMM tarafından çıkartılmamış kuralların Türkiye’de doğrudan uygulanması, anayasa hukukumuzda yabancı değildir. Amaçsal ve sistematik yorum gereği MÖHUK kuralları Anayasa’ya uygundur.

Üçüncü olarak Anayasanın sistemiği yabancı hukukun Türkiye’de uygulanmasına izin vermektedir. Zira 1982 Anayasası, her ne kadar milliyetçiliğe dayanan öncüllerle hazırlanmış bir anayasa olsa da¹⁴ milletlerarası hukuka ka-

¹² Bu yönde bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), Ankara: TBB, 2010. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Türkiye’nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi”, *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa - Verfassung als Freiheitsordnung (Festschrift für Fazıl Sağlam zum 65. Geburtstag/ Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*, Osman Can/A. Ülkü Azrak/ Yavuz Sabuncu/ Otto Depenheuer/Michael Sachs (haz.), İmaj Yay., Ankara 2006, s. 296 vd.

¹³ Bu hükme göre “*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.*”

¹⁴ 1982 Anayasası’nın karakteri ve ideolojik öncülleri için bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa*, XII Levha Yay., İstanbul 2012, ss. 138 vd.

palı bir anayasa değildir. Gerçi 1982 Anayasası, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası (Bonn Anayasası) gibi hazırlık sürecinde uluslararası aktörlerin yer aldığı bir anayasa değildir, ancak uluslararası hukuku yok sayan bir anayasa da sayılamaz. Anayasa'nın madde 15/1, 16, 38/son, 42/son, 90/son, 92/1, 125/1 hükümlerine bakıldığında buralarda milletlerarası hukuka açıkça gönderme yapıldığı görülecektir¹⁵. Ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmında Türk milletinin, eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak mensubiyeti “dünya milletleri ailesi” ile kurulmuştur. Eğer Bonn Anayasası'nın uluslararası hukuka atf yapan benzer hükümlerinden hareketle bu Anayasa'nın uluslararası hukukla dost (*völkerrechtsfreundlich*) olduğu söylenebiliyorsa¹⁶, aynıysa pek ala çok sayıda değişikliği geçirmiş 1982 Anayasası için de söylenebilir¹⁷.

Ayrıca Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti'nin, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine saygılı bir devlet olduğunu ifade etmektedir. Böyle bir toplum düzeni, çoğulculuk (*pluralism*) ve hoşgörü (*tolerance*) ilkelerini bünyesinde barındırır¹⁸. Toplumların çeşitliliğinin (devletler özel hukuku anlamında) hukukun çeşitliliğini beraberinde getirdiği, bu çeşitliliğin farklı yaşam alışkanlıklarının çatışması ihtimalinde, farklılığın kökündeki hukuk uygulanmadıkça adil ve bir arada yaşamaya elverişli bir hukuk sistemi oluşturulamayacağı dikkate alındığında, farklı ve çoğul hukuk uygulamalarına hoşgörü gösterilmesinin anayasal bir ilke olduğu da ileri sürülebilecektir¹⁹. Gerçi kişilerin vatandaşlık durumuna

¹⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 352.

¹⁶ Almanya AYM'si, Almanya Anayasası'nın “birleşmiş bir Avrupa'nın eşit haklara sahip bir üyesi olarak, dünya barışına hizmet etmek emeliyle” şeklindeki önsözü ve “Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder” şeklindeki 1/2'nci maddesi ile “Avrupa'da ve dünya halkları arasında barışçı ve sürekli bir düzeni sağlamak ve güvence altına almaya yönelik olarak egemenlik haklarının devredilebileceğinden” bahseden 24 ve uluslararası hukuk kurallarının yasalardan üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliğini düzenleyen 25'inci maddelerinden hareketle, başka devletlerin anayasalarını uluslararası hukuk topluluğunun eşit haklara sahip üyeleri olarak kabul etmiş ve onların kendi hukuk düzenlerine saygı duyulduğu sonucuna ulaşmıştır. BVerfGE 18, 112, 116 vd. Jayme, *op.cit.*, ss.25-26.

¹⁷ Almanya özelinde değerlendirme için bkz. Albert Bleckmann, *Grundgesetz und Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1975, ss. 259-260.

¹⁸ Kaboğlu, *op. cit.*, s. 378. Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklilikleri*, Beta Yay., İstanbul 2004.

¹⁹ Julius von Staudinger/Franz Gamillscheg, *Internationales Privatrecht II*, Schweitzer, Berlin 1973, s. 43.

göre farklı hukuk uygulaması, kaçınılmaz olarak eşitlik (ayrımcılık yasağı) hakkının ihlali sorununu gündeme getirebilir. Ancak bu noktada da eşitlik ilkesinin özellikle maddi anlamının farklılıkları göz ardı etmek yerine, onların gözetilmesini gerektirdiği unutulmamalıdır²⁰. AYM'nin de birçok kararında ifade ettiği gibi maddi eşitlik ilkesi aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirir²¹. Şüphesiz, farklılık kavramına kişilerin vatandaşlığı temelindeki farklılık da dâhildir. Nitekim Almanya'da, Bavyera AYM'sinin 1956 yılında verdiği bir kararda ifade ettiği gibi, üzerinde yeterince tartışma yapmaksızın, istisnasız ve farksız şekilde her olayda ulusal hukukun (*lex fori*) uygulanması, kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelir²². Yani kanunlar ihtilafı kuralları, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yaratmadığı gibi; bilakis, bunun tamamen göz ardı edilmesi anayasal eşitlik ilkesinin ihlali ne neden olabilir. Zira Alman AYM'sine göre Almanya'daki kanunlar ihtilafı kuralları gereği kişiler arasında farklı muamele, yabancı hukuk sistemlerine saygı ve kişilerin tabiiyetini taşıdıkları ülkeleri ile olan yakın ilişkileri bakımından menfaatlerinin korunması gibi meşru temellerle haklılaştırılabilmektedir²³.

Öte yandan farklı ayrımcılık nedenleri için de benzer sonuçlara ulaşılabılır. Örneğin kişinin yurtdışında mukim olmasına göre farklı bir hukukun uygulanması ihtimalinde bunun (yurtdışına çıkma ve mukim olmanın finansal gereklilikleri bakımından) finansal araçlar temelinde ayrımcılık yarattığı iddiası, İHAM tarafından ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemiştir²⁴. Bu sonuçlara paralel bir eşitlik ilkesi yorumu geliştirme eğiliminde olan AYM'nin de ulaşması ihtimal dâhilindedir.

²⁰ Eşitlik ve ayrımcılık konusunda kavramsal açıklamalar için İdil Işık Gül/Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Burcu Yeşiladalı/Gökçeçiçek Ayata (ed.), Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, ss. 5-13.

²¹ Örn. bkz. AYM., T. 28.02.2013, E. 2012/134, K. 2013/34.

²² BayverfGH 13 Mart 1956, IPRspr. 1956-1957, No. 124, s.399. Akt: s. 4. Patrick Kinsch, "Choice of Law Rules and the Prohibition of Discrimination under the ECHR", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011.1, s.19. Bu tespit daha yakın tarihli (1988 ve 2006) Federal AYM kararlarında da tekrar edilmiştir. Bkz. BVerfGE 79, 203 ve BVerfGE 116, 243 (Transeksüeller IV kararı) Benzer sonuçlara ABD yüksek mahkemesi de ulaşmıştır. İçtihatlar ve değerlendirmeleri için bkz. Kinsch, *ibid.*, ss. 20 vd.

²³ BVerfGE 116, 243, 261.

²⁴ *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, İHAM, 9697/82, 18.12.1986. Bu makalede atf yapılan kararlara HUDOC sitesinden ulaşılabilir. <http://hudoc.echr.coe.int/>

Sonuç itibarıyla Türkiye'deki bazı davalarda yabancı hukukun uygulanmasına izin verilmesi, prensip olarak anayasaya aykırı değildir. Bu konu bağlamında Anayasa'ya aykırılık, genel olarak, yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına izin verilmesinden değil, özel olarak yabancı hukukun uygulanmasına izin verme veya yabancı hukuka atıf yapma şekliyle kaynaklanabilir. Bu olasılık, diğer kanunların anayasaya aykırı olma ihtimalinden farklı değildir. Dolayısıyla AYM'nin ilgili kanunların ihtilafı kurallarını, her zaman için diğer yasa maddelerindeki usullerle 'doğrudan' denetleyebileceği noktasında tartışma yoktur²⁵. Böyle bir denetim neticesinde anayasaya aykırı MÖHUK hükümleri, tıpkı diğer ulusal kanun maddeleri gibi iptal edilebilir²⁶. Pek tabii ki böyle anayasaya aykırılıkların ortaya çıkması ihtimali, kanunlar ihtilafı kurallarını ve devletler özel hukukunun anayasal sitemden tasfiye edilmesini gerektirmez²⁷. Çünkü iptal edilecek olan yabancı hukukun uygulanmasına izin veriliyor olması değil, izin verme biçiminin Anayasa'ya (örneğin eşitlik ilkesine) aykırılık yaratması olacaktır.

III. UYGULANACAK YABANCI HUKUK KURALLARININ ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ MESELESİ

Ulusal mahkemelerde yabancı hukukun uygulanması noktasında ikinci sorumuz ise söz konusu hukukun 1982 Anayasası'na uygunluk denetimi noktasında toplanıyor. Aslında bu soru, ABD Anayasa Hukukunda (bu ülkenin kendine özgü koşullarında²⁸) oldukça uzun zamandır, Avrupa'da ise ondan daha

²⁵ Alman Yargıtay'ı da bu hususu tescil etmiştir. Bkz. BGHZ 56,193.

²⁶ İptal meselesi bizi yeni bir tartışmaya davet etmektedir: Yabancı hukuka atıf yapan MÖHUK maddesinin iptal edilmesi halinde, bu atıftan hareketle çeşitli mahkemeler tarafından verilmiş yabancı hukuk kuralına dayalı mahkeme kararlarının akıbeti ne olacaktır? Kanaatimce iptalden önce verilmiş kararlar bundan etkilenmez. Zira Anayasa'nın 153/5'inci maddesi gereğince Türkiye'de AYM'nin iptal kararları geriye doğru (ex tunc) etki doğurmaz. Fakat şartları varsa bu mahkeme kararına karşı anayasa şikâyeti yapılabilir. Almanya'da da iptal edilen kanunlara dayanılarak alınan kararlar kabul edilmektedir. Ancak iptal edilen kural mahkumiyete neden olmuşsa bu iptal yargılamanın yenilenmesi nedenidir.

²⁷ Gerhard Kegel, "Embarras De Richesse", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The RabelJournal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 1, s. 32.

²⁸ Daha eskidir ancak ABD'ye özgüdür. ABD'deki tartışma ülkenin federal yapısından dolayı farklı hukuk kurallarının farklı eyaletlerde uygulanması gerekliliği ve bu kuralların eyalet anayasalarına uygunluğu bağlamında tartışılmıştır. Kelimenin 'ulusal' anlamıyla yabancı

az uzun zamandır farklı noktaları bakımından tartışılmıştır²⁹. Ancak Türkiye’de konuyla ilgili tartışma yeterince tüketilmemiştir.

A. Yabancı Kurallar Anayasallık Denetimine Tabi midir?

Mukayeseli öğretiyeye baktığımızda bu konuda hem öğretilerde hem de uygulamada bu denetim lehine görüşler ile buna karşı mesafeli görüşlerin bulunduğu gözlemlenmektedir.

1. Yabancı Kuralların AYM Tarafından Denetimine Mesafeli Görüş

Yabancı kuralların AYM tarafından denetlenemeyeceği yönündeki görüş öncelikle teknik gereklere dayanabilir. Anayasa ve Anayasa’nın öngördüğü anayasa yargısı sistemi, ilk bakışta, yabancı kuralların anayasasına uygunluğunu denetleme imkânı vermemektedir. Yargıcın yapabileceği tek şey ‘açıkça kamu düzenine aykırı’ hükümlerin uygulanmamasını sağlamaktır.³⁰ Dolayısıyla kamu düzenine ‘açıkça aykırılığın’ ‘anayasaya aykırılık’ ile çakışması durumunda dolaylı bir anayasallık denetimi yapılabilir.

Aslında bu görüş daha çok Alman Yargıtayı’nın (*Bundesgerichtshof*) savlarından beslenir. Bu Mahkeme, uzun yıllar, çok istisnai hallerde ve dolaylı olarak anayasallık denetimi yapılmasını savunmuştur³¹. Buna göre, bir defa her olayda anayasaya uygunluk denetiminden ayrı olarak, kamu düzenine uygunluk denetimi yapılmalıdır. Bunun dışında yabancı hukukun doğrudan anayasallık denetiminin Bonn Anayasası’nın 25’inci maddesine aykırı olacağı kanaatindeki Alman Yargıtayı’na göre illa ki bir denetim yapılacaksa böyle bir denetim, Anayasa Mahkemesi’nce değil, olağan yargılamadaki mahkemelerce

hukukun anayasallık denetimi ise daha yenidir. W. Müller-Freienfels, “Conflicts of Law and Constitutional Law”, *University of Chicago Law Review*, 1978, Vol. 45, ss. 598-602.

²⁹ Almanya’da yukarıda bahsedilen İspanyol Kararından sonra dünyaca ünlü *RabelsZ* Devletler Özel Hukuku dergisinin 1972 yılındaki 36’ncı sayı tamamen bu konuya özgülülmüştür. Bkz. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The RabelJournal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 1. Dergiye İstanbul ve Ankara Üniversitesi kütüphanelerinden ulaşılabilmektedir.

³⁰ MÖHUK’un 5’nci maddesine göre “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.”

³¹ Alexander N. Makarov, “Art. 6 I Grundgesetz und die Anwendung Spanischen Eherechts”, *RabelsZ*, *ibid.*, ss. 55-56.

gerçekleşmelidir. Bu Mahkeme'ye göre Bonn Anayasası, Alman yasa koyucusunun sadece hukuk sisteminin geçerlilik alanını yurttaşların temel haklarının güvence altında olmasını sağlayacak şekilde sınırlamasını gerektirmektedir³² ve bu nedenle Bonn Anayasası sadece, Alman kanunlar ihtilafı kuralları gereğince Alman hukuku icra edilecekse uygulama alanı bulur³³. Yabancı hukuk uygulandığı hallerde, yabancı kuralın anayasallığı doğrudan denetlenemez, olsa olsa dolaylı bir denetim yapılabilir. Bu dolaylı denetim ise Alman Medeni Kanuna Giriş Kanunu'nun 30'uncu maddesi ışığında söz konusu olabilir. Bu maddeye göre yabancı hukuk hükmünün uygulanması Alman '*kamu düzeni*'ne aykırılık teşkil ederse, o hüküm uygulanmaz.

Yine Yargıtay'a göre bir yabancı hukuk kuralının Bonn Anayasası normlarından sapması da tek başına Almanya kamu düzenine aykırılık yaratmaz. Yabancı kuralın somut olayda yabancı hukukun uygulanmasının neticesi, Bonn Anayasası'nın temel düşüncelerine ve içinde barındığı adalet algısına "ağır ve katlanılamaz bir çelişki" oluşturması durumunda kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir³⁴.

Görüldüğü üzere bu yaklaşıma göre yabancı hukukun anayasallık denetimi AYM tarafından yapılmayacaktır. Somut olayda, kuralın uygulanması, ancak çok ağır bir anayasal aykırılık yaratacaksa uzman mahkemeler, bunu kamu düzenine aykırılık olarak görecek ve yasanın verdiği yetkiye dayanarak kamu düzenine aykırı yabancı kuralı uygulamayacaklardır. Türkiye'de de savunulabilecek bu yaklaşıma göre derece mahkemeleri meseleyi, kamu düzeni ve anayasa kavramlarını eş görerek çözümlenecektir. Bu çözümlenmede anayasa uygunluk denetimi yapmayacak, fakat Anayasa'yı gözeterek icabında yabancı hukuk kuralını uygulamaktan imtina edecektir.

Yargıtay'ın bu görüşü, Almanya'da özellikle devletler özel hukuku alanında çalışan yazarlarca güçlü bir destek görmüştür³⁵.

³² BGHZ 52, 123.

³³ BGHZ 42, 7, 12.

³⁴ BGHZ 54, 124.

³⁵ Görüşleri savunan yazarlar ve bu görüşlerin özeti için bkz. Ergin Nomer, "Anayasa ve Yabancı Kanun", Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 553-556. Almandaca Dieter Heinrich, "Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung

Dikkat edilirse bu görüş, “anayasaya aykırılık” ile kanunların ihtilafı kural-
larını içeren yasada öngörülen “kamu düzenine açıkça aykırılık” kavramları
arasında paralellik kurarak, dava mahkemelerinin sınırlı ve dolaylı denetimini
savunmaktadır.

Hukuk sistemimize dayalı bir değerlendirme yapacak olursak dayanacağı-
mız madde MÖHUK’un 5’inci maddesi olacaktır. Bu maddeye göre “*belirli bir
olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde,
bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır.*” Bu
madde youma açıktır. Madde, “kamu düzenine açıkça aykırılık” ve “anayasaya
aykırılık” kavramlarının aynı anlama geldiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir.
Böyle bir yoruma göre her yargıç, yabancı yasa hükmünü uygularken bunun
Anayasa’ya uygun olup olmadığına bakacak ve eğer aykırıysa bu hükmü uygu-
lamayacaktır.

Alman Yargıtay’ının da savunduğu bu görüş, kaçınılmaz olarak yeni bir
tartışmayı gündeme getirmektedir. Eğer “kamu düzenine açıkça aykırılık” ile
“Anayasa’ya aykırılık” aynı anlama geliyorsa, o halde MÖHUK’un 5’inci mad-
desine göre her mahkeme, yabancı hukuku uygularken anayasallık denetimi
yapmak zorundadır. Fakat 1982 Anayasası’nın öngördüğü sistem, kanunların
anayasallığı denetiminin sadece Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasını
öngörmektedir³⁶ Dolayısıyla MÖHUK’un her mahkemeye anayasallık denetimi
yapma yetkisi veren 5’inci maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürüle-
bilir.

Böyle bir sav karşısında ise özellikle Anayasa’nın 138’inci maddesinin 1’inci
fıkrası temelinde bir yanıt verilebilir. Söz konusu madde, hâkimlerin diğer bazı
normların yanında aynı zamanda anayasaya göre karar vermesi gerektiğini
düzenlemektedir. Bu tür davalarda dava mahkemeleri kanunlar ihtilafı kural-
larını uygulamaktadır ve bu kuralları uygularken Anayasa’nın 138’inci madde-
si gereği Anayasa’yı gözetiyor ve buna göre yabancı bir yasa hükmünü ihmal
ediyor olmaları, TBMM tarafından çıkartılan yasaların iptal edilmesi ile aynı
anlama gelen bir yetki gibi algılanamaz. Bu nedenle kanunlar ihtilafı kural-

Fremden Rechts”, *RabelsZ*, *op cit.*, ss. 35 vd.

³⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 11. Baskı, Ankara 2010, s. 250.

larının anayasallığına dayanak olan öğeleri ışığında, bu tür bir faaliyetin de anayasal olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu, gerçekten savunulabilir olsa da, bu sonucun öncülü olan kabulde bir sorun vardır. Çünkü kamu düzeni ve anayasa kavramları birebir örtüşmemektedir³⁷. Bir şey kamu düzenine aykırı olsa da anayasaya aykırı olamayabilir.

Örneğin Almanya’da yapılan evliliklerin tüm dünyada tanınması kamu düzenindedir. Ancak herkesin evlenme hakkı ise anayasal bir haktır. Yukarıda verdiğimiz örnekte görüldüğü üzere bunlar çatışabilmektedir.

Bir örnek de 1982 Anayasası’ndan verilebilir. 1982 Anayasası’nda kamu düzeni, anayasanın bazı maddelerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. Somutlarsak özel hayatın gizliliği (md.20), konut dokunulmazlığı (md. 21), haberleşme hürriyeti (md. 22) gibi maddeler, “kamu düzenine aykırılık” gerekçesiyle sınırlandırılabilir. Ancak diğer bazı hak ve özgürlüklerde ise kamu düzeni bir sınırlandırma nedeni değildir. Bu kategorideki hak ve özgürlükler, kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlandırılmayacaktır. Yine somutlarsak yerleşme ve seyahat hürriyeti (md.25), din ve vicdan hürriyeti (md. 26), düşünce ve kanaat hürriyeti (md. 27) gibi özgürlüklerin kullanımında kamu düzenine aykırılık, anayasaya aykırılık yaratmaz. Aksi halde (yani kamu düzenine uygunluk ile Anayasa’ya uygunluk kelimelerinin aynı anlama geldiği varsayımında) kamu düzeni kavramının bazı maddelerde sınırlama nedeni olarak düzenlenip, bazı maddelerde düzenlenmemesinin bir anlamı olmazdı.

Bu durum dahi anayasaya aykırılık ile kamu düzenine aykırılığın her olayda çakışmadığını göstermektedir. Yani bir norm kamu düzenine aykırı, ancak Anayasa’ya uygun olabilir (*vice versa*)³⁸.

³⁷ Bkz. Rona Aybay, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, 2004, s. 140.

³⁸ Örnekler için bkz. Wilhelm Wengler, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.04.1964-IV ZR 93/63”, *Juristenzeitung*, 1965, s. 102 vd. Heinrich, *op. cit.*, ss. 10 vd. Aybay, *op. cit.*, s. 141.

2. Yabancı Kuralların AYM Denetimine Tabi Olduğu Görüşü (Alman AYM'sinin 1971 İspanyol Kararındaki Görüşü)

Bonn Anayasası, tıpkı 1982 Anayasası gibi, herhangi bir ayırım yapmaksızın kanunların anayasaya uygunluğu denetiminden bahsetmektedir. Bir yasa, ister yerel yasama organınca, ister yabancı bir yasama organı tarafından çıkartılmış olsun, eğer Anayasa'ya aykırıysa anayasal organlarca uygulanamaz.

Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince ülkede uygulanacak yabancı kuralların da AYM tarafından denetlenmesi gerektiği görüşü Alman AYM'si tarafından savunulmuştur. Bu mahkeme 1971 yılında verdiği *İspanyol* kararında Alman Yargıtay'ının yukarıda aktarılan görüşünü reddetmiştir³⁹. Söz konusu dava⁴⁰, İspanyol bir erkek ile daha önce boşanmış Almanya vatandaşı bir kadının evlenme isteğiyle ilgilidir. Alman hukukuna göre bir kişi daha önce boşanmışsa, yeni yapacağı evlilik başvurusunda, yetkili makamdan alınmış bir boşanma belgesi sunmalıdır. Eğer kişinin vatandaşı olduğu devlette böyle bir belge alınması mümkün değilse, Almanya'daki mahkemeler, yabancı kişinin hukukunu uygulayarak bu belgeye denk düşen bir karar vermektedirler. O zamanki İspanya hukuku ise Katolik bir kişinin boşanmasına izin vermemektedir. İspanya hukukunun bu kuralına dayanan Almanya'daki *Hamm* mahkemesi de başvuruya böyle bir belge sunamamış ve bu nedenle evlilik gerçekleşmemiştir. Konu anayasa şikâyeti yoluyla Alman AYM'sinin önüne gelmiştir⁴¹.

Alman AYM'si bu vakada öncelikle yabancı normun anayasasallık denetiminin, kendi anayasasıyla bağlı olan yabancı kanun koyucuya yönelik uygun-

³⁹ BVerfGE, 31, 58. Bu karar, "İspanyol kararı" (Spanier-Beschluss) olarak da bilinir. Almanya Yargıtayı Almanya kanunlar ihtilafı kurallarının Almanya'da yapılan bütün evliliklerin tüm dünyada tanınacak şekilde düzenlendiği görüşündedir. Farklı ülkeler bakımından bkz. Erik Jayme, "Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Wiederheirat Geschiedener Ausländer", *RabelsZ*, *op. cit.*, ss. 24-25.

⁴⁰ Dava anayasa şikâyeti usul hukuku ve olağan hukuk yollarının tüketilmesi konusu bakımından da özgün bir örnektir. Bu konuda bkz. Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): Almanya ve İHAM Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme*, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 389.

⁴¹ BVerfGE, 31, 58 (59-67). Almanca metin için bkz. "Deutschland: Grundrechte und Internationales Eheschließungsrecht, BVerfG, Beschluß vom 4.5.1971", *RabelsZ*, *ibid.*, ss. 145-163. Kararın İngilizce özeti için bkz. Friedrich K. Juenger, "The German Constitutional Court and the Conflict of Laws", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 20, No.2, 1972, ss. 290-292.

suz bir müdahale olacağını kaydetmiştir. Ancak AYM'ye göre anayasa hükümlerini bir tarafa bırakıp yabancı hukukun etkileri belirsiz şekilde uygulanması, anayasanın koruma zırhı olmaksızın 'karanlığa sığrama' (*Sprung ins Dunkle*) anlamına gelir⁴². Dolayısıyla bu kanunun Almanya'da uygulanmasının o spesifik vakada anayasaya aykırı sonuçlar doğurması karşısında da anayasal organların kayıtsız kalamayacağını altı çizilmiştir. Bu bakımdan AYM'ye göre Anayasa'nın 25'nci maddesi⁴³, yabancı hukukun sınırsız şekilde uygulanmasını ve anayasanın askıya alınmasını gerektirmez. Zira anayasal normların kişisel ve mekânsal alanı yasama organı tarafından belirlenemez. Çünkü bu, normal yorum süreci aracılığıyla anayasanın kendisince belirlenir ve böyle bir denetim, kanunlar ihtilafı kurallarının Almanya'da uygulanmasına engel olmaz. Sonuç itibarıyla yabancı hukukun Almanya'da uygulanması anayasa aykırı değildir, fakat bu uygulamanın anayasa gözetilerek yapılması, icabında normal yorum metotları (örn. anayasaya uygun yorum vb.) kullanarak anayasaya aykırı olmayan bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım, anayasanın yürürlük alanının yabancı devletlerin izni hilafına genişlemesi ve anayasal ilkelere yabancı devletlere dayatılması anlamına gelmez⁴⁴.

İspanyol davasında AYM, evlenme hakkının Anayasa'da güvence altına alındığını bu hakkın kullanımına ilişkin yasa yoluyla bazı kayıtlar getirilebilecek olsa da hakkın özüne zarar vermemesi gerektiğini, İspanya'daki Katolik boşanma yasağının kanunlar ihtilafı kuralları veya herhangi bir başka nedenin anayasal hakka yönelik sınırlandırmayı haklılaştıramayacağı sonucuna ulaşmıştır. AYM anayasal sonuçlara ulaşmak için birkaç alternatif ileri sürmüştür: Önceki evliliğin mevcudiyeti ayrı bir konu olarak ele alınabilir ve bu bakımdan davada yabancı hukuka atf yapan md. 13/1 (*Einführungsgesetz zum BGB*) uygulanmayabilirdi, yani Alman hukuku uygulanırdı. Veya İstinaf mahkemesi, ihtilaf kurallarını uygulayabilir ancak Bonn Anayasası'nın güvencelerini ihlal eden İspanya hukuku hükmünün uygulanmasını olaya özgü olarak dışarıda bırakabilirdi. Bu olayda söz konusu güvenceler, yabancı hukukun doğrudan uy-

⁴² BVerfGE, 31, 58, (72). Almanya AYM'si bu kavramı L. Raape'ye atfı kullanmıştır. Bkz. Leo Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Baskı, F. Vahlen, Berlin/ Frankfurt a.M 1961, s. 90.

⁴³ Maddeler için *supra* dipnot. 15.

⁴⁴ BVerfGE, 31, 58 (73-74).

gulanmasına yönelik sınırlama olarak görülebilir veya bu güvenceler, aynasal hakların kanunlar ihtilafına giriş noktası olan 30'ncu maddedeki kamu düzeni sınırlamasının aktive edilmesi yoluyla temin edilebilirdi⁴⁵.

Bu değerlendirmeler ışığında denilebilir ki Anayasa'daki hükümler sadece yasama organını değil, aynı zamanda yasaları icra eden idari ve yargısal organları da muhatap almaktadır ve bunlar için de bağlayıcıdır⁴⁶. Hem Anayasa kuralları, hem de normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında yer alan kurallar, kimi zaman yoruma muhtaç olabilir. Ancak bu bağlamdaki yorum tekeli sadece AYM'lerde değildir⁴⁷. Uzman mahkemeler, her olayda anayasanın üstünlüğünü gözetmeli ve normları anayasaya uygun şekilde yorumlamalıdır⁴⁸. Söz konusu yaklaşım, yabancı kuralların genel sansürünü değil, bu kuralların somut uygulamasının anayasal düzene aykırı sonuçlar yaratması ihtimalinde bu aykırılığın tespit edilmesini gerektir⁴⁹. Bu, anayasanın üstünlüğünün bir gereğidir.

Tüm bu yazılardan sonra 1982 Anayasası temelinde bir ara-sonuca ulaşılabilir. Öncelikle Anayasa'ya göre Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına dayanmaktadır⁵⁰. İnsan haklarına dayanan bir devletin varlık sebebi, insanların haklarını güvence altına almaktadır. Bu öncelik, Anayasa'daki hangi şart ve bağlamda olursa olsun anayasada da düzenlenmiş olan insan haklarının korunmasını gerektirir. Öte yandan Anayasa'nın üstünlüğünü düzenleyen 11'inci madde, Anayasa hükümlerinin "*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*" olduğunu ifade etmektedir. Hal böyle olunca bir yargı organının, salt bir kanunun (MÖHUK) kendisine yabancı hukuku uygulamasını söylemesinden

⁴⁵ BVerfGE, 31, 58 (78 vd.).

⁴⁶ Wengler, *op. cit.*, s. 101.

⁴⁷ Bkz. Zühtü Arslan, "Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan: Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., C. II, Ankara 2008, ss.59-63.

⁴⁸ Wengler, *op. cit.*, s. 101.

⁴⁹ Bleckmann, *op. cit.*, ss. 206-261.

⁵⁰ Anayasa'nın 2'nci maddesi saygılı ifadesine yer vermektedir. Ancak Anayasa'nın 2001 yılında değiştirilen 14'üncü maddesinde insan haklarına dayanan devlet ifadesine yer verilmiştir. Muhtelif yorum teknikleriyle hareket edildiğinde ulaşılabilecek ortak sonuç, devletin niteliğinin insan haklarına dayanan devlet olduğudur.

dolayı, kendisini bağlayan temel hukuk kurallarını yok sayması düşünülemez. Uygulanacak kanunların anayasaya aykırı olmaması temel bir ilkedir. Bu temel ilke, anayasanın diğer maddelerinde de somutlaştırılmıştır. Örneğin 148'inci maddede “Hâkimler (...) Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” demek suretiyle hâkimlerin karar verirken Anayasa’yı da göz önünde tutmasının gerekliliği pekiştirilmiştir. Yani yargıçlar, yabancı veya değil, tüm kuralları uygularken anayasa ile bağılırlar ve ona göre hareket etmelidirler. Bu anayasadan çıkan ilkesel bir sonuçtur.

Anayasa, Anayasa’ya aykırılıkların giderilmesi için çeşitli mekanizmalar öngörmüştür. Bu mekanizmalarda bazı sorunların mevcudiyeti veya konumuz açısından (birazdan üzerinde durulacak olan) bazı yetersizliklerinin bulunması, bu ilkesel sonucu değiştirmemektedir: İlkesel olarak yabancı hukuk kuralları da, eğer Türkiye’deki yargı organlarınca uygulanacak ise Anayasa’ya uygun olmak durumundadır.

B. Yabancı Kuralların Anayasallık Denetimi Nasıl Yapılır?

Az önce Türkiye’de uygulanacak yabancı hukuk kurallarınının 1982 Anayasası’na yani onun sağladığı güvencelere aykırı olmaması gerektiği sonucuna ulaşıldı. Bu ilkesel sonuç beraberinde bu kuralların denetiminin kim tarafından ve nasıl yapılacağı, denetimin sonucunda nasıl karar vereceği tartışmasını getirmektedir.

1982 Anayasası’nın öngördüğü anayasallık denetimi, Avrupa tipi anayasa yargısı sistemine dayanmaktadır. Her mahkeme anayasa hükümlerini gözetmek durumundadır ancak bir normun spesifik olarak anayasaya uygunluğu merkezileşmiş bir anayasa mahkemesince gerçekleştirilir. Anayasa’nın bu sistemde geleneksel olarak öngördüğü denetim biçimleri soyut ve somut norm denetimleridir. 2010 anayasa değişikliğiyle beraber buna anayasa şikâyeti yolu da eklenmiştir⁵¹.

1. Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi Anayasa’nın 150’nci maddesi gereğince belli siyasi

⁵¹ Konuyla ilgili olarak bkz. Şirin, *op. cit.*

organlara doğrudan dava açma imkânı tanımaktadır. Bu madde, kanun ve KHK'lere karşı iptal davası açılabileceğini söylemekte ancak kanunların yabancı veya yerli olmasına ilişkin bir kayda yer vermemektedir. Ancak Türkiye'deki siyasi öznelerin daha henüz Türkiye'de uygulama bulmamış olan yabancı kurallara karşı soyut bir anayasaya aykırılık iddiasında bulunmayacağı düşünüldüğünde bu maddenin yabancı hukuk kurallarının anayasallık denetimi açısından uygulama alanı bulmayacağı söylenebilir.

2. Somut Norm Denetimi

Somut norm denetimi ise Anayasa'nın 152'nci maddesinde düzenlenmiştir: *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* Söz konusu madde, yabancı veya yerli kanunlar arasında bir ayrıma gitmemektedir. Maddenin uygulanması için gerekli kriter, bir mahkemenin görülmekte olan bir davada o kuralı uygulayacak olması⁵² ve kuralın anayasaya aykırı olduğuna yönelik bir kanaatin bulunmasıdır. O halde MÖHUK gereği yabancı bir kuralın uygulanması gereken bir davada mahkeme, kamu düzenine aykırı olmayan bu kuralın anayasaya/insan haklarına aykırı olduğuna kanaat getirirse, AYM'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılması gerekecektir. Bura-ya kadar bir sorun bulunmamaktadır. Ancak sorun, AYM'nin bu kuralı anayasaya aykırı bulması halinde gündeme gelmektedir.

Söz konusu tartışma, eğer 1961 Anayasası döneminde yapılmış olsaydı bu konuda özgün/pasif bir yöntem denenebilirdi. AYM somut norm denetimiyle önüne gelen yabancı kurala karşı hiçbir şey yapmayabilirdi. Böyle bir eylemsizlik 1961 Anayasası döneminde olsaydı dava mahkemesi, 6 ay geçtikten sonra, meseleyi kendi kanısına göre çözümlerdi. Çünkü Anayasa'nın 151'nci

⁵² Davada uygulanacak norm ifadesinin ne anlama geldiği tartışmalıdır. Ancak genelde kabul gören ve Almanya öğretisinden esinlenen kriter, o norm ve onun anayasallığı sorunu çözülmeden dava mahkemesinin hüküm kuramamasıdır. Bu kriter etrafındaki tartışma kanunlar ihtilafı bakımından ayrıca ele alınmak durumundadır. Ancak böyle bir tartışma bu makalenin kapsamını aşar. Genel olarak kritere yönelik görüşler için bkz. O. Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yay., İstanbul 2004, 175-184.

maddesinin 4'üncü fıkrası bu imkânı tanımaktaydı. Fakat 1982 Anayasası sisteminde bu mümkün görünmüyor. 1982 Anayasası'nın 152'nci maddesinin 3'ncü fıkrasına göre AYM işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme, davayı anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü, yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.⁵³ Dolayısıyla 1982 Anayasası siteminde 'karar vermeme' şeklinde bir çözüm mümkün görünmemektedir. Her halükarda bir karar verilmesi gerekmektedir.

1982 Anayasasında AYM'nin hangi kararları verebileceği özel bir madde veya fıkrada sayılmış değildir. Anayasa'nın farklı yerlerinde ret (md. 152/son) ve iptal (md.153/1, 3, 4, 5) kararlarından bahsedilmektedir. 1961 Anayasasında AYM'nin "*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı*" karar verebileceği (md. 152/4) düzenlenmişse de 1982 Anayasasında böyle bir hüküm yer almamaktadır. Bu hükümler ışığında öğretilerdeki ortak kanı Anayasa'nın AYM'ye sadece iptal ve ret kararları verme yetkisi tanıdığıdır.

Prensip itibarıyla bu kanıyı paylaşan Rona Aybay da böyle bir daraltmanın yabancı kuralların anayasaya aykırılığı sorununu açmaza soktuğu görüşünü savunmaktadır. Zira yazara göre Türk Anayasa Mahkemesi'nin, bir yabancı yasayı 'iptal' etmesi hiçbir biçimde söz konusu edilemez. Yazar bu kabulden hareketle yabancı yasaların Türk Anayasası'na uygunluğunun denetlenmesine olanak bulunamayacağı sonucuna da dikkat çekmektedir⁵⁴. Böyle bir sonuca ulaşmaktan imtina eden yazarın konuyla ilgili önerisi, öğretilerdeki diğer birçok yazar gibi⁵⁵ AYM'nin Türk mahkemesince uygulanacak bir yabancı yasanın Anayasa'ya aykırılığına "*olayla sınırlı*" olarak karar verme yetkisini, içtihat yoluyla açmasıdır. Bu görüşe göre Anayasa'da böyle bir yetki tanınmamış olsa da yasaklama da yoktur.

⁵³ Aysel Çelikel, "Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim", *Anayasa Yargısı*, 1991, S. 8, s.222.

⁵⁴ Aybay, *op. cit.*, s. 143. Aynı yönde Nomer, *op. cit.*, s. 564.

⁵⁵ Nomer, *op. cit.*, s. 564. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2012, s. 255, dipnot 192. E. Nomer, 1961 dönemindeki bu yetkinin 1982 Anayasası döneminde AYM'ye tanınmamış olması noktası üzerinde durmamaktadır. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yay., 20. Bası, İstanbul 2013, ss.43-45.

Bu görüş kendi içinde tutarlı görünse de bazı eleştirilere yol açabilir. Örneğin öğretide git gide artan sayıda yazar, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceğini savunmaktadır⁵⁶. Bu eleştirilere rağmen AYM'nin, tıpkı yürütmeyi durdurma kararlarında olduğu gibi böyle bir pratiğe başvurması halen mümkündür. Ayrıca hukuk, sorunları kör düğüm haline getirmekten ziyade sorunları çözmeye tekniğidir. Bu bakımdan söz konusu öneri, boşluk doldurucu niteliği ve insan hakları lehine anlamı itibarıyla kendi meşruluğunu kurabilir.

Son olarak diğer karar türleri bünyesindeki olasılıklar da göz ardı edilmemelidir:

(a) İptal Kararları Bakımından Değerlendirme

Bilindiği gibi Anayasa'nın 150'nci maddesi AYM'ye, bünyesinde açılan iptal davaları neticesinde 'iptal' ve 'ret' kararı verme yetkisi tanımaktadır. Öğretide -az önce de ifade edildiği üzere- Türk Anayasa Mahkemesi'nin, bir yabancı yasayı 'iptal' etmesinin hiçbir şekilde söz konusu edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Ancak bunun nedenlerini açıklanmamaktadır⁵⁷. Oysa bu ihtimalin sınanması gerekir. AYM'nin kendisine gelen bir davada, yabancı bir kuralın soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşması teorik olarak mümkündür. Böyle bir sonuç üzerine iptal kararı verebilir mi? Bu noktada sorun Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası noktasında ortaya çıkacaktır. Bu hükme göre; *"kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar."* Şüphesiz iptal kararının yayımı, yabancı bir kuralın, yabancı ülkedeki yürürlüğünü ortadan kaldıramaz. Ancak AYM'nin iptal kararı vermesi ve bu kararın Resmi Gazete'de yayımlanması ihtimalinde böyle bir yayım tamamen etkisiz sayılmaz. Amaççı bir yorum yapılması gerekirse; söz konusu yabancı kuralın Türkiye'deki yürürlüğünü ortadan kaldıracağını söylemek gerekir.

Dolayısıyla eğer bu kuralın her halükarda Türkiye'de uygulanmaması gere-

⁵⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, XII Levha Yay., İstanbul 2009, ss. 165-167.

⁵⁷ Aybay, *op. cit.*, s. 143.

kiyorsa AYM, bir iptal kararı vererek ve bu kararını Resmi Gazete’de yayımlayarak anayasaya aykırı olan yabancı yasa hükmünün kanunlar ihtilafı kuralları gereği Türkiye’de uygulanmamasını sağlar. Böyle bir karar, çok istisnai ve geleneksel hukuk mantığına ters bir nitelik taşıyor gibi görülebilir. Ancak bu istisnailik ve terslik, karardan değil, Türkiye’deki bir davada yabancı bir kanunun uygulanmasından kaynaklanan istisnailik ve tersliktir.

(b) Ret Kararları Bakımından Değerlendirme

AYM’nin olayla sınırlı karar vermesi gerektiğini savunan yazarların göz ardı ettiği diğer karar türü ise *ret kararıdır*. İlk bakışta AYM’nin bir kanun hükmünü anayasaya aykırı görmesine rağmen, o kanuna ilişkin anayasaya aykırılık itirazını reddetmesinin tutarsız olacağı düşünülebilir. Fakat bu ihtimalde reddin sebebi, anayasaya aykırılığın olmamasından değil, AYM’nin de tıpkı R. Aybay gibi yabancı bir kanunu iptal etme yetkisinin olmadığı kanaatinden kaynaklanabilir. Yani AYM kanunun anayasaya aykırı olduğu ancak bu kanunu iptal etme yetkisi olmadığı sonucuna varabilir. Böyle bir durumda AYM, ret kararı verecektir. Ancak bu karar “yorumlu ret” şeklinde verilebilir⁵⁸. AYM verdiği kararda anayasaya aykırılığı tespit edecek ve nedenlerini gerekçesinde açıklayacak, ancak nihayetinde bu kuralı iptal edemediğini ifade ederek anayasaya aykırılık itirazını reddedecektir. Bu karardan sonra davaya bakmakta olan mahkeme, AYM’nin gerekçeleri ışığında o davada söz konusu kuralı uygulamayacaktır.

Gerçi öğretilerde AYM’nin yorumlu ret kararının ret kararlarından bir farkı olmadığı, çünkü AYM’nin kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı ifade edilmektedir⁵⁹. Dolayısıyla böyle bir olasılığa karşı bu türde itirazların ileri sürülmesi muhtemeldir⁶⁰. Bir an için bu itirazların haklı olduğu düşünülse dahi⁶¹,

⁵⁸ Bu kararlara ilişkin olarak bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, İmge Yay., 4.Baskı, Ankara 2007, ss.141-174. Kanadoğlu, *op. cit.*, 241 vd. Köküarı, *op. cit.*, ss. 190-198.

⁵⁹ Kemal Gözler, *op. cit.*, ss. 955-960.

⁶⁰ Karş. Arslan, *op. cit.*, ss. 63 vd.; Ayhan Döner, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, ibid.*, s. 215 vd.; Yusuf Şevki Hakyemez, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, ibid.*, s. 365 vd.

⁶¹ Fazıl Sağlam’ın bu argüman karşı ileri sürdüğü gerekçeler oldukça güçlüdür. Bkz. Fazıl Sağlam, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile

AYM'nin gerekçelerini göz ardı eden bir mahkemenin verdiği kararın anayasa şikâyeti yoluyla AYM önüne geleceği göz ardı edilmemelidir. Eğer bir mahkeme, AYM'nin gerekçelerine rağmen, Anayasa'ya aykırı yabancı hukuk kuralını uygulamışsa; verdiği karar da büyük ihtimalle anayasadaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olacaktır⁶². AYM, bu ihlali anayasa şikâyeti yoluyla tespit edecek ve bu karardaki yasanın Anayasa'ya aykırılığı yönündeki gerekçeleri, diğer mahkemeler için yol gösterici etki (*Orientierungseffekt*) doğuracaktır⁶³.

3. Anayasa Şikâyeti Denetimi

Soyut ve somut norm denetimi usullerinin dışında mesele, 2010 yılındaki anayasa değişikliğiyle beraber ulusal hukukumuzda giren anayasa şikâyeti yolu bakımından da ele alınabilir. Anayasa'nın 148/3'üncü maddesine eklenen ifadeye göre; "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Bu hükümde kastedilen kamu gücü Türkiye devletinin kamu gücüdür. Dolayısıyla yabancı bir yasama organının işlemine (yani yabancı bir kanun hükmüne karşı) soyut olarak anayasa şikâyetinde bulunulamaz⁶⁴. Ancak zaten bu makalede üzerinde durulan konu, kamu gücünün (Türkiye'deki yargı organlarının) anayasal bir hakkı ihlal eden yabancı kuralı uygulayıp uygulamayacağıdır. Dolayısıyla böyle bir kuralın uygulanması halinde bu kurala karşı değil ama bu kuralı uygulayan kamu gücü işlemine karşı anayasa şikâyetinde bulunulabilir.

Türkiye'de AYM önüne şimdilik bu bağlamda bir anayasa şikâyeti gelmemiş olsa da gelecekte bu tür şikâyetlerin yapılması olasıdır. Nitekim yukarıda aktarılan Alman AYM'sinin İspanyol kararı, anayasa şikâyeti yoluyla görülmüştür.

Daha yakın tarihli bir örnek vermek gerekirse Alman AYM'sinin "*Transek-*

İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, S.3, ss.57-58.

⁶² Şirin, *op. cit.*, ss. 656-664.

⁶³ Karş. Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn/Manz 2012, ss. 98-99, par. 9.

⁶⁴ Zaten AYM Yasası'nın hükmü Türkiye kamu gücünün yasama ve diğer düzenleyici idari işlemlerine karşı anayasa şikâyeti yolunu kapatmıştır. Bunun anayasaya aykırılığı konusunda bkz. Şirin, *op. cit.*, ss. 288-296.

süeller IV” olarak tanınan kararına değinilebilir. Bu davanın konusu Tayland’lı bir transseksüelin cinsiyet değışikliği ameliyatı sonrasında Almanya’da mukim olması ve bir Almanya vatandaşıyla medeni birliktelik sürdürmek istemesiyle ilgilidir⁶⁵. Bu vakada Alman mahkemelerinin kanunlar ihtilafı kuralları gereği, cinsiyet değışikliğine izin vermeyen Tayland hukukuna dayanarak transseksüel kişi aleyhine sonuçlara ulaşması, Anayasa’da güvence altına alınan kişiliğın korunması hakkının ihlali olarak görülmüştür⁶⁶.

Türkiye’deki anayasa şikâyeti bakımından iş yükü paylaşılmak ve paralellik sağlamak istenen İHAM’a bireysel başvuru yolunda da benzer vakalar gözlemlenmektedir⁶⁷.

Gerçi İHAM önüne gelen kanunlar ihtilafı vakaları genelde ortak Avrupa konsensüsünün olmadığı veya İHAS’ta güvencelenen haklarla ilgili olmayan başvurulardır. Ancak anayasa şikâyeti usulünün önemine binaen İHAM içtihadından örnek vermek yerinde olacaktır. Bu açıdan *Ammdjadi v. Almanya* davası konuya uygun bir örnektir. Bu davada da başvuru Almanya’da mukimdir ve kendisi gibi İranlı olan eşinden, nafaka ve emeklilik aylığı gibi haklardan yararlanacağını düşünerek boşanmıştır. Bu davada başvurusunun emeklilik aylığının denkleştirilmesine ilişkin tazminat talebi (*nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs*) reddedilmiştir. Köln Bölge Mahkemesi’nin red sebebi Almanya ve İran arasında o tarihte halen geçerli sayılan uluslararası bir antlaşmadır. Eşlerin boşanma sonrası haklarının ortak tabiiyetlerindeki hukuka göre belirlenmesini öngören bu antlaşma hükümleri, adı geçen tazminatın dayanağı olan yasa maddesinin olaya uygulanmamasına neden olmaktadır. Bu mahkemeye göre İran hukukunda emeklilik aylığının denkleştirilmesine ilişkin tazminatın bilinmemesi Almanya kamu düzenine aykırı de-

⁶⁵ BVerfGE, 116, 243 (245 vd).

⁶⁶ BVerfGE, 116, 243 (269 vd). Kişiliğın korunması hükmü Almanya Anayasası’nın 2/1 ve 1/1 hükmü ışığında kavranmaktadır. Bu kararda da, tıpkı yukarıda ifade edildiği gibi kişiye, vatandaşlığından dolayı farklı bir yasanın uygulanacak olmasının, eşitlik ilkesine aykırılık olmadığı sonucu yinelenmiştir. Bkz. BVerfGE, 116, 243 (261).

⁶⁷ Bu konuda bkz. Michael Stürner, “Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law? A Comment from a German Perspective”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011.1, ss.3-7. Laurens Kiestra, “Article 1 ECHR and Private International Law”, *ibid.*, ss. 8-12.

ğildir. Başvurucu bu tazminattan mahrum bırakılmasının Sözleşme'nin 8'inci maddesindeki aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu kararda İHAM, söz konusu tazminat hakkının Avrupa ülkelerinde olmadığını ve sözleşmesel nitelik taşımadığını kaydetmiş ve bu nedenle de başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun görmüştür. Ne var ki Mahkeme'nin şu tespiti konumuz açısından önem taşımaktadır:

“Özellikle kanunların ihtilafı davalarında bütün aile meseleleri için mukim olunan yer değil de milliyete göre farklılaşmanın olması, bir kişinin ana vatanı ile olan yakın ilişkisini koruma amacı taşıyan çok bilinen bir ilkedir. Bunda dolayı her ne kadar emekli aylığına ilişkin olarak mutad ikametgahın belirleyiciliği muhtemelen tercih edilebilir sayılsa da objektif ve makul haklılaştırma yapmaksızın kişinin milliyetinin belirleyiciliği dikkate alınamaz⁶⁸.”

Bu örneğin dışında, Mahkeme'nin esasa girerek inceleme yaptığı bir örnek aktarmak gerekirse, *Harroudj v. Fransa* vakasına değinilebilir. Bu davada Fransa vatandaşı başvurucu, doğuştan yetim bir Cezayir vatandaşı çocuğun hukuki bakımını, (İslam hukukunda buna *kafala* deniyor) Cezayir'deki bir mahkemenin kararıyla üstlenmiştir. Çocuğu Fransa'ya getiren başvurucu çocuğu evlatlık edinmek istemiş, ancak bu başvurusu reddedilmiştir. Çünkü Fransa hukuku, çocuğun ülkesindeki hukukun izin vermediği hallerde evlatlık edinilmesini kabul etmemektedir. Bu olayda da Cezayir hukuku çocuğun evlatlık edinilmesine izin vermemektedir. Başvurucu bu olayda Cezayir hukukunun uygulanmasının aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁶⁹. İHAM ise kafalanın Fransa hukukunda tamamen kabul edildiğini ve bu usulde çocuğun yararına her türlü kararın alınabileceğini kaydetmiştir. Mahkeme, “başvurucunun ölümü ihtimalinde çocuğa bir takım haklar bahşedebileceğini”, öte yandan “çocuğun kısa bir süre sonra Fransa vatandaşlığı kazanmasının ve evlatlık edinebilmesinin mümkün olabileceğini”, “kültürel çoğulculuğa saygı göstererek “çocuğun köken ülkesinin hukuku ile olan bağının hemen koparılması yoluyla entegre edilmesi yönündeki çabayı” ve ayrıca (20 Kasım 1989 tarihli) “Çocuk Haklarına İlişkin New York Sözleşmesi'nde kafalanın ço-

⁶⁸ *Ammjadi v. Almanya*, İHAM, 51625/08, 09.03.2010. (Kabuledilemezlik kararı).

⁶⁹ *Harroudj v. Fransa*, İHAM, 43631/09, 04.11.2012, par. 5-39.

cukların korunmasına ilişkin alternatif yöntemlerden biri olarak sayılmış olmasının” dikkate almıştır. İHAM bu davada bir ihlal bulmamıştır. Ancak görüldüğü üzere mahkemelerin yabancı hukuku uygulaması, diğer unsurlarla beraber ele alınmış ve bir bütün olarak Sözleşme’ye aykırı bir sonucun oluşup oluşmadığı incelenmiştir⁷⁰.

Son olarak nispeten yakın tarihli *Losonci Rose ve Rose v. İsviçre* vakasından bahsedilebilir. Bu davada başvuru Bay Losonci ve Bayan Rose evlidirler. Evlendikten sonra her ikisi de kendi soyadlarını kullanmak istemişler ancak o tarihlerdeki İsviçre hukuku, kural olarak erkeğin veya talep edilmesi durumunda kadının soyadının aile soyadı olabileceğini düzenliyor olmasından dolayı kadın eşin soyadının ortak soyadı olmasına karar vermişlerdir. İsviçre hukukuna göre İsviçre’de mukim bir kişinin soyadı genel olarak İsviçre hukukuna göre belirlenmekle birlikte kişiler, kendi ulusal hukukunca belirlenen soyadına sahip olmayı seçebilmektedirler. Bu vakada bay Losonci kendi soyadını kullanmak için bu yolu denemiştir. Bu usul o zamana kadar yalnızca kadın eşin soyadının muhafazası için onun ulusal hukukunun uygulanması bakımından icra edilmiştir. Ancak söz konusu vakada İsviçre mahkemeleri kadın eşin soyadının hâlihazırda tanındığını ve artık bu seçeneğin uygulanamayacağını ifade etmişlerdir. İHAM Bay Losonci’ye olayda uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımamasını cinsiyet temelli ayrımcılık olarak görmüş ve mahkemelerin kanunlar ihtilafı kurallarına dayalı ulaştıkları sonucu Sözleşme’ye aykırı bulmuştur⁷¹.

Dikkat edilirse bu kararların hiçbirinde yargılamada uygulanan yabancı kurallara karşı bireysel başvuru yapılmış değildir. Bireysel başvurular kural olarak yabancı hukukun uygulanması/uygulanmaması neticesinde ulaşılan sonucun insan haklarını ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır. Yani yabancı bir kural anayasa şikâyetine konu edilemese de o kuralın uygulanması neticesinde ulaşılan kararın sözleşmeye uygunluk (yani bir tür anayasallık) denetimi yapılmaktadır. Bu bakımdan anayasa şikâyeti incelemesi, yabancı kurallara dayanan mahke-

⁷⁰ *Ibid.*, par. 40-52.

⁷¹ *Losonci Rose ve Rose v. İsviçre*, İHAM, 664/06, 09.11.2010. Karar Fransızcadır. Ancak burada yazılanlar için Almanca tercümesinden yararlanılmıştır. İnternete yer alan Almanca özet için bkz. <http://tinyurl.com/otf8om8> (Erişim tarihi: 26.05.2014).

me kararları üzerinde “norm benzeri denetim” yapılmasını sağlamaktadır⁷². Şöyle ki AYM, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı normu uygulayan bir mahkemenin vermiş olduğu karar bir norm olarak düşünülmemekte ve bunda bir anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığını belirlemektedir⁷³. Bu denetim, kanunların ihtilafı hukuku bakımından değil, aynı zamanda tanıma ve tenfiz davalarının anayasallığı denetimini bakımından da çok önemli bir gelişmedir⁷⁴.

SONUÇ

Devletlerin birbirlerinin egemenlik yetkilerine saygı göstermesi gerekmektedir. Her egemen devlet, kendi ülkesinde hangi kuralların uygulanacağı konusunda söz sahibidir. Bu bakımdan devletler, bazı davalarda yabancı hukukun uygulanması konusunda kendiliğinden gönüllü olabilirler. Hatta maddi eşitlik ilkesinin farklı durumda olanların farklılıklarının gözetilmesini gerektirmesi devletlere, yabancı kişilerin vatandaşı oldukları hukukun dikkate alınması yükümlülüğü getirebilir. Bu ve yukarıda açıklanan nedenlerle devletler özel hukukun yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını gerektiren kuralları anayasaya aykırı sayılmaz.

Bununla beraber anayasanın buna izin veriyor olması, anayasanın tamamen kenara çekilmesine de neden olmaz. Uygulanacak yabancı hukuk kuralları, mutlaka anayasal bir süzgeçten geçmelidir. Somut norm denetimi süzgeci, 1982 Anayasası'nın -selefinin aksine- AYM'ye “olayla sınırlı” karar verme yetkisini tanımamasından dolayı zayıflamış görünse de, bu denetimin yabancı kurallar bakımından kullanılması ihtimali halen mevcuttur. AYM'nin içtihat yoluyla kendine yetki tanınması bir ihtimal olarak var olsa da, öğretilerdeki görüşlerin aksine iptal ve (yorumlu) red kararları da böyle bir denetim için kullanılabilir.

Meseleye yeni boyut katan bir diğer gelişme de 2010 yılındaki değişikliği-

⁷² Bu denetim “quasi Normenkontrolle” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Christian Starck, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte” *Juristenzeitung*, 1996, C.51, S. 21, ss. 1034 vd.

⁷³ Türkiye hukukundan örnekleme için bkz. Fazıl Sağlam, “Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları”, *Erdoğan Teziç'e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2007, s.145.

⁷⁴ Bkz. 4 no'lu dipnot

le beraber hukukumuzda giren anayasa şikâyeti usulüdür. Her bir uzman mahkeme kararının norm benzeri olarak ele alındığı ve kuralların soyut biçimde değil, olaya özgü uygulanma biçiminin incelendiği bu yeni usul, kanunların ihtilafı kuralları gereği yabancı kuralların anayasallık denetimi açısından yeni bir aşamayı ifade etmektedir. Öğretindeki görüşlerin bu yeni usul çerçevesinde güncellenmesi gerekmektedir. Zira öteden beri temel alınan olayla sınırlı karar verme yetkisi fiilen anayasa şikâyetinin bünyesinde yer almaktadır. Üstelik anayasa şikâyetinde yabancı kural değil⁷⁵, kuralın yorumu neticesinde ulaşılan sonuç, anayasaya uygunluk denetimine tabidir. Üstelik anayasa şikâyeti usulünde, anayasaya uygunluk denetimine tabi olan konu, yabancı hukuk kuralının kendisi değil, kuralın yorumu neticesinde ulaşılan sonuçtur. Bu ise olası soru işaretlerini ve sorunları ortadan kaldırmak için yeterlidir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Arslan, Zühtü; “Anayasa Mahkemesinin ‘Yorum Tekeli’, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan: Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2008.

Aybay, Rona; “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, 2004.

Aybay Rona/ Esra Dardağan; *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

Bleckmann, Albert; *Grundgesetz und Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1975.

⁷⁵ Bu bakımdan 6216 sayılı Kanun’un “yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını” ifade eden 45/3’ncü maddesi bu durumlar bakımından sorun yaratmayacaktır. Zaten AYM, ihlalin kaynağının bir yasa maddesinden kaynaklanması halinde bu duruma gerekçesinde dikkat çekmekte, derece mahkemeleri de bu karardan sonra ilgili yasa hükmü uygulamaktan imtina etmektedir. Bkz. *Sevim Akat Eşki kararı*, AYM, 2013/2187, 19/12/2013.

Yeri gelmişken yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin sınırlamanın Anayasa’ya aykırı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Bu sorun ve sorunun çözümüne ilişkin olarak bkz. Şirin, *op. cit.*, ss. 275-297.

Çelikel, Aysel, “Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim”, *Anayasa Yargısı*, 1991, S. 8.

Dicey, Albert Venn/John Humphrey/Carlile Morris/Antony Collins Lawrence, *The Conflict of Laws*, Stevens, London 1987.

Dodge, William S.; “Breaking the Public Law Taboo”, *Harvard International Law Journal*, Winter 2002, Vol. 43, Nr.1.

Döner, Ayhan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Yetkin Yay., Ankara 2008.

Eren, Abdurrahman; *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklilikleri*, Beta Yay., İstanbul 2004.

Freienfels, W. Müller; “Conflicts of Law and Constitutional Law”, *University of Chicago Law Review*, 1978, Vol. 45.

Gözler, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., Bursa 2000.

Grabenwarter, Christoph/Katharina Pabel; *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn/Manz 2012.

Gül, İdil Işık/Ulaş Karan; *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Burcu Yeşiladalı/Gökçeçiçek Ayata (ed.), Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2011.

Hakyemez, Yusuf Şevki; “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan: Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2008..

Heinrich, Dieter; “Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung Fremden Rechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 1.

Jayme, Erik; “Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Wiederheirat Geschiedener Ausländer”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 1.

Jennings, Robert/Arthur Watts; *Oppenheim's International Law: Peace*, Oxford University Press, 9. Baskı, New York 2008.

Juenger, Friedrich K.; "The German Constitutional Court and the Conflict of Laws", *The American Journal of Comparative Law*, 1972, Vol. 20, No.2.

Kaboğlu, İbrahim Ö.; "Türkiye'nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi", *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa - Verfassung als Freiheitsordnung (Festschrift für Fazıl Sağlam zum 65. Geburtstag/ Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı)*, Osman Can/A. Ülkü Azrak/ Yavuz Sabuncu/ Otto Depenheuer/Michael Sachs (haz.), İmaj Yay., Ankara 2006.

Kaboğlu, İbrahim Ö.; *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., 8. Baskı, İstanbul 2012.

Kaboğlu, İbrahim Ö.; *Anayasa Yargısı*, İmge Yay., 4.Baskı, Ankara 2007.

Kegel, Gerhard; "Embarras De Richesse", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The RabelJournal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 1.

Kanadoğlu, O. Korkut; *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yay., İstanbul 2004.

Kiestra, Laurens; "Article 1 ECHR and Private International Law", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011.1.

Kinsch, Patrick; "Choice of Law Rules and the Prohibition of Discrimination under the ECHR", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011.1.

Kinsch, Patrick; "Private International Law Topics before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-1011)", *Yearbook of Private International Law*, 2011, Vol. 13.

Köküsarı, İsmail; *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, XII Levha Yay., İstanbul 2009.

Lowenfeld, Andreas F.; "Public Law in the International Arena", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1979-163

Makarov, Alexander N.; "Art. 6 I Grundgesetz und die Anwendung Spanischen Eherechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*

cht/The RabelJournal of Comparative and International Private Law, 1972, 36. Jahrg., H. 1.

Merentelg, Maria; *Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?: Zur Nachprüfung fremder Hoheitsakte durch staatliche Gerichte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

Neuhaus, Paul Heinrich; *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976.

Nomer, Ergin; “Anayasa ve Yabancı Kanun”, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

Nomer, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yay., 20. Bası, İstanbul 2013.

Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 11. Baskı, Ankara 2010.

Pugh, George W.; “Historical Approach to the Doctrine of Sovereign Immunity”, *Lousiana Law Review*, 1953, Vol. 13, Nr.3.

Rape, Leo; *Internationales Privatrecht*, 5. Baskı, F. Vahlen, Berlin/ Frankfurt a.M 1961.

Sağlam, Fazıl; “Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları”, *Erdoğan Teziç’e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2007.

Sağlam, Fazıl; “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, *Anayasa Yargısı*, S.3.

Starck, Christian; “Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte” *Juristenzeitung*, 1996, C.51, S. 21.

Stürner, Michael; “Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law? A Comment from a German Perspective”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011.1.

Şirin, Tolga, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): Almanya ve İHAM Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme*, XII Levha Yay., İstanbul 2013.

Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2012.

Von Staudinger, Julius/Franz Gamillscheg; *Internationales Privatrecht II*,

Schweitzer, Berlin 1973.

Weiß, Regina, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker&Humblot, Berlin1996.

Wengler, Wilhelm; “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.04.1964-IV ZR 93/63”, *Juristenzeitung*, 1965.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yay., İstanbul 1993.

KARARLAR

Türkiye

Ali Kemal Renklioğlu kararı, AYM, 2012/171, 12/02/2013,

AYM, T. 05.02.1992, E. 1990/22, K. 1992/6,

AYM, T. 28.02.2013, E. 2012/134, K. 2013/34.

Sevim Akat Eşki kararı, AYM, 2013/2187, 19/12/2013.

Tuğba Arslan kararı, AYM, E., 2014/256, 25/06/2014.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

Almanya

BGHZ 42, 7.

BGHZ 52, 123.

BGHZ 54, 124.

BGHZ 56,193.

BVerfGE 18, 112.

BVerfGE, 31, 58.

BVerfGE 79, 203.

BVerfGE, 116, 243.

İHAM

Ammjadi v. Germany, İHAM, 51625/08, 09.03.2010.

Harroudj v. France, İHAM, 43631/09, 04.11.2012.

Johnston ve diğerleri v. Ireland, İHAM, 9697/82, 18.12.1986.

Leyla Şahin v. Turkey, İHAM, 44774/98, 29/6/2004.

Losonci Rose ve Rose v. Switzerland, İHAM, 664/06, 09.11.2010. Karar Fransızcadır. Almancası: <http://tinyurl.com/otf8om8> (Erişim tarihi: 26.05.2014).

GIDA GÜVENLİĞİ VE KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASI

Food Safety and Protection of Public Health

Arş. Gör. Dr. Emin KOÇ *

ÖZET

Günümüzün en önemli sosyal, ekonomik ve hukuki meselelerinden birisi de gıda güvenliğidir. Sağlıklı bireylerin yetişebilmesi için güvenli ve yeterli gıdaya ihtiyaç bulunmaktadır. Güvenli gıda temini kamu sağlığının korunması için birincil amaçtır. Bu nedenlerle güvenli gıda tüketimi, sağlık ve beslenme hakkının zorunlu bir gereğidir. Gıdanın bu önemi nedeniyle idare, kolluk yetkisi çerçevesinde kamu sağlığını korumaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gıda, Gıda Güvenliği, Kamu Sağlığı, Beslenme Hakkı, Kolluk

ABSTRACT

Today's one of the most important social, economic and legal issues is food safety. To grow healthy individuals is needed safe and adequate food. Safe food supply is primary objective for the protection of public health. For these reasons, safe food consumption is a necessary requirement of health and nutrition rights. Because of the importance of food, the administration protects public health in the context of police authority.

Key Words: Food, Food Safety, Public Health, Right to Nutrition, Police

◆◆◆◆

GİRİŞ

Hayatın devamlılığı için en önemli husus beslenmedir. Beslenme ise ancak gıdaya yeterli, güvenli, sağlıklı bir şekilde erişme ile mümkündür. Bu nedenle günümüzde gıda hukuku önemli bir hukuk disiplini olarak gelişmektedir. Özellikle AB süreci ile birlikte gıda güvenliği mevzuatımız dinamik bir şekilde gelişmekte ve kapsam olarak genişlemektedir. Özellikle birbirini takiben, eksiklikleri giderici ve yeni bir bakış açısı getiren yasal değişiklikler ve buna pa-

* DEÜ, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD, emin.koc@deu.edu.tr

ralet olarak çıkarılan düzenleyici işlemler oldukça kapsamlıdır. Gıda güvenliği hukukunun bu kadar etkili bir şekilde gelişmesi günümüzde yeterli ve kaliteli gıdaya erişimin temel bir insan hakkı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda çalışmada gıda ve gıda güvenliği kavramları anlamlandırılarak beslenme hakkının temel konusu ortaya konmuştur. Gıdaya erişimin sağlık hakkının zorunlu ve gerekli bir sonucu olduğu düşünüldüğünde gıda güvenliğinin kamu düzeni içerisinde yeri, idarenin kimliğinin ortaya konması bakımından önemlidir. Temel görevi kamu düzenini sağlamak olarak idarenin bu amaçla kolluk kimliği ortaya çıkmaktadır. Bu aynı zamanda idare tarafından kendiliğinden zorunlu olarak yürütülmesi gereken bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin yürütülmesi sonucu ortaya çıkabilecek zararlar ise idarenin mali sorumluluğu çerçevesinde, yine idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda konuya temel bir giriş niteliğinde gıda güvenliği ve kamu sağlığının korunması kavramlarının ana çerçevesi incelenmeye çalışılmıştır.

I. GIDA VE GIDA GÜVENLİĞİ

A. Gıda Kavramı

Bireylerin yaşamını devam ettirebilmesi için beslenme en zaruri ihtiyaçtır. Beslenme, bireylerin hayatta kalmasını, fizyolojik ve zihinsel gelişimini sağlar. Beslenme, ancak besin maddeleri veya diğer genel bir terim olan “gıda maddeleri” ile mümkündür. Gıda maddesi ise, insanlar tarafından yenilen, içilen, çiğnenen ve insan bedenine fizyolojik etkileri olan sindirilebilir veya sindirim mekanizmasında işlevi olan maddeleridir¹.

Türk Hukuku bakımından Kanuni tanımlama 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu ile yapılmıştır. 5996 sayılı Kanun gıda tanımında kendinden önceki mevzuatı büyük ölçüde tekrarlamıştır. Kanun’a göre gıda, “doğrudan insan tüketimine sunulmayan canlı hayvanlar, yem, hasat edilmemiş bitkiler, tedavi amaçlı kullanılan tıbbî ürünler, kozmetikler, tütün ve tütün mamulleri, narkotik veya psikoaktif maddeler ile kalıntı ve

¹ Fortin D. Neal, Food Regulation- Law, Science, Policy and Practice, Wiley Publication 2009, s. 35; Tekeli Sait, Türkiye’de Gıda Mevzuatı ve Kontrolünün Esasları, Ayyıldız Matbaası, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Yayınları, Ankara 1975, s. 18; Echols Marsha A., Paths to Local Food Security: A Right to Food, A Commitment to Trade, www.heinonline.com, (19.12.13).

bulaşanlar hariç, insanlar tarafından yenilen, içilen veya yenilmesi, içilmesi beklenen işlenmiş, kısmen işlenmiş veya işlenmemiş her türlü madde veya ürün, içki, sakız ile gıdanın üretimi, hazırlanması veya muameleye tâbi tutulması sırasında kullanılan su veya herhangi bir madde” olarak tanımlanmıştır. Kanunda AB gıda mevzuatının esas alındığını ve gıdanın da 178/2002 sayılı Konsey Direktifi çerçevesinde tanımlandığını görmekteyiz².

Gıda işlenmiş veya işlenmemiş nitelikte olabilir. İşlenmemiş gıda ürünleri “hasat edilen, bölünen, parçalara ayrılan, dilimlenen, doğranan, kemiğinden ayrılan, kıyılan, yüzülen, soyulan, çekilen, kesilen, temizlenen, ayıklanan, trimlenen³, kabuğundan ayrılan, öğütülen, soğutulan, dondurulan, derin dondurulan veya çözündürülen ürünleri de içeren işlemeye tabi tutulmamış gıdaları” ifade eder (Gıda Hijyeni Yönetmeliği, m.4). İşlenmiş ürünler ise “işlenmemiş ürünlerin işlenmesi sonucu elde edilen ve üretimleri için gerekli olan veya onlara karakteristik özelliklerini veren bileşenleri içeren gıdalar” olarak tanım-

² Gıda kavramı, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin gıda yasasıyla ilgili genel ilke ve şartları belirleyen, Avrupa Gıda Güvenliği İdaresi'ni kuran ve gıda güvenliği konularıyla ilgili işlemleri belirleyen 28 Ocak 2002 tarih ve (EC)178/2002 sayılı Tüzüğü'nün 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre gıda veya gıda maddesi niteliğinde olan madde ve ürünler şu şekildedir: insanlar tarafından yenilen, içilen veya yenilmesi, içilmesi beklenen işlenmiş, kısmen işlenmiş veya işlenmemiş her türlü madde veya ürünler, insani tüketim amacına uygun sular (insani tüketime uygun suyun gıda kapsamına girebilmesi için 98/83 ve 80/778 sayılı Konsey Direktiflerine uygun olması gerekir), içkiler, sakızlar, gıdanın üretimi, hazırlanması veya muameleye tâbi tutulması sırasında kullanılan su. Direktif'e göre şu maddeler de gıda kapsamı içinde değerlendirilmez: Yem, İnsan tüketimi için pazarlanmak üzere hazırlandığı takdirde canlı hayvanlar, hasat öncesi bitkiler, Konsey'in 65/65/EEC ve 92/73/EEC numaralı Direktifleri'nin kastettiği anlam dâhilindeki tıbbi ürünler, Konsey'in 76/768/EEC numaralı Direktifi'nin kastettiği anlam dâhilindeki kozmetikler, Konsey'in 89/622/EEC numaralı Direktifi'nin kastettiği anlam dâhilindeki tütün ve tütün ürünleri, Narkotik İlaçlar konusunda 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Tek Konvansiyonu ve Psikotrop Maddeler konusundaki 1971 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun kastettiği anlam dâhilindeki narkotik ve psikotrop maddeler, kalıntılar ve bulaşanlar. Bilgi için bkz. Bkz. **Rathke** Kurt-Dietrich, Kommentar-Horizontale Vorschriften/Lebensmittelrecht, (**Zipfel/Rathke**, Lebensmittelrecht 2013), Rn. 34-42, <http://beck-online.beck.de>, (20.02.14); **Kirby** Roy M. /**Bartram** Jamie/**Carr** Richard, Water in food Production and Processing: Quantity and Quality Concerns, Food Control Journal, C. 14, S. 5, 2003, s. 283-299, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0956713502000907>, (09.12.13); **Beier** Ross C./**Pillai** Suresh D./**Phillips** Timothy D./**Ziprin** Richard L., Preharvest and Postharvest Food Safety, Contemporary Issues and Future Directions, Blackwell Publishing, s. 1 vd.

³ Trimleme; karkasın veya etin insan gıdası olarak tüketilmeyecek olan tendon, lenf yumrusu, fascia, ligamentve benzeri kısımlarının ayrılması işlemidir(Hayvansal Gıdaların Resmi Kontrollerine İlişkin Özel Kuralları Belirleyen Yönetmelik, m.4/1-ç).

lanmaktadır (Gıda Hijyeni Yönetmeliği, m.4).

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte gıdalar üzerinde teknolojik çalışmalar yürütülmekte ve özgün yeni ürünler ve gıda formları elde edilmektedir. Bunlara örnek olarak fonksiyonel gıdalar, özel beslenme amaçlı gıdalar, takviye edici gıdalar, özel tıbbî amaçlı diyet gıdalar, bebek ve küçük çocuk ek gıdaları, bebek formülleri, devam formülleri, gluten intoleransı olan bireylere uygun gıdalar, kilo verme amaçlı enerjisi kısıtlanmış gıdalar, sporcu gıdaları, genetiği değiştirilmiş gıdalar verilebilir. Bu gıdalara ilişkin AB mevzuatında ve Türk hukukunda özel tebliğler çıkarılmış ve tabi oldukları hukuki rejimin gerekleri düzenlenmiştir.

B. Gıda Güvenliği

1. Genel Olarak

Gıda güvenliği, en basit tanımı ile “amaçları doğrultusunda üretildiğinde veya tüketildiğinde gıdanın tüketiciye zarar vermeyeceği durumu/süreci” ifade eder⁴. Gıda güvenliği “çitlikten sofraya” sağlanmalı, gıda güvenli değilse piyasaya sürülmemesi gerekir⁵. Gıdalar zararlı veya insan tüketimine uygun değilse güvenli değildir. Gıdanın zararı insan sağlığı üzerinde ani veya sonraki nesilleri de kapsayacak şekilde kısa veya uzun dönemli olabilir. Gıdaların insan sağlığına zararlı olması, gıdaların yenildiği zaman insan vücudunda hastalık, vücut bozuklukları, normal olmayan değişiklikler meydana getirmesi ile belirlenebilir bir olgudur. Tabi ki söz konusu zarar gıdanın normal tüketimi ile belirlenebilir olmalıdır. Örneğin herhangi bir gıda maddesinin fazla tüketilmesi sonucu zarar oluşması durumunda gıdanın zararlı olduğunu söylemek mümkün değildir⁶. Hali hazırda fiziki görünüş bakımından gıdalarda meydana gelen çürüme, kirlilik, kötüleşme ve kokma durumlarında ise gıda insan tüketimine uygun değildir⁷.

⁴ **Echols**, www.heinonline.com, (19.12.13); **Tayyar** Mustafa, Gıda Güvenliği, Marmara Belediyeler Birliği Yayını, İstanbul 2010, s.22; Gıda Mevzuatı ve Kalite Yönetimi Ders Kitabı, (Ed. Öztetik Elif), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2009, s.87; **Giray** F. Handan/**Akın** Ayşegül/**Dölekoğlu** Celile Ö./ **Gün** Sema, Gıda Güvenliği ve AB Uyum Sürecinde Türkiye’de Yaşanan Gelişmeler, Türkiye VII Tarım Ekonomisi Kongresi, Antalya 2006, s. 972, (http://www.agri.ankara.edu.tr/economy/1189_1205240514.pdf, (04.12.13)).

⁵ 178/2002 sayılı Konsey Direktifi, m.14

⁶ **Tayyar**, Gıda Güvenliği, s.22.

⁷ **Kerekrety** Jozef, Gıda Güvenliği Eğitim Dokümanı, www.smefit.eu/IMG/pdf/gida_guvenli-

Hukuksal tanımlara baktığımız takdirde ise, gıda güvenliği FAO/WHO Codex Alimentarius Uzmanlar Komisyonu tarafından “sağlıklı ve kusursuz gıda üretimini sağlamak amacıyla gıdaların; üretim, işleme, muhafaza ve dağıtımları sırasında gerekli kurallara uyulması ve önlemlerin alınması” olarak tanımlanmıştır. Gıda güvenliği, 5996 sayılı Kanun’da doğrudan tanımlanmamıştır. Ancak Kanun’un 21. maddesi ile “güvenilir olmayan gıda” belirlenerek, güvenli gıda ve dolaylı olarak da gıda güvenliği kavramı açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Gıda güvenliği şartları belirlenirken temel olarak 178/2002 sayılı Konsey Tüzüğü (m.14) esas alınmıştır. Kanun öncelikle “güvenilir olmayan gıda, gıda ile temas eden madde ve malzeme piyasaya arz edilemez” hükmü ile güvenli olmayan gıdaya ilişkin yaptırımını ortaya koymaktadır (5996 s. Kanun, m.21/1-a). Kanun’a göre iki halde gıda, “güvenilir olmayan gıda” niteliğindedir. Bunlardan birincisi “insan sağlığı için tehlike oluşturma”, diğeri ise “tüketime uygun olmama”dır. Bir gıdanın güvenilir olup olmadığının anlaşılmasında üretim, işleme, dağıtım aşamaları, etiket bilgileri, sağlıkla ilgili uyarı bilgileri ve günlük normal kullanım koşulları dikkate alınır(5996 s. Kanun, m.21/1-b)⁸.

Gıdanın insan sağlığına zararlı olup olmadığının tespitinde ise şu hususlara dikkat edilir(5996 s. Kanun, m.21/1-c): gıdanın tüketenin sağlığı üzerinde ani, kısa veya uzun vadede oluşturabileceği muhtemel etkileri, gelecek nesiller üzerindeki etkileri, birikerek artan muhtemel toksik etkiler, belirli tüketici gruplarının özel sağlık hassasiyetleri. Gıdanın insani tüketime uygun olup olmaması ise şu hususlar dikkate alınarak belirlenir: gıdaya yabancı madde karışması, gıdanın bulaşıklığı, çürümesi, bozulması veya kokuşması. Söz konusu hususların gerçekleşmesi gıdanın kullanım amacına ve insani tüketime uygun olmadığını delil teşkil eder. Kanun’a göre belirli miktarda(seri/parti/sevkiyat) gıdanın güvensiz olduğu tespit edilir ve geri kalanının güvenli olduğu ispat edilemezse, kalan gıdanın da güvenilir olmadığı kabul edilir (5996 s. Ka-

gi_food_safety.pdf, (06.12.13; **Tayyar**, Gıda Güvenliği, s.20.

⁸ Güvenilir olmayan gıdanın tanımında da 178/2002 sayılı Konsey Tüzüğü’nün esas alındığı görülmektedir. Bkz. **Steinbüchel** Peter, Lebensmittelüberwachung in der Praxis/Lebensmittelrechts-Handbuch, (Gesamtredaktion: **Streinz** Rudolf), <http://beck-online.beck.de/>, (18.02.14).

nun, m.21/1-d). Kanun gereğince gıda maddesinin kalan kısmı güvensiz olarak varsayıldığı için, burada bir “güvensizlik karinesi”nin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Güvenilir olmayan gıdanın piyasa sunulmaması için en küçük tehlike hali bile dikkate alınmakta ve gerekli önlemler derhal devreye sokulmaktadır. Bu anlamda gıdalara karşı en küçük bir şüphe olması durumu bile değerlendirilmektedir. Bu bağlamda Kanun gereğince gıda maddeleri her ne kadar Bakanlık kararlarına uygun olsa da, güvenli olmadığına dair yeterli şüphe ve veya sebebin oluşması durumunda derhal Bakanlık tarafından piyasaya arz kısıtlanabilir veya arz edilmişse piyasadan toplatılabilir(5996 s. Kanun, m.21/2).

Gıda güvenliği kavramı aynı zaman da bir süreci tanımlamaktadır. Bu nedenle gıda güvenliğinin sürdürülebilirliğin sağlanması ve devamlılıkta sürecin temel unsurlarının etkisi de önemlidir. Gıda güvenliği sürecinin temelde üç sacayağı bulunmaktadır. Bunlardan biri gıdayı talep eden tüketici grubudur. İkincisi, talep karşısında gıda gereksinimini temin eden üretici grubudur. Sürecin üçüncü elemanı ise arz- talep ilişkisinde bu yapının kurallarını belirleyen, düzenleyen ve denetleyen kamu otoritesidir⁹. Bir süreç olarak gıda güvenliğinin sağlanmasında özellikle izlenebilirlik ilkesi önem kazanmaktadır. Çünkü izlenebilirlik ilkesi sayesinde gıda üretim sürecinin gıdanın üretilmesinden son tüketiciye kadar geçen süreç takip edilebilmektedir¹⁰.

2. Gıda Güvenliğini Bozucu Tehlikeler ve Eylemler

İnsan sağlığı açısından risk yaratan gıdalar tehlike taşırlar. Tehlike “kabul edilmeyen bir düzeyde bulunduğu anda sağlık üzerine olumsuz etkisi bulunan biyolojik kimyasal veya fiziksel durum” olarak tanımlanabilir¹¹. Bu tanım Dünya Sağlık Örgütü tarafından da benimsenmektedir¹². Tehlike temelde üç grup-

⁹ Demirağ Kemal/Yılmaz Hülya, Gıda Güvenliği, Sürdürülebilirliği ve Yerel Yönetimler, <http://www.imoizmir.org.tr/UserFiles/File>, (06.12.13).

¹⁰ Leibovitch Emilie H., Food Safety Regulation in the European Union: Toward an Unavoidable Centralization of Regulatory Powers, <http://search.proquest.com/docview>, (11.12.13); Popper Deborah E., Traceability: Tracking and Privacy in the Food System, <http://search.proquest.com/docview/225330296>, (22.12.13).

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Pampel Fred C., The Law and Threats to Food Safety (in Threats To Food Safety), Infobase Publishing 2006,s.3 vd.

¹² Tayyar, Gıda Güvenliği, s.23.

ta olabilir: fiziksel tehlikeler¹³, kimyasal tehlikeler¹⁴ ve biyolojik tehlikeler¹⁵.

Gıda güvenliğini bozucu eylemler çok çeşitli olabilir. Gıdaların tüketilmesini fiziksel, kimyasal ve biyolojik olarak güvensiz hale getiren her faaliyet bu kapsamdadır. Bu bakımdan gıda güvenliğini bozucu temelde üç eylemin varlığından bahsedebilir: gıdaların taşıması, taklidi ve taşıması. Gıdaların taşıması,

¹³ Fiziksel tehlikeler veya kirlenmeler gıda niteliğinde olmayan maddelerin bilerek veya bilmeyerek gıda maddelerine karışması sonucu oluşur. Taşlar, cam parçaları, metal parçaları, kâğıtlar, kıl, paketleme malzemeleri, plastik maddeler, odun parçaları, haşere, haşere pisliği gibi maddeler fiziksel tehlike oluşturacak niteliktedir. Fiziksel tehlikeler zaman içerisinde mikrobiyolojik tehlike haline de gelebilir. Gıda ürünün çeşidine göre bu maddeler gıdalarda bulunabilir. Örneğin hayvansal kökenli gıdalarda bulunabilecek kıl veya kemik parçaları daha sonra biyolojik bir tehlike haline gelebilir. Fiziksel tehlikeler yetiştirme, hasat, depolama ve taşıma koşullarının yetersizliğinden kaynaklanabilir. Aynı zamanda bunlar çevreden gıdalara bulaşabilirler veya kisten gıdalara eklenebilirler. Bu tehlikeler gıda işletmelerinde uygun ayıklama, yıkama vb. tedbirler ile önlenir. bkz. **Giray Hatice/Soysal Ahmet**, Türkiye'de Gıda Güvenliği ve Mevzuatı, http://www.saglik.org.tr/upload/dosyalar/Turkiye_Gida_guvenligi.pdf, (06.12.13); **Şahin Mehmet/Çoğun Hikmet Y.**, Güvenli Gıda Tüketimi, <http://memedsahin.com>, (07.12.13); Gıda Mevzuatı ve Kalite Yönetimi, s.90; **Erkmen Osman**, Gıda Kaynaklı Tehlikeler ve Güvenli Gıda Üretimi, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2010, S.53, s.221.

¹⁴ Gıdaya uygun olmayan madeni yağlar, temizleme/dezenfeksiyon için kullanılan kimyasallar, gıda katkı maddeleri, alerjik maddeler, tarım ilaçları, kimyasal zehirli maddeler, zehirli bitkiler, pestisitler, alerjinler, veteriner ilaçları, kadmiyum ve civa gibi ağır metaller, poliklorlu bifeniller, dioksinler, nitrat/nitrit, hormonlar ve benzeri büyümeyi ve gelişmeyi düzenleyiciler, histamin, nitrozaminler, polisiklik aromatik hidrokarbonlar, heterosiklik aminler, ambalaj materyalinden kaynaklanan bileşikler, kullanıma müsaade edilmeyen katkı maddeleri gibi pek çok madde kimyasal tehlike niteliğindedir. Kimyasal tehlikeler çoğu zaman tarımsal orijinli olabilmektedir. Tarım aşamasında ve sonraki depolama aşamasında özellikle pestisitlerin yanlış kullanılması sonucunda ürünlerde kalıntılar oluşabilmektedir. Yine bu aşamada çevresel faktörlerin de devreye girmesi ile bazı kontaminantlar ve ağır metaller toprak, hava ve suya karışarak kalıcı hastalıklara neden olabilmektedirler(Bkz. **Coleman Margaret E./Marksharry M.**, Risk Analysis Frameworks for Chemical and Microbial Hazards, Food Safety Handbook, Edited by Ronald H. Schmidt and Gary E. Rodrick, 2007, s.19-46; Gıda Güvenliği Raporu, www.tgdf.org.tr, (06.12.13); **Uygun Umrans/Köksel Hamit**, Gıda Güvenliği Tehdit Eden Kimyasallar,<http://yunus.hacettepe.edu.tr/~gdhszr09/odevler/word1.pdf>, (07.12.13)). **Şahin/Çoğun**, <http://memedsahin.com>, (07.12.13); Gıda Mevzuatı ve Kalite Yönetimi, s. 90. **Warning Wilfried**, Grundlagen des Lebensmittelrechts, <http://beck-online.beck.de/>, (13.02.14).

¹⁵ Biyolojik tehlikeler kendi içerisinde çeşitlidir. Birinci grup gıda gruplarında doğal olarak bulunan zehirli kimyasal maddelerdir. Örneğin filizlenmiş ve yeşillenmiş patates, zehirli bal ve zehirli mantarlar gibi. İkinci grup ise gıdalara bulaşan ve uygun koşullara göre üretilmeme veya saklanmama nedeniyle üreyen mikroorganizmalar (küfler, parazitler, bakteriler), virüsler ve mikrobiyol toksinlerdir. Üçüncü grup ise genetiği değiştirilmiş organizmalardır. Ancak özellikle bakteriler, virüsler, küfler ve parazitler önemi biyolojik tehlikelerdir. Bkz. **Untermann F.**, Microbial Hazards in Food, Food Control Journal, Volume 9, Issue 2, 1998, s. 119–126, **Akın Nihat/Karakaya Mustafa**, Biyogüvenlik ve Gıda Güvenliğinde Temel Yaklaşımlar, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/607292, (08.12.13); **Erkmen**, s.221.

gıda maddelerinin veya gıda ile temas eden madde ve malzemelerin mevzuata veya izin verilen özelliklerine aykırı olarak üretilmesi durumudur¹⁶. Tağşiş, 5996 sayılı Kanun ile “kanun kapsamındaki ürünlere temel özelliğini veren öğelerin ve besin değerlerinin tamamının veya bir bölümünün mevzuata aykırı olarak çıkarılmasını veya miktarının değiştirilmesini veya aynı değeri taşımayan başka bir maddenin, o madde yerine aynı maddeymiş gibi katılması” olarak tanımlanmıştır (m.3/64). Kanuni tanımlamaya göre tağşişin konusu gıda maddelerine temel özelliği veren öğeler ve besin değerleridir. Tağşiş de söz konusu maddelerin çıkarılması, değiştirilmesi veya yerine başka bir maddenin katılması şeklinde üç biçimde olabilir. Tağşişin insan sağlığına zararlı olması şart değildir. Günümüzde de tağşişe en çok kayıt dışı gıda işletmelerinde rastlanmaktadır.

Gıdaları taklidi, gıda maddelerine veya gıda ile temas eden madde ve malzemelere bu maddeler ile şekil, içerik ve görünüm bakımından benzer maddelerin katılması ve esas maddenin varmış gibi gösterilmesidir. Taklit, 5996 sayılı Kanun ile “kanun kapsamındaki ürünlerin, şekil, bileşim ve nitelikleri itibarıyla yapısında bulunmayan özelliklere sahip gibi veya başka bir ürünün aynısıymış gibi gösterme” olarak tanımlanmıştır(m.3/64). Gıdaların tağyiri ise, gıda maddelerinin iyiden kötüye başkalaştırılması, değiştirilmesi ve bozulmasıdır¹⁷. Her ne kadar Kanun’da temel olarak bu üç eylem tanımlanmış olsa da bu eylemler dışında da gıda güvenliğini tehlikeye düşürücü her faaliyeti gıda güvenliğini bozucu faaliyet olarak değerlendirmek gerekir.

II. GÜVENLİ GIDA TÜKETİMİ VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

A. Sağlık Hakkı

Gıda hakkının kökeninde sağlık hakkı vardır. Bireyin sağlıklı bir yaşama sahip olabilmesi için yeterli, güvenli, sağlıklı gıdaya sürekli bir şekilde ulaşabilmesi gerekir¹⁸. Bu nedenle gıda hakkı, sağlık hakkının doğal bir uzantısıdır. Aynı

¹⁶ Bkz. **Fortin**, s.170 vd.

¹⁷ **Keskin Kadri**, Gıda Mevzuatı ve Standard, Ankara 1995, s.41.

¹⁸ Bkz. **Yücecian Sevinç**, Yeni Bilgiler Işığında Besin ve Sağlık İlişkisi, **Tarladan** Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (16.12.13).

şekilde sağlık hakkı gıda hakkının tam anlamıyla yaşanabilmesi ile anlamlı hale gelmektedir¹⁹. Bu bağımlı ilişkiyi en veciz şekilde Senegal eski Devlet Başkanı Leopald Senhor'un "insan hakları kahvaltısı ile başlar" sözünde bulmaktayız²⁰. Sağlık hakkının gıda hakkı ile işler hale gelebilmesi için gıdalara erişebilmenin yanında, var olan gıdaların da insan sağlığına tehdit oluşturmayacak şekilde saklanması gerekir. Aksi halde gıda kökenli hastalıklar²¹ söz konusu olabilir.

Gıdaya erişim, beslenme ve nihayetinde sağlık hakkı; birbirinden ayrı ve bağımsız düşünülmesi mümkün olmayan haklardandır²². Gıda hakkı ve dolaşısıyla sağlık hakkı bütün hak kategorileri içinde öncelikli bir yer tutar. Çünkü gıda hakkına sahip olmayan ve de sağlıklı bir yaşam yürütemeyen bireyin diğer temel hak ve hürriyetlere veya siyasi hak ve hürriyetlere sahip olmasının da bir anlamı olmayacaktır. Nitelikli bir gıda hakkının olmadığı bir yerde "vücut dokunulmazlığı", "mülkiyet", "iyi bir çevrede yaşam", "konut", "siyasi partilere girme", "kamu hizmeti" gibi hakların varlığının bir anlamı olmayacaktır.

Diğer yandan bireylerin gıda hakkına erişebilme seviyesi, ülkelerin gelişmişlik düzeyini de göstermektedir. Vatandaşlarına sağlıklı ve yeterli gıda sağlayabilmek bir devletin en temel amacıdır. Bu amacı gerçekleştiremeyen devletler siyasi ve sosyal açılardan da güçsüz kalmaktadır. Bu iki husus birbirinden ayrılamaz ve birbirini tetikleyici niteliktedir. Bu bağlamda gıda sıkıntısı çeken Afrika ülkelerindeki siyasi ve sosyal karışıklıkları örnek vermek mümkündür. Sağlık hakkının ihlali de yine çoğunlukla gıda hakkı üzerinden olmaktadır²³. Yapılan araştırmalarda güvenli gıdaya ulaşımında hâlâ büyük sıkıntıların yaşandığı, her üç kişiden birinin güvenli olmayan gıdalardan dolayı hastalandığı göstermektedir. Sağlık hakkı bu öneminden dolayı anayasal sınıflandırmalarda ekonomik ve sosyal haklar kategorisi içerisinde yer almaktadır.

¹⁹ **Tahmazoğlu Üzeltürk** Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Ankara 2012, s. 1 vd. **Şahbaz** İbrahim, Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı, TBB Dergisi, S. 86, Ankara 2009,s.405 vd.

²⁰ **Şahin** Adil, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C.59, S.4, Ankara 2010,s.735.

²¹ Gıda kökenli hastalıklar gıdaların insanlarda meydana getirdiği hastalıklar olarak ifade edilir.

²² **MacMaoláin**, s.195 vd.

²³ Bkz. **Gür** E. Gültüvin, Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gur.pdf>, (16.12.13).

B. Gıda/Beslenme Hakkı

Dünya nüfusu giderek artmakta ve çoğalan nüfusun gıda ihtiyacı da aynı oranda artış göstermektedir. Sağlıklı ve güvenli gıda temini kaynak kıtlığı nedeniyle her geçen gün azalmakta ve temel bir insan hakkı sorunu haline gelmektedir²⁴. Gıda hakkı her insanın renk, ırk, din, sosyal grup, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, yeterli, kaliteli ve sağlıklı gıdaya ulaşabilmesidir. Bu anlamda bireylerin 'gıda güvencesi'ne²⁵ sahip olması gerekir. Bireyin elde ettiği gıdaları kendi ihtiyacı için kullanması da beslenme hakkını oluşturur. Beslenme, bireyin büyüme gelişme ve yaşamını sürdürebilmesi için güvenli ve kaliteli gıdaları tüketmesidir. Günümüzde beslenmeye ilişkin sorunların artması²⁶ ile birlikte beslenme hakkı daha da önemli hale gelmiş ve hukukun öncelikli düzenleme alanları arasına girmiştir²⁷.

Gıda ihtiyacının temini küresel ısınmanın etkileri ile birlikte daha da zorlaşmaktadır²⁸. Bunun yanına ekonomik farklılıklar da eklenince gıda temininin eşit şekilde sağlaması güçleşmektedir. Örneğin bir 1 kg ekmeğin için bir İngiliz'in 5 dakika çalışması gerekirken, bir Çinli için bu süre 42 dakikadır. Bu nedenle "gıda demokrasisi"²⁹ nin varlığından da söz edilemez³⁰. Nüfusun artışına paralel gıda ihtiyacı da artmaktadır. Ancak gıdaya ekonomik ulaşım her geçen gün

²⁴ Bkz. **Haugen** Hans Morten, *The Right to Food and the TRIPS Agreement*, Martinus Nijhoff Publishers 2007, s.15 vd.

²⁵ Gıda güvencesi kavramı, gıda güvenliği kavramından farklıdır. Gıda güvencesi açıklandığı üzere "gıda güvenliği" şartları içerisinde bireylerin ihtiyaç duyduğu gıdalara erişebilmesidir.

²⁶ Beslenme sorunlarının artmasının günümüzde birçok nedeni bulunmaktadır. Ancak söz konusu nedenleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür: besin üretimi, dağıtımı ve teknolojisindeki yetersizlik ve düzensizlikler, satın alma gücündeki eşitsizlik, eğitim yetersizliği, artan nüfus, çevre koşullarındaki eksiklikler.

²⁷ **Eide** Asbjorn/**Oshaug** Arne/**Eide** Wenche Barth, *Food Security and the Right to Food in International Law and Development*, www.heinonline.com, (23.12.13); **Ziegler** Jean/**Golay** Christophe/**Mahon** Claire/**Way** Sally-Anne, *The Fight for the Right to Food: Lessons Learned (International Relations and Developments)*, Palgrave Macmillan (March, 2011), s.1 vd.

²⁸ **Atalık** Ahmet, *Küresel Isınma, Su Kaynakları ve Tarım Üzerine Etkileri*, http://www.tusedad.org/upload/files/kuresel_isinma.pdf, (23.08.11).

²⁹ Bkz. **Hamilton** Neil, *Essay-Food Democracy and the Future of American Values*, *Drake Journal of Agricultural Law* Spring 2004, (s.9–28), www.westlaw.com, (12.12.13); **Hamilton** Neil, *Food Democracy II: Revolution or Restoration?*, *Journal of Food Law&Policy* Spring, 2005, www.westlaw.com, (26.12.13).

³⁰ **Güzeloğlu** Turan, *Küresel Gıda Krizi ve Beslenme Hakkı (Right to Food)*, *TBB Dergisi*, S.80, Ankara 2009, s. 302; **Buzbaş** Necdet *Dünya Gıda Günü, Dünya Gıda Günü*, <http://www.tugis.org/tr/articleDetail.asp?articleID=10>, (23.08.11).

daha da zorlaşmaktadır. Oysa gıdaya ulaşma mülkiyet hakkına sahip olmanın en temel sonucudur³¹. Diğer yandan dünyadaki yoksulluğun artışı da diğer zorluklarla birlikte gıdaya ulaşmayı güçleştirmektedir.

Gıda hakkı yaşamsal bir hak olması nedeniyle tarihsel süreç içerisinde birincil kuşak haklar arasında değerlendirilmektedir. Gıda hakkı devletin olumlu edimleriyle ile yaşanabilen bir haktır. Bu nedenle gıda hakkı Jellinek'in sınıflandırmasına göre "pozitif (olumlu) statü" hakları içerisinde yer almaktadır. Olumlu statü hakkı olması gıda hakkını bir "isteme hakkı" haline getirmektedir. Devlet vatandaşlarına kaliteli ve güvenli gıda sunma konusunda yükümlülük altındadır. Bu anlamda devlet hem gıdayı sağlamalı, hem de "tarladan sofraya" bütün süreç boyunca gıdanın korunması için gerekli bütün önlemleri almalıdır. Günümüzde gıda hakkının tam anlamıyla etkili olarak sağlanabilmesi için bu hakkın kullanım araçlarının küresel ölçekte uyumlaştırılması ve ortak mevzuat oluşturulması gerekir³².

Beslenme hakkı, uluslararası insan hakları belgelerine ilk defa 1924 tarihli "Cenevre Çocuk Hakları Bildirge"si ile girmiştir. Bu bildirmede aç çocukların beslenmesi gerekliliği vurgulanmıştır³³. 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi ile de çocuklara yeterli beslenmenin sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁴. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde de bireyin hem kendisi hem de ailesinin belirli bir yaşam standardına sahip olması çerçevesinde beslenme hakkı düzenlenmiştir³⁵. İHEB ile beslenme hakkı yeterli yaşam standardının bir şartı olarak öngörülmüştür(m.25)³⁶.

³¹ **Ergin Işıl/Durusoy Raika**, Gıda Krizi, Kapitalizmin Krizi ve Sağlık, Uluslararası Sağlık Politikaları Birliği Avrupa Birimi XVI Konferansı, Ankara 2011, s. 209. <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/kapitalizm.pdf>, (12.12.13).

³² **Narula Smita**, The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law, Columbia Journal of Transnational Law 2006, www.westlaw.com, (12.12.13).

³³ **Güzeloğlu**, s.308; **İlgaz Şeniz**, Beslenme Hakkı, http://saglik.tr.net/beslenme_sagligi, (23.08.11).

³⁴ "Çocuklara yeterli beslenme, barınma, dinlenme, oyun olanakları ile gerekli tıbbi bakım sağlanmalıdır" (1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirgesi, 4.ilke).

³⁵ Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşamı için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar(İHEB, m. 25/II).

³⁶ **Echols**, www.heinonline.com, (19.12.13).

Sağlıklı bir yaşam standardı bağlamında beslenme hakkını odak alan en önemli düzenleme ise 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”dir³⁷. Sözleşmenin 11. maddesinde bireyin kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olabilmesi için yeterli beslenmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁸. BM Ekonomik ve Sosyal Komitesi 12 nolu yorumu ile 11. maddenin içeriğini ve gerekliliklerini ortaya koymuştur³⁹. Ayrıca 1974 tarihli “Birleşmiş Milletler Açlık ve Sefaletin Ortadan Kaldırılmasına dair Evrensel Bildiri”de, 1981 tarihli “Anne Sütü Muadillerinin Pazarlanmasıyla İlgili Uluslararası Sözleşme”de, 1986 tarihli “Kalkınma Hakkı Bildirgesi”nde, 1989 tarihli “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”nde, 1990 tarihli “Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine Yönelik Dünya Bildirgesi”nde beslenme hakkı düzenlenmiştir⁴⁰. Yine 1992 tarihli “Uluslararası Beslenme Konferansı”nda ve 1996 tarihli “Dünya Besin Zirvesi”nde, gıda hakkı ile ilgili önemli kararlar alınmıştır. 2004 yılında Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı (FAO) konseyi tarafından da gıda yönergesi kabul edilmiştir. Gıda ve beslenme hakkına ilişkin düzenlemeler Afrika ve Amerika İnsan hakları belgelerinde de yer almıştır⁴¹.

³⁷ BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğe giriş: 3 Ocak 1976. Türkiye, “Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 2003 yılında ise onaylanmıştır.

³⁸ Yaşama standardı hakkı: 1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar. 2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, açlıktan kurtulmanın herkes için temel bir hak olduğunu kabul ederek, kendi başlarına ve uluslararası işbirliği yoluyla, özel programlar da dâhil, aşağıdakiler için gerekli olan tedbirleri alır: a) Teknik ve bilimsel bilgiyi tam olarak kullanarak, beslenme prensipleri ile ilgili bilgileri duyurarak ve doğal kaynakların etkili bir biçimde geliştirilmesini ve kullanımını sağlayacak bir yolla tarım sistemlerini ilerleterek veya reform yaparak, üretme, üretilenleri saklama ve dağıtma yöntemlerini geliştirmek; b) Yeryüzündeki besin kaynaklarının ihtiyaçlara göre eşit dağıtılmasını sağlamak için, gıda ihrac eden ve gıda ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate almak (Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m.11).

³⁹ 12 numaralı yorum için bkz. www.ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKG15.doc, (12.12.13).

⁴⁰ **Güzeloğlu**, s. 310; **Girela** Miguel Angel Recuerda, Food Safety: Science, Politics and the Law, www.heinonline.com, (24.12.13); **İlgaz**, http://saglik.tr.net/beslenme_sagligi_hakki.shtml, (23.08.11).

⁴¹ **Girela** Miguel Angel Recuerda, Food Safety: Science, Politics and the Law, www.heinonline.com, (24.12.13); **Güzeloğlu**, s.310; **İlgaz**, http://saglik.tr.net/beslenme_sagligi_hakki.shtml,

Günümüzde en önemli ve en etkin koruma mekanizmasını getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde beslenme hakkı düzenlenmemiştir. Beslenme hakkına göre tali kalabilecek birçok hak Sözleşme ile düzenlenmişken, beslenme hakkına ilişkin hiçbir düzenlemenin olmaması büyük bir eksiklik⁴². Ancak bunun yanında dolaylı da olsa yaşam hakkı ile beslenme hakkının da korunduğu söylenebilir. 1999 yılında gerçekleştirilen Roma Dünya Gıda Yeterlilik Deklarasyonu ile herkesin güvenli ve yeterli gıdaya erişim hakkının sahip olduğu vurgulanmıştır. Böylece gıdayı elde etmenin ve karnını doyurabilmenin herkesin temel bir hakkı olduğu teyit edilmiştir⁴³.

1982 Anayasası'nda özgün olarak beslenme veya gıda hakkı şeklinde bir hak düzenlenmemiştir⁴⁴. Ancak gıda hakkını da içerecek, dolaylı da olsa bu hakkı gözetecek haklar olduğu söylenebilir. Bu hakların en başında yukarıda açıkladığımız üzere "sağlık hakkı" gelir. Bireyin sağlıklı bir hayat sürebilmesi için yeterli ve kaliteli gıdaya sürdürülebilir şekilde ulaşması gerekir. Yine Anayasamızın 17. maddesi ile "herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma geliştirme hakkına sahip" olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine aynı şekilde Anayasa'nın ikinci maddesinde belirtilen "insan haklarına saygılı" ve "sosyal" devlet ilkeleri ile de gıda hakkının dolaylı olarak korunduğunu söyleyebiliriz. Anayasamızda hali hazırda beslenme veya gıda hakkı somut olarak düzenlenmemekle birlikte bu hakkın düzenlenmesi gerektiği (zaman zaman gündeme gelen) anayasa çalışmalarında da dile getirilmektedir⁴⁵.

(23.08.11).

⁴² **Güzeloğlu**, s.312.

⁴³ **Giray/Akın/Dölekoğlu/Gün**, <http://www.agri.ankara.edu.tr>, (12.12.13); **Girela** Miguel Angel Recuerda, Food Safety: Science, Politics and the Law, www.heinonline.com, (24.12.13).

⁴⁴ 1961 Anayasası'nın "Tarımın ve Çiftçinin Korunması" başlıklı 52. maddesinde "Devlet, halkın gereği gibi beslenmesini, ... sağlamak... için gereken tedbirleri alır" hükmü yer almış ve iyi ve yeterli beslenmeyi sağlamanın devletin yükümlülükleri arasında olduğu vurgulanmıştır.

⁴⁵ "İnsanca Yaşama (Hayat Standardı) Hakkı", önerilmekte ve bu hak kategorisi içinde "yaşamaya elverişli konut hakkı" ile "yeterli beslenme hakkı"nın özel olarak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. <http://www.ihd.org.tr>, (12.12.13); Bunun yanında sosyal haklar kategorisinin genişletilerek beslenme hakkının da düzenlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. **Gülmez** Mesut, Sosyal Haklarda "Yeni" Değil "İleri" Anayasa, <http://www.sosyalthaklar.net/2012/Bildiriler/Gulmez.pdf>, (12.12.13).

III. KAMU DÜZENİ VE GIDA GÜVENLİĞİ

A. Kamu Düzeninin Bir Unsuru Olarak Gıda Güvenliği

1. Kamu Sağlığının Korunması

Kamu sağlığı, kamu düzenin bir unsuru niteliğindedir. Kamu düzeni ise çok boyutlu bir kavram olarak geleneksel anlamları ile kamu güvenliği(=emniyeti, asayiş), kamu huzuru(=esenliği, dirliği) ve kamu sağlığı(=hıfzıssıhha) unsurlarından oluşmaktadır⁴⁶. Kamu sağlığı genel sağlık veya sıhhat olarak ifade edilmektedir. Kamu sağlığının korunması öncelikle toplumda yer alan bütün fertlerin yani genelin sağlığının korunmasını amaçlarken istisnai olarak bazen bir grubun veya bireyin de gerekli durumlarda sağlığının korunması olarak da somutlaşabilir⁴⁷.

Sanayi toplumuna geçiş ile birlikte bireyler piyasa ekonomisinin de bir gereği olarak günlük hayatlarındaki pratiklik ve çabukluğun bir sonucu beslenme alışkanlıklarını da değiştirmiştir. Tüketici artık beslenmesine çok fazla vakit ayırmamakta ve bunun bir sonucu olarak da daha çok hazır gıdalara yönelmektedirler⁴⁸. Bu nedenle gıda güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler kamu sağlığının korunmasının bir gereğidir. Kamu sağlığının hem yerel hem de evrensel tehlikelere karşı korunması gerekir⁴⁹. Bu nedenle alınacak tedbirler ve geliştirilecek politikalar da evrensel nitelik taşımaktadır⁵⁰.

⁴⁶ **Okay Tekinsoy** Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s.7 vd. ; **Günday** Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, İmaj Yayıncılık, s. 290 vd. ; **Gözübüyük** A. Şeref /**Tan** Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2010, s.752 vd. ; **Gözler** Kemal, İdare Hukuku, c.II, Bursa 2009, Ekin Yayınları, s. 472 vd. ; **Akıymaz** Bahtiyar/**Sezginer** Murat/**Kaya** Cemil, Türk İdare Hukuk, Ankara 2009, Seçkin Yayınları, s.483 vd.; **Yıldırım** Turan/**Yasin** Melikşah/**Özdemir** H. Eyüp/**Üstün** Gül/**Okay** Özge, İdare Hukuku II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.133.

⁴⁷ **Fidler** David P., Constitutional Outlines of Public Health's "New World Order", Temple Law Review Summer 2004, Symposium: SARS, Public Health, and Global Governance, www.westlaw.com, (12.12.13).

⁴⁸ **Şahinbaş** Nail, Türkiye'de Gıda Kontrol Hizmetlerinin Örgütlenmesi ve Personel Sorunları (Yeni Bir Model), Ankara 1992, s. 53.

⁴⁹ Bkz. **Miyagishima** K. /**Moy** G./**Miyagawa** S. /**Motarjemi** Y. /**Ktiferstein** F.K., Food Safety and Public Health, Food Control Journal, Cilt: 6, Sayı: 5, 1995, s. 253–259, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S095671359500039T>, (12.12.13).

⁵⁰ **Bricher** Julie Larson, Ensuring Global Food Safety-A Public Health Priority and a Global Responsibility, in: Ensuring Global Food Safety: Exploring Global Harmonization (Ed.: Christine Boisrobert, Aleksandra Stjepanovic, Sangsuk Oh, Huub Lelieveld), 2009, s.1-5.

Kamu sağlığının korunması ile amaç toplumu oluşturan bireylerin en basit ifadesi ile “sağlıklı” olmalarını sağlamaktır. Ancak sağlıklı olmak sadece hastalıklara karşı korunmak ve hijyenik bir ortamda yaşamak anlamlarına gelmez. Sağlıklı olmak en başta tam bir bedensel ve ruhsal gelişime sahip olmayı gerektirir. Kişinin bedenlen ve ruhen gelişebilmesi, öncelikle beslenme hakkına sahip olmasını gerektirir. Yine de gıdaya ulaşabilme ve beslenebilme başlı başına sağlıklı olmaya yeterli değildir. Bunun yanında erişilebilir olan gıda maddelerinin güvenli koşullarda elde edilmesi ve sunulması gerekir. Bu noktada kamu sağlığının korunabilmesi için gıda güvenliğinin sağlanabilmesi zorunludur. Gıda güvenliği ise hem idari yollardan hem de cezai yollardan⁵¹ korunmaktadır.

Küreselleşme ile birlikte malların, işgücünün ve insanların serbest dolaşımı artış göstermektedir. Diğer mallarda olduğu gibi gıda malları da tüketici taleplerini karşılamak adına serbest ticarete konu olmaktadır. Bu aşamada dünyanın her yerinden elde edilen, üretilen gıda maddeleri yine aynı şekilde yaygın bir ağ ile tüketici ihtiyacına sunulmaktadır. Bu aşamada dünyanın farklı yerlerinden gelen gıdaların sağlıksız olması, riskli ürünlerin yayılması tehlikesini de yaratmaktadır. Bu nedenle gıda güvenliğinin sağlanması evrensel kamu sağlığının korunmasının sağlaması açasından da önemlidir⁵². Çünkü gıda güvenliği politikasını büyük ölçüde daha önce yaşanan deneyimler ve korkular řekillendirmektedir⁵³.

2. Tüketici Haklarının Korunması

Kamu sağlığının korunmasının bir gereği ve sonucu da tüketici haklarının korunmasıdır. Çünkü bireyler gıdaları edinme, kullanma ve faydalanma bakımından tüketici konumundadır⁵⁴. Tüketicinin korunması kavramı ile tüketici ile

⁵¹ Bkz. **Özen** Mustafa, Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar, İÜHFM, C. LXVI, S.2, İstanbul 2008, s. 163–190.

⁵² Bu önem özellikle küresel ölçekte meydana gelen gıda krizlerinde kendini göstermiştir. Örneğin 1990’lı yıllarda yaşanan deli dana (BSE) hastalığı, 1999 yılında Belçika’da ve 2010 yılında Almanya’da ortaya çıkan dioksin krizleri, 2009 yılında Çin’de meydana gelen melamin krizi küresel ölçekte bir gıda güvenliği politikasının önemini ortaya çıkarmıştır.

⁵³ Bkz. **Knowles** Tim/**Moody** Richard, European Food Scares and Their İmpact on EU Food Policy, <http://search.proquest.com/docview/225132963/full>, (16.12.13).

⁵⁴ Bkz. **Zevkililer** Aydın/**Aydoğdu** Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 80 vd.

tüketeceği mal veya hizmet arasında güvenli, şeffaf bir ilişkinin kurulması gerektiği anlatılmaktadır⁵⁵. Bu ilişki tüketicinin ekonomik, teknik ve hukuki konularda memnun edilmesi ile kurulmaktadır. Bu amaçla bağımsız bir kanun niteliği taşıyan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çıkarılmıştır. Kanun temel olarak “tüketiciyi sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeyi” amaçlamaktadır.

Kamu sağlığının korunması ile birlikte tüketici dürüstlük kuralları içerisinde güvenli gıdaya ulaşabilmektedir. Bu husus gıda mevzuatımızda da açıkça ifade edilmiştir. Gıda hijyenine ilişkin en kapsamlı düzenlememiz olan 5996 sayılı Kanun’un amacı da “gıda ve yem güvenliliğini, tüketici menfaatleri dikkate alınarak korumak ve sağlamak” olarak belirtilmiştir(m.1)⁵⁶. Ayrıca bu husus 178/2002 sayılı Konsey Tüzüğü’nde de hüküm altına alınmıştır⁵⁷.

Yine Kanun’da özellikle reklam ve tanıtım aracılığıyla gıda ürünleri konusunda tüketicilerin yanıltılmaması gerektiği vurgulanmıştır: “gıda ile ilgili özel mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, gıdanın ve yemin şekli, görünümü, ambalajı, kullanılan ambalaj malzemesi, tasarlanma ve sergilenme şekli, her tür yazılı veya görsel basın aracılığı ile sunulan bilgi dâhil, etiketlenmesi, tanıtımı, reklâmı ve sunumu tüketiciyi yanıltıcı şekilde yapılamaz”(m.24/3)⁵⁸. Bu düzenlemede temel olarak 178/2002 sayılı Konsey Tüzüğü esas alınarak gıdaların sunumunda esas olan kurallar belirlenmiştir. 5996 sayılı Kanun’un

⁵⁵ Bkz. **Gill** Caroline, Food Safety Issues of Consumer Concern, in: Food Safety The Implications of Change From Producerism to Consumerism, Food & Nutrition Press 1998, s.1-4; **Steinbüchel**, Lebensmittelüberwachung in der Praxis, <http://beck-online.beck.de/>, (18.02.14).

⁵⁶ Bkz. **Artık** Nevzat, 5179 sayılı Yasa Çerçevesinde Gıda Sektörünün Düzenlenmesi, Tarladan Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (12.12.13).

⁵⁷ Bkz. **Rathke** Kurt-Dietrich, Kommentar-Horizontale Vorschriften/Lebensmittelrecht, (**Zipfel/Rathke**, Lebensmittelrecht 2013), Rn. 34-42, <http://beck-online.beck.de>, (20.02.14).

⁵⁸ Gıda maddeleri özelinde yanıltıcı, aldatıcı reklamların etkisi için bkz. **Karabacak** Esen Gürbüz, Tüketicilerin Korunması Yönünden Aldatıcı Yanıltıcı Reklamların Etkileri: Gıda Maddeleri Üzerine Bir Araştırma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1997, s.1 vd.; **Adams** C. A., Food Advertising Law, www.heinonline.com, (23.12.13).

bu hükmünü destekleyen ve gıda güvenliğinin sağlanmasını kamu düzeninin bir unsuru olarak kamu sağlığı ve tüketici hakları çerçevesinde değerlendiren ve reklamlara ilişkin düzenleme getiren bir diğer düzenleme ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde yer alan "...kamu sağlığını bozucu, ...reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz" hükmüdür⁵⁹.

Gıdaların bir sağlık ürünü gibi ilaç gibi tanıtılması ve iyileştirici özelliklerinin iddia edilmesi sakıncalıdır. Bu duruma son dönemde sıklıkla rastlamaktayız. Özellikle gıda takviyesi adı altında piyasaya sunulan gıdaların görüntülü, basılı ve internet yayınlarında yapılan tanıtımlarında, bu gıdaların zayıflatma, bazı rahatsızlıkları giderme, cinsel performansı artırma gibi özelliklerinden bahsedilerek tüketiciler yanıltılabilmektedir⁶⁰. İstisnai niteliği gereği belirli bir iyileştirici özellikleri, sağlığa faydalı yönleri bulunan fonksiyonel gıdalar bakımından, bu özellikleri çerçevesinde reklamlar yapılabilir. Ancak bu reklamların dahi tüketicileri yanıltıcı şekillerde yapılması hukuka aykırıdır. Bu husus özellikle internet yayınlarında önem kazanmaktadır. İnternetin yapısı gereği sınırlanması ve kontrol edilmesinin zor bir alan olması nedeniyle, tüketiciyi yanıltıcı, insan sağlığını tehlikeye atan yayınlar daha çok internet yayınları ile yapılmaktadır⁶¹.

Gıda güvenliğinin özellikle tüketici hakları bağlamında sağlanması, kapsamlı ve ihtiyacı karşılayacak bir gıda mevzuatının varlığı ve bu mevzuata dayalı denetimi ile mümkündür. Tüketicinin korunması bakımında özellikle taklit ve taşış ürünlerden kaçınmak gerekmektedir. Tüketici haklarının korunması ile birlikte gıda güvenliğinin sağlanmasının ekonomik de bir boyutu bulunmaktadır. Buna göre gıda güvenliğinin sağlanması gıdaların üretimden tüketime

⁵⁹ Gıda sektöründe de tüketici haklarının güçlü bir şekilde sağlanması gerekmektedir. Bkz. **Akdemir** Süleyman, Gıda Sektöründe Tüketici Hakları, Tarladan Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (12.12.13).

⁶⁰ Bkz. **Rützler**, Grundlagen des Lebensmittelrechts, <http://beck-online.beck.de/>, (13.02.141); **Ersoy** Ramazan, Gıda Sektöründe Tüketici Hakları, Ticari Reklam ve İlanlar, <http://www.tgdf.org.tr/turkece/globalsunumlar/ramazanersoy.pdf>, (23.12.13).

⁶¹ Bkz. **Efe** Muhammed, Takviye edici gıdalar!, http://www.gidaraporu.com/takviye-edici-gidalar_g.htm, (23.12.13).

kadar yeni teknolojiler devreye girmektedir. Özellikle teknolojik üretim ve dağıtım metotları bu sektörlerin de gelişmesini sağlamaktadır⁶².

3. İktisadi Gereklilik

1960'lı yıllar ile birlikte piyasa ekonomisi daha da gelişmiş ve buna paralel olarak sanayi alanı da büyümüştür. Gıda alanında ise ülkemiz öncelikle iç pazara yönelik üretimde bulunmuştur. Daha sonraları modern teknolojilerin artması ile de birlikte gıda sanayinin hem alanı büyümüş, hem de ihracat edilebilecek şekilde ürünler üretilmeye başlanmıştır. İhraç ekonomisinin gelişmesi ile birlikte, ihracatçılarımız mal ihraç ettikleri ülkelerin gıda güvenliği standartları ile karşılaşmışlardır⁶³. Bu standartları sağlama zorunluluğu da gıda güvenliği hukukunun ve mevzuatının gelişmesini zorunlu kılmıştır.

B. Kamu Sağlığı ve İdarenin Kolluk Yetkisi

1. Kolluk Kavramı

İdarenin, gıda güvenliğinin sağlanmasına yönelik faaliyetleri ile kolluk kimliği ortaya çıkmaktadır. Kolluk kamu düzenini sağlama faaliyetidir ve yukarıda da ifade edildiği gibi gıda güvenliği ve bu çerçevede kamu sağlığı kamu düzeninin bir unsuru niteliğindedir⁶⁴. Kolluk, zabıta veya polis olarak da ifade edilir. İdare hukukunda kolluk tabiri hem bir örgütlenmeyi hem de bu örgütlenmenin yürüttüğü faaliyetleri ifade eder⁶⁵. Maddi anlamda kolluk faaliyeti idarenin kamu düzeninin korunmasına⁶⁶ yönelik işlemleri/fonksiyonu olarak tanımlan-

⁶² Bkz. **Lezble** Stefan Consumer Information Beyond Food Law, www.heinonline.com, (24.12.13).

⁶³ **Şahinbaş**, s.53.

⁶⁴ Bkz. Gözler, c. II, s.472-619; **Günday**, s.289-329; **Sancakdar** Oğuz, İdare Hukuku-Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2012, Seçkin Yayıncılık, s.621-634; **Gözübüyük/Tan**, s.752-832;**Giritli** İsmet/**Bilgen** Pertev/ **Akgüner** Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006, Der Yayınları, s.813-844; **Atay** Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006, Turhan Kitapevi, s.515-553.

⁶⁵ Bkz. **Onar** Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3,s.1476; **Duran** Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 250.

⁶⁶ Kamu düzeninin korunması kavramı daha geniş anlamı ile hem kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi, hem bozucu faaliyetlerin ortadan kaldırılması hem de bozulması durumunda tekrar sağlanması için önlemlerin alınması ve bu amaçla gerektiğinde kamu gücü kullanarak yaptırımlara başvurulması olarak tanımlanabilir (Bkz. Bkz. Gözler, c.II, s.472-619; **Günday**, s.289-329; **Sancakdar**, s.621-634; **Gözübüyük/Tan**, s.752-832;**Giritli/Bilgen/Akgüner**, s.813-844; **Atay**, s.515-553).

makta iken, örgütsel (organik) anlamda kolluk ise kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetleri yürüten idari yapıyı ifade etmektedir. Bu idari yapı merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerine göre şekillenmekte ve konularına göre farklılaşmaktadır⁶⁷.

İdari kolluğun amacı kamu düzenini sağlamaktır⁶⁸. Kolluk faaliyeti bir tür kamu hizmetidir. Bu hizmet idare tarafından tek taraflı olarak yürütülmektedir⁶⁹. Bir başka deyişle gıda güvenliğine sağlama hususunda idarenin akdi bir ilişkisi ve buna bağlı olarak faaliyet yürütmesi söz konusu değildir⁷⁰. Kural olarak idare kolluk yetkisini kendisi kullanır ve özel kişilere devredemez. Ancak buna anayasal çerçeve içerisinde kanun ile istisnalar getirilebilir. Gıda güvenliği hususunda da kontrol yetkilerinin özel kişilere devredildiği görülmektedir⁷¹. Gıda denetimi gibi kamusal önemi büyük olan bir yetkinin özel kişilere devredilmesi birçok bakımdan tereddüt doğurucu niteliktedir. Denetimin objektif, tarafsızlığı adına denetimlerin tamamen kamunun tekeli altında yürütülmesi daha doğru olacaktır.

Kamu sağlığının korunması bağlamında kolluk yetkisinin kullanılması zorunludur. Bu kolluk yetkisinin kullanım mecburiliğinin bir sonucudur⁷². Bu noktada idarenin gıda güvenliğini sağlama amacıyla, düzenleyici işlemler yapma, uygulama, denetleme konularında bağlı yetkisi bulunmaktadır. Gıda

⁶⁷ Bkz. **Gözler**, c.II, s.472-619; **Günday**, s.289-329; **Sancakdar**, s.621-634; **Gözübüyük/Tan**, s.752-832; **Giritli/Bilgen/Akgüner**, s. 813-844; **Atay**, s.515-553.

⁶⁸ Kamu düzeni kavramı ise somutlaştırılması zor bir kavramdır. Bu nedenle anayasa mahkemesi verdiği bir kararında kamu düzenini geniş anlamda kullanarak toplumun faydası olan her faaliyet olarak tanımlamaya çalışmıştır. Anayasa mahkemesine göre kamu düzeni "...belli edilmesi güç bir anlam taşımakla birlikte, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan her şeyi ifade eder..."(**AYM**, E:1963/28, K:1964/8, K.T: 28.1.1964, <http://www.anayasa.gov.tr>, (10.06.14)). Anayasa mahkemesinin bu kararı eleştiriye açık olmakla birlikte bu yönde bir tanımın kamu düzeni kavramının doğası gereği geniş olduğunu da belirtmekte fayda var.

⁶⁹ Özyay İlhan, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2002, s. 490.

⁷⁰ Bkz. **Gözler**, c. II, s. 472-619; **Günday**, s.621-634; **Gözübüyük/Tan**, s.752-832; **Atay**, s.515-553; **Giritli Giritli/Bilgen/Akgüner**, s.813-844.

⁷¹ Buna göre resmi kontrol kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine, birliklere, kooperatiflere, vakıf ve üniversitelere yetki devri veya bu kurum ve kuruluşlardan hizmet alımı yapılabilir(Gıda ve Yemin Resmi Kontrollerine Dair Yönetmelik, m.6).

⁷² **Gözler**, c. II, s.491.

güvenliğinin sağlanması bir kolluk faaliyeti olması hasebiyle bu yetkilerin kullanılmasına ilişkin hukuki mevzuatın yeterli, kolluk birimlerinin ve de bu birimlerin gerekli yetkilerle donatılması gerekir⁷³.

2. Kolluk Makamları

Gıda güvenliğini sağlama konusunda yetkili kolluk makamı Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'dır⁷⁴. Bakanlık içerisinde ise gıda konusunda en yetkili birim ise Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü'dür⁷⁵. 5996 sayılı Kanun gereğince Sağlık Bakanlığı'nın sadece sulara ilişkin yetki ve görevleri bulunmaktadır. Buna göre "kaynak suları, içme suları, doğal mineralli sular ve tıbbi amaçlı suların üretimi, uygun şekilde ambalajlanması, satışı, ithalat ve ihracatına ilişkin usul ve esaslar ile içme-kullanma sularının teknik ve hijyenik şartlara uygunluğu, kalite standartlarının sağlanması, kalite standartlarının izlenmesi ve denetimi ile ilgili usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir"(m.27). Son olarak Sağlık Bakanlığı'na bağlı, sürekli olarak çalışan bir kurul olan "Yüksek Sağlık Şurası"nın da Bakanlığa istişari görüşler sunarak, konusuna göre gıda güvenliğini sağlama konusunda görevli hale gelebileceğini belirtmek gerekir.

Bütün yetkilerin Tarım Bakanlığı'nda toplanması yerinde olmuştur. Özellikle Bakanlık bünyesinde yer alan Ulusal Gıda Kodeks Komisyonu, idarenin kanna dayalı ve uygun düzenleyici işlem yapma yetkisi çerçevesinde Kanun'da belirtilen ve ihtiyaç duyulan diğer hususlarda kodeksler ile düzenleme yetkisi-

⁷³ Bkz. **Whitehead** A. J., Elements of an Effective National Food Control System, Food Control Journal, Cilt:6, Sayı: 5, 1995, s. 247-251, <http://www.sciencedirect.com>, (12.12.13).

⁷⁴ Tarım Bakanlığı'nın gıda denetimi konusunda uzun bir tarihsel geçmişi vardır. Bakanlık ilk defa 3203 Sayılı Ziraat Vekâleti Vazife ve Teşkilat Kanunu ile gıda denetimi konusunda yetkilendirilmiştir. 3207 ve 1734 Sayılı Kanunlarla ve 441 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de Bakanlığa yetki verilmiştir. Özellikle Kararname'nin ikinci maddesi ile Bakanlığın görevleri sayılmıştır. Ayrıca gıda standartlarını ve kalite kriterlerini tespit etme yetkisi de Tarımsal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Günümüzde gıda güvenliğine verilen önemin bir sonucu olarak Bakanlığın adı 2011 yılında yapılan düzenleme ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

⁷⁵ Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü içerisinde ise doğrudan gıda güvenliği ve denetimine ilişkin üç daire başkanlığı bulunmaktadır. Bu daire başkanlıkları ise Gıda İşletmeleri ve Kodeks Daire Başkanlığı, Gıda Kontrol ve Laboratuvarlar Daire Başkanlığı, Risk Değerlendirme Daire Başkanlığı'dır. Her bir daire başkanlığının görev alanı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Merkez Teşkilatı Görev Yönergesi ile belirlenmiştir.

ne sahip olması idareye hızlı hareket etme olanağı sunmaktadır.

Gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerin taşınması gereken asgari teknik ve hijyen kriterlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Belirlenen kriterler de hukuki kurallar haline getirilmelidir. Bu kurallar AB ve Türk mevzuatı çerçevesinde hazırlanan kodeksler ile belirlenmektedir. Kodeksler, AB gıda hukuku çerçevesinde Kodeks Alimentarius Komisyonu⁷⁶; Türk Hukuku'nda ise Ulusal Gıda Kodeks Komisyonu tarafından hazırlanmaktadır⁷⁷.

Kodeksler ile kurallara bağlanacak olan hususlar ise; gıda ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerle ilgili asgarî teknik ve hijyenik kriterler, bitki koruma ürünü ve veteriner ilaç kalıntıları, katkı maddeleri, bulaşanlar, numune alma, ambalajlama, etiketleme, nakliye, depolama esasları ve analiz metotları olarak örneklendirilebilir(5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, m.23/ Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği, m.1). Ancak idarenin kanuna dayalı ve uygun düzenleyici işlem yapma yetkisi çerçevesinde Kanun'da belirtilen ve ihtiyaç duyulan diğer hususlar da kodeksler ile düzenlenebilir⁷⁸.

Kodeks taslakları Bakanlık tarafında hazırlanır. Kodeks hazırlanırken AB mevzuatı, Kodeks Alimentarius Komisyonu karar ve eğilimleri, ulusal ve uluslararası mevzuat ve ülke koşulları dikkate alınır⁷⁹. Bakanlık bunun haricinde her somut duruma ilişkin, konunun uzmanı kurum ve kişilerden yardım alabi-

⁷⁶ <http://www.codexalimentarius.org/>, (12.12.13).

⁷⁷ 5179 Sayılı Kanun ile kurulan Ulusal Gıda Meclisi ve Gıda Bankaları Birliği gibi kuruluşlar 5996 Sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

⁷⁸ Kodeksler de yatay ve dikey olmak üzere iki türdür. Yatay kodeks tek bir gıda veya gıda grubuna ilişkin olmayan, hepsi için ortak ihtiyaç duyulan kurallardan oluşur. Bu bakımdan yatay gıda kodeksi kapsamını da ortaya koyacak biçimde şu şekilde tanımlanmıştır: "gıda katkı maddeleri (gıda katkı maddelerinin kullanımı, etiketlenmesi ve saflık kriterleri yer almaktadır), aroma vericiler ve aroma verme özelliği taşıyan gıda bileşenleri (kullanımı ve etiketlenmesi yer almaktadır), bulaşanlar (maksimum limitleri yer almaktadır), pestisit kalıntıları (maksimum kalıntı limitleri yer almaktadır) ve veteriner ilaç kalıntıları (veteriner ilaçlarının maksimum kalıntı limitleri yer almaktadır), numune alma, analiz metotları, etiketleme, mikrobiyolojik kriterler gibi tüm gıdalara ve gıda ile temas eden madde ve malzemelere uygulanacak olan kriterleri içeren gıda kodeksidir" (Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği,m.4/1-d). Dikey gıda kodeksi ise, "belirli bir gıda veya gıda grubu veya gıda ile temas eden madde ve malzeme için belirlenmiş özel kriterleri içeren gıda kodeksi" olarak tanımlanmaktadır(Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği,m.4/1-c).

⁷⁹ Bkz. **Kentel Zeliha**, "Bahar Gıda Mevzuatı ve AB Yasalarına Uyum", <http://www.tgdf.org.tr/turkce/globalsunumlar/zelihabahar.pdf>, (12.12.13).

lır. Ayrıca bu kişilerin fiilen çalışmalarına katılmalarını sağlayabilir. Ancak bu Bakanlığın inisiyatifindedir. Bakanlığın bu yönde kararlar alma zorunluluğu yoktur.

Taslak hazırlandıktan sonra, taslak ilgili uzman kişi ve kurumların görüşlerine açılır. Bu görüşlerin alınmasından itibaren taslak alt komisyona havale edilir ve taslağı görüşmesi için alt komisyon toplantıya çağırılır. Burada görüldüğü üzere hem taslakların hazırlanma aşamasında hem de taslaklar hazırlandıktan sonra ilgili kurum ve kişilerden görüş alınmaktadır. Bu ise kodekslerin hazırlanmasında katılımcı bir modelin benimsendiğini göstermektedir. Ayrıca bu yönde bir anlayış demokratiklik unsuru açısından da yerindedir.

Gıda güvenliği konusunda merkezde olduğu gibi taşrada da idari birimler bulunmaktadır. Taşra teşkilatında Bakanlığa bağlı 81 il müdürlüğü, 892 ilçe müdürlüğü ve 41 gıda kontrol laboratuvarı müdürlüğü⁸⁰ bulunmaktadır. İl kontrol laboratuvarları sayıda yeterli görünmekle birlikte, etkinliğin sağlanabilmesi için teknik ve hukuki eksikliklerin bulunmaması gerekir. Bu amaçla laboratuvarlarda çalışan personellerim eğitilmesi, gerekli cihazların temini ve akreditasyon süreçlerinin bir an önce tamamlanması gerekmektedir.

Bakanlık taşra teşkilatına bağlı idari birimler Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile hüküm altına alınmıştır. İl ve ilçe müdürlüklerinin görevleri, çalışma usul ve esasları ise ayrıntılı olarak “Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Taşra Teşkilatının, Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge” ile düzenlenmiştir. Taşra örgütlenmesinde ise gıda ve yem konusunda yetkili birim Gıda ve Yem Şube Müdürlükleridir. Gıda ve Yem Şube Müdürlüğü’nün görevleri Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Taşra Teşkilatının, Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge ile düzenlenmiştir.(m.8).

Gıda güvenliği konusunda temel yetkili birimler Gıda, Tarım ve Hayvancılı-

⁸⁰ Ulusal Gıda referans Laboratuvar Müdürlüğü, Adana, Afyon, Amasya, Ankara, Antalya, Balıkesir, Bolu, Burdur, Bursa, Çanakkale, Çorum, Denizli, Diyarbakır, Edirne, Elazığ, Erzincan, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Giresun, Hatay, Isparta, Mersin, İstanbul, İzmir, Kars, Kastamonu, Kayseri, Kocaeli, Konya, Muğla, Samsun, Sivas, Şanlıurfa, Ordu, Rize, Tekirdağ, Tokat, Trabzon, Van Gıda Kontrol Laboratuvar Müdürlükleri.

lık Bakanlığı olmakla birlikte diğer bakanlıkların da yer yer yetki ve görevleri ortaya çıkmaktadır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın gıda güvenliği ve kontrolüne ilişkin yetkisi bulunmaktadır. Bu anlamda Bakanlık içerisinde yer alan Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'nün ismini zikretmek gerekir⁸¹. Genel müdürlüğün tüketicilerin korunmasına ilişkin yetki ve görevleri oldukça geniştir. Genel müdürlük tüketicilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yapmak, kararlar almak denetimleri yürütmekle görevlidir.

Gıda güvenliğine ilişkin kararların uygulanması ve kontrollerin yapılması mevzuatın emredici hükümleri çerçevesinde merkezden yönetim kolluk personeli tarafından yürütülecektir. Bu durumda kolluk personelinin hiyerarşi ile bağlı olduğu İç İşleri Bakanlığı da gıda güvenli konusunda yetkili, merkezden yönetim idareleri arasına girecektir. Gıdaların ithalatında uyulması gereken temel kurallar ise Ekonomi Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Bakanlık bu görevini çıkardığı standardizasyon tebliğleri ile sağlamaktadır⁸².

Son olarak uygulamada meslek örgütlerinin de etkili faaliyetler yürüttükleri görülmektedir. Meslek örgütleri vatandaşların gıda güvenliğini sağlamak adına özellikle bilgilendirme ve bilinçlendirme çalışmaları, mevzuatı geliştirme çalışmaları yapmaktadırlar. Bu bağlamda meslek örgütleri de ilgili oldukları gıda faaliyetinin mevzuata uygunluğunu sağlamaya yönelik çalışmalar yürütmekte ve gıda güvenliğinin sağlanmasına yönelik faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Özellikle uygulama kılavuzlarının hazırlanması, mevzuatın anlaşılması ve uygulanması yönündeki çalışmaları, destekleyici ve özendirici faaliyetleri öne çıkmaktadır.

⁸¹ Genel müdürlüğün kurulmasından önce söz konusu görevler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (08.06.2011 tarih ve 27958 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan KHK ile adı Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı olarak değiştirilmiştir) içerisinde kurulan "Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü" ne aitti.

⁸² Bu görev Ekonomi Bakanlığı kurulmadan önce Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yürütülüyordu. Dış Ticaret Müsteşarlığı 2011 yılına kadar 17 yıl görevini sürdürmüştür. 8 Haziran 2011 tarihli 637 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın tüm hizmet birimleri ile Hazine Müsteşarlığı'nın Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlükleri birleştirilerek Ekonomi Bakanlığı kurulmuştur. Böylece Dış Ticaret Müsteşarlığı kaldırılmıştır.

Yeni Bir Hizmetsel Kuruluş Önerisi: Bağımsız Gıda Güvenliği Otoritesi:

Gıda güvenliği alanında düzenleme, kontrol ve yaptırım uygulama yetkilerine haiz bağımsız bir idari otorite kurma ihtiyacı bulunmaktadır. Hâlihazırda karşılaştırmalı hukukta da bunun örneklerine rastlamak mümkündür. En başta mevzuatımızı esas aldığımız Avrupa Birliği sistemi içerisinde Avrupa Birliği Gıda Güvenliği Otoritesi (EFSA) bunun güzel bir örneğidir. İdari teşkilat içerisinde bağımsız bir idari gıda kolluk birimi yaratma bu alanda yargı benzeri usuller gelişmesine ve gıda güvenliği alanının yaptırımlar ile daha güvenceli korunmasını sağlayacaktır. Bir sonraki aşamada ise gıda alanındaki uzmanlaşma yargı örgütü içerisinde de işler hale getirilebilir ve gıda hukuku alanında uzman bağımsız ihtisas mahkemeleri kurulabilir. Bağımsız bir gıda güvenliği otoritesi ile gıda konusunda uzmanlık prensibi işler hale gelecek ve bu alanda düzenleme, kontrol etme ve yaptırım uygulama yetkilerine haiz bir hizmet birimi oluşacaktır. Kendine haiz kamu tüzel kişiliğine sahip olacak bu idare özerk çalışmalar yürüterek gıda güvenliği alanını düzenleyecektir.

C. Gıda Güvenliği ve İdarenin Sorumluluğu

Anayasanın 125. maddesine göre idare her türlü eylem ve işlemi ile ortaya çıkardığı zararı ödemekle yükümlüdür. İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu iki temel ilke ile şekillendirilmektedir: kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk⁸³. Kusurlu sorumluluk hali idarenin bir hizmet kusuru işlediği durumlarda ortaya çıkar. Bu ise gelecekte olarak üç halde ifade edilir: hizmetin geç işlemesi, hizmetin kötü işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi. İdarenin sorumluluğunu şekillendiren diğer ilke ise kusursuzluk sorumluluk halleridir. Buna göre idare yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği kusursuz olsa dahi ortaya çıkardığı zararı tazminle yükümlüdür.

İdarenin sorumluluğunun işletilebilmesi için bazı temel şartların sağlanması gerekmektedir. Öncelikle idarenin sorumluluğunun olabilmesi için idareye atfedilebilecek bir faaliyetin varlığı gerekmektedir. Bu ise idari bir işlem veya eylem olabilir. İkinci olarak idarenin faaliyeti ile bir zararın doğması gerekir. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Üçüncü olarak ortaya çıkan zarar ile

⁸³ Bkz. **Sancakdar**, s.673 vd. ; **Atay**, s.559 vd. ; **Gözler**, c.II, s. 1009 vd.

idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağlantısının kurulması gerekmektedir. Nihayet kusurlu sorumluluk hallerinde idarenin kusurunun varlığı aranır⁸⁴.

İdarenin gıda güvenliğini sağlamaya yönelik faaliyetleri kolluk faaliyeti niteliğinde olup, bu faaliyetinden dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu edilebilir. En başta gıda faaliyetlerine ilişkin işletmelerin izin ve onay alma süreçlerinde idarenin kusurlu hareketi ile zarara uğrayan gıda işletmecilerinin bu zararı dava yoluyla tazmin etmeleri mümkündür. Yine resmi kontrol görevlilerinin görev ve yetkilerinin kullanılmasında, gıdaların ihracı sürecinde, laboratuvar aşamasında, numune alımı ve analiz aşamalarında, gıdaların ülkeye giriş kontrollerinde, acil durum önlem ve tedbirlerinde, gıda işletmecilerinin sorumluluklarının yerine getirilmesinde ve idarenin diğer bütün faaliyetleri (idari işlem ve eylemleri) ile bir zarar oluşması durumlarında idare bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin uyuşmazlık konu bir olayda Sağlık Bakanlığı'nın uyarılarına rağmen sağlık açısından tehlike arz eden ürünlerin ithalatına izin veren idarenin kusurlu olduğu tespit edilmiş ve karara dayalı olarak faaliyette bulunan işletmenin zararı tazmin edilmiştir⁸⁵.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinden hem bu hizmetle ilişki içindekiler, aracılık edenler veya bir etkiye maruz kalan özel kişiler hem de bu hizmetlerin kullanıcı, yararlanıcısı konumundaki kişiler de zarara uğrayabilir. Her iki durumda zararın tazmini bakımından kimin zarara uğradığının tespiti önemlidir.

SONUÇ

Bireylerin yaşamını devam ettirebilmesi için beslenme en zaruri ihtiyaçtır. Nüfusun hızla artması ile birlikte gıdaya güvenli bir şekilde ulaşmak daha da zorlaşmaktadır. Doğal kaynaklar nüfus artışı ile oluşan talebi karşılayamaz durumda ve doğal kaynaklardan elde edilemeyen ürünlerin sanayi aşamasında daha kolay yollardan elde edilmesi gıdaya olan güveni daha da azalmaktadır.

Anayasalarımızda doğrudan gıda hakkı düzenlenmemiştir. Ancak gıdalara erişim ve beslenme hakkı yaşam hakkının bir parçası niteliğindedir ve bireyler

⁸⁴ Bkz. Gözler, c.II, s. 1009 vd.; **Sancakdar**, s.673 vd.; **Atay**, s.559 vd.

⁸⁵ **Danıştay**, 10. Daire, E. 2007/3359, K. 2011/2296, T. 14.6.2011, www.kazanci.com

sağlıklı bir yaşam hakkı için gıdaların tüketicisi konumundadır. Bu nedenlerden dolayı gıda hakkının temel bir insan hakkı olarak Anayasamızda yer alması yerinde olacaktır.

5996 sayılı Kanun çerçevesinde asıl yetkili kolluk makamı artık Tarım Bakanlığı'dır. Bunun yanında istisnai olarak sulara ilişkin Sağlık Bakanlığı'nın da yetkili olduğunu belirtmek gerekir. Bütün yetkilerin Tarım Bakanlığı'nda toplanması yerinde olmuştur. Özellikle Bakanlık bünyesinde yer alan Ulusal Gıda Kodeks Komisyonu, idarenin kanuna dayalı ve uygun düzenleyici işlem yapma yetkisi çerçevesinde Kanun'da belirtilen ve ihtiyaç duyulan diğer hususlarda kodeksler ile düzenleme yetkisine sahip olması idareye hızlı hareket etme olanağı sunmaktadır.

Hâlihazırdaki durum çerçevesinde gıda denetimi konusunda esas yetkinin merkezi yönetimin elinde toplanması yerinde olmakla birlikte çok dar yorumlanmak ve istisnai olmak kaydıyla belediyelerin de yetkilendirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Kaldı ki Belediye Kanunu'nda bu yönde bir yetkinin pozitif temelleri birçok maddede yer almaktadır. Bu noktada özel muayene veya analiz gerektiremeyen, sadece fiziksel muayene ile tespit edilebilecek gıda ihlali olması durumlarında zabıtalara gerekli önlemleri almasında bir hukuka aykırılık olmayacaktır.

Gıda faaliyetlerinden kaynaklı olarak temelde idarenin kusurlu sorumluluğu esastır. Bu sorumluluk bakımından kusurun varlığı ve tespiti esas olmakla birlikte önümüzdeki süreçte tehlikelerin boyutu ve hızlı tespitinin zorluğu çerçevesinde "kusursuzluk sorumluluk-risk ilkesi" çerçevesinde de idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Adams C. A., Food Advertising Law, www.heinonline.com, (23.12.13).

Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuk, Ankara 2009, Seçkin Yayınları.

Artık Nevzat, 5179 sayılı Yasa Çerçevesinde Gıda Sektörünün Düzenlenmesi,

Tarladan Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (12.12.13).

Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006, Turhan Kitapevi.

Akdemir Süleyman, Gıda Sektöründe Tüketici Hakları, Tarladan Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu,

www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (12.12.13).

Akın Nihat/**Karakaya** Mustafa, Biyogüvenlik ve Gıda Güvenliğinde Temel Yaklaşımlar, www.zmo.org.tr/resimler/ekler/607292, (08.12.13).

Atalık Ahmet, Küresel Isınma, Su Kaynakları ve Tarım Üzerine Etkileri,

http://www.tusedad.org/upload/files/kuresel_isinma.pdf, (23.08.11).

Buzbaş Necdet Dünya Gıda Günü, Dünya Gıda Günü, <http://www.tugis.org/tr/articleDetail.asp?articleID=10>, (23.08.11).

Beier Ross C./**Pillai** Suresh D./**Phillips** Timothy D./**Ziprin** Richard L., Preharvest and Postharvest Food Safety, Contemporary Issues and Future Directions, Blackwell Publishing.

Bricher Julie Larson, Ensuring Global Food Safety-A Public Health Priority and a Global Responsibility, in: Ensuring Global Food Safety: Exploring Global Harmonization (Ed. Christine Boisrobert, Aleksandra Stjepanovic, Sangsuk Oh, Huub Lelieveld), 2009.

Coleman Margaret E./**Marksharry** M., Risk Analysis Frameworks for Chemical and Microbial Hazards, Food Safety Handbook, Edited by Ronald H. Schmidt and Gary E. Rodrick, 2007, s.19-46.

Demirağ Kemal/**Yılmaz** Hülya, Gıda Güvenliği, Sürdürülebilirliği ve Yerel Yönetimler, <http://www.imoizmir.org.tr/UserFiles/File>, (06.12.13).

Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

Echols Marsha A., Paths to Local Food Security: A Right to Food, A Commitment to Trade, www.heinonline.com, (19.12.13).

Erkmen Osman, Gıda Kaynaklı Tehlikeler ve Güvenli Gıda Üretimi, Çocuk Sağ-
lığı ve Hastalıkları Dergisi, 2010, S.53.

Eide Asbjorn/Oshaug Arne/Eide Wenche Barth, Food Security and the Ri-
ght to Food in International Law and Development, www.heinonline.com,
(23.12.13).

Ergin Işıl/Durusoy Raika, Gıda Krizi, Kapitalizmin Krizi ve Sağlık, Uluslararası
Sağlık Politikaları Birliği Avrupa Birimi XVI Konferansı, Ankara 2011.

<http://www.ttb.org.tr/kutuphane/kapitalizm.pdf>, (12.12.13).

Ersoy Ramazan, Gıda Sektöründe Tüketici Hakları, Ticari Reklam ve İlanlar,
<http://www.tgdf.org.tr/turkce/globalsunumlar/ramazanersoy.pdf>,
(23.12.13).

Efe Muhammed, Takviye edici gıdalar!,

http://www.gidaraporu.com/takviye-edici-gidalar_g.htm, (23.12.13).

Fidler David P., Constitutional Outines of Public Health's "New World Order",
Temple Law Review Summer 2004, Symposium: SARS, Public Health, and Glo-
bal Governance, www.westlaw.com, (12.12.13).

Fortin D. Neal, Food Regulation- Law, Science, Policy and Practice, Wiley Pub-
lication 2009.

Giray F. Handan/Akın Ayşegül/Dölekoğlu Celile Ö./Gün Sema, Gıda Güvenliği
ve AB Uyum Sürecinde Türkiye'de Yaşanan Gelişmeler, Türkiye VII Tarım Eko-
nomisi Kongresi, Antalya 2006,

(http://www.agri.ankara.edu.tr/economy/1189_1205240514.pdf,
(04.12.13)).

Giray Hatice/Soysal Ahmet, Türkiye'de Gıda Güvenliği ve Mevzuatı, [http://
www.saglik.org.tr/upload/dosyalar/Turkiye_Gida_guvenligi.pdf](http://www.saglik.org.tr/upload/dosyalar/Turkiye_Gida_guvenligi.pdf), (06.12.13).

Gür E. Gültüvin, Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık,
<http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gur.pdf>, (16.12.13).

Güzeloğlu Turan, Küresel Gıda Krizi ve Beslenme Hakkı (Right to Food), TBB Dergisi, S. 80, Ankara 2009.

Girela Miguel Angel Recuerda, Food Safety: Science, Politics and the Law, www.heinonline.com, (24.12.13).

Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, İmaj Yayıncılık.

Gözübüyük A. Şeref /**Tan** Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2010.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, c.II, Bursa 2009, Ekin Yayınları.

Gill Caroline, Food Safety Issues of Consumer Concern, in: Food Safety The Implications of Change From Producerism to Consumerism, Food & Nutrition Press 1998, s.1-4;

Giritli İsmet/**Bilgen** Pertev/ **Akgüner** Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006, Der Yayınları.

Haugen Hans Morten, The Right to Food and the TRIPS Agreement, Martinus Nijhoff Publishers 2007.

Hamilton Neil, Essay-Food Democracy and the Future of American Values, Drake Journal of Agricultural Law Spring 2004, (s.9–28), www.westlaw.com, (12.12.13).

Hamilton Neil, Food Democracy II: Revolution or Restoration?, Journal of Food Law&Policy Spring, 2005, www.westlaw.com, (26.12.13).

İlgaz Şeniz, Beslenme Hakkı, http://saglik.tr.net/beslenme_sagligi, (23.08.11).

Kerekréty Jozef, Gıda Güvenliği Eğitim Dokümanı, www.smefit.eu/IMG/pdf/gida_guvenligi_food_safety.pdf, (06.12.13).

Keskin Kadri, Gıda Mevzuatı ve Standard, Ankara 1995.

Kirby Roy M. /**Bartram** Jamie/**Carr** Richard, Water in food Production and Processing: Quantity and Quality Concerns, Food Control Journal, C. 14, S. 5, 2003, s. 283–299, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0956713502000907>, (09.12.13).

Knowles Tim/Moody Richard, European Food Scares and Their Impact on EU Food Policy, <http://search.proquest.com/docview/225132963/full>, (16.12.13).

Leibovitch Emilie H., Food Safety Regulation in the European Union: Toward an Unavoidable Centralization of Regulatory Powers, <http://search.proquest.com/docview>, (11.12.13).

Lezble Stefan Consumer Information Beyond Food Law, www.heinonline.com, (24.12.13).

Miyagishima K. /Moy G./Miyagawa S. /Motarjemi Y. /Ktiferstein F.K., Food Safety and Public Health, Food Control Journal, Cilt:6, Sayı: 5, 1995. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/095671359500039T>, (12.12.13).

Narula Smita, The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law, Columbia Journal of Transnational Law 2006, www.westlaw.com, (12.12.13).

Okay Tekinsoy Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011.

Onar Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3.

Özen Mustafa, Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar, İÜHFİM, C. LXVI, S.2, İstanbul 2008, s. 163–190.

Özay İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul 2002.

Pampel Fred C., The Law and Threats to Food Safety (in Threats To Food Safety), Infobase Publishing 2006.

Popper Deborah E., Traceability: Tracking and Privacy in the Food System, <http://search.proquest.com/docview/225330296>, (22.12.13).

Rathke Kurt-Dietrich, Kommentar-Horizontale Vorschriften/Lebensmittelrecht, (Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht 2013), Rn. 34–42, <http://beck-online.beck.de>, (20.02.14).

Sancakdar Oğuz, İdare Hukuku-Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2012, Seçkin Yayıncılık.

Steinbüchel Peter, Lebensmittelüberwachung in der Praxis/Lebensmittelrechts-Handbuch, (Gesamtredaktion: **Streinz** Rudolf), <http://beck-online.beck.de/>, (18.02.14).

Şahbaz İbrahim, Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı, TBB Dergisi, S. 86, Ankara 2009.

Şahin Mehmet/**Çoğun** Hikmet Y., Güvenli Gıda Tüketimi, <http://memedsahin.com>, (07.12.13).

Şahinbaş Nail, Türkiye’de Gıda Kontrol Hizmetlerinin Örgütlenmesi ve Personel Sorunları (Yeni Bir Model), Ankara 1992.

Şahin Adil, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C.59, S.4, Ankara 2010.

Tahmazoğlu Üzeltürk Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Ankara 2012, s. 1 vd.

Tayyar Mustafa, Gıda Güvenliği, Marmara Belediyeler Birliği Yayını, İstanbul 2010, s.22; Gıda Mevzuatı ve Kalite Yönetimi Ders Kitabı, (Ed. Öztetik Elif), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2009.

Tekeli Sait, Türkiye’de Gıda Mevzuatı ve Kontrolünün Esasları, Ayyıldız Matbaası, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bankalığı Yayınları, Ankara 1975.

Uygun Umran/**Köksel** Hamit, Gıda Güvenliğini Tehdit Eden Kimyasallar,<http://yunus.hacettepe.edu.tr/~gdhszr09/odevler/word1.pdf>, (07.12.13).

Untermann F. , Microbial Hazards in Food, Food Control Journal, Sayı: 9, Cilt: 2, 1998, s. 119–126.

Whitehead A. J., Elements of an Effective National Food Control System, Food Control Journal, Sayı: 6, Cilt: 5, 1995, s. 247-251, <http://www.sciencedirect.com>, (12.12.13).

Warning Wilfried, Grundlagen des Lebensmittelrechts, <http://beck-online.beck.de/>, (13.02.14).

Yıldırım Turan/**Yasin** Melikşah/**Özdemir** H. Eyüp/**Üstün** Gül/**Okay** Özge, İdare Hukuku II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Yücecan Sevinç, Yeni Bilgiler Işığında Besin ve Sağlık İlişkisi, **Tarladan** Sofraya Gıda Güvenliği Sempozyumu,

www.zmo.org.tr/resimler/ekler/3747091c48fb017_ek.pdf, (16.12.13).

Zevkliler Aydın/**Aydoğdu** Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

Ziegler Jean/**Golay** Christophe/**Mahon** Claire/**Way** Sally-Anne, The Fight for the Right to Food: Lessons Learned (International Relations and Developments), Palgrave Macmillan (March, 2011).

CEZA MUHALEMESİNDE DELİL VE İSPAT HUKUKU AÇISINDAN ELEKTRONİK DELİL (E-DELİL) KAVRAMI

*Electronic Evidence (E-Evidence) Concept from the perspective
of Evidence Law in Criminal Procedure*

Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU *

ÖZET

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Delil serbestisi ilkesi uyarınca hukuka uygun olarak elde edilmiş ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yarayacak her şey delil olarak kullanılabilir. Bu çalışmanın konusunu da delil ve ispat hukuku açısından elektronik delil (e-delil) kavramının değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Zira modern ceza muhakemesi hukukunda eğilim, maddi gerçeğe ulaşılması için bilimsel delil aşamasına geçilmesi yönündedir. Bununla birlikte bilişim teknolojilerinin insan hayatındaki gün geçtikçe artan önemine rağmen kanunkoyucu elektronik deliller konusunda hüküm tesis etmiş değildir. Elektronik deliller ile sürekli olarak karşı karşıya gelen muhakeme makamlarının bu deliller hakkında nasıl hareket edeceğinin tespit edilebilmesi bakımından söz konusu kavram teori ve uygulamadaki görüşler doğrultusunda ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Delil ve İspat Hukuku, Elektronik Delil, Bilimsel Delil, Ceza Muhakemesi, Maddi Gerçek.

ABSTRACT

The purpose of criminal procedures is to reveal the material facts. In order for this purpose to be realized, the principle of freedom of evidence has been accepted. As per the freedom of evidence, everything can be used as evidence so as to reveal the material facts, provided that they are obtained lawfully. The assesment of electronic evidence in terms of law of evidence is the subject of this study, as the modern criminal procedure shows the tendency of reaching the material fact by using scientific evidence. However; in spite of the ever-growing importance and usage rate of the

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, senels@erciyes.edu.tr

information technologies in human life, the lawmaker does not make any law concerning electronic evidences. In order to determine how the authorities are to act when encountered as usual with the electronic evidence, the concept in question will be examined by focusing on theories and practice.

Key Words: Law of Evidence, Electronic Evidence, Scientific Evidence, Criminal Procedure, Material Fact.



GİRİŞ ve KONU

Ceza muhakemesi, bir kişinin fiilinin suç olduğu şüphesi üzerine yapılan ve bu şüpheyi yenmeye yönelik sürdürülen ortak faaliyeti düzenlemektedir¹. Bu faaliyette bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kimin tarafından işlendiği ve yaptırımın ne olacağı sorularına cevap aranmaktadır². Bu ortak faaliyeti oluşturan alt faaliyetler ise iddia, savunma ve yargılamadır. Diğer bir ifadeyle tez (iddia), anti-tez (savunma) ve bu ikisinin değerlendirilmesi ile neticeye varılmasını ifade eden sentez (yargılama) bu faaliyeti teşkil etmektedir³. Ceza muhakemesi faaliyeti sonrasında kişinin hürriyetini kaybetmesi ile karşı karşıya kalacak olması, maddi gerçeğin⁴ aranmasını bu faaliyetin amacı haline getirmiştir. Yargıtay'a göre⁵, "ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin hiçbir

¹ Nurullah **Kunter**, Feridun **Yenisey** ve Ayşe **Nuhoğlu**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010, s.13; Öztekin **Tosun**, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I Genel Kısım*, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s. 5; Erdener **Yurtcan**, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 4.

² Bahri **Öztürk**, Durmuş **Tezcan**, Mustafa Ruhan **Erdem** vd., *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 33; Cumhur **Şahin**, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 19.

³ Nur **Centel** ve Hamide **Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.3; Yener **Ünver** ve Hakan **Hakeri**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.2; Veli Özer **Özbek**, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan** vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 42; Mesut Bedri **Eryılmaz**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012 s. 29.

⁴ Maddi gerçekten anlaşılması gereken, "gerçeğin tam kendisi" yani "hakikat"tır. Faruk **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara 1986, s. 349; Nurullah **Kunter**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1986, s. 21; **Yurtcan**, s. 4; Şenel **Sarsıkoğlu**, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı), Cilt VIII, Sayı 2, Yıl 2013, s. 694.

⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.04.1993 tarih, E.1993/6-79, K.1993/108 sayılı ve Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.11.2007 tarih, E.2007/8601, K.2007/8929 sayılı kararları. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 17.01.2015

duraksamaya yer vermeden ortaya çıkarılmasıdır.” Bu amaca ulaşılması ise geçmişte olup bitmiş bir olayın deliller aracılığıyla ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır⁶. Zira zamanı geri döndürmek imkan dahilinde olmadığına göre maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için olayla ilgisi bulunan tanıkların, belgelerin ve olaydan arta kalan izlerin tespit edilerek ceza muhakemesi faaliyeti-nde kullanılması gerekmektedir⁷.

Yaşadığımız çağda bilişim teknolojilerindeki muazzam gelişmeler insan hayatına kolaylıklar sağlamak ve toplumsal hayat da teknoloji merkezli bir gelişim ve değişime sahne olmaktadır⁸. Bilgi çağı ve bilgi toplumu⁹ olarak isimlendirilen bu süreçte kişiler birçok iş ve işlemlerini bilişim teknolojileri vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Toplumsal bir olgu olan suç da bu süreçten etkilenecek en önemli suç tiplerinden biri olan bilişim suçlarını ortaya çıkarmıştır¹⁰. İşte bilişim teknolojileri sonrasında suç mahallinin genişleyerek fiziksel alandan sanal alana kayması, muhakeme faaliyetine katılan kişilerin dikkatini bilgisayar, veri taşıma araçları, taşınabilir telefonlar bulut bilişim sistemleri gibi elektronik bilgilerin bulunduğu ortamları keşfe yöneltmiştir¹¹. Söz konusu durum ise maddi gerçeği ortaya çıkartacak ispat vasıtası olan delil kavramının klasik delillerle birlikte elektronik delilleri (e-delil) de içerecek şekilde kabulünü ge-

⁶ **Kunter, Yenisey ve Nuhoglu**, s. 1325; Mahmut **Koca**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 207.

⁷ Doğan **Soyaslan**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 428; Nevzat **Toroslu** ve Metin **Feyzioğlu**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 176; Vahit **Bıçak**, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 430; Hakan **Karakehya**, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 10, Haziran 2006, s. 97.

⁸ Fatih **Birtek**, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 21.

⁹ T. C. Kalkınma Bakanlığı, 2014-2018 Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı Taslak Metni, s. 9 vd. <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/> Erişim Tarihi: 12.12.2014

¹⁰ Murat Volkan **Dülger**, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 41; Levent **Kurt**, *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 49; Yusuf **Uzunay** ve Mustafa **Koçak**, “Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller”, Akademik Bilişim Konferansları Bildiri Metni, Gaziantep 2-4 Şubat 2005, s. 2.

¹¹ Leyla **Keser Berber**, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 39; Halid **Özkan**, *Sorularla Açıklamalı İçtihatlı Bilişim Hukuku Mevzuatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014 s. 55.

rekli kılmıştır¹². Zira 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹³ da klasik deliller ile e-delil arasında herhangi bir ayrıma gitmemiştir¹⁴. Bu açıklamalar ışığında, çalışmamızın konusunu delil ve ispat hukuku açısından elektronik delil (e-delil) kavramının teori ve uygulamada yer alan görüşler doğrultusunda incelenmesi oluşturmaktadır.

I. DELİL KAVRAMI

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesi de tıpkı tarih bilimi gibi geçmişte olup bitmiş bir olayı kendisine konu edinmektedir¹⁵. Muhakeme makamları bir maddi bir de hukuki yönü olan ve önlerine gelen cezai uyuşmazlıkta öncelikle uyuşmazlığın maddi yönünü çözmekte, bunun için de mantıki ve kronolojik yönden birbiriyle bağlantılı olan bir seri belirlemeler yaparak gerçeğe ulaşmaya çalışmaktadır¹⁶. Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanunu ve ilgili diğer özel mevzuat hükümlerine göre işlendiği iddia edilen fiilin işlenip işlenmediği, işlenmiş ise bunun suç teşkil edip etmediği, suç teşkil ediyorsa bunu sanık tarafından işlenip işlenmediği tespit edilmektedir¹⁷. Böyle bir değerlendirme neticesinde hakim, ileri sürülen iddialar hakkında bir hükme varmaktadır¹⁸. Eğer fiilin işlendiği, suç olduğu ve sanık tarafından gerçekleştiği tespit edilmişse, hakimın hükmü sabit görme biçiminde, aksi halde sabit görmeme biçiminde ortaya çıkmaktadır. İlk durumda olayın sübut bulunduğu ikinci durumda ise sübut bulmadığından bahsedilecektir¹⁹.

¹² **Centel ve Zafer**, s. 209; **Olgun Değirmenci**, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 21. Yazar, bilişim ağlarının özellikle de internetin kullanım alanının genişlemesinin önceden öngörülemez bir durum olması nedeniyle kolluk kuvvetlerine suç ile mücadelede bazı kısıtlar getirmesinin yanında suç soruşturması bakımından önemli delil kaynakları da oluşturduğunu haklı olarak ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce e-delillerin belirlenmesi, toplanması, muhafaza altına alınarak muhakeme makamının huzuruna getirilene kadar yaşanan süreçte delillerin sağlam ve güvenilirliği bakımından kolluk makamlarının önemli bir rolü bulunmakta ve e-delillerin muhakemede kullanılabilirliğine ilişkin tartışmalar bu süreçte gerçekleşen usul eksikliklerine dayanmaktadır.

¹³ 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ Bkz. CMK m. 217/2: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

¹⁵ **Tosun**, s. 706; **Centel ve Zafer**, s. 209; **Koca**, s. 207; **Bıçak**, s. 423.

¹⁶ **Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 1325; **Toroslu ve Feyzioğlu**, s.168.

¹⁷ **Ünver ve Hakeri**, s. 2; **Özbek, Kanbur, Doğan vd.**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 43; **Koca**, s. 207.

¹⁸ **Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 1325.

¹⁹ **Öztürk, Tezcan, Erdem vd.**, s. 294; **Toroslu ve Feyzioğlu**, s. 169.

Bu noktada önemli olan husus, hükmün verilmesinin hukuki bir değerlendirilmeyi de içerecek olması gerçeği karşısında maddi vakıaların ispat vasıtaları ile belirli bir biçimde ispatının gerekli olmasıdır. Zira ceza muhakemesinde tespit edilen her vakıanın ispat edilmesi gerekmektedir²⁰. Bu bakımdan ceza muhakemesinde esasen, fiilin sanık tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate varmasını temine yönelik faaliyetlere ispat adı verilmekte ve bir ispat vasıtası olan deliller de ceza muhakemesinin en önemli kavramlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeği ortaya çıkarmak²² olduğu göz önüne alındığında geçmişte olup biten olay, ceza muhakemesi anında tarafların katılımı ile müşterek olarak hakim zihninde yeniden canlandırılmakta ve bu canlandırma ise adeta bir yapbozun parçaları niteliğindeki ispat vasıtaları olan deliller sayesinde gerçekleştirilmektedir²³. Böylece bir olay ve olguya ilişkin tüm deliller değerlendirilerek hakim vicdani bir kanaate veya olaya dair bir hükme varması söz konusu olacaktır²⁴.

Delil, cezai uyuşmazlığın konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır²⁵. Delillerin akılcı ve bilim tarafından kabul edilir nitelikte olması gerekmektedir²⁶. Bu bakımdan duygu, sezgi

²⁰ Yener **Ünver**, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 103.

²¹ **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 295.

²² Timur **Demirbaş**, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:71, İzmir 1996, s. 5; **Sarsıkoğlu**, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", s. 694.

²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.04.1993 tarih, E.1993/6-79, K.1993/108 sayılı kararında maddi gerçek ile ilgili olarak "Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir." ifadelerine yer verilmektedir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 13.12.2014

²⁴ Metin **Feyzioğlu**, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 38 vd.

²⁵ **Centel** ve **Zafer**, s. 209; **Özbek, Kanbur, Doğan** vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 657; **Koca**, s. 207.

²⁶ **Erem**, s. 349.

ve kanaatlere dayanan birtakım varsayımlardan hareketle ceza muhakemesinin amacına varılması mümkün olmayacaktır²⁷. Ceza muhakemesinde delile cezai uyumsuzluğun maddi boyutunun ispatı için ihtiyaç duyulmaktadır. İspatı gereken olay ve olguya ilişkin tüm deliller değerlendirmeye tutulmadan muhakeme makamı tarafından bir vicdani kanaate ulaşılması söz konusu olmayacaktır²⁸.

Ayrıca ceza muhakemesi hukukunda belirli konuların belirli delillerle ispat edilmesi zorunlu değildir²⁹. Çünkü cezai uyumsuzluklarda kişilerin özel hukukta olduğu gibi bir uyumsuzluk ihtimaline binaen önceden deliller hazırlaması söz konusu olmadığı gibi tersine kişiler tarafından suç delilleri yok edilmeye çalışılmaktadır³⁰. İşte ceza muhakemesinde delilleri elde etmenin zorluğu sebebiyle delillerin sınırlandırılmasından vazgeçilerek bir konunun her türlü delille ispatını mümkün kılan delil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir³¹. Bir şeyin delil olabilmesi belirli bir konuyu ispata yarayan, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş ve hakim vicdani kanaate ulaşmasını sağlamaya yönelik olmasına bağlıdır³². Bu bakımdan belli delillerle belli olguların ispatını zorunlu sayma³³ ve hakimi bağlama, diğer bir ifadeyle biçimsel gerçek, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacıyla bağdaşmayacaktır³⁴. Delil serbestisi ilkesi içerisinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve vicdani delil sistemini³⁵

²⁷ **Bıçak**, s. 423. Mesela, yazı tura atılması işleminin sonucu ya da medyum beyanı gibi yöntemler delil niteliği kazanamaz.

²⁸ **Toroslu ve Feyzioğlu**, s.168; **Eryılmaz**, s.633.

²⁹ **Erem**, s. 361; **Centel ve Zafer**, s. 209; **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 294.

³⁰ **Yurtcan**, s. 247; **Centel ve Zafer**, s. 209; **Toroslu ve Feyzioğlu**, s.169.

³¹ **Tosun**, s. 725; **Erem**, s. 352; **Yurtcan**, s. 51; **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 295. Bununla birlikte, uygulamada hukuki uyumsuzluklarla bağlantılı olan cezai uyumsuzlukların ispatında bu kuraldan ayırık hareket edildiği görülmektedir. Mesela, boş çekin alacaktan fazla olarak doldurulmasının (güveni kötüye kullanma suçunun) ispatı için yazılı delil aranmaktadır. **Centel ve Zafer**, s. 209; Şenel **Sarsıkoğlu**, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.170 vd.

³² **Özbek, Kanbur, Doğan** vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 657.

³³ CMK m. 222/1: "Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilir." Yasal delil olarak isimlendirilen bu durum, cezai uyumsuzluklarda uyumsuzluğun ispatı ile ilgili olarak değil, yalnızca duruşmanın akışının ispatı ile ilgili olan konular bakımından kabul edilmiştir. Bu sebeptir ki söz konusu durumun delil serbestisi ilkesinin bir istisnası olarak zikredilemeyeceği ifade edilmektedir. **Centel ve Zafer**, s. 209.

³⁴ **Yurtcan**, s. 53; **Centel ve Zafer**, s. 209.

³⁵ Hakim yapacağı değerlendirmenin akılcı ve bilim tarafından kabul edilebilir bir değerlendir-

barındırmaktadır. Zira ceza muhakemesi hukukumuz bakımından tam olarak bilimsel delil aşamasına geçilemediği ancak eğilimin bu yönde olduğu ifade edilebilecektir³⁶.

B. Ceza Muhakemesinde Delilin Nitelikleri

Ceza muhakemesinde cezai uyumsuzluğun maddi boyutunun ispatı, delil türleri bakımından sınırlandırılmamasına rağmen delil serbestisi ilkesi sınırsız bir serbestiyi de ifade etmemektedir. İspat vasıtası olan delillerin birtakım nitelikleri haiz olması gerekmektedir³⁷. Bu özelliklerden bazılarının bulunmaması halinde gerçek bir delil bulunduğundan dahi bahsedilemeyecek, bazılarının bulunmaması halinde de delil değerlendirme yasağı devreye girecektir³⁸. Böyle durumlarda söz konusu şeylerin duruşmaya getirilmemesi getirilse de hükme dayanak yapılması mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir delile dayanan hüküm hukuka aykırı olacaktır³⁹.

Delillerin geçmişte olup biten cezai uyumsuzluğun belli bir parçasını temsil edici nitelikte olması gerekmektedir⁴⁰. Maddi olayın tamamı ya da belirli bir kısmını yansıtmayan, maddi olayla ilgili bir hususu ispat edebilecek veya çürütülecek nitelikte olmayan deliller cezai uyumsuzluğun maddi boyutunu temsil edici nitelikte kabul edilmemektedir. Bazı durumlarda ise bir delilin (dolaylı delil) tek bir sonuca değil birden fazla sonuca ilişkin olduğu görülmektedir⁴¹. Mesela sanığın suçun işleniş ile ilgili bazı bilgilere sahip olduğunu gösteren

dirme olması gerektiği için hakim hangi delillere neden inanıp neden inanmadığını ve hangi delilleri hükmüne neden esas alıp almadığını açıklamalı gerekmektedir. Bununla birlikte gerekçelerini açıklamak koşulu ile hakim delillerin tespiti ve delillerin değerlendirilmesinde serbestiyeye sahip olduğu ve bu sisteme vicdani delil sistemi denildiği teoride ifade edilmektedir. **Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 1327; **Feyzioğlu**, s.49.

³⁶ **Tosun**, s. 725; **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 295; **Sarsıkoğlu**, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", s. 694.

³⁷ **Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 1328.

³⁸ **Seydi Kaymaz**, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 249.

³⁹ **Kaymaz**, s. 253.

⁴⁰ Olayı temsil edici nitelikten kasıt, delil olarak kullanılmak istenen vasıtanın adam öldürme suçunda olay yerinde bırakılan suç aleti gibi olayın bir parçası olması ya da bir suça beş duyusu ile tanık olmuş bir kişinin anlatımları gibi olayı yansıtmasıdır. **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 295.

⁴¹ **Bıçak**, s. 427.

deliller cezai uyumsuzluğu temsil edici nitelikte olmasına rağmen bu delillerin sonuca götürmek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir⁴². Çünkü sanığın bu bilgilere sahip olması suçun faili olmasından kaynaklanıyor olabileceği gibi suçun tanığı olmasından da kaynaklanabilecektir.

Delillerin akılcı ve bilim tarafından kabul edilebilir olması gerekmektedir⁴³. Delillerin akılcı olduğu önyargılardan ve duygusal saplantılardan uzak bir akıl yürütme ile sonuca varılması sayesinde mümkün olmaktadır. Delillerin falcının kehaneti, yaygınlıkla inanılan safsatalar gibi akıl yolu ile izah edilemeyen bilim tarafından kabul edilmeyen nitelikte olması ve hakimın hükmünü buna dayandırması mümkün olmayacaktır⁴⁴.

Delillerin elde edilebilir, ulaşılabilir olması gerekmektedir⁴⁵. Elde edilme imkanı olmayan delillerin duruşmaya getirilmesi ve tarafların tartışmasına açılması mümkün olmayacaktır. Mesela ölmüş olan tanığın, yanmış olan CD'lerin duruşmaya getirilmesi imkan dahilinde değildir⁴⁶.

Delillerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir⁴⁷. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴⁸ 38/6 maddesi⁴⁹; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 206/2-a ve 217/2 maddeleri⁵⁰ gereğince elde edilmemiş delillerin vicdani kanaate ve hükme esas alınmaları imkanı bulunmamaktadır⁵¹. Bu hallerde duruşmaya getirilmiş şeylerin delil niteliği haiz olmasına rağmen hukuka aykırı elde edilme yöntemleri nedeniyle değerlendirilmeleri

⁴² Erem, s. 359.

⁴³ Centel ve Zafer, s. 212.

⁴⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1329.

⁴⁵ Toroslu ve Fezyioğlu, s.171.

⁴⁶ Centel ve Zafer, s. 211.

⁴⁷ Yener Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 32, Ağustos 2005, s. 2885 vd.

⁴⁸ 09.11.1982 tarih ve 17863 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁹ Anayasa m.38/6: "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."

⁵⁰ CMK m.206: "(2) Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse."

CMK m.217: "(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

⁵¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1331; Ünver ve Hakeri, s. 601; Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 56.

yasaklanmıştır⁵². Bazı hallerde ise hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller duruşmaya getirildiklerinde içerikleri sebebiyle delil olarak kullanılamamaktadır. Mesela, hekimler hekim sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgileri hukuki yollardan elde etmiş olsalar bile bu kişilerin rızası olmadan delil olarak mahkemeye sunamayacaktır⁵³.

Delillerin müşterek olması gerekmektedir⁵⁴. Delillerin müşterekliği bunların duruşmaya getirilerek tarafların tartışmasına açılması ile mümkün olmaktadır⁵⁵. Bunun için tarafların delillere ulaşabilmesi ve ileri sürülen delillerin karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan hakim hükmünü huzuruna getirilen ve huzurunda tartışılan delillere dayandırabilecektir⁵⁶. Yalnızca muhakeme makamı tarafından bilinen değil tarafların da bilmesinin sağlandığı deliller hükme esas teşkil edecektir. Delillerin müşterekliğinden amaç ise söz konusu bir delilin taraflarca çürütülebilme ve delil hakkında tarafların düşün-

⁵² Bununla birlikte uygulamada şeklen bir hukuka aykırılığın söz konusu olduğu hallerde delilin hukuka aykırı olmayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 03.07.2013 tarih, E.2013/5127, K.2013/17549 sayılı kararında "Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiş olması karşısında, bu aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle delil olarak kullanılamayacağı görüşüyle kanun yararına bozma talebinde bulunulmuş ise de, sanık araç bagajını kendi rızası ile açmış olup, sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan hukuka aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellememelidir. Doktrin (Bahri Öztürk, Yenisey delil yasakları sh.44-45) ve Yargıtay Genel Kurul Kararları (15.02.2005 gün ve 2005/10-15/29, 26.06.2007 gün ve 2007/7-147/159 sayılı kararları) ve insan hakları mahkemesi kararları da bu doğrultuda görüşümüz yönünde olup; İnsan hakları mahkemesi kararlarına uyma zorunluluğu milletlerarası anlaşmalarla kabul edildiğinden Anayasanın 90 /son fıkrası uyarınca da bu kurallar en üstün kural olduğundan insan hakları mahkemesinin kabul ettiği ölçünlük ilkesi gözetilmek zorundadır.Somut olayımızda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum olmadığına" ifadelerine yer verilmektedir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 16.12.2014

⁵³ Kaymaz, s. 227.

⁵⁴ Toroslu ve Fezyoğlu, s.172.

⁵⁵ Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", s. 119.

⁵⁶ Bkz. CMK m. 217/1: "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir."

celerini açıklayabilmelerine fırsat verilmesidir⁵⁷. Zira hakim şahsi bilgisine dayanarak hüküm tesis etmeyecektir. Cezai uyumsuzluğa ilişkin şahsi bilgi sahibi olan hakim görevden çekilerek tanıklık yapması uygun düşmektedir⁵⁸.

II. DELİLİN NİTELİKLERİ BAKIMINDAN E-DELİLLER

Delillerin gerçekliğe sahip bulunması gerekmektedir⁵⁹. Cezai uyumsuzluğun konusu olan olayın tüm karmaşıklığı ve derinliği ile çarpıtılmadan, bozulmadan, değiştirilmeden ortaya konulmasına deliliğin gerçekliği imkan sağlamaktadır⁶⁰. Bu bakımdan ceza muhakemesinde delillerin taklit olmaması, orijinallerinin kullanılması gerekmektedir. Bilhassa ceza hukukunda belgede sahtecilik suçları bakımından, sahtecilik yapılan belgenin orijinal olması ve dava dosyasında orijinal belgenin bulunması aranmaktadır⁶¹. Elektronik delillerde ise orijinal, kopya, suret, nüsha ve örnek kavramlarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir⁶².

Cezai uyumsuzluğun esası olan maddi olayı sübuta erdirecek olan en sağlam delil şüphesiz orijinal deliller olsa da elektronik ortamda bulunan e-delillerin aslının aranması bu delillerin hiçbir zaman kullanılamaması sonucunu da beraberinde getirecektir⁶³. Zira e-deliller tümüyle kopya edilebilme özelliğine sahiptir⁶⁴. Üstelik adli bilişim uzmanının e-delil üzerinde işlem yapabilmesi de bu delilin kopyasını çıkarması ile mümkün olabilmektedir⁶⁵. Yine e-deliller gözle

⁵⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1332.

⁵⁸ Toroslu ve Feyzioğlu, s.173.

⁵⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1328.

⁶⁰ Bıçak, s. 429.

⁶¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 748; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 677.

⁶² Değirmenci, s. 116; Mustafa Göksu, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 Sayılı HUMK ve 6100 Sayılı HMK Çerçevesinde)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.36. Bu bakımdan "orijinal", taklit olmayan, asıl; "kopya", yazılı bir metnin taklidi; "örnek", bir şeyin benzeri; "suret", yazı veya resim kopyası; "nüsha" ise birbirinin tıpkısı olan yazılı şeylerin her biri manalarına gelmektedir. <http://www.tdk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 19.01.2015

⁶³ Leyla Keser Berber, "İmzalıyorum O Halde Varım Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2000, Sayı 2, s. 503.

⁶⁴ Göksu, s. 20.

⁶⁵ Keser Berber, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, s. 46; Nigel Jones, Esther George, Kasım

görülmedikleri için bunlara ulaşılması yardımcı araçlar sayesinde olmaktadır. Bu bakımdan e-delile ulaşılmasını sağlayan alet ve cihazlar üzerinde bunların asıl olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁶. Mesela kelime işlemci dosyasında bulunan bilginin bilgisayar ekranında görüntü olarak açılması ve bunun yazıcıdan çıktı alınması halinde program sayesinde gözle görünür ve yazıcıdan çıktı alınarak temas edilebilir hale gelen ekran görüntüsünün de asıl delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁷. Teoride tartışmalara neden olan bu durum hakkında denilebilir ki elektronik ortamda muhafaza edilen nüsha ile çıktısı alınan nüshanın aynı olması halinde çıktı alınan e-delil de delil niteliğine sahip olacaktır. Bununla birlikte e-delilin gerçekliğini yitirerek maddi olayı temsil edici niteliğini yitirmesi halinde ise ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır⁶⁸.

Delilin akılcı olması ile bilim tarafından kabul edilebilir olması arasında sıkı bir ilgi bulunmaktadır⁶⁹. Gerçekten de bilim tarafından kabul edilebilir bir yöntemle elde edilmiş ve bilim tarafından kabul edilebilir olan deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir⁷⁰. Hakimler de hükmünü varsayımlar veya ilmi değeri olmayan raporlar üzerine⁷¹ inşa edemeyecektir. Delillerin bilimsel

Karagöz vd., “*Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi*” *Bilişim Suçları Eğitim Modülü*, Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi Yayını, Ankara, s. 145.

⁶⁶ Elektronik ortamdaki bilgilerin görselleştirilmesi olarak adlandırılan bu süreçte ceza muhakemesi için önemli olan içerik bilgisayar ekranı üzerinde bir haritada kümelenebilir. Böylece uyumsuzluk hakkında kilit bir içerik için arama yapılabilir. **Keser Berber**, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, s. 200; **Servet Yetim**, “Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 82, Sayı 3, s. 1216.

⁶⁷ **Değirmenci**, s. 116. Aksi yönde bkz. Halid Özkan, “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 282.

⁶⁸ **Özkan**, “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, s. 273; **Değirmenci**, s. 116.

⁶⁹ Delillerin akılcı olması, insanlık tarihinde bir ilerlemenin ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira insanlar uzun zamanlar akılcı olmayan delilleri kabul etmişlerdir. **Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu**, s. 1330.

⁷⁰ **Bıçak**, s. 429.

⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.04.1993 tarih, E.1993/6-79, K.1993/108 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 16.12.2014

olması⁷², her şeyden önce e-deliller bakımından ayrı bir özelliğe sahiptir. Zira adli bilişim uzmanı, bilişim sistemindeki bilgiyi elde edip çözümleyerek suçla ilişkisini ortaya koymaktadır⁷³. Bu bakımdan bilirkişi niteliğini haiz adli bilişim uzmanının delili elde etme ve çözümleme yolu, maddi gerçeği ortaya çıkartmakla yükümlü olan hakimi ve onun vereceği hükmü etkileyecektir⁷⁴.

Delilin bilimsel olması hususunda Anglo-Amerikan hukukunda yargısal içtihatlar ile çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Amerikan yargı yerlerinin yetmiş yıllık bir süre zarfında uyguladıkları genel kabul ölçütü 1923 yılındaki Frye v. United States kararına dayanmaktadır. Buna göre delilin elde edilmesi için kullanılan standartın bilim tarafından genel olarak kabul edilir bir uygulama olması gerekmektedir⁷⁵. Genel kabul ölçütü halen bazı Amerikan mahkemelerinde kabul ediliyor olmasına rağmen, muhakeme makamını teşkil eden hakimin bilimsel test sonuçlarını bilim tarafından kabul edilebilir olmadığı sürece muhakeme dışında tutabilmesi nedeniyle çok sınırlayıcı bir ölçüt olduğu ifade edilmektedir⁷⁶. Bu bakımdan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1993 yılındaki William Daubert v. Merrell Dow Pharmacueticals kararı ile genel kabul ölçütünün federal delil kurallarına göre bir delilin kabulü için gerekli şartlardan yoksun olduğu kararlaştırılmıştır. Buna göre bilimsel delilin güvenilirliği konusunda belirleme yetkisi muhakeme makamı olan hakime ait olup hakim sanki bir kapı denetçisi gibi delilin kabul edilirliliği öncesinde denetimi yapacaktır⁷⁷.

⁷² Delilin bilimsel olması ile bilimsel delil kavramlarını birbirinden ayrı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Delilin bilimsel olması, her bir delil açısından olmazsa olmaz bir koşul olmasına rağmen bilimsel delil delilin değerlendirilmesi sürecine atfen kullanılan bir kavramdır. **Değirmenci**, s. 117.

⁷³ Kubilay **Say**, *Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması Ve Laboratuvarda İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2006, s. 16.

⁷⁴ Gürkan **Özocak**, "Ceza Muhakemesinde Elektronik Delillerin Tespiti", İzmir 2. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı 17-19 Kasım 2011, Bildiriler Kitabı, (Editörler: Tekin Memiş, Ahmet Koltuksuz, Mine Akkan), s. 118.

⁷⁵ **Değirmenci**, s. 117; Barış **Toraman**, "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, Eylül 2013, s. 126 dn. 84.

⁷⁶ **Değirmenci**, s. 118.

⁷⁷ **Değirmenci**, s. 118. Muhakeme öncesinde gerçekleştirilen ve *Daubert Duruşması* olarak adlandırılan duruşmada hakim, delilin elde edilmesinde kullanılan teori ve yöntemin test edildiği ya da edilebildiğini; aynı meslekten olanların gözden geçirmelerine ya da yayımlarına konu olup olmadığını; bilinen ya da potansiyel hata oranları ve teorisinin işleyişini kontrol eden standartların olup olmadığını; ilgili bilimsel topluluğun teori ve yöntemi ne ölçüde ka-

III. ELEKTRONİK DELİL KAVRAMI

Elektronik delil, elektronik bir cihaz üzerinde saklanabilen veya bu cihazlar aracılığıyla iletilebilen muhakeme bakımından değeri olan bilgi ya da verilerdir⁷⁸. Bu tanım isabetli olarak elektronik delillerin bulunabileceği yerler ile iletimde ve muhakeme sürecinde kullanılabilir olmayı esas almaktadır. Nitekim elektronik ortamda muhafaza edilen bilgiler muhakeme konusu maddi olayla ilgili ve güvenilir olduğu hallerde⁷⁹ e-delil olarak kabul edilecektir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki çalışmamızda genellikle birbirlerinin yerine ikame edilen dijital (sayısal) delil kavramı yerine elektronik delil kavramının tercih edilmesinin sebebi, bu kavramın dijital (sayısal) delilleri de kapsayan üst bir konsept olmasıdır. Dijital (sayısal) deliller, sayıları esas alan yöntemlerle çalışan elektronik cihazlarda muhafaza edilen ve bu cihazlar kullanılarak oluşturulan delillerdir. Elektronik ise elektronların hareketlerini esas alan ve bu hareketlere uygun devreler yapılmasıyla ilgilenmektedir. Elektronik alanında cihazlar analog (örneksel) elektronik ve dijital (sayısal) elektronik cihazlar olmak üzere

bul ettiğini göz önünde bulunduracaktır. "Yargılamada Birlikçilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Nihai Taslak", Dünya Bankası, 30 Haziran 2010, s. 56. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/> Erişim Tarihi: 20.01.2015

⁷⁸ Keser Berber, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, s. 46; Özocak, s. 114; Değirmenci, s. 127; Osman Gazi Ünal, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 16.

⁷⁹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 09.10.2013 tarih, E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı kararında dijital deliller ile ilgili olarak "Dijital delillerin yapısı gereği manipülasyona açık olduğu bilinmektedir. Diğer delil türlerine göre özellik arz eden bazı yönleri olmakla birlikte dijital deliller de sonuçta deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği, delil serbestisinin benimsendiği ceza muhakemesi sistemimizde bir ispat aracıdır. İspat aracı olan delilin değerlendirilmesinde, ceza muhakemesi hukukunda bir delil için öngörülen nitelikleri taşıyıp taşımadığı nazara alınıp, genel olarak; somut olayın özellikleri, yüklenen suçun işleniş biçimi, dosyadaki diğer deliller gibi hususlar gözetilip, özel olarak da; delilin temsil ettiği olayın niteliği, ele geçiriliş yeri, şekli ve zamanı, bu delilin sair karakteristik özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Dijital deliller de, kimyasal, biyolojik ve benzeri diğer tüm deliller gibi sanıklar ya da başkaları tarafından çeşitli şekillerde gizlenmeye, değiştirilmeye, bozulmaya elverişlidir. Sanıklar veya başkaları tarafından delillerin yok edilme, silinme, gizlenme, değiştirilme veya bozulmak istenmesi o kadar olağandır ki; yasa koyucu maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından büyük bir tehlike oluşturan bu fiilleri ayrı bir suç olarak veya nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak, dijital delillerin değiştirilebilme kolaylığı ve sanal oluşundan hareketle hükme esas alınamayacak olduğunun ileri sürülmesi delil olgusuna aykırıdır. Kaldı ki, dijital deliller Türk ceza muhakemesi sisteminde ilk kez bu dava ile gündeme gelmiş olmayıp, geçmişte de pek çok davada tartışılmış ve hükme esas alınmıştır." ifadelerine yer verilmektedir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 20.01.2015

ikili bir gruplandırma ile ele alınmaktadır. Böylece elektronik kavramı dijital (sayısal) kavramını da içine alan bir üst kavramı karşılamakta olup biz de bu görüş taraftarlarına iştirak etmekteyiz⁸⁰.

Elektronik delillerin gözle görülemez, gizli (latent) yapıları elde edilme ve değerlendirilme süreçlerinde çeşitli cihazlar ve ölçü aletlerinin kullanılmasını gerektirmektedir⁸¹. Çünkü genellikle makine dili ile kodlanmış olan bilgiler yine bir makine tarafından yorumlanmayı gerekli kılmaktadır⁸². Donanım ve yazılımdan oluşan bu vasıtalar sayesinde elektronik ortamda yer alan bilgiler bilgisayar çıktısı ya da ekran çıktısı şeklinde beş duyu organımızla algılanabilecek niteliğe kavuşmakta ve muhakeme makamı tarafından temas edilebilir hale gelmektedir⁸³. Burada önem arz eden husus, elektronik delillerin klasik delillerden farklı olarak soyut bir yapıya sahip olmaları sebebiyle delil niteliğini haiz olan bilginin bilgisayar ya da ekran çıktısı değil, elektronik ortamdaki bilginin kendisidir⁸⁴. Bu bakımdan doktrinde tartışmalara neden olan üst bilgiler (metadata) kavramı da açıklığa kavuşmaktadır. Zira bilginin kaynağını gösteren bilgi olarak tanımlanabilecek üst bilgiler de e-delilin bilgisayar ya da ekran çıktısı olarak değil, elektronik ortamdaki bilginin kendisi şeklinde kabul edildiği bir durumda e-delil kapsamında mütalaa edilecektir. Delil türleri başlığı altında da ifade edeceğimiz üzere e-delillerin manipülasyona açıklığı ve yüzde yüz güvenilir olmaması sebebiyle delil başlangıcı olduğu yönündeki görüşe iştirak etmemekteyiz⁸⁵. Nitekim e-deliller bazen bir saldırı olayını kaydeden elektronik kameradaki bilgiler gibi doğrudan delil; bilgisayara hukuka aykırı erişim suçunda erişilen bilgisayarda bulunan elektronik izlerde olduğu

⁸⁰ **Değirmenci**, s. 127; Ünal, s. 16; Ali **Karagülmez**, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma evreleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.33.

⁸¹ **Özocak**, s. 114.

⁸² **Say**, s. 29.

⁸³ **Değirmenci**, s. 132; **Özkan**, "Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği", s. 268.

⁸⁴ Bu durum bizi muhakeme açısından esas delil niteliğini haiz olanın, donanım ya da yazılım vasıtalarının kendisinin değil, içerisinde bulunan elektronik nitelikteki bilginin olduğu sonucuna da götürecektir. Bkz. aynı yönde **Özocak**, s. 114.

⁸⁵ Veli **Özer Özbek**, "Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği Ve Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 59, Sayı 1-2, Yıl 2001, s. 186; **Özkan**, "Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği", s. 269.

gibi dolayısıyla delil olma niteliğini haizdir⁸⁶.

Elektronik delillerin hassas bir yapıya sahip olması nedeniyle olay yerinde tespiti ve toplanmasında birtakım kurallara uyulmasını gerekli kılmaktadır. Aksi durum e-delilin kaybı ya da tahrif edilmesi ile sonuçlanabilecektir⁸⁷. Bu bakımdan e-delili elde eden ve çözümleyen mercilerin farklı kişilerden oluşması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁸. Kanaatimizce burada özellik arz eden husus, delillerin muhakeme konusu maddi olayı temsil edici niteliğinin bulunması gerektiği koşulu karşısında e-delilin elde edilme, değerlendirilme ve muhakemeye sunulma aşamalarında doğruluğunun sağlanabilmesi ve bilgilerin değiştirilmemesi için sistem ve dosya bütünlüğünün sağlanmasıdır. Bu yaklaşım ise e-delillerin doğrulanması, sistem ve dosyanın tamamen incelenmesi ve bir e-postanın doğruluğunun hizmet sağlayıcılarından teyidi gibi diğer bir kaynaktan teyit edilerek gerçekleştirilecektir⁸⁹.

IV. DELİL TÜRLERİ VE DELİL TÜRÜ OLARAK ELEKTRONİK DELİL

Doktrinde deliller çok farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. En eski ve geleneksel ayırım delillerin temsil ediciliği bakımından yapılmakta olup genel nitelikte deliller ve özel nitelikte deliller ayırımıdır⁹⁰. Bunlardan ilki yalnızca ispat edilecek hususu değil, o hususu da dahil olmak üzere, başka hususları da ispat edebilecek delillerdir. Genel nitelikleri dolayısıyla bu delillerin muhakemede kullanılabilmesi için maddi olayı temsil edip etmedikleri araştırılmaktadır. İkincisi ise yalnızca ispat edilecek olayı doğrudan doğruya ispat eden delillerdir. Bu deliller genellikle ilkinde belirti, ikincisinde beyan ve belge şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bir başka ayırmada da deliller, değerleri bakımından sınıflandırılmaya tabi tutulmakta ve doğrudan doğruya delil ve dolaylı (dolayısı ile) delil şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre mahkemenin hükümle çözmesi

⁸⁶ **Değirmenci**, s. 130. Güney Amerika'da bilgisayarın bir kişi tarafından işletilmesi suretiyle elektronik delilin oluşturulması halinde bunun *belge delili* niteliğini haiz olduğu ifade edilmiştir.

⁸⁷ **Yetim**, s. 1207. Mesela, Microsoft Windows işletim sisteminin açılması dört milyondan fazla karakterin değişmesine ve delilin tahrifine sebep olabilir. **Değirmenci**, s. 134.

⁸⁸ **Özkan**, "Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği", s. 269.

⁸⁹ **Uzunay ve Koçak**, s.6; **Değirmenci**, s. 134.

⁹⁰ **Kunter, Yenisey ve Nuhoglu**, s. 1344; **Toroslu ve Feyzioğlu**, s.175.

gereken asıl olayı ispatlayan deliller doğrudan doğruya; hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan deliller ise dolaylı delil olarak nitelendirilmektedir⁹¹. Bizim de benimsediğimiz ve çoğunlukça kabul edilen ve delillerin içerikleri bakımından yapılan ayrıma göre deliller beyan, belge ve belirti delilleri olarak tasnif edilmektedir⁹². Buna göre beyan delilleri tanık beyanı, sanık beyanı ve tanık ve sanıktan başka kişilerin beyanı olarak üçe ayrılırken, belge delilleri yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olarak üçe ayrılmaktadır. Belirti delilleri ise doğal ve suni belirtiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹³.

Muhakemeye konu olayın maddi yönüne ilişkin yapılan açıklamalar beyan delilini oluşturur. Bu açıklamalar sanığa, suçtan zarar görene ya da tanığa ait olabilecektir. Yaşadığımız çağda olayların kriminalistik bilimi yardımıyla çözülmesi söz konusu ise de sanık ve tanık beyanı gibi deliller özellikle suçun manevi unsurunun belirlenmesi ve nihayetinde maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önem arz etmektedir⁹⁴.

Belge delilleri ise somut bir olayı temsil eden insan ürünü olan ispat vasıtalarıdır. Belgeler yazılı açıklamalar şeklinde olabileceği gibi ses veya görüntü kaydeden araçlarla yapılan açıklamalar şeklinde de olabilir. CD, film şeridi, plak, kaset gibi ses ve görüntü, fotoğraf, kroki gibi şekil taşıyan araçların gerçekten bir belge delili mi yoksa keşfe konu teşkil eden yapay bir belirti mi olduğu doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, ifade alma esnasında şüphelinin rızası alındıktan sonra yapılan bant kayıtlarının (CMK m.147/1-h) belge niteliğini haiz olduğu kanısındadır⁹⁵. Buna karşın bizim de iştirak ettiğimiz Centel ve Zafer'in görüşüne göre kanunda (CMK m.214, 215) bir belgenin okunmasından söz edildiği için, bu kavram dar yo-

⁹¹ Centel ve Zafer, s. 212; Ünver ve Hakeri, s. 601; Bıçak, s. 430.

⁹² Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1345; Ünver ve Hakeri, s. 602; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 659.

⁹³ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 1344.

⁹⁴ Bununla birlikte bir açıklamanın beyan delili olarak kabulü bunun muhakeme makamları önünde sözlü olarak yapılmasını gerektirir. Zira soruşturma evresinde savcı veya kolluk önünde yapılan sözlü açıklamalara ifade denilmekte olup bunların tutanağa geçirilmesi halinde belge vasfına kavuşmaktadır. Koca, s. 216.

⁹⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 918.

rumlanırsa okuma dışında görülmek ve dinlenmek şeklinde içeriği öğrenilen teknik vasıtaları belge delili olarak değil, keşfe konu belirti olarak nitelendirmek gerekecektir⁹⁶. Bu sebeple teknik olarak güvenilir oldukları kabul edilen ve kişinin özel hayatının⁹⁷ çekirdek alanını ihlal etmeden elde edilen bant kayıtları keşfe konu belirti delili olarak kabul edilebilecektir⁹⁸.

Belirti delilleri olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir. Failin iradesi haricinde olaydan arda kalan mesela tabanca üzerindeki izler ve olay yerindeki ayak izleri gibi iz ve eserlere tabii (doğal) belirti denir. Failin iradesiyle ya da bir insan tarafından belirli bir amaçla hazırlanmış olan mesela olay yerinde bulunan düğme, tabanca, bıçak gibi nesnelere ise suni (yapay) belirti denir⁹⁹. Olaydan geriye kalan mesela kan, sperm, tükürük, parmak izi, sigara izmariti, saç, elbise parçası, ayak izleri, fren izleri gibi belirtiler iyi toplanıp tahlil edildiğinde olayın aydınlatılmasında çok önemli rol oynayabilmektedir¹⁰⁰. İz, belirti bilimi olarak da adlandırılan kriminalistik biliminin verilerine göre belirti delilleri değerlendirilmekte ve bu bilim sayesinde Almanya ve Danimarka gibi medeni ülkelerin büyük ölçüde bilimsel delil aşamasına geçtiği ifade edilmektedir¹⁰¹.

Delil türlerine ilişkin olarak yapılan bu açıklamalardan sonra öncelikle ifade etmek isteriz ki elektronik deliller klasik delillere nazaran özellikler taşımasına rağmen bir delil türü olmayıp, bir delil şeklidir. Tam da arz ettiği bu nitelikleri gereği elektronik delillerin, temsil ediciliği bakımından genel nitelikte veya özel nitelikte; değerleri bakımından doğrudan doğruya veya dolaylı; içerikleri

⁹⁶ **Centel ve Zafer**, s. 258. Aksi yönde bkz. Cumhuriyet **Şahin** ve Neslihan **Göktürk**, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 46; **Değirmenci**, s. 125. Yazarlar kanunda yer alan belgenin okunması ifadesinin sözlük anlamı olarak değil, delilin mahiyetine en uygun yolla belge delilinden bilgi edinilmesini ifade ettiği görüşündedir.

⁹⁷ Gelişen teknoloji bağlamında artık özel yaşamın özel bir türü olarak *dijital özel hayat* kavramının yerleştiği, hayatın giderek artan bir biçimde elektronik haberleşmeler yoluyla yönlendirildiği ve elektronik haberleşme araçlarının günlük hayatın vazgeçilmez unsurları haline geldiği ifade edilmektedir. **Birtek**, s. 20.

⁹⁸ **Koca**, s. 218.

⁹⁹ Nurullah **Kunter** ve Feridun **Yenisey**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 2005 Eki*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005, s.227.

¹⁰⁰ **Centel ve Zafer**, s. 261; **Koca**, s. 219.

¹⁰¹ **Öztürk, Tezcan, Erdem** vd., s. 331.

bakımından belge veya belirti delilleri olarak nitelendirilmesi mümkündür¹⁰². Bu bakımdan kanaatimizce e-delillerin delil türleri arasındaki yerinin belirlenmesine nazaran güvenilirliği, doğruluğu ve bütünlüğünün sağlanarak muhakeme karşısına getirilmesi birincil önem arz etmektedir. Zira yaşadığımız çağda teknolojiye gelinen bu noktada hukuka uygun olarak elde edilen ve adli bilişim uzmanı tarafından çözümlenerek muhakeme önüne getirilen e-delillerin muhakemede delil olarak kullanılacağı hususunda doktrin ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır. Gerçekten de e-delillerin hukuka uygun olarak elde edildiği ve içeriklerinin de gerçeği yansıttığı dolayısıyla taklit ve tahrif edilmediği kesin olarak muhakeme makamları tarafından anlaşıldıktan sonra tek başına delil olarak kullanılmaları ve hükme esas alınmalarında bir sakınca olmadığını düşünmekteyiz. Aksi bir durumda bu şartları taşımayan elektronik ortamda bulunan bilgilerin belirti delili olarak bile kullanılması mümkün olmayacaktır.

V. ELEKTRONİK DELİLİN BULUNACAĞI YERLER

Elektronik delilleri klasik delillerden ayıran özelliklerinden birisi de elde edilebilmelerinin muhakkak surette bir elektronik ortamda bulunmalarını gerektirmesidir¹⁰³. Bu bakımdan elektronik delillerin elde edilmesi ve çözümlenmesi süreci elektronik ortamda bulunan verilerin uzman kişiler tarafından bir takım teori ve teknikler kullanılarak gerçekleştirilmektedir¹⁰⁴. Bu sebeptendir ki elektronik delillerin ceza muhakemesinde kullanılması tartışmalarında taklit ve tahrif edilebilir niteliğine vurgu yapılmaktadır.

Elde edilme ve değerlendirme süreçleri hassas nitelikte olan elektronik delillere teknolojinin hızlı gelişimine bağlı olarak çok çeşitli ortamlarda rastlanabilmekte ve bu teknolojik yenilikler insanların elektronik ortamlarda muha-

¹⁰² **Değirmenci**, s. 130. Yazar, elektronik ortam kavramı kapsamına girebilecek sayısız örnek bulunduğunu ifade ettikten sonra mikrodalga fırınların içerisinde bulunan işlemciler sayesinde internet üzerinden bilgi indirebildiğini, bazı ev aletlerinin kablosuz ağ ya da internet üzerinden programlanabildiğini ifade etmektedir. Yine bir kasten yangın çıkarma (kundaklama) olayında, mikrodalga fırından elde edilen e-delillerle olayın çözüldüğünü ve mikrodalga fırının belirli bir saatte yangını başlatmak için kullanıldığının aktarmaktadır.

¹⁰³ **Özocak**, s. 114.

¹⁰⁴ **Keser Berber**, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, s. 37 vd.

faza ettikleri bilgileri depolamadaki alışmışlıklarını sürekli değişime uğratmaktadır. Önceleri kişiler tarafından sabit diskler gibi bilgisayarda bulunan veri saklama birimlerinde tutulan bilgiler, sonrasında taşınabilir bilişim sistemlerinin hayatımıza girmesi ile her zaman erişebilir olmasını istediğimiz bilgiler akıllı telefonlar ve taşınabilir bilgisayarlar gibi taşınabilir aletlerde tutulmaya başlamıştır. Gelineen noktada taşınabilir sistemlerin kapasitelerindeki yetersizlikler nedeniyle ve kişilerin taşımak istediği bilginin de çoğalması sonrasında bir ağa ulaşmak koşulu ile bilgilerini ortak sunumcu bilgisayarlarda depolama imkanı olarak bulut bilişim sistemleri kullanılmaktadır¹⁰⁵. Elektronik deliller saklanma biçimlerine göre iki farklı hafızada bulunmaktadır¹⁰⁶. Birincil olarak sabit diskler, CD'ler ve taşınabilir hafızalar gibi elektronik delillerin kalıcı olarak saklandığı hafızalar bulunmaktadır. İkincil olarak ise ağ sunumcuları, geçici depolama birimleri, ram hafızalar gibi elektronik delillerin geçici olarak depolandığı birimler söz konusudur¹⁰⁷.

Konumuz dahilinde sunduğu imkanlarla bilişim teknolojisinin geldiği noktayı ifade eden bulut bilişim kavramına bulut bilişim üzerinde işlenen bilişim suçlarının yaygınlaşması ve bulut bilişim üzerinde yapılan suç soruşturmalarının önemi nedeniyle yer vermek istemekteyiz. Değişik biçimlerde anlaşılan bulut bilişim (cloud computing), ölçeklenebilir ve elastiki bilgi teknolojileri imkanlarının birden fazla kullanıcıya sanallaştırılmış bir ortamda internet teknolojileri kullanılmak suretiyle bir hizmet olarak sağlanması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁸. Burada ölçeklenebilir kavramı, işlem ve depolama kapasitelerinin kullanıcının ihtiyaçlarına uygun olarak arz edilmesi; elastiki kavramı ise taleplerde oluşan değişikliklere ani olarak cevap verebilme imkanı olarak kullanılmaktadır¹⁰⁹.

Bulut bilişimin bazı karakteristik özellikleri bulunmaktadır. Sanallaştırma;

¹⁰⁵ **Değirmenci**, s. 141.

¹⁰⁶ **Değirmenci**, s. 142.

¹⁰⁷ **Ünal**, s. 31.

¹⁰⁸ **Değirmenci**, s. 156; Türkay **Henkoğlu** ve Özgür **Külcü**, "Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler ve Hukuksal Koşullar Üzerine Bir İnceleme", Bilgi Dünyası Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2013, s. 64; Onur **Sevli** ve Uğur **Küçüksille**, "Bulut Ortamında Adli Bilişim", 6. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, Ankara 20-21 Eylül 2013, s. 268.

¹⁰⁹ **Sevli** ve **Küçüksille**, s. 269.

fiziksel bir kaynağı, ihtiyaçlar doğrultusunda, istenilen sayıda mantıksal parçaya bölerek toplam sunucu verimliliğini optimize hale getirmeye yönelik bir teknolojik özelliği göstermektedir. Bulut mimarisinde bir bilgi merkezinin tek bir fiziksel altyapısı, sanallaştırma teknolojisi ile çok sayıda sanal sistem haline getirilip, her bir sistem farklı kullanıcılara hizmet olarak sunulabilmektedir¹¹⁰. Yine bulut bilişim platformları, kullanıcıların talepleri doğrultusunda var olan altyapıya yeni hizmet ve kaynakların eklenebilmesine imkan sunmaktadır. Söz konusu yeni kaynak sisteme son derece hızlı olarak eklenip, kullanıma hazır hale getirilmektedir. Dolayısıyla kullanıcı hizmet zamanı ve ağ üzerinde depolanan bilginin boyutu gibi bilişim kapasitelerini tek taraflı olarak kullanabilmekte ve bu sürece herhangi bir insan müdahalesine gerek duyulmamaktadır¹¹¹.

Bulut bilişim servisleri, kullanıcılarına kabul edilen üç genel hizmet dağıtım modeli sunmaktadır. Bunlardan ilki bulut bilişim servisi tarafından sağlanan ve e-posta hizmeti gibi uygulamaları kullanıcının hizmetine sunan Saas (Servis Olarak Yazılım); ikincisi kullanıcıların kendi oluşturdukları özel uygulamaları kullanmalarını sağlayan PaaS (Servis Olarak Platform); veri işlemcisi ve depolama hizmetini içeren IaaS (Servis Olarak Altyapı)'tır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki bulut bilişim sisteminde elektronik delil olarak kullanılacak bilgiler, kullanıcı tarafından yüklenen ya da bulutta programlar üzerinde işlenen bilgiler olabilecektir. Bu bakımdan bulut bilişimi kullanan kullanıcıya ait yerel bilgisayarın ağ geçmişi ya da ağ tarayıcısı önbelleğinde yer alan bilgilerden yararlanabilecektir. Bu bilgiler; dosya ismi, ilgili bulut kullanıcı ismi, dosyanın oluşturulduğu zaman, dosyanın son güncellendiği zaman, bulut adresi (cloud path), dosyanın kapasitesi ve MD5 değeri olabilecektir¹¹².

Bulut bilişim teknolojileri konusunda elektronik delillerin taşınması gereken özellikler bağlamında bir değerlendirme yapacak olursak; bulut sistem bilgilerinin sanal ortamda bulunması, değişik kişi ve kurumlara ait bilgilerin aynı ortamda şifreli olarak bulunması ve fakat bu konuda nasıl bir yol izleneceğine

¹¹⁰ Sevli ve Küçükşille, s. 269.

¹¹¹ Değirmenci, s. 157.

¹¹² Jason S. Hale, *Amazon Cloud Drive Forensic Analysis*, Digital Investigation, Vol. 10, 2013 s. 261 vd. Aktaran: Değirmenci, s. 159.

ilişkin hukuki düzenlemelerin bulunmaması ve sitsem yöneticilerinin bilgilerine her an müdahale imkanının bulunması burada yer alan ve e-delil olarak kullanılacak bilgilerin taklit ve tahrife açıklığına ve bunların güvenilirliği konusunda şüphelerin artmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca e-delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi esnasında aynı ortamda bulunan ancak muhakeme konusu maddi olaya ilişkin olmayan bilgilerin açık hale gelmesine sebebiyet verecektir. Yine kullanıcılar tarafından bulut üzerinde silinen bilgilerin tam olarak silinip silinmediği kullanılan sistemin özelliğine göre geri dönüşümünün mümkün olup olmadığı kesin olarak bilinmemektedir¹¹³. Bu durumlar kişisel verilerin gizliliği ve korunması konusunda hizmet sunumcuları ile kullanıcılar arasında hukuki ihtilaflara sebebiyet vereceği gibi delil ve ispat hukuku bakımından da karakteristiğinde hassasiyet barındıran e-delillerin güvenilirliğini etkilemekte olup ceza muhakemesinde kullanılabilme, hükme esas alınma ve dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşılması yönünde engel teşkil etmektedir.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) tarafından 2015 yılına gelindiğinde dünya genelinde internet kullanıcı sayısının üç milyara ulaşacağı tahmin edilmektedir¹¹⁴. Her yıl yüz yetmiş milyon kişinin üye olduğu bir milyar iki yüz elli milyon aktif kullanıcı sayısına ulaşan Facebook'un da büyüme oranlarını devam ettirmesi halinde 2015 yılında Çin nüfusunu geçeceği dillendirilmektedir¹¹⁵. Yine sosyal medya olarak isimlendirilen Twitter, LinkedIn, YouTube, MySpace, Instagram ve WhatsApp gibi iletişim araçlarının da milyonlarca kullanıcıya sahip olduğu bilinmektedir¹¹⁶. Bu bilgiler göstermektedir ki teknoloji ve bilişim sistemleri bireysel ve toplumsal hayatta vazgeçilmez ve kaçınılmaz bir noktaya oturmuş bulunmaktadır. Hatta günümüz dünyasında *internet* kişiler tarafından elektrik, su ve kanalizasyon gibi temel insan hakları arasında algılanmaktadır¹¹⁷. Bu bakımdan bilişim teknolojilerinin

¹¹³ Henkoğlu ve Külcü, s. 72.

¹¹⁴ <http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/26456660.asp> Erişim Tarihi: 23.01.2015

¹¹⁵ <http://www.digitalage.com.tr/facebook-aktif-kullanici-sayisi-2015-yilinda-cin-nufusunu-gecebilir/> Erişim Tarihi: 23.01.2015

¹¹⁶ Zakir Avşar ve Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Yayın No: 270, İstanbul 2010, s.13.

¹¹⁷ Avşar ve Öngören, s. 13,14.

insan hayatındaki bu önemine paralel olarak e-delillerin ceza muhakemesi hukukunda gün geçtikçe artan bir önemi bulunmakta, üstelik geleceğin tek delil türünün e-deliller olacağı çoğunlukla ifade edilmektedir.

Her ne kadar kanunkoyucunun e-deliller konusunda hüküm tesis etmiş olmamasına karşın muhakeme makamları sürekli olarak e-delillerle karşı karşıya gelmektedir. Zira ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için muhakemeye konu maddi olayı ispata yarayan delillerin elde edilerek muhafaza altına alınması ve bütünlüklerinin korunarak muhakeme makamları önüne getirilmesi gerekmektedir. Bu süreçte kullanılacak koruma tedbirleri sebebiyle kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmesi gündeme gelmektedir. E-delillerin elde edilmesi işleminde kişisel verilerin korunması, düşünce açıklama ve yayma hürriyeti, haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği gibi birtakım hak ve hürriyetlere müdahale edilmektedir. Bu bakımdan maddi olaya ilişkin e-delillerin bütünüyle ve doğru olarak elde edilmesi ayrıca elde edilen bilgilerin hukuka ve usullere uygun olarak elde edilmesinin sağlanmasına yönelik öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere kanuni düzenlemelerin sürekli değişen ve gelişen teknolojinin ihtiyaçları göz önüne alınarak yapılması gerekmektedir. Böylece e-delillerin özellikleri gereği taklit ve tahrife açık yapıları sebebiyle doğruluğu, güvenilirliği ve bilimsel olması konusundaki şüpheler en aza indirgenmiş olacaktır.

Yine e-deliller, hassas yapıları nedeniyle elde edilmelerinden çözümlenmelerine ve muhakeme makamları önüne getirilmelerine kadar geçen süreçte bütünlükleri ve güvenilirliği konusunda hukuka uygun olarak elde edilmiş delil olarak kabul edilebilmeleri için uzman bilirkişi incelemesi önemli bir rol oynamaktadır. Burada görev alan adli bilişim uzmanlarının ilgili alanda yeterli bilgi düzeyine sahip ve bunu belgelendirebilir kişiler arasından seçilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada e-delillerin muhakeme makamlarınca kabul edilmesi ve değerlendirilerek hükme esas alınmalarında dikkatli davranılması, uzman raporlarının bilimselliğin test edilmesi, varılan sonuçlara hangi teknikler kullanılarak ulaşıldığı ve bunun ilgili bilimsel topluluk tarafından genel kabul gören bir teknik olup olmadığı araştırılmalıdır. Tüm bu incelemeler sonrasında elde edilen muhakemeye konu maddi olayı temsil eden, hukuka uygun, güvenilir

ve bilimsel olduğu hususunda şüphe bulunmayan e-delillerin tek başına delil olarak kabul edilerek hükme esas alınmasında kanaatimizce bir mahzur bulunmamaktadır. Zira bu noktada akıldan çıkarılmaması gereken husus kanun-koyucu tarafından normatif bir düzenleme yapıncaya değin e-delillerin bir delil türü olarak değil, delil elde etme şekli olarak kabul edilmesi gereğidir. Böylece hukuka aykırı yasak yollarla elde edilen delillerin muhakemeye kabul edilmemesinde olduğu üzere adli bilişim uzmanlarınca doğrulanmamış ve kabul edilebilirliğe ilişkin koşulları sağlamayan elektronik ortamdaki bilgilerin hukuka aykırı olması sebebiyle ceza muhakemesinde hükmün tesisinde kullanılamayacağı sonucuna ulaşılabilecek; hukuki ve bilimsel olarak elde edilmiş bir e-delilin salt elektronik ortamda bulunması sebebiyle kabul edilmemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Avşar, Zakir ve Gürsel **Öngören**, *Bilişim Hukuku*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Yayın No: 270, İstanbul 2010.

Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Birtek, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Centel, Nur ve Hamide **Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

Değirmenci, Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Demirbaş, Timur, *Saniğın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:71, İzmir 1996.

Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Dülger, Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Erem, Faruk, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara 1986.

Eryılmaz, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Göksu, Mustafa, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 Sayılı HUMK ve 6100 Sayılı HMK Çerçevesinde)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Hale, Jason S., *Amazon Cloud Drive Forensic Analysis*, Digital Investigation, Vol. 10, 2013.

Henkoğlu, Türkey ve Özgür **Külcü**, “Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler ve Hukuksal Koşullar Üzerine Bir İnceleme”, *Bilgi Dünyası Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2013.

Jones, Nigel, Esther **George**, Kasım **Karagöz** vd., “*Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi*” *Bilişim Suçları Eğitim Modülü*, Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi Yayını, Ankara.

Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü İkinci Kitap Muhakeme Usulü*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1946.

Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Karakehya, Hakan, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı: 10, Haziran 2006.

Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Keser Berber, Leyla, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Keser Berber, Leyla, “İmzalıyorum O Halde Varım Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2000, Sayı 2.

Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006.

Kunter, Nurullah, Feridun **Yenisey** ve Ayşe **Nuhoğlu**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010.

Kunter, Nurullah ve Feridun **Yenisey**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 2005 Eki*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005.

Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1986.

Kurt, Levent, *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

Özbek, Veli Özer, “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği Ve Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 59, Sayı 1-2, Yıl 2001.

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan** vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan** vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Özkan, Halid, *Sorularla Açıklamalı İçtihatlı Bilişim Hukuku Mevzuatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Özkan, Halid, “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15**, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Özocak, Gürkan, “Ceza Muhakemesinde Elektronik Delillerin Tespiti”, **İzmir 2. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı 17-19 Kasım 2011, Bildiriler Kitabı**, (Editörler: Tekin Memiş, Ahmet Koltuksuz, Mine Akkan).

Öztürk, Bahri, Durmuş **Tezcan**, Mustafa Ruhan **Erdem** vd., *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Sarsıkoğlu, Şenel, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı), **Cilt VIII, Sayı 2, Yıl 2013**.

Sarsıkoğlu, Şenel, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Say, Kubilay, *Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması Ve Laboratuvarda İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2006.

Sevli, Onur ve Uğur **Küçüksille**, “Bulut Ortamında Adli Bilişim”, **6. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı**, Ankara 20-21 Eylül 2013.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Şahbaz, İbrahim, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Şahin, Cumhuriyet ve Neslihan **Göktürk**, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan **Erdem** ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

Toraman, Barış, “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, Eylül 2013**.

Toroslu, Nevzat ve Metin **Feyzioğlu**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I Genel Kısım*, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.

Uzunay, Yusuf ve Mustafa **Koçak**, “Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller”, **Akademik Bilişim Konferansları Bildiri Metni, Gaziantep 2-4 Şubat 2005.**

Ünal, Osman Gazi, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Ve Elkoyma*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Ünver, Yener ve Hakan **Hakeri**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006.**

Ünver, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 32, Ağustos 2005.**

Yetim, Servet, “Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri”, **İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 2008, Cilt 82, Sayı 3.**

Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://cas.adalet.gov.tr>

<http://www.abgm.adalet.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.suchukuku.com>

<http://www.tk.gov.tr>

<http://genchukukcular.org>

<http://www.muharrembalci.com>

<http://www.ubhk.org.tr>

<http://www.bilisimdergisi.org>

<http://www.barobirlik.org.tr>

<http://www.eskisehirbarosu.org.tr>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.kanunum.com>

<http://www.hukuklink.com>

<http://www.hukukkaynaklari.com>

KİŞİNİN HATIRASINA HAKARET

An insult to a Person's Memories

Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM*

ÖZET

Bireyler doğumdan ölüme kadarki süreçte belli bir saygınlığa sahiptirler. Bu saygınlık öldükten sonra geride bıraktığı hatırası üzerinde devam eder. İşte bu alan, yapılacak hakaretimiz fiillere karşı hem 2005 öncesi hem de sonrasında kanuni düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Kanuni düzenleme ile kişi hürriyetleri arasında yer verilen kişinin hatırasına hakaret suçu seçimsiz hareketli bir suçtur. Gıyapta ölünün hatırasına hakaret, tamamen ya da kısmen ceset veya kemiklerin alınması veya bunlar üzerinde tahkir edici fiillerde bulunulması seçimsiz hareketleri oluşturmaktadır. Yine bu suçun kovuşturulması şikayete tabi olduğu için şikayet kurumunun nasıl işletileceği sorunu da açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakaret, ceset, şerefe karşı suçlar, ölünün hatırası, tahkir.

ABSTRACT

Individuals have respectability from birth and until their's death in the process. This respectability continues on the memories they left behind after death. Here this area has been protected against insulting acts by legislation regulations both before 2005 and after. With these legal regulations, insult the memory of dead which is in the chapter of individuals freedoms is an alternative moving offense. Insult the memory of person in absentia, receiving totally or partly of the body or bone else, abusive acts on these constitute alternative acts. Again, due to the prosecution of these crimes are subject to complaint, the problem of how to run institution of complaints will be tried to be explained.

Key Words: Insult, corpse, crimes against dignity, memory of the dead, affront.



* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi, vakkasyegrim@gmail.com

I. GENEL OLARAK

İnsanlar doğar büyürler ve ölürler. İnsanlara yaşadıkları süre boyunca gösterilen saygı, öldükten sonra da gösterilmektedir. Bundan dolayı kişilerin öldükten sonra gerek bedenlerine ve gerekse hatıralarına yönelik bir kısım eylemler gerek adli ve gerekse idari yaptırımlar ile karşılanmaktadır.

Ölen kimselerin saygınlığına yönelik olarak icra edilen tahkir edici fiilleri genel olarak iki başlık altında toplamak mümkündür. İlk olarak ölümlere saygı duyulmasının gerektiğini ve bunun ihlalinin din aleyhine işlenen suçlar bölümünde düzenlendiği sistem olarak karşımıza çıkmaktadır¹. İkinci sistem ise, ülkemizdeki düzenlemede yer aldığı gibi kişilere karşı işlenen suçlar kısmında şerefe karşı suçlar arasında düzenlenen sistemdir.

Kişinin hatırasına hakaret, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın şerefe karşı suçlar başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenmiştir. Anılan suçun Türk Ceza Kanunu'nun "*kişinin hatırasına hakaret*" başlığını taşıyan 130. maddesinde düzenlendiğini görmekteyiz. Mülga Türk Ceza Kanunu'nda bu suç "*hürriyet aleyhine işlenen suçlar*" arasında yer almakta idi.

Çalışmamızda, bu suç tipi tanımlanacak, suç tipine ilişkin olarak doktrindeki farklı görüşlere değinilecek ve Yargı kararlarına yer verilecektir.

II. KAVRAM

İnsan kişiliği sağ ve tam doğmakla başlar bu ifade Medeni Kanunumuzda da açıkça belirtilmektedir. Türk Medeni Kanununun 28. maddesinde, "*kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölüm ile sona erer*" ifadesi yer almaktadır. Gerçek kişiler sağ ve tam doğmak şartıyla kişilik kazanırlar ve ölümle bu kişilik sona erer. Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin bütünü üzerinde var olan haktır². Kişilik hakkı mutlak haklardan olduğu için herkese ileri sürülebilir, şahıs varlığı haklarındandır, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır, icra takibine konu oluşturmaz, zamanaşımı ve hak düşürücü süreye de

¹ Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s. 21.

² Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Denizli 2006, s. 71.

tabi değildir. Yine kişilik hakkı ölümle son bulur ve mirasçılara geçmez³. Kişiliğin korunması sadece maddi bütünlüğe ilişkin olmamakta, hürriyet, şeref ve haysiyet, isim, resim, sır çevresi şeklinde manevi bütünlüğe yönelik korumayı kapsamaktadır⁴. Ceset hak süjesi olarak kabul edilemez, hukuki manada bir eşya niteliğine da sahip değildir ve eşya gibi haklara da sahip olması mümkün değildir⁵. Ölenin cesedi eşya niteliğinde sayılmadığından dolayı kişilik hakkının da bir devamı şeklinde de kabul edilmemiştir. Cesede yapılan saldırı ölenin kişilik hakkından ziyade yakınlarının kişilik hakkına saldırı teşkil etmektedir⁶

Genel anlamda düşünülürse hakaret suçu ancak yaşayan kişilere karşı işlenebilen bir suç türüdür. Onur ve şeref kavramları ancak hayatta olan kişiler açısından söz konusu olmaktadır. Ölmüş bir kişi açısından bakılacak olursa, onur ve şeref kavramından bahsedilemeyeceğinden, ölmüş kişinin hatırasına hakarettten, saygısızlıktan söz edilmesi gerekecektir⁷.

5237 sayılı TCK ile ölünün sadece naaş ve kemiklerine karşı işlenen filler değil; aynı zamanda manevi varlığına, hatırasına yönelik olarak ve geride kalan yakınları açısından rencide edecek fiillerin de cezai yaptırım ile güvence altına alındığı görülmektedir⁸.

III. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Bir kişiye yapılan hakaret fiiliyle kişinin şeref, onur ve saygınlığa saldırıya uğramış kabul edilmektedir. Onur ve şeref kelimeleri birbirlerini tamamlayıcı niteliklere haizdir. Şeref bir kişinin kendisine karşı beslediği içsel değer, yani kişi kendi nitelikleri, özellikleri, meziyetleri hakkında yapmış olduğu düşünce ve değerlendirmeler iç şerefi oluştururken; başkalarının o kişi hakkında yapmış olduğu düşünce ve değerlendirmeler dış şerefi oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK ile hakarete yönelik suçlarda korunan hukuki yarar karma nitelik arz

³ Helvacı, s. 75-76.

⁴ Ayan, Mehmet/ Ayan, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2011, s. 72.

⁵ Akıntürk, Turgut/ Akipek, Jale, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümler Kişiler Hukuku, İstanbul 2007, s. 247.

⁶ Helvacı, s. 76.

⁷ Çetin, Erol, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçları, Ankara 2008, s. 152.

⁸ Tarhan, Emine Ülker, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Ankara 2007, s. 343.

etmekte yani hem iç hem de dış şeref koruma altına alınmış olmaktadır⁹.

Kişinin hatrasına hakaret suçunda korunmak istenilen hukuksal yarar, ölen kişiye ve onun ruhuna saygı duygusunun korunmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Zira artık kendilerini savunma olanağına dahi sahip olmayan ölülerin her türlü tecavüzdən korunmaları, insani, medeni ve sosyal bir görev olarak telakki edilmelidir. Bir ölüye yönelik yapılmış olan hakaretimiz fiiller, gerçekte ölmüş olan kişinin yakınlarını rencide etmesinden dolayı kanun koyucu suç ihdası yoluna gitmiştir¹⁰. Kişilik ölümle sona erdiği için korunan hukuki menfaat ölenin “şerefi” değil; ölenin manevi varlığı sayılan “hatırası”dır¹¹.

765 sayılı TCK’da bu suça göz attığımızda, bu suçun hürriyet aleyhine işlenen suçlar arasında yer alan *din hürriyetine karşı işlenen suçlar* kısmında yer verildiğini görmekteyiz. ETCK m. 178 hükmünde yer alan bu suçun, işlenen fiillerin din ve vicdan hürriyeti aleyhinde sayılması gerektiği hususu İtalya’da da tartışma konusu olmuştur. İsviçre Ceza Kanunu’nun 262. maddesinde de benzer fiiller “*ölülerin huzur ve sükûnuna tecavüz*” başlığı altında koruma altına alınmıştır¹².

Ölmüş kişiler de, insan onurunun geniş anlamda korunması gayesiyle ceza hukukunun himayesi altında bulunmaktadır. Ancak ölü, hem kişi hem de şey olarak nitelendirilemediğinden dolayı “*kişilere karşı suçlar*” arasında korunan hukuki değer olarak karşımıza çıkmaz. Ölülerine saygı gösteren toplumlar genellikle bu suç tipini “*din hürriyetine karşı suçlar*” başlığı içerisinde düzenleme yoluna gitmektedirler¹³.

İslam ceza hukukunda suçlar bakımından, had cezasını, kısas cezasını gerektiren suçlar ve bunun dışında kalan tazir cezasını gerektiren suçlar şeklinde üçlü bir sistem olduğu görülmektedir. İslam ceza hukukunda hakaretle ilgili olarak “*kazf*” suçunda rastlanılmaktadır. Hakaret ve sövme fiilleri tazir ceza-

⁹ Yaşar, Osman/ Gökcan, Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara 2014. s. 4113-4114.

¹⁰ Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 265.

¹¹ Kayaççek, Murat, Şerefe Karşı suçlar, Ankara 2008, s. 480.

¹² Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s. 25.

¹³ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 254.

sını gerektiren “kazf”i oluşturur¹⁴. Kazf “*namuslu kadınlara iftira atıp da dört şahid getirmeyen kimselere 80 kırbaç vurun. Onların şahitliğini artık hiç kabul etmeyin..(Nur; 24/4-5)*”. Kazf suçuna had cezasının uygulanabilmesi için dört şartın gerçekleşmesi gereklidir. Bu şartlar sağlanmazsa had cezası yerine tazir türünden cezalar verilecektir¹⁵. Ölünün hatırasına hakaretle ilgili Hz Peygamberin “Ölülere kötü söz söylemeyiniz” sözleriyle de bu tür fiilleri yasakladığı görülmektedir¹⁶. Yine islam ceza hukukunda ölümlerle cinsel münasebet türünden fiillerin zina sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Hanefi mezhebine göre bu hususta bu tür eylemlerin nefse hoş gelmeyen, hakir görülen ve normal olarak cinsel haz duyulmayan işler olduğunu belirterek had cezası yerine taziri gerektiren bir ceza verilmesi gerektiğini belirtmiş; diğer mezheplerse bunun zina olarak kabul edilerek had cezasının uygulanması gerektiği görüşünü savunmuşlardır¹⁷.

Mülga TCK m. 178 ile *din ile* ölümlere saygı arasında bir ilişki kurulduğu görülmekte ve korunan hukuksal yarar açısından da ölümlere karşı duyulması gereken saygı hissinin dinsel nitelik taşıdığı düşüncesinin hakim olduğu görülmektedir. Buna karşılık TCK’de bu suç şerefe karşı suçlar başlığı altında yerini almıştır. Dolayısıyla bu suçla korunan hukuki menfaat açısından bakıldığında artık din hürriyetinin değil, bizzat ölünün kişilik hakkının ölümünden sonraki etkisi korunma altına alınmıştır¹⁸

Alman Ceza Kanunu’na bakıldığında, 14. bölümünün hakaret başlığını taşıdığı görülmektedir. Bu bölümde yer alan 189. maddesi öldükten sonra bir kişinin hatırasına hakareti (*Die Verunglimpfung des Andenkens eines Verstorbenen*) düzenlemektedir. Bu düzenlemede kişilerin onur, şeref duygularına saygı gösterilmesi gerektiği belirtilerek bu yasal düzenlemenin neden burada

¹⁴ Udeh, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler, Çev: Ali Şafak, İstanbul 2012, s. 519. *Kazf suçu için iki tür ceza öngörülmüştür. Birincisi evli namuslu bir kişiye zina iftirasında bulunma yada nesebi inkar etme şeklinde gerçekleşen had cezasını gerektiren kazf, ikincisinde evli namuslu veya gayrinamuslu herhangi bir kişiye yapılan zina iftirası ve nesebin reddi dışında madde-i mahsusa isnat etmek gibi tazir cezasını gerektiren kazftır.*

¹⁵ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1996, s. 183-184.

¹⁶ Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya 2010, s. 307.

¹⁷ Udeh, s. 414.

¹⁸ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2013, s. 522.

yer aldığı belirtilmektedir¹⁹.Yine bu madde ile suçta korunan hukuki menfaatin hem ölünün hem de ailenin şerefi olmadığı söylenmiştir. Burada asıl korunmak istenen “yakınlarının ve toplumun ölünün hatrasına karşı duyduğu saygı hissi” olduğu belirtilmiştir²⁰.

Kişinin hatrasına hakaret suçuyla, ölünün hatrasına olan saygının korunmasının yanı sıra, ölü yakınlarının incinmesinin de önüne geçilmek istenmiştir. Bu bağlamda korunan hukuki menfaat bakımından karma nitelik taşıdığı da doktrin tarafından söylemde bulunmaktadır²¹. Ölünün ceset veya kemiklerinin alınmasının veya bunlar hakkında tahkir edici eylemler yapılmasının suç sayılmasında ise hem ölünün hatrasına olan saygının korunması, hem de onun yakınlarının rencide edilmesini önlemek, aynı zamanda kamu sağlığını korumak hedeflenmiştir²².

Öğretide bazı yazarlar, bu suç tipiyle ölünün şerefine de korunduğunu ileri sürmüşlerdir. Doktrinde de tartışma konusu olan bu durum, bazı farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre, ölen kişi, arkasında maddi malvarlığını bıraktığı gibi, manevi malvarlığını da bırakır ve bu manevi malvarlığına yapılan tecavüz fiilleri, ölünün şerefine ihlâl mahiyeti taşıyacaktır denilmektedir²³. Bunun aksi görüşe göre ise, kişinin ölümü ile birlikte şerefine de öleceği ileri sürülmektedir. Çünkü ölü bir hak süjesi olarak nitelendirilemeyeceği ve aynı zamanda şerefine de kişiliğin bir parçası olduğu ve bundan dolayı kişiliğin ölümle son bulmasıyla birlikte, bu nitelik de kaybolmaktadır²⁴.

IV. SUÇUN KONUSU

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrasında²⁵tanımlanan suçun mad-

¹⁹ Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II (Ceza Özel Hükümler II), Münih 2011, s. 229.

²⁰ Jescheck, Hans heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev; Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s.92.

²¹ Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul 20011, s. 262.

²² Arslan, Çetin /Azizoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 589.

²³ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet /Yeni dünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 521.

²⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s.262.

²⁵ Madde 130 - (2) *Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

di konusunu, ölünün “ceset ve kemikleri” oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK m. 178²⁶ hükmünde düzenlenen suçta da maddi konunun genel olarak ölünün ceset ve kemikleri olduğunu görmekteyiz.

A. Ceset, Kemikler, İnsan Külleri ve Mumyalar

Suçun konusunu oluşturan ceset ve kemiğin tanımını yapmak önem arz etmektedir. Ceset; ölü doğan veya sonradan ölen bir insanın bedenidir²⁷. Başka bir tanımda da *ruhunu kaybetmiş olan insan vücudu* ceset (naaş) olarak nitelendirilmektedir²⁸. Ölü doğmuş bir çocuğun vücudu dahi ceset olarak nitelendirilecektir²⁹. Bu bağlamda herhangi bir nedenle vücuttan atılan, insan vücudu şeklini almamış *fetüs* ceset sayılamayacaktır³⁰. Kadavranın ceset mi yoksa cesedin parçası mı olduğu hususunda ikili bir ayırım vardır. Kadavra da organlar dağılmamış, çürümemiş kimliği tespiti imkan veriyorsa bu kadavra ceset kapsamında değerlendirilecektir. Ancak organların bütünlüğü bozulmuşsa, dağılmışsa bu kadavra ceset olarak değil cesedin parçaları olarak kabul etmek gerekecektir³¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TCK m. 130/2 hükmünde insan cesedi koruma altına alınmış, buna karşılık Alman CK m. 168 de olduğu gibi ceset parçaları açıkça koruma altına alınmamıştır³². Doktrinde benimsenin görüş ise; TCK 130/2’de kemikleri koruma altına almak isteyen kanun koyucunun, cesedin parçalarını da koruma kapsamı dışında bırakmak olmadığıdır³³.

Suçun konusunu oluşturan diğer öge ise kemiktir. Kemik; *insan çatisını oluşturan her türlü sert ve katı organ* olarak tanımlanabilir³⁴.

²⁶ Madde 178- *Bir kimse, bir ölünün naaş ve kemikleri hakkında hakaret yapar veya tahkir maksadıyla veya meşru olmayan diğer bir maksatla birinin naaşım yahut kemiklerini alırsa, uç aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bunların dışında, her kim bir ölünün naaşım tamamen veya kısmen alır veya ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa, iki aydan altı aya kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.*

²⁷ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Cilt III, s. 4289.

²⁸ Önder, s. 22.

²⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 522.

³⁰ Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 75, Taneri, Gökhan , Hakaret ve Yakın Suçlar İle Hakaret Nedeniyle Tekzip ve Tazminat, Ankara 2012, s. 227.

³¹ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Cilt III, s. 4289.

³² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 265.

³³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 263.

³⁴ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Cilt III, s. 4289.

Kanaatimizce kanun metninde ceset veya kemiklerin tamamen veya kısmen alınması suçu oluşturan fiildir. Cesedin kısmen alınmasından maksadın parçaları alma hususunu da içerdiği ve bir gözün alınması, ya da cesedin bir ayağının alınması gibi cesedin parçalarının alınması da bu suçun oluşmasına vücut verecektir.

İnsandan doğan insan sayıldığına göre, kısmen hayvana benzeyen bir varlık veya ucube görünümü arz eden doğukların dahi ceset sayılması gerektiği doktrin tarafından dile getirilmiştir. İnsandan üremiş olması yeterli kabul edilmektedir³⁵. Alman yazar Binding, ölü doğmuşları ceset tanımının dışında kabul etmekte ve cesedi “yaşamış bir insanın cansız bakiyesi” şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir³⁶.

İncelemekte olduğumuz konu açısından ceset kavramı açıklanırken, iki hususun daha açıklanması konumuz açısından faydalı olacaktır. Bunlardan birisi insan külleri, diğeri ise mumyalardır.

İlk olarak *insan külleri* açısından konuyu müşahade etmekteyiz. Bu hususta 765 sayılı TCK döneminde doktrin tarafından farklı görüşler ileri sürülmüştü. Görüşlerden birincisi; 765 sayılı TCK m. 178, ceset ve kemiklere karşı işlenen fiilleri korumaktadır, yakılarak elde edilen ölülerin küllerinin ise bu madde kapsamında olmadığı, ölülerin küllerine yapılan ihlal teşkil edici fiillerin olsa olsa 765 sayılı TCK m. 488/2 deki ölmüş bir adamın hatırasına hakaret suçunu oluşturabileceği şeklinde idi.³⁷

Bunun aksini savunan diğeri görüşe göre ise, 24.3.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumu Hıfzısıhha Kanunu madde 224’ün; cesetlerin, krematoryum denilen özel fırınlarda yakılacağını, ülkemizde belediyelere ölü yakma fırınları yapma imkânının verildiğini ve bunun sonucu olarak da insan küllerinin de ceset sayılması gerektiği ve 765 sayılı TCK m. 178’in koruması altında olduğu ileri sürülmüştü³⁸. Başka bir müellifte ölüün yakılması ve küllerinin saklanması şeklinde ülkemizde yer almış bir geleneğin mevcut olmadığını söyleyerek, herhangi

³⁵ Helvacı, Serap, s. 6.

³⁶ Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C.II, Ankara 1965, s. 206.

³⁷ Dönmezer, s. 26.

³⁸ Artuk/Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2003, s.76.

bir vatandaşın ölümü halinde de vasiyet olarak cesedinin yakılmasını istemesi durumunda UHK m. 225 /2 “*Cesedinin yakılmasını arzu ettiğini mübeyyin olup mevtanın hayatta iken yazdığı vesika veya bu hususta şifahen arzu izhar ettiğini işitenlerden laakal üç zatın tahriri şahadet ve tasdikleri*” ile bu yakılma arzusunun yerine getirilmesinin bu madde kapsamında mümkün olacağına işaret etmiştir. Ayrıca farklı ülkelerde de ceset yakılmak suretiyle küllerinin saklanmasına müracaat edilmekte ve cesedin kısımları gibi ölünün küllerinin de ceza kanunlarıyla koruma altına alındığı ve küllerin ceset kapsamında yani m.178 anlamında korunması gerektiği ifade edilmiştir³⁹.

5237 sayılı TCK'nın 130 /2. maddesine bakıldığında, kanun koyucunun *in-san külleri* ibaresine yer vermediği görülecektir. Bu hususta öğreti tarafından tartışma konusu olmuştur. Görüşlerden ilki, bir cesedin yakılarak kül haline gelmesi halinde ceset veya kemikten bahsedilemeyeceği dolayısıyla bu küllere yapılan tahkir edici birtakım fiillerin TCK m. 130 kapsamında değerlendirilmeyeceği şeklinde iken, ikincisi TCK m. 130 kapsamında olduğu şeklindedir. Ancak bu görüşün ceza hukukunun güvence fonksiyonuna tezat olduğu da belirtilmektedir. Zira bu halde kıyasa yol açacak şekilde yorum yapılmış olacaktır⁴⁰. TCK m. 2 hükmünde belirtilen “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” hükmü kıyas yasağını ve kıyasa yol açacak genişletici yorum yasağını düzenlemektedir. Ceza kanunlarında hak-sızlık teşkil eden davranışların tanımlanması konusunda maddelerde boşluk olabilir, ancak somut olaylarda rahatsız edici sonuçlarla karşılaşırsa bile kanunda yer almıyorsa bir fiil, o fiilden dolayı kişi ceza almamalıdır. Çünkü, hukuki güvenlik bunu gerektirmektedir⁴¹.

Diğer bir husus olan mumyalarında hem mülga TCK, hem de 5237 sayılı TCK da ceset sayılıp sayılmayacakları ve ilgili maddelerle koruma altına alınıp alınmayacağı tartışması güncelliğini korumaktadır.

Mumya; birtakım özel ilaçlar kullanılarak bozulmayacak duruma getirilmiş

³⁹ Erem, Hususi Hükümler, s. 205.

⁴⁰ Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 464.

⁴¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 118.

ceset manasına gelmektedir⁴². “*Cesedin kuruyarak uzun bir süre dış şeklini korumasına*” mumyalaşma denir. Bu bazen tabii bazen de suni bir şekilde gerçekleşebilmektedir⁴³.

Öğretide tartışma konusu yaratan görüşlerden birisi de, mumyaları ceset olarak kabul etmeyen görüştür. Zira bu görüşte cesede yüklenen anlam önemlidir. Mumyalar yaşayanla ölü arasındaki bir münasabet manası taşımadığı için cezai manada korunan bir ilişkinin de olmayacağı iddia edilmiştir⁴⁴.

Aksi görüş ise, müzelerdeki tarihi ve kutsal şahsiyetlerle birlikte herhangi bir kişinin mumyalaşmış cesedinin de mülga TCK m. 178 ile koruma altına alınması gerektiğini belirterek, ölünün cesedi ile bozulmadan kalan mumyalaşmış cesedin ölümlere karşı yapılan fiiller açısından fark gözetilmemesi gerektiği savunulmuştur⁴⁵. Yine Erem’e göre de, *mumyanın aksami, varlığını uzun süre korumaksa da bu durum tabii kuvvetler sonucunda değil, insan mesaisi sonucudur* demek suretiyle mumyaların da mülga TCK m.178 kapsamı dışında olamayacağı iddia edilmiştir⁴⁶.

Kanaatimizce de TCK m. 130/2 hem insan küllerinin hem de mumyaların korumadan faydalanması gerektiği ve mumyalara karşı yapılan hakaretimiz fiillerin de yaptırımsız kalmaması gerektiği yönündedir.

B. Ölüm Anının Tespiti ve ODASNHK

Ölüm; *insan hayatının ve buna bağlı olarak da kişiliğin sona ermesini* ifade etmektedir⁴⁷. Bu bağlamda ölüm anının tespiti önem arz eden bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda temelde iki farklı ölüm türü bulunmaktadır. Bunlar biyolojik ölüm ve beyin ölümüdür.

Biyolojik ölüm görüşüne göre; *insana canlılık veren temel yaşam işlevlerinin kendiliğinden durması ve bu niteliğin insana tekrar kazandırılmaması*

⁴² Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.

⁴³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2003, s. 76.

⁴⁴ Önder, s. 22.

⁴⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2003, s. 77; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2013, s. 521.

⁴⁶ Erem, Hususi Hükümler, 206.

⁴⁷ Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.164.

şeklinde ifade edilmektedir. İnsanın, kalbi durmadıkça, beyin merkezleri ne kadar hasar görmüş olursa olsun, ölmüş sayılmayacağı ayrıca belirtilen bir husustur⁴⁸. Başka bir tanımda da *“kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarından meydana gelen büyük hayat fonksiyonlarının durması”* biçiminde tanımlanmaktadır⁴⁹.

Ölüm olayını, beyin ölümü şeklinde açıklayan görüş ise *“beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir”* şeklinde tanımlamıştır. Bu zaman diliminden itibaren kişi ölmüş olarak kabul edilecektir. Ölüm anı konusunda, genellikle beyin ölümü kistasının hakim olduğu söylenebilir⁵⁰. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesinde bir kişinin tıbben ölü sayılması, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, *biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile saptanmasına bağlı olduğu açıkça kanuni düzenleme ile belirtilmiştir.*

V. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Ölünün hatırasına hakaret suçunun faili konusunda, hem eski hem de yeni düzenleme arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu suç özgü suç olmadığından, fail bakımından bir özellik de arz etmemektedir. Ancak 765 sayılı TCK m. 178/3 hükmünde *“Eğer bu cürüm kabristanda veya ölü gömülmeye veya muhafazasına mahsus diğer yerlerde görevli olan yahut kendilerine naaş ve kemikler tevdi olunan kimse-ler tarafından işlenirse.... bir misli artırılarak hükmolunur”* denilmektedir. Bu düzenleme ile bu kişilerin fail olması cezanın arttırılması gerektiren bir hal olmaktaydı. 5237 sayılı Kanun'la bu tür kişiler yasal düzenlemeye alınmamıştır.

⁴⁸ Çakmut, Tıbbi Müdahale, s. 165.

⁴⁹ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2012, s.162.

⁵⁰ Çakmut, Tıbbi Müdahale, s. 165.

B. Mağdur

Mağdur, *suçun konusunun ait olduğu kişi, suç işleme yoluyla haksızlığa uğratılan kişidir*. Öldürme fiilinde fiilin icrası sırasında hayatta olan kişi mağdur iken, ölen kişinin eşyalarının çalınması suçunda, suçun mağduru ölen kişinin mirasçıları olmaktadır. Bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek veya tüzel kişi ise suçtan zarar gören kişidir⁵¹.

5237 sayılı TCK m. 130/1 hükmünde belirtilen ölmüş bir kişinin hatrasına hakaret ve yine söz konusu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen ölünün ceset ve kemiklerini aşığılama suçları açısından, bu suçun pasif süjeleri olan; ölen kişinin hatrasına, cesedine veya kemiklerine saygı gösterilmesinde menfaati bulunan yakınlarına veya ailesine saldırı niteliği taşımaktadır⁵². Ölmüş kişinin onur, şeref ve saygınlığının rencide edilip edilemeyeceği hususu tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlarca ölüm, kişilikle son bulduğu için hakaret ve sövme suçları oluşmaz sadece ölüye saygı ihlal edilmiş olur, diğer görüş hakaretin ölünün doğrudan doğruya kendisini ilgilendirmesidir. Son görüşe göre ise, ölüye hakaret veya sövme fiillerinin hem ölüye hem de yakınlarına karşı yapıldığı, burada ihlal edilen hususun ölünün yaşadığı süre içerisinde sahip olduğu şerefi olduğu da öne sürülen görüşlerdendir⁵³.

Suçun mağduru konusunun ölünün yakınlarının olamayacağını ileri süren başka bir görüş ise; ilgili maddenin sadece gıyapta hakareti düzenlediği, huzurda hakaretin bilerek düzenlenmediği ifade edilerek, yakınlarının mağdur olması istenseydi üç kişiyle ihtilat koşuluna da gerek duymayacağı görüşünü savunmaktadır⁵⁴.

Bu suçun mağduru konusunda başka bir görüş, TCK m. 130 hükmünde *kişinin hatrasına hakaret* başlığı altında, ölmüş kişiye değil, onun geride bıraktığı hatrasına hakaretin cezalandırılmasının söz konusu olduğu söylenebilir. Bu durum, kanun koyucunun, ölüye karşı hakaret suçunun işlenmesine olanak vermediğini göstermektedir. Aksi takdirde, hakaret suçunun tanımında, fiilin

⁵¹ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi I, Ankara 2014, s. 127-128.

⁵² Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, s. 109.

⁵³ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 263.

⁵⁴ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C. III., s. 4288.

kime karşı işleneceği tespit edilirken, “*bir kimse*” ibaresinin yanında “*ölü kişiler*”in de gösterilmesi gerektiği gibi bir sonucun çıkması gerekirdi⁵⁵.

Atatürk'ün hatrasına alenen hakaret edilmesi veya sövülmesi durumunda bu suç değil 25.07.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un⁵⁶ ilk maddesinde tanımlanan suç oluşacak ve ona göre cezai müeyyide uygulanacaktır.

Sonuç olarak kişinin hatrasına hakaret suçunun mağdurunun tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak suçtan zarar gören, ölü bir kimsenin yakınları ve toplum olduğunu söylemek mümkündür⁵⁷. Zira eğer ölen kişi kimsesiz yada ölen kişi ile birlikte bütün aile fertleri de ölmüş ve geride yakınları kalmamışsa bu durumda suçtan zarar görenin toplum olduğunu söylemek mümkündür.

Ölenin yakınları ile ilgili ileri sürülen bir görüşe göre, ölünün yakınları ölen ile kişi arasındaki yakınlığa göre tespit edilir, mirastaki sıra bu açıdan önemli değildir. Cesede yapılacak saldırı karşısında yakınları tarafında Türk Medeni Kanunu m. 24-25 ve Borçlar Kanunu m. 49'daki davaları açabileceklerdir⁵⁸.

FSEK mektuplar başlıklı madde 85'te “*Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazanların ve bunlar ölmüş ise ... fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun*” Yine ikinci fıkrada “*Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun*” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Söz konusu bu maddede bu rızanın ölenin yakınları tarafından gösterileceği ve bunun ihali suretiyle mektuplan açılması, ifşası hususunda haberleşme hürriyetinin ihlal edileceği belirtilerek TCK'nın özel hayat ve haberleşme hürriyetini

⁵⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s. 263.

⁵⁶ Madde 1 - Atatürk'ün hatrasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir.Yukarıda ki fıkralarda yazılı suçları işlemeye başkalarını teşvik eden kimse asıl fail gibi cezalandırılır.

⁵⁷ Arslan/ Azizoğlu, s. 589.

⁵⁸ Helvacı, s. 105.

ihlalini öngören hükümlere atf yapılmıştır. Birtek'e göre burada haberleşme ve özel hayattan ziyade kişinin hatrasına hakaretin söz konusu olduğu ve FSEK m.85/3'teki atfın TCK m.130'a yapılması gerektiği haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁹.

Bazı yazarlara göre ise, ölenin yakınları suçun mağduru değildir. Bunlar sadece şikayet hakkını kullanan kişiler olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay'ın 4. CD 2009 yılında verdiği kararı⁶⁰ dayanak noktası olarak belirtmişlerdir. Söz konusu kararda; *mahkemenin ölenin üç yakını olduğu için üç mağdurunun bulunduğu ve sanığa bu suçu üç kez ihlal ettiğinden dolayı cezalandırılma cihetine gidildiği, Yargıtay'ın ise suçun mağdurlarının yakınlarının olamayacağını, onların sadece şikayet hakkını kullanan kişiler olduğu ve sanığın üç kez cezalandırılmasının yerinde olmadığına dolayısıyla kararın bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır*⁶¹.

Bir kısım yazarlarda suçun mağdurunun ölenin mirasçıları olmadığını, şikayet hakkını kullanan mirasçıların olsa olsa suçtan zarar gören kişiler olduğunu söylemektedirler⁶².

Kanaatimizce suçun mağduru konusunda, kişilik ölümle son bulduğu için bu suçla ölmüş bir kişiye hakaret edilmesi eyleminde suçun mağdurunun geniş anlamda mağdur olarak nitelendirilen yakınlarının olduğu ifade etmek gerekir. Burada kişinin yakınlarının ve toplumun ölen kişinin hatrasına karşı saygı hissi korunmakta ve dolayısıyla bu kişiler suçun geniş anlamda mağduru olarak nitelendirilmektedir.

C. Fiil

1. Ölünün Hatrasına Hakaret

Hakaret, kelime anlamı olarak küçültücü söz veya davranış olarak nitelendirilmektedir⁶³. Mülga TCK'nın 178. maddesinin ilk fıkrasında ölünün hatrasına hakareten söz etmiştir. Hakaret, *bir ölünün naaş ve kemikleri üzerinde hakaretimiz, yani ölüye saygı duygusu ile bağdaşmayan maddi fiillerin işlen-*

⁵⁹ Birtek, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Ankara 2013, s. 177-178.

⁶⁰ Yarg. 4 CD. 24.06.2009,14985/12652.

⁶¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2013, s. 522.

⁶² Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C.III, s. 4289.

⁶³ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.

mesi şeklinde ifade edilebilir. Mülga 765 sayılı TCK döneminde maddi fillerin gerçekleştirilmesi sırasında hakaret içeren sözcüklerin çıkması halinde ise 765 sayılı TCK m. 488/ 2'nin uygulanması gerektiği ifade olunmuştur⁶⁴.

Türk Ceza Kanununa göre ölen kişinin hatrasına hakaret iki türlü gerçekleştirilmektedir. İlk olarak söz yazı ve hareketle gerçekleştirilen hakaretler düzenlenmiştir (TCK m.130/1). Örneğin; bir karikatürde ölen kişinin cehennem zebanilerinin başı olarak gösterilmesi bu fıkranın ihlali olarak nitelendirilebilecektir⁶⁵.

İkinci fıkrada ise, ölünün ceset ve kemikleri üzerinde yapılan hakaret filleri yer almaktadır (TCK m. 130/2)⁶⁶.

5237 sayılı TCK'nin 130. maddesinin 1. fıkrasındaki suçun maddi unsurunu, bir kimsenin öldükten sonra hatrasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret etmek oluşturmaktadır. Kanun koyucu mevzuatta sadece hakaret etme şeklinde belirtmiş, ancak bu hakaretin ne şekilde gerçekleştirileceğine değinmemiştir. Bu hareketin hem sövme hem de hakareti kapsayan TCK m. 125 vd. maddelerine göre değerlendirilmesi gerektiği bazı müelliflerce öne sürülmüştür⁶⁷. Hakaretin işlenme şekli ise seçimlik hareketler şeklinde gerçekleşebilir. Ölen kişinin hatrasını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil ile yapılabileceği gibi; somut bir olgu isnat edilerek veya sövmek suretiyle veya hakaret oluşturan başka davranışlarla bu suç işlenebilmektedir⁶⁸.

İhtilât, *karşılaşp görüşme* manasına gelmektedir⁶⁹. Başka bir ifadeyle ihtilat; *birden çok kişi ile bir araya gelmek* manasına gelmektedir⁷⁰. İhtilât edilen kişiler toplu veya dağınık şekilde olabilir. Suçun oluşabilmesi için, ölen kimsenin hatrasına hakaretin en azından üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. İhtilât şartının gerçekleşebilmesi için, kendileri ile ihtilat edilen kişilerin isnadın aşağılayıcı anlamını anlayabilmeleri de gereklidir. Dolayısıyla, küçük-

⁶⁴ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku, s.77.; Önder, s. 23.

⁶⁵ Yaşar/ Gökcan/ Artuç , C.III, s. 4290.

⁶⁶ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2010, s. 302.

⁶⁷ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C.III, s. 4287.

⁶⁸ Parlar, Hatipoğlu, s. 266.

⁶⁹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

⁷⁰ Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 334.

ler, akıl hastaları ve ihtilatın konusunu anlamak olanağından tamamen yoksun olanlar (yazı yönünden amalar, söz yönünden sağırlar gibi) en az üç kişilik sayı koşuluna dâhil edilmeyeceklerdir. Ayrıca mağdurun da bu sayı kapsamında değerlendirilemeyeceği aşikardır⁷¹.

Kanun koyucu suçun bir unsuru olarak ihtilatı aramıştır. Nedeni ise ölünün yüzüne karşı hakareti yapmanın mümkün olmamasında yatmaktadır⁷². Ancak kanunda ihtilatın ne şekilde gerçekleştirileceği belirtilmediğinden dolayı *isnat*, iletişime elverişli herhangi bir araçla, yazı, telefon, resim gibi bir araçlarla üçüncü kişilere duyurulabilir. Resmi makamlara yapılan yazılı başvuruların da ihtilat unsuruna dâhil edileceğini belirtmek mümkündür⁷³.

2. Ölünün Ceset veya Kemiklerinin Alınması

Mülga TCK'da suçun maddi unsurunun hareket kısmını ölünün ceset veya kemiklerinin kısmen veya tamamen alınması oluşturmaktaydı. Kanununun lafzından çıkan sonuç, failin ceset veya kemikleri bulunduğu yerden alması, ceset ve kemikler üzerinde fiili iktidarını kurması anı suçun tamamlanma anı olarak nitelendirilmekteydi⁷⁴. Ölünün ceset ve kemiklerinin alınması konusunu 765 sayılı TCK dönemi ve 5237 sayılı TCK dönemi şeklinde tasnif ederek konu irdelenmeye çalışılacaktır.

a. 765 Sayılı TCK'daki Durum

765 sayılı TCK döneminde ölünün ceset ve kemiklerin alınması konusunda ikili bir ayırım söz konusuydu. Bunlar; belirli bir amaçla ile cesede yapılan eylemler ve belirli bir amaç olmaksızın ceset üzerinde yapılan eylemler şeklinde idi. Failde tahkir amacıyla ölünün ceset veya kemiklerini tamamen ya da kısmen almak birinci kısımda yer almaktaydı. Bu eylemde suçun tamamlanma anı olarak ceset üzerinde fiili hakimiyetin kurulması kriteri benimsenmekteydi⁷⁵. Tahkir amacı dışında meşru olmayan bir amaçla ceset veya kemiklerin tamamen veya kısmen alınması amacın arandığı diğer eylemlerdi. *Batıl inançlar*,

⁷¹ Toroslu, s. 116.

⁷² Hafizoğulları, Özen, s. 254.

⁷³ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 265.

⁷⁴ Hafizoğulları, Özen, s. 255.

⁷⁵ Önder, s. 42

*büyücülük, intikam vb. gibi amaçlarla ceset ve kemikleri almak bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir*⁷⁶. Yargıtay 1953 yılında verdiği bir kararda, “*cesetle ilişkide bulunmak maksadıyla cesedin mezardan çıkarılması halinde gayri meşru bir amaç olmadığından bu suç ihlal edilmemiş olacaktır*” şeklinde karar vermiştir⁷⁷.

İkinci kıstas belirli bir amaç olmaksızın ceset ve kemikler üzerinde yapılan eylemlerdir. Burada ölünün ceset ve kemikleri hakkında hakaret yapmak, ceset ve kemikleri tamamen veya kısmen almak ve resmi ruhsat olmaksızın bir cesedi mezardan çıkarmak ya da kemiklerini almak şeklinde idi. Gayrimeşru bir amaç veya tahkir kastı olmadan ölünün cesedinin tamamen veya kısmen alınması halinde de suçun oluşacağı belirtmekteydi. Ceset bir eşya olmadığından ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacağından dolayı cesedin her ne sebeple olursa olsun alınması suç olarak nitelendirilerek mülga TCK m. 178 ile de güvence altına alınmaktaydı⁷⁸.

Resmi ruhsat olmaksızın bir cesedi mezardan çıkarmak ya da kemiklerini almak şeklindeki eylemde, ruhsat alınmadan cesedin mezardan çıkarılmaması koruma altına alınmaktaydı. Umumu Hıfzıssıhha Kanunu, mezarların açılması veya ölülerin nakli veya kabristandan başka bir yere ölü defni hakkında hükümler barındırmaktadır. Ceset toprağa verildikten sonra bunun üzerinde yakınlarının doğrudan doğruya istedikleri şekilde tasarruf yetkileri bulunmaktadır⁷⁹.

b. 5237 Sayılı TCK'daki Durum

Ölünün hatırasına hakaret suçu 5237 sayılı TCK m. 130/2 de düzenlenmiştir. Söz konusu suç için anılan maddede geçen alma eylemi, bir kişinin hakkı olmadığı halde cesedi veya ölünün kemiklerini zilyetliği altına alması anlamına gelmektedir. Suç, ceset üzerinde failin fiili hâkimiyet kurmasıyla tamamlanmaktadır⁸⁰.

⁷⁶ Erem, Hususi Hükümler, s. 208

⁷⁷ Y.4.CD., 04.12.1953, 7615/12709.

⁷⁸ Dönmezer, s. 28.

⁷⁹ Önder, s. 24.

⁸⁰ Yenidünya, Ahmet Caner/ Alşahin, Mehmet Emin, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Ankara 2007, s. 89.; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2013, s. 521.

Ceset veya kemiklerin mal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla hırsızlık suçunun ya da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturma hususlarında tartışma bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, kural olarak ceset bir mal olarak değerlendirilip hırsızlık suçunun konusunu oluşturamaz ancak kemikler veya ceset tıbbi manada inceleme için ayrılmış ise şartlar oluşmuşsa hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçuna vücut verebilir şeklinde açıklamıştır⁸¹. Esrar, eroin madde gibi uyuşturucu maddeler de ceset üzerinden alınsa bile hırsızlığın konusunu oluşturamaz zira bu maddeler Medeni Hukuk bakımından mülkiyetin konusunu oluşturmamaktadır⁸².

Diğer bir görüş; yararlanmak ya da zarar vermek kastı olsun olmasın bu durumda suç konusu “mal” olarak mütalaa edilemeyeceğinden dolayı hırsızlıktan ya da mala zarar verme suçundan da söz edilemeyecektir. Ancak, cesetle birlikte gömülen ve hırsızlık konusu olabilecek nitelikte bir şey daha alınmış ise bu durumda hırsızlık suçundan bahsedilebilecektir⁸³. Buna mukabil cesetten ayrılabilen ve cesede sonradan ekleme ya da takma suretiyle birleştirilen eşyalar hırsızlığın konusunu oluşturur. Örneğin; takma saç, protez kol⁸⁴, altın ya da gümüş kaplamalı takma dişler, bacak protezleri, göğüs altına yerleştirilen silikonlar, vücuda takılan piercingler, kulak işitme cihazları, lensler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Suçun oluşumu için ceset veya kemiklerin tamamen alınması gerekmemekte, bir cesedin kol, bacak ya da kafasının veya bunların kemiklerinin alınması halinde de suçun oluşacağı belirtilmektedir. Kanunda saik gözetilmediğinden dolayı bunlar hangi amaçla alınırlarsa alınsınlar suçun oluşumu için hiçbir önemi bulunmamaktadır⁸⁵. Ancak bir görüşe göre, kişi çok sevdiği insanın cesedinden bir parça bulundurmamak istediğinde bu tahkir edici sayılmamalıdır. Bundan dolayı, hakaret amacı olmayan ceset veya kemik almayı hakaret saymanın isabetli olmadığı da ileri sürülmektedir⁸⁶.

⁸¹ Önder, s. 22.

⁸² Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C. IV, s. 4479.

⁸³ Tarhan, s. 345.

⁸⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, C.IV, s.4479.

⁸⁵ Çetin , s. 114-115.

⁸⁶ Soyaslan, s. 303.

Bir şeyin hırsızlık suçunun konusunu oluşturması için günlük yaşamda herhangi bir ihtiyacı karşılamak için kullanılan taşınır şeyler manasına gelen mal niteliğinde olması gerekir. Ceza hukukunda sadece ekonomik değeri olan şeyler değil, bir kişinin sevgilisi tarafından verilen bir tutam saç ya da resim gibi duygusal veya manevi değer taşıyan şeylerde mal kavramı içerisinde sayılması gerekir⁸⁷.

Kanaatimizce ceza hukukunun bu maddeye ilişkin ceset ya da kemiklerin alınması, bunlar hakkında tahkir edici fiillerde bulunması seçimlik hareketler olarak belirtilmiştir. Bunlardan birisinin gerçekleştirilmesi dahi suçun oluşumunu sağlayacaktır. Bu manada bir kişinin çok sevdiği bir kişinin ölümünden sonra, o cesedin saçlarının, sakal ya da bıyıkların ya da gözlerinin alınıp saklanması tahkir maksadı olmasa bile TCK m. 130/2 ihlal edici niteliktedir. Zira kanunda sadece alma ibaresi yeterli görülmüştür. Ancak haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza verilmemelidir.

Ölünün ceset veya kemiklerinin alınması hususunda kanunda nerede gerçekleşeceğinden bahsetmediğinden dolayı mezardan veya başka bir yerden alınması suçun oluşması için önemli değildir. Diğer taraftan, gerekli mercilerden izin alınmaksızın, hangi amaçla olursa olsun mezarlıkların açılması halinde, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁸⁸ m. 300'e göre, ayrı bir suçun oluşmasına sebebiyet verecektir. Burada da gerçek içtimanın uygulanması gerekecektir.

3. Ceset veya Kemikler Hakkında Tahkir Edici Fiiller Yapılması

Tahkir, hakaret etme, aşağılama, hor görme, küçük görme anlamlarına gelmektedir⁸⁹. *Tahkir etmek* ise kişiyi aşağılayan, hor görülmesine neden olan davranışlarda bulunmak şeklinde ifade edilebilir⁹⁰.

Failin bu suçu işlemesi için, ölünün ceset veya kemikleri hakkında, ölüye saygı ile bağdaşmayacak nitelikte ve biçimde hareketlerde bulunmuş olması aranmaktadır. Buna göre, cesedi parçalama, cesedin altın dişlerini sökme, ce-

⁸⁷ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C. IV, s. 4478.

⁸⁸ Madde 300 - 227 nci maddede zikredilen istisna haricinde lazım gelen müsaadeyi almadan herhangi suretle olursa olsun mezarları açanlar altı aydan bir seneye kadar hapsedilir.

⁸⁹ Şener, s. 746.

⁹⁰ Centel/Zafer/ Çakmut, s. 267

sede tükürme, tuvaletini yapma, cesetle cinsel ilişkide bulunma, cesedi çıplak olarak sokak ortasına asma fiillerini işleyen kişinin, TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir⁹¹. Yine sağlığında islami bir hayat yaşayan müslüman bir kişinin cesedine haç dövmesi yapılması, cesedin parmaklarını kesmek suretiyle boynuna kolye yapılması bu fıkranın ihlaline neden olacaktır.

Yargıtay'ın bir kararında, maktulenin ölü muayene ve otopsi zabıtlarına, olay yeri tespit ve tutanaklarına göre; yarı soyunuk halde bulunduğu, cinsel ilişkinin izlerinin belirlendiği, bu maddi bulguları da doğrulayan sanıkların kısmi ikrar ve anlatımları da dikkate alındığında; sanıklar E ve Ö'nün 765 sayılı TCK'nın 178. maddesine muhalefetten de açılan davalarının sübuta erdiği halde yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir⁹².

Söz konusu suçta cezalandırılmak istenen husus bir ölünün cesedi ya da kemikleri hakkında hakaretimiz "*maddi fiiller*"in işlenmiş olması halidir⁹³. Örneğin; morgtan çıkarılan cesedin alnına "*ben zina yaptım*" yazısının yazılması şeklindeki eylemde bu fıkranın ihlalini oluşturacaktır⁹⁴. Benzer şekilde erkek bir cesede morg sonrası yarı çıplak vaziyette etek giydirilmesi, erkek bir cesede göz kapaklarını renkli far sürme, dudaklarını kırmızı rujla boyama şeklindeki hareketlerde de TCK m. 130/2 ihlal edilmemiş olacaktır. Ancak, mezar taşlarına yapılan hakaretimiz fiiller bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Örneğin; erkek bir ölünün mezar taşına etek giydirilmesi gibi. Zira burada ceset veya kemikler hakkında yapılan doğrudan tahkir edici bir fiil bulunmamaktadır.

Söz ile yapılan hakaretler ikinci fıkranın ihlalinden ziyade "ihtilat" ögesinin de bulunması koşuluyla 5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması gündeme gelebilecektir⁹⁵. Yine Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu şu karar örnek gösterilebilir. *Mülga TCK'nın 178/1. maddesinin saptadığı ölünün naaş ve kemikleri hakkındaki hakaretin maddi eylemlere yapılan hakareti*

⁹¹ Yenidünya/ Alşahin , s. 90, Yaşar/Gökcan/ Artuç , C.III, s. 4291-4292.

⁹² Meran, Necati, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s. 678. (Yarg. 1. CD. 06. 02. 2002, 4274/361).

⁹³ Taneri, s. 227.

⁹⁴ Yaşar/ Gökcan/ Artuç , C.III, s. 4292.

⁹⁵ Çetin, s. 115, Taneri, s. 227.

*kapsamakta olup sözle vuku bulan hakaretin aynı yasanın 488/2. maddesine uygun bulunduğu ve bu suçun ise kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu gözetilmeksizin sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*⁹⁶.

İşaret etmek gerekir ki, yeni düzenlemede alma ve tahkir edici fiillerde bulunma şeklinde seçimlik hareketle işlenen bu suç tipinde *mezardan çıkarma* fiiline yer verilmemiştir⁹⁷. Ancak 5237 sayılı TCK'da yer alan "*almak*" fiilinin mezardan çıkarma eylemini de kapsadığı dolayısıyla bunun kanunda yer almasının bir eksiklik olmadığı da söylenmektedir⁹⁸.

Kanaatimizce, yeni düzenlemede resmi ruhsat olmaksızın bir cesedi mezardan çıkarma yada kemiklerini alma eylemlerinde mezarı açık çıkarma eyleminde alma eyleminin mezardan çıkarmayı ayrıca kapsamadığını kanun koyucunun bu tür eylemleri UHK'ya bırakmaktadır. Zira UHK ölülerin çıkarılması ve nakli bölüm başlıklı m. 227'ye "*Cesetlerin tamamıyla tahallül ve tefessühünden evvel mezarlar açılarak ölülerin çıkarılması için behemehal mahalli belediyesinin müsaadesi alınmak lazımdır*" aykırı davranarak mezarların açılması halinde UHK m. 300'de tanımlanan suç işlenmiş olur.

a. Suçun Manevi Unsuru

765 sayılı TCK madde 178 hükmünde manevi unsur bakımından ikili bir ayırım söz konusu idi. Maddenin ilk fıkrası için genel kast yeterli görülmüş iken aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan fiiller açısından "*tahkir maksadı*" veya "*meşru olmayan diğer bir maksat*" şeklinde özel kast aranmaktaydı. 5237 sayılı TCK bakımından ise m. 130/2'de genel kastın olması suçun oluşumu için yeterli görülecektir.

Manevi unsurla ilgili olarak Yargıtay'ın geçmişte vermiş olduğu bir kararda; "*Sosyal Sigortalar Hastanesinde kanserden ölen bir şahsın gözünü insanî ve tıbbî amaçlarla görmeyen bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların fiil ve hareketlerinde TCK. 178/2 fıkrasındaki maddî ve manevî unsurları ve suç işlemek kastının bulunmadığı ve eylemlerinin başka suç da teşkil etme-*

⁹⁶ Yarg. 4. CD. 18.06.1975 - 3417/3467, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

⁹⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2013, s. 521.

⁹⁸ Yaşar/ Gökcan/Artuç, C.III, s. 4287.

diği” sonucuna varmış ve mahkûmiyet kararını bozmuştur. Bu kararın verildiği dönemlerde henüz 2238 sayılı Kanun yürürlükte bulunmuyordu. Yargıtay 4. CD bu kararı ile fıkraya geniş anlam yüklediğini de açıkça belirtmiş ve kanun koyucuyu bir an önce organ nakli hukuku konusunda yasal düzenleme yapılmasını önermişti. Günümüzde ise tıbbî amaçlarla ölüden organ alınması 2238 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olduğundan söz konusu Kanun hükümlerine uyularak ölüden yetkililerce organ alındığı durumlarda, söz konusu eylem hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır⁹⁹.

Kişinin hatrasına hakaret suçunun olası kastla işlenmesi de imkan dahilindedir. Ayrıca bu suçun taksirle işlenmesi kanunda açıkça belirtilmediği için mümkün olmadığı rahatlıkla söylenebilir¹⁰⁰. Gıyapta hakaret açısından üç kişiyle ihtilat edilerek ölünün hatrasına hakaret edilmelidir¹⁰¹. Gerçekleştirilen bir fiil haksızlık özelliği taşımakla birlikte, bu şartlar gerçekleşmediği sürece fiil suç oluşturmuyor ve dolayısıyla kişiye ceza verilmiyorsa bu şartlara objektif cezalandırılabilme şartları denir¹⁰². Bu bağlamda bu suç açısından gerçekleşmesi şart koşulan ihtilat unsuru bir objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Kişinin hatrasına hakaret suçu ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin; Mezarlıkta görevli olan bekçinin birkaç kişinin mezarı açmak suretiyle ceset veya kemikleri almaya çalışan kişileri gördüğü halde müdahale etmemesi durumunda bekçi açısından kişinin hatrasına hakaret suçunu ihmal suretiyle gerçekleştirdiği söylenebilir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tersine unsur yanılığsı durumlarında (işlenemez suç durumunda) da fail bu durumdan yararlanacaktır. Tersine unsur yanılığsında fail esasında ahlaka aykırı bir davranış sergilemiştir, ancak somut olayda bir haksızlık gerçekleşmediği için kişinin cezalandırılması söz konusu olmaz¹⁰³. Örneğin; failin ölü zannettiği bir kişiye hakaretimiz fiiller sarfeden kişinin aslında ölmemiş bir kişi olması durumunda hataya ilişkin hükümler uy-

⁹⁹ Dönmezer, s. 28. (Yarg. 4.CD., 03.06.1975., 2433-3150)

¹⁰⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 525.

¹⁰¹ Koca/ Üzülmüş, s. 461.

¹⁰² Özgenç, s. 592.

¹⁰³ Koca/ Üzülmüş, Ceza Genel, s. 259.

gulanacak ve fail cezalandırılmayacaktır¹⁰⁴. Ancak bu durumda fail öldü zannedilen kişide yaşama emareleri gördü ve buna rağmen olursa olsun şeklinde düşünerek hakaretimiz fiiller sarf etmişse bu durumda olası kastla huzurda hakaret (TCK m. 125), eğer öldü zannedilen kişi ölmemiş ve bilinci açık değilse duruma göre ihtilat unsuru da gerçekleşmişse giyapta hakaret söz konusu olabilecektir.

VI. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir suçta, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden var ise fiil suç teşkil etmeyecektir. Bir kişinin hukuk kurallarına dayanan bir yetkinin kullanılması sonucunda, bir ölünün ceset ya da kemiklerini kısmen veya tamamen alması halinde yapılmış olan eylem hukuka uygun olacaktır¹⁰⁵.

TCK m, 127-128 ve 129 da yer alan hakaret suçuna ilişkin düzenlemeler (*isnadın ispatı*¹⁰⁶, *iddia ve savunma dokunulmazlığı*, *haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret*) gibi düzenlemelerin kişinin hatrasına hakarete uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Alman CK m. 193'te de hakaret suçuna ilişkin hukuka uygunluk nedenleri bulunmaktadır (iddia ve savunma dokunulmazlığı gibi). Bu gibi durumlarında Alman CK 189'daki ölmüş kişinin hatrasına hakarete uygulanmayacağı söylenmektedir¹⁰⁷.

Hukuka uygunluk sebepleri 5237 sayılı TCK'da "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" olarak kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte düzenlenmiştir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler fiilin dış dünyaya hukuka uygun olarak yansımaya neden oldukları için ceza sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. Hukuka uygunluk nedenleri kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini ifa, meşru savunma, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması şeklinde olmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Koca/ Üzülmöz, s. 461.

¹⁰⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 267.

¹⁰⁶ Koca/ Üzülmöz, s. 462.

¹⁰⁷ Eisele, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil I (Ceza Özel I), Stuttgart 2008, s. 201.

¹⁰⁸ Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.

A. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Hukuka Uygunluk Sebepleri

CMK madde 76'da düzenlenen beden muayenesi, m. 78'de düzenlenen moleküler genetik inceleme, m. 86'da düzenlenen ölü kimliğini tespit ve adli muayene ve m. 87'de düzenlenen otopsi hükümlerinde gösterilen kurallara uymak şartıyla, yetkili kişiler tarafından ceset veya kemiklerin alınması, mezarından çıkartılması hukuka uygun olacaktır.

B. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri

5237 sayılı TCK m. 91'de organ ve doku ticareti suçu düzenlenmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında "hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse.... cezalandırılır" hüküm yer almaktadır. Bu suçun hukuka aykırılığının ortadan kalkması için organ veya doku alınan kişi ölü olmalı, alıcının tedavi ile yükümlü olan hekimi ile organ ve doku alınması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimler; beyin ölümü raporunu belirleyecek olan hekimler kurulunda yer almamalı, ölüm halini belirleyen hekimler kurulu ilgili kuruma tutanağı düzenleyip vermelidir (2238 sayılı Kanun m.11-13).

Ölüden organ ve doku alınmasının hukuka uygun olması için yukarıdaki şartlarla birlikte 2238 sayılı Kanun m. 14'teki koşulları da içermesi gerekmektedir. Anılan Kanun'un 14. maddesi *cesetten organ ve doku alınmasını* bazı şartlara bağlamıştır:

Kişi sağlığında düzenlenen resmi veya yazılı vasiyetname ile veya iki şahit huzurunda gerçekleştirdiği sözlü beyanla, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için vücudunun tamamının veya organ ve dokularının aktarılmasına izin verebilir (m. 14/1). Sağlığında organ veya doku nakline karşı olduğunu belirten kişinin ölümünden sonra organ ve dokusu alınmaz (m. 14/3).

Sağlığında organ ve doku nakline ilişkin olumlu veya olumsuz bir irade beyanında bulunmayan kimsenin organ veya dokusu tedavi ve benzeri amaçlar için, ölüm anında yanında bulunan eşinin, reşit çocuklarının, ana veya babasının veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa herhangi bir yakınının rızası üzerine diğer bir kimseye nakledilebilir (m. 14/1). Ancak aksine bir vasiyetna-

me bulunmadıkça kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular rıza olmaksızın alınabilecektir (m. 14/2).

Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un m.14/4'ye göre, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin yanında m. 14/1'de sayılan kimseler yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11'inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere vasiyet ve rıza aranmaksızın nakledilebilir. Bu gibi durumlarda ayrıca nakilde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunması koşulu aranmaktadır.

2594 sayılı Kanun'un I. maddesiyle 14'üncü maddeye eklenen 5'inci fıkra, vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgili olmayan cesetlerin aksine bir vasiyet olmadığı takdirde altı aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere Yükseköğretim kurumlarına verilebileceğini belirtmektedir (m. 14/4-5). 2014 değişikliği ile¹⁰⁹ tıp eğitimi için yurt içinde kadavranın bulunamaması halinde yurtdışından kadavra ve kadavra parçası temin edilebilecektir (m. 14/6)

C. Umumi Hıfzıssıhha Kanunda Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 227-234'de, ölümlerin çıkarılması ve nakline ilişkin ilkelerin düzenlendiğini görmekteyiz. Adli otopsi nedeniyle mezarın açılarak cesedin çıkarılması (m.227), bir ölünün gerek definden önce ve gerek definden sonra bir kasabandan diğerine nakli için belediyeden izin alınması gerekir (m. 228), demiryolu ya da hava yolu ile ölünün naklinde de yine belediyeden izin belgesinin alınması şarttır(m. 231). Deniz yoluyla gönderilecek olan ölü nakillerinde de daha önceden alınmış izin belgelerinin geminin bağlı bulunduğu limandaki Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'ndeki ilgililere onaylatılması şarttır (m. 233), yine yabancı ülkelerden getirilen ölü nakillerinde nakile izin verildiğine dair belgelerin ibrazı şarttır (m.

¹⁰⁹ 6514 sayılı Kanun madde 42, 02/01/2014, Resmi Gazete 28886.

234) buradaki onaylamalar bazı durumlardaki izin belgeleri, birer hukuka uygunluk nedenidir. Bu şartlara aykırı davranıldığı takdirde işlem hukuka aykırı olacak ve UHK m. 300'e göre 6 ay hapis cezası ya da m. 302 uyarınca Kabahatler Kanunu m. 32'deki idari yaptırımla karşılaşacaktır.

VII. CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

A. Kabristan veya Benzeri Yerlerin Görevlileri Yahut Kendilerine Naaş ve Kemikler Tevdi Edilmiş Kimseler Tarafından İşlenmesi

765 sayılı TCK m. 178'de cesedin korumasıyla yetkili ve görevli kimselerce fiilin işlenmesinin hizmetin kötüye kullanılması ve fiilin işlenmesindeki kolaylığı göz önünde tutularak suçun kabristanda veya ölü gömülmeye veya muhafazasına mahsus diğer yerlerde *mezarcılar* ve *bekçiler* gibi görevi olan yahut kendilerine naaş ve kemikler tevdi edilmiş *müezzinler*, *imamlar*, *gassallar*, *morg görevlileri* gibi kimseler tarafından işlenmesi halini ağırlatıcı neden olarak öngörmüştür. Bunun sebebi ise, saymış olduğumuz kişilerin görevlerinin sağlamış olduğu kolaylıklardan ve hizmetin kötüye kullanmalarından kaynaklanmaktadır. 5237 sayılı TCK da bu ağırlatıcı nedene yer verilmemiştir¹¹⁰.

B. Hakaretin Alenen İşlenmesi

Ölünün hatrasına hakaret suçu bakımından 5237 sayılı TCK m. 130/1 de özel bir ağırlatıcı neden öngörülmüştür. Bahsedilen maddeye göre hakaret alenen işlendiği takdirde cezanın ağırlatılması cihetine gidilecektir.

Aleni; *açık*, *ortada*, *meydanda*, *herkesin içinde yapılan* anlamlarına, aleniyet ise; *açık olma durumu*, *açıklık* anlamlarına karşılık gelmektedir¹¹¹. Aleniyeti bir başka deyişle, *fiilin herkesin görüp işitebileceği*, *herkesin girip çıktığı yerlerde işlenmesi* şeklinde de ifade etmek mümkündür¹¹². Aleniyeti intihara yönlendirme suçunda da görmekteyiz (m.84/3). Bu fıkranın gerekçesinde aleniyet için aranacak temel kıstasın "*fiilin gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olma*" olduğu kanun

¹¹⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2003, s. 76, Önder, s. 24.

¹¹¹ Sancar, Türkan Yalçın, Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları, Ankara 2006, s. 169.

¹¹² Soyaslan, s. 303.

koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir¹¹³. Aleniyeti genel itibariyle üç şekilde açıklanmaya çalışılmaktadır. Bunlar eylemin yapılışı açısından, eylem ile muhatap alınan kişi sayısı ve vasıta açısından ve son olarak mekan açısından olmak üzere üç şekildedir. Aleniyet bazen suçun unsuru bazen de suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Aleniyet konusunda failin kastının bunu kapsamaması gereklidir aksi takdirde aleniyetten ceza arttırılamayacaktır¹¹⁴. Bir avukatın duruşma salonunda müvekkili ile yüksek sesle yaptığı konuşma, özel nitelikli telsiz haberleşmeleri yani polis telsizinden yada taksitelsizinden yapılan haberleşmeler aleni haberleşmeleri oluşturmaktadır¹¹⁵. Aleniyet kişinin hatrasına hakaret suçu açısından suçun unsuru olarak kabul edilmeli ve failin kastının bunu içermesi gereklidir. Objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse aleni olduğundan haberi olmayan failin bundan dolayı cezasının arttırılması gerekecektir, bu durum ise incelediğimiz suç açısından adil olmayacaktır.

Yargıtay'ın 2010 yılında verdiği kararda *"hakaret suçunun cezaevi koşusunda işlendiği, failin gerçekleştiği mekanın koşulları itibariyle belirli olmayan birden fazla kişinin duyulup algılanamayacağı bundan dolayı aleniyetin gerçekleşmediği ve ilk derece mahkemesinin faile bu nedenle verdiği cezai arttırımın yasaya aykırı olduğuna"* karar vermiştir¹¹⁶.

Eğer fail, en az üç kişiyle ihtilat ederek değil, failin gerçekleştiği şartlar itibariyle belirli olmayan üçten fazla kişinin duyabileceği, öğrenebileceği ve algılayabileceği şekilde hakarete bulunmuşsa, suçun alenen işlendiği kabul edilecektir. Aleniyet, basın ve yayın yoluyla olabileceği gibi, failin bir topluluk önünde yaptığı konuşma sonucunda da gerçekleşebilir¹¹⁷. Sokağa bakan bir pencereden bağırıp çağırmak, sokakta yüksek sesle konuşmak, radyo ile yayın yapmak gibi hallerde de aleniyetin varlığından söz etmek mümkün olacaktır¹¹⁸.

Konuyla ilgili olarak şu örnekler verilebilir. Fail hakaret teşkil eden sözlerini alışveriş merkezi, cadde ve sokak, gezinti yerleri, toplu taşıma aracı gibi yer-

¹¹³ 5237 Sayılı Kanun m. 84/3 gerekçe.

¹¹⁴ Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, s. 363-368.

¹¹⁵ Zafer, Hamide, Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010, s.153.

¹¹⁶ Yarg. 4. CD. 01.02.2010, 2009/ 18403 - 2010 /967.

¹¹⁷ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006, s. 576.

¹¹⁸ Sancar, s. 174.

lerde sarf etmesi halinde ve basın yayın yolu ile eylemin aleniyet kazanması halinde ceza ağırlaştırılacaktır. Aleniyet halinde, ölünün yakınları, hakaretin az sayıdaki kişiler önünde gerçekleşmesine oranla, daha fazla rencide olacaklarından dolayı bu nitelikli unsur kabul edilmiştir¹¹⁹.

Herkesin girip çıkma olanağı bulunan bir yer, alınan tedbirler dolayısıyla kapatılmış ve kişilerin giriş çıkışı engellenmiş ise burada işlenen hakaret suçu bakımından aleniyetin varlığından söz edilemeyecektir¹²⁰.

C. Cezayı Hafifleten Nedenler

Mevzuatta, ölünün hatırasına hakaret suçu açısından, cezayı azaltan özel bir neden hem eski TCK'da hem de yeni TCK'da öngörülmemiştir. Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan hafifletici nedenler, somut olayın şartlarına göre fail hakkında da uygulanabilecektir. Örneğin; hayatta olduğu dönemlerde, sürekli iş arkadaşına karşı kötü davranan, sürekli aşağılayıcı davranışlarda bulunan bir kişinin öldükten sonra cesedine karşı, bu iş arkadaşın hakaret içerikli sözler sarfetmesi halinde TCK m. 29 uygulanmak suretiyle indirimine gidilmesi gerekecektir. Alacaklıya borcunu ödemeksizin ölen kişinin, borçlunun cenaze merasimi sırasında "mekanı cehennem olsun, hakkım haram olsun" demesi durumunda ortada haksız bir fiilin işlenmesi durumu olmakla birlikte sarfedilen sözler hakaret içermediğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç yoktur.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Ölünün hatırasına hakaret suçu, salt hareket suçu niteliği taşıdığından dolayı teşebbüse elverişli değildir. Suçun işlenmesi için, kanunda en az üç kişiyle ihtilat edilmesi öngörülmüştür. Bu bakımdan isnat üçüncü kişi tarafından öğrenildiği zaman suç tamamlanacaktır. Ancak, icra hareketleri bölünebiliyorsa bu suç için de teşebbüs hükümleri düşünülebilecektir¹²¹. Örneğin ölen kişi hakkın-

¹¹⁹ Tarhan, s. 345.

¹²⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 269.

¹²¹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 525.

da hakaret içerikli resimlerin hazırlanması ve slaytla bir topluluğun karşısında bunların gösterilmeye başlaması esnasında bunların engellenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Kişinin hatırasına hakaretin TCK m. 130/2 de belirtildiği gibi ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerinin alınması veya ceset ya da kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunması biçiminde işlendiği takdirde teşebbüse müsait olacaktır¹²². Ceset veya kemiklerinin alınması veya ceset ya da kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunulması, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamadığı takdirde, fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu suçla ilgili olarak gönüllü vazgeçmenin de olanaklı olduğunu söylemek mümkündür¹²³. Örneğin, mezar açılmakla birlikte içindeki ceset çıkarılmadan icra hareketlerinin yarıda kalması halinde TCK m. 130/2 deki suça teşebbüsten failin cezalandırılmaması gerekecektir¹²⁴. Bu bağlamda mezarın açılması hazırlık hareketi değil, icra hareketinin başlangıcı kabul edilecektir. Kişi ceset ya da kemikleri almaktan gönüllü vazgeçtiği takdirde TCK m. 130 uygulanmayacaksa da bu fiil UHK m. 300'deki ayrı bir suçu oluşturacağı için fail bu suçtan yargılanabilecektir¹²⁵.

Yargıtay'ın bir kararında, *mezardan meşru olmayan bir maksatla naaş çıkarma eylemlerinin, 765 sayılı TCK'nın 178. maddesinin 2. fıkrasında yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden, sanıklar hakkında aynı maddenin 1. fıkrasının tatbikinin hatalı olduğu* belirtilmiştir¹²⁶.

B. İştirak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından bir işbirliği içinde işlenmesine iştirak denilmektedir. İştirakin müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme gibi şekilleri bulunmaktadır. Kişinin hatırasına hakaret suçu, iştirak açısından herhangi bir özellik göstermemek-

¹²² Taneri, s. 227.

¹²³ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 269.

¹²⁴ Tezcan/ Erdem/ Önok , s.524, Yaşar , Gökcan , Artuç ,C.III, s. 4291.

¹²⁵ Umumu Hıfzısıhha Kanunu Madde 300; 227 inci maddede zikredilen istisna haricinde lazımlı gelen müsaadeyi almadan herhangi suretle olursa olsun mezarları açanlar altı aydan bir seneye kadar hapsedilir.

¹²⁶ Yarg. 6. CD., 12.03.1997., 9604-11797, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

tedir. Bu suçlar için iştirakin her halinin mümkün olduğu söylenilebilir (TCK m. 37-39)¹²⁷.

C. İçtima

Ölünün hatırasına hakaret suçu açısından içtimaya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, genel kurallar çerçevesinde, TCK m 42-44'e göre ortaya çıkabilecek sorunların çözülmesi cihetine gidilecektir.

1. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki Suç Tipleri Yönünden

TCK m.130/2. fıkradaki fiillerin, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 2. maddesi anlamında *“tarih öncesi veya tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bir varlık”* sayılan anıt mezarda bulunan ceset veya kemikleri hakkında işlenmesi durumunda, aynı kanunun 65. maddesindeki *“korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verme”* suçu da oluşacaktır¹²⁸. Alman Ceza Hukuku'nda tarihi figürler, gelenek ve şükran duygusu ile bir münasebet içerisinde bulduklarından 189. maddenin koruma kapsamı dışında tutulmuşlardır¹²⁹.

Tek bir fiille kanunun birden fazla maddesinin ihlali farklı nev'iden fikri içtimayı oluşturmaktadır. Failin tek fiili ile ihlal edilen suçların bir kısmı TCK'da yer alırken diğer kısmı yan veya özel kanunlarda yer alabilir. Bu durumlarda da fikri içtima uygulanabilir. Ancak fiil sonucunda ihlal edilen suç tipleri arasında asli-tali, genel-özel, tüketen-tüketilen norm ilişkisi var ise fikri içtima uygulanmayacaktır¹³⁰.

¹²⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 267.

¹²⁸ Parlar/ Hatipoğlu, s. 267.

¹²⁹ Maurach,Reinhart/ Schröder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred, Ceza Özel Hukuku Cilt I, Heidelber 2009, s. 287

¹³⁰ Özdemir, Emrah, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012, s. 70.

2. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu İle Değerlendirilmesi

Yetkili mercilerden gerekli izin almaksızın, her ne amaçla olursa olsun, mezarlıkların açılması eylemi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 300'ü ihlal mahiyeti taşıyacaktır. Buna bağlı olarak, fail, mezarı açarak, ceset veya kemikleri alma fiilini işlerse, hakkında, bu suç nedeniyle de soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır¹³¹.

Yargıtay'ın 1999 yılında vermiş olduğu bir kararda "*Sanığın, izin almaksızın mezarı açarak ceset çıkarma eyleminin, çıkarılan cesetlerin çürüyüp çürümediği araştırılarak sonucuna göre işlem yapılması; cesetler çürümüş olsun olmasın mezar açma ve cesedi çıkarma eylemi için mülga TCK m.178/2, cesetler tam olarak çürümemiş ancak mezar açma sağlık açısından tehlike oluşturuyorsa, hem mülga TCK'nın 178/2 ve hem de Umumi Hıfzıssıhha Yasası'nın 300. maddesiyle birlikte düşünülmesi ve 765 sayılı TCK m. 79 uyarınca en ağır hükümü içeren maddelerin uygulanması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*" şeklinde karar vermiştir¹³². Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir, zira ortada korunan hukuki değer farklıdır, tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlali yoktur. Dolayısıyla burada fikri içtimadan ziyade gerçek içtima durumu vardır ve ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerekirken fikri içtima uygulanarak en ağır cezayı gerektiren maddeden hüküm kurulması yerinde değildir.

Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre ise mezardan ceset çıkarmak zorunlu olarak mezarın açılmasını da gerektirdiğinden, burada bir geçitli suçun varlığından söz edilecektir. Bundan dolayı, cesedin mezardan çıkarılması durumunda ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 300'den ceza tayin edilmeyecektir¹³³. Mezarın açılmasını gerektirmeyen morgdan ceset veya kemiklerin alınmasında olduğu gibi benzer durumlarda da geçitli suç gündeme gelmeyecektir¹³⁴.

Failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif nitelikte bir suçtan geçmek zorunda olduğu durumlarda geçit suç söz konusu olmakta-

¹³¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 268.

¹³² Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002, s. 1329.

¹³³ Tezcan, Erdem, Önok , s. 526.

¹³⁴ Yaşar, Gökcan, Artuç , C.III, s. 4294.

dır¹³⁵. Burada geçitli suç için korunan hukuki değer aynı olması ve mutlaka daha hafif suçtan geçilmesinin zorunlu olması önemli iki şarttır¹³⁶. Kanaatimce mezarı açmak suretiyle kemiklerin veya cesedin alınması hem UHK m. 300 hem de TCK m.130'u ihlal etmektedir ve gerçek içtimanın uygulanması gerekmektedir. Tezcan/ Erdem/ Önok'un görüşlerine katılmak mümkün değildir. Zira geçitli suç için mutlaka daha hafif suçtan geçmek gereklidir, oysa incelemekte olduğumuz suçta ceset veya kemiklerin alınması için mutlaka mezarın açılması gerekmez, bu zorunlu bir unsur değildir, tabutun içinden alınması, krematoryum fırınlarına yakılmak için götürülürken alınması durumlarında olduğu gibi.

Başka bir görüş ise, bu durumda failin kastına bakmak gerektiğini, failin kastı ceset veya kemiklerin alınması ise sadece mezarın açılması ancak cesedin alınmaması durumunda hem UHK hem de TCK m. 130/2'ye teşebbüsten ceza verilmesi imkan dahilinde olacaktır şeklindedir¹³⁷.

Ceset veya kemikleri almak ile hırsızlık suçu arasında da bir içtima ilişkisi olabilir. Ceset veya kemikleri alma eylemi, cesedin gömülmesinden önce olabileceği gibi gömüldükten sonra mezar açılarak çıkarma şeklinde de gerçekleştirilebilir. Ceset veya kemikler mal statüsünde değerlendirilmediği için hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz ancak ceset yada kemiklerin yanında eşya da alınmış ise hem TCK m. 130/1 hem de hırsızlık suçu m. 141'den gerçek içtima hükümleri çerçevesinde cezalandırılmaları gerekecektir¹³⁸.

Ancak 2238 sayılı kanun m. 14/6'da 2014 yılında yapılan değişiklik ile tıp eğitimi için yurtiçinde kadavranın bulunamaması halinde yurtdışından kadavra ve kadavra parçası temin edilebilecektir şeklinde hüküm sevk edilmiştir.

¹³⁵ **Geçit veya geçitli suçlar** cezalandırılmayan önceki eylemlerin kapsamında kabul edilir ve bundan dolayı bütün cezalandırılmayan önceki eylemlerle birlikte görünüşte birleşmenin bir türünü oluştururlar. Geçit suçları failin kastının başlangıçtan itibaren ağırlaşan sonuçlara yönelmesi şeklinde anlaşılmalı ve fakat hafif suçun bağımsız olarak cezalandırılan daha ağır suça ait hazırlık hareketleri durumunda bulunmamasına dikkat edilmelidir. (İçel, Kayıhan, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, İstanbul 2008, s. 47.)

¹³⁶ İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 558-559.

¹³⁷ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 517.

¹³⁸ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 516.

Dolayısıyla bu gibi durumlarda eğitim amaçlı getirilmiş olan kadavra parçasının çalınması hırsızlık suçunun konusunu oluşturacaktır.

İnsan cesedi veya parçası üzerinde genel olarak hırsızlık suçu işlenemeyecektir. Buna karşılık insan bedeninden ayrılmış olan kan veya organ hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir¹³⁹. Ancak cesetten kan, ilik yada kornea gibi organların DNA testi için alınması durumunda eylem hukuka uygun olduğundan hırsızlık suçu oluşmayacaktır.

Failin tabuta tekme atıp aynı zamanda ölüye sövme şeklinde gerçekleşen fiiller bağlamında TCK m. 130/1 ile m. 130/2 arasında bir içtima ilişkisi düşünülebilir. Bu durumda TCK m. 130'un birinci ve ikinci fıkrası aynı cezaları düzenlemekte ise de ilk fıkrasının adli para seçimli ceza öngörmesi failin lehine olacağından ikinci fıkrasının uygulanması cihetine gidilmelidir¹⁴⁰.

3. 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ile Değerlendirilmesi

Ulu önder Atatürk'ün hatrasına alenen hakaret edilmesi veya sövülmesi durumunda hem TCK m. 130 hem de 25.07.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un birinci maddesinde tanımlanan suç oluşacaktır. Ancak 5816 sayılı yasa özel norm niteliğinde olduğundan fail hakkında 5816 sayılı kanun uygulanacaktır.

IX. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

A. Yaptırım

Ölünün hatrasına hakaret suçunu işleyen fail, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Eğer fail hakareti alenen işlerse takdirde verilecek olan ceza altıda biri oranında artırılacaktır (TCK m 130/1). Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü durumlarda, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir (TCK m.50/2). Bu durum seçenek yaptırıma çevirme yasasını oluşturmaktadır. Ancak 50/3'te seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu

¹³⁹ Yaşar/ Gökcan /Artuç, C. IV, s. 4479.

¹⁴⁰ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız /Tepe, s. 517.

bulunmaktadır. İkisinin birarada olması durumunda adli para cezasına çevirme yasağı geçerliliğini koruyacak, buna karşılık hapis cezası seçenek tedbirlerden birine çevrilmek zorunda kalacaktır¹⁴¹.

Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan fail ise, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 130 /2). Bu fıkradaki üst sınırın iki yıl olması nedeniyle TCK m. 51'deki hapis cezası şartının haricindeki koşulları da barındırdığı takdirde failin hapis cezası ertelenebilecektir.

B. Kovuşturma

Ölünün hatırasına hakaret suçu, adli makamlarca, şikâyet üzerine soruşturulan bir suçtur (TCK m. 131). Yargıtay'ın 1988 yılında vermiş olduğu bir kararda; *TCK md. 488 nazara alınarak davacının ölü kocası Halil'e hakaret ettiğinden bahisle sanık hakkında açmış olduğu şahsi davaya bakılarak sonucuna göre esasa ilişkin hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*¹⁴².

Yetkili kimse, yani suçtan zarar gören mağdur, fiili ve faili öğrendiği andan itibaren altı ay içerisinde şikâyet hakkını kullanmalıdır aksi takdirde bu hakkını kaybedecektir (TCK m. 73). Şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan dolayı şikâyet hakkı mirasçılara geçmez. Şikâyet sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda ve aynı zamanda sadece suçtan zarar görenin başvurabileceği bir haktır¹⁴³. Kişiler sadece yapmış oldukları şikâyetleri geri alabilirler, diğer müştekilerin şikâyetlerini geri alamazlar¹⁴⁴.

TCK m.131 ile hakaret suçuna ilişkin kovuşturma usulü açıklanmıştır. Ancak bu düzenlemede kanun koyucu kişinin hatırasına hakaret suçunun kovuşturma usulüne de açıkça yer vermiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ölmüş olan kişinin hatırasına karşı bu suç işlendiği takdirde; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri şikâyet hakkını kullanabilecekler-

¹⁴¹ Maden, Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2012, s. 171.

¹⁴² Erol, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 684.,Yarg. 2. CD. 09.02.1988-296-459.

¹⁴³ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 74.

¹⁴⁴ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 93.

dir (TCK m. 131/2). Alt ve üst soy hısımlığı 4721 sayılı TMK'nın 17. maddesine göre belirlenecektir¹⁴⁵. Dolayısıyla TCK sıhri hısımlar ile maddede belirtilenlerin haricindeki mirasçılara şikayet hakkı tanımamıştır¹⁴⁶.

Kanun maddesinde yazılan bu mirasçılarının mağdur olduğu iddia edilmiştir. Hakaret suçunda mağdur gösterilirken bir kimse ibaresi varken, incelenen bu suçta ölü kişiler ibaresine yer verilmediği de dayanılan gerekçe olmaktadır¹⁴⁷. Ölen kişinin hatırasına saygı hissi hem ölenin yakınları hem de toplum için korunmalıdır. Dolayısıyla bu kişiler geniş anlamda mağdur olarak nitelendirilmeli ve özellikle kimsesiz kişilerin öldükten sonra hatırasına hakaret re'sen kovuşturulabilir hale getirilmelidir.

Şikayete bağlı olan TCK m. 130'daki bu suçta adli para cezası seçimler olarak yer aldığı için önödeme tabi olmayacaktır. Uzlaşma kurumu için ise, uzlaşma kapsamında yer aldığı için bu suçu işleyen fail hakkında uzlaşma hükümleri uygulanabilecektir (CMK m.253/1-a).

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu suçun sadece ölenin belli derecedeki yakınları tarafından şikayet edilmesiyle kovuşturulması özellikle topluma mal olmuş ama hiçbir yakını olmayan kişilerin naaşları açısından olumsuz bir durum yaratacağı dile getirilmiştir. Söz konusu bu sakıncanın bu kişilerin naaşları hakkındaki tahkir edici fiillerin re'sen takip edilmesiyle giderileceği de önerilmektedir¹⁴⁸. Benzer şekilde bir kaza nedeniyle bütün hısımları ölen, yada hiç kimsesi olmayan bir kişinin ceset veya kemikleri hakkında da şikayet koşulu olmayacaktır. Bu durumlar da kanun koyucunun bu durumlarda re'sen kovuşturulur şeklinde kanuni düzenleme ihdas etmesi gereklidir.

¹⁴⁵ *Kan Hısımlığı Madde 17*; Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.

Kayın Hısımlığı Madde 18; Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.

¹⁴⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, C.III, s. 4288.

¹⁴⁷ Kayaççık, s. 482.

¹⁴⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Özel Hukuku 2013, s. 523.

X. 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK'NİN KARŞILAŞTIRILMASI

765 sayılı TCK'da ölünün hatrasına hakaret, "hürriyete karşı suçlar" başlığı altında "din hürriyetine karşı suçlar" içerisinde düzenlenmiş iken; TCK'da bu suç, "şerefe karşı suçlar" içerisinde düzenlemiştir. Dolayısıyla, ölünün ceset veya kemiklerinin alınması ya da bunlar hakkında tahkir edici fiiller yapılmasında korunan hukuki yararın, din özgürlüğü kapsamında görülmesinden vazgeçilmiştir¹⁴⁹. Mülga TCK'da ölünün "naaş ve kemikleri" kelimeleri kullanılmış iken, 5237 sayılı TCK'da, ölünün "ceset ve kemikleri" ibaresi kullanılmıştır. 5237 sayılı TCK m. 130'da iki ayrı suça yer verilmiştir. TCK m. 130/1'de bir kimisenin öldükten sonra "hatrasına hakaret" edilmesi suç sayılmış ancak bunun için en az üç kişiyle ihtilal edilmesi şart koşulmuştur. Suçun "alenen" işlenmesi ise cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kanunda yer almıştır. Ayrıca TCK m. 130/2 de ise ölünün cesedini veya kemiklerini almak yahut tahkir etmek suçu düzenlenmiştir. TCK m.130/1'deki suç 765 Sayılı TCK'nin 488/2 ve onun atf yaptığı hükümlere paralellik arz etmektedir. 2. fıkradaki suç ise aynı Kanununun 178. maddesine tekabül etmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hapis cezası ile para cezasının birlikte hükmedilmesinin öngörülmesine karşılık; 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda hapis cezası ve adli para cezası seçimlik cezalar olarak öngörülmüştür. TCK'da, suç için öngörmüş olan hapis cezasının üst sınırı iki yıl iken, mülga TCK'da bu sınırın bir yıl olduğu görülmektedir. Ayrıca TCK m.130'da mülga TCK m. 178 deki suçun hareket şekli olan, "mezardan çıkarmak" eylemine de yer verilmemiştir. Benzer şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, bu suçun, *mezarlık ya da ölü gömülmeye veya korunmasına tahsis edilmiş yerlerde görevli olanlar ya da kendisine naaş ve kemikler tevdi edilenler* tarafından işlenmesi, ağırlaştırıcı neden sayılmış olmasına karşılık; bu ağırlaştırıcı neden, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almamıştır.

Suçun manevi unsuru bakımından 765 sayılı TCK'da sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, ölünün naaşının tahkir maksadıyla veya gayrimeşru diğer bir maksatla alınması gibi ibareler vazedilerek failde *özel kast aranmış iken; 5237 sayılı*

¹⁴⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262.

*TCK'da böyle bir özel kast aranmamış, faildeki genel kastın varlığı yeterli görülmüştür*¹⁵⁰.

SONUÇ

Kişiler yaşadıkları süre boyunca elde ettikleri saygınlıkları, onurları öldükten sonrada devam ettirirler. Bundan dolayıdır ki ölmüş olan bir kişinin cesetlerine, kemiklerine yapılacak olan hakaret ya da tahkir edici fiiller ölüye olan saygı duygusunu ihlal mahiyeti taşımaktadır. Bu nedenle ülkeler yasal mevzuatlarında bu alana yapılan tecavüzleri önleyici düzenlemelere yer vermektedirler. Kimi ülkeler bu düzenlemeleri din özgürlüğüne karşı bir ihlal olarak düşünmüşler, kimi ülkeler de şeref, onur kısmı daha ağır bastığı için kişi hürriyetine karşı suçlar içerisinde düzenleme yoluna gitmişlerdir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle bu suç din hürriyetine karşı suçlar kısmından çıkarılarak kişi hürriyetine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Bundan dolayı fail, bir kişinin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret gerçekleştirebileceği gibi, ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alma veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunma gibi eylemleri yaparak da suçu işleyebilmektedir. Ceza yargılamasında yer alan beden muayenesi (CMK m.76), moleküler genetik inceleme (CMK m.78), ölü kimliğini tespit ve adli muayene (CMK m.86), otopsi (CMK m.87 vd.) gibi durumlarda ceset ve kemiklerin alınması halinde suç oluşmayacaktır.

Ölünün hatırasına hakaret suçunda cesetle birlikte yer alan eşyaların alınması hırsızlık suçuyla birlikte değerlendirilerek fail iki ayrı suçtan cezalandırılacaktır. Ancak ölen kişinin cesedi tarihi bir varlık haline gelmişse artık özel kanunda hüküm bulunduğu için bu cesede yapılan eylemlerde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu hükümleri uygulanma kabiliyeti bulacaktır.

Son olarak, bu suçta savcıların soruşturma ve kovuşturma yapılabilmeleri için şikayet koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Şikayet şartını ise tartışmalı olmakla birlikte bu suçun zarar göreni olarak nitelendirilen belli de-

¹⁵⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok , s . 525.

recedeki akrabaları gerçekleştirebileceklerdir. Ancak burada çıkan sonuçta şudur ki söz konusu akrabaları da ölen bir kişinin, ya da hiç akrabası olmayan kişilerin, öldükten sonra şikayet hakkı gerçekleşmesinin mümkün olmaması ve bu cesetlere yapılan hakaretimiz fiillerin cezasız kalması toplum vicdanını üzmektedir. Yasal düzenleme ile böylesi durumlarda re'sen takip edilen bir suçta dönüştürülmesi bu konunun çözüme ulaştırmasını sağlayabilecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/ **Akipek**, Jale, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümler Kişiler Hukuku, İstanbul 2007.

Artuk, Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003.

Artuk, Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

Arslan, Çetin/**Azizoğlu**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya 2010.

Ayan, Mehmet/ **Ayan**, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2011.

Birtek, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Ankara 2013.

Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul 2001.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.

Çetin, Erol, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçları, Ankara 2008.

Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.

Eisele, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil I (Ceza Özel I), Stuttgart 2008.

Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C.II, Ankara 1965.

Erol, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2013.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2012.

Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.

Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Denizli 2006.

İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.

İçel, Kayıhan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, *Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, S. 14, İstanbul 2008,

Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1996.

Kayanççek, Murat, Şerefe Karşı suçlar, Ankara 2008.

Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

Maden, Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2012.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002.

Maurach, Reinhart/ **Schröder**, Friedrich-Christian/ **Maiwald**, Manfred, Ceza Özel Hukuku Cilt I, Heidelberg 2009.

Meran, Necati, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007.

Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

Özbek, Veli Özer/ **Kanbur**, Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Özdemir, Emrah, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

Parlar, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II (Ceza Özel Hükümler II), Münih 2011.

Sancar, Türkan Yalçın, Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları, Ankara 2006.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2010.

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi I, Ankara 2014.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006.

Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.

Taneri, Gökhan , Hakaret ve Yakın Suçlar İle Hakaret Nedeniyle Tekzip ve Tazminat, Ankara 2012.

Tarhan, Emine Ülker, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Ankara 2007.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan /Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2013.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007.

Yaşar, Osman/ **Gökcan**, Tahsin/ **Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara 2014.

Udeh, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler, Çev: Ali Şafak, İstanbul 2012.

Yenidünya, Ahmet Caner/ **Alşahin**, Mehmet Emin, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Ankara 2007

Zafer, Hamide, Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010.

DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI VE KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMININ TABİ OLDUĞU SÜRELER

*Duration That Period of Limitation is Subjected to in Value Added Share
and Participation Receivables*

Banu Fatma GÜNARSLAN*

ÖZET

Eşler arasında malvarlığı ilişkileri mal rejimleri ile düzenlenmektedir. Eşlerin herhangi bir seçim yapmadıkları takdirde yasa gereği kendiliğinden uygulanacak mal rejimi yasal mal rejimidir. 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’umuzda edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Değer artış payı alacağı ve katılma alacağı edinilmiş mallara katılma rejiminde, yasada düzenlenmiş kurumlardır. Değer artış payı alacağı 4721 sayılı TMK’nın 227. maddesinde, katılma alacağı ise 231 vd. maddelerinde hükme bağlanmış olmakla birlikte; Yasada bu alacaklara özgü bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Türk Medeni Kanunu’nda, katılma ve değer artış payı alacaklarının ne zamana kadar talep ve dava edilebileceğine ilişkin özel bir hükme yer verilmediğinden, yasada boşluk olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu yasal boşluk, öğretideki görüşler ve Yargıtay uygulamaları ile doldurulmaya çalışılmaktadır.

Değer artış payı ve katılma alacağının büyük bir kitleye uygulanan yasal mal rejiminin unsurları olması, bu nedenle, ne zamana kadar dava edilebileceği hususunun önem arz etmesi, bu konuda Yasada açık bir düzenlemenin bulunmaması, öğretide farklı görüşlerin ileri sürülmesi ve Yargıtay uygulamasının zamana göre değişiklik göstermesi bizi bu konuda araştırma yapmaya iten sebepler olmuştur. Çalışmamızda, katılma alacağı ve değer artış payı alacağına genel olarak değinilecek ve zamanaşımı hususu öğretideki görüşler ile Yargıtay uygulamaları doğrultusunda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi, katılma alacağı, değer artış payı alacağı, zamanaşımı

* Çerkezköy Hakimi- banugunarslan@gmail.com

ABSTRACT

Property relations between husband and wife is arranged by regime of property. On the condition when the couple makes no choice, legal regime of property is the regime of property enforced ipso facto as required by law. The regime of participating to acquired property is accepted as legal regime of property in 4721 numbered Turkish Civil Code (TCC) which became effective on 1st January 2002. In the regime of participating to acquired property, value added share receivables and participation receivables are enacted institutions. While value added share receivables is resolved in the 227. article and participation receivables in 231 ff. article of 4721 numbered Turkish Civil Code, period of limitation concerning these receivables is not prescribed in law. As TCC does not include any special provision about until when to introduce a demand or sue value added share receivables and participation receivables, it is accepted to have lacunae in law. That mentioned lacunae in law is attempted to fill via practices in Turkish Supreme Court and standpoints of the discipline.

The fact that value added share receivables and participation receivables are elements of legal regime of property practiced on masses and consequently it is important to clarify until when to sue, there is no clear regulation concerning the matter in law, and we have different standpoints in the discipline while practices in Turkish Supreme Court change eventually is all the reason that drives us to search on this topic. This paper will mention briefly value added share receivables and participation receivables and examine the issue of period of limitation in accordance with practices in Turkish Supreme Court and standpoints of the discipline.

Key Words: regime of property, the regime of participating to acquired property, participation receivables, value added share receivables, period of limitation



GİRİŞ

Eski Medeni Kanunumuzda yasal mal rejimi olarak düzenlenen mal ayrılığı, uygulandığı dönem içerisinde özellikle kadının mağduriyetine ve istismarına neden olan sistem haline gelmiştir. Batılı ülkelerde aile hukukunda yapılan revizyonlar¹ değerlendirilerek, ülkemizde de, çağın ihtiyaçlarına cevap verecek

¹ 1950'li yıllardan sonra Batılı ülkelerde eşitlik, özgürlük ve insan haklarına önem verilmesi yönündeki sosyal değişime paralel olarak, sabit rollere dayalı aile anlayışından vazgeçilerek "eşit haklara dayalı evlilik modeli" kabul edilmiştir. Anayasa ve Medeni Kanun değişiklik-

yeni Medeni Kanun taslak ve tasarı çalışmaları yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanununda yasal mal rejimi olarak düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimi, bazı noktalarda farklılıklar göstermekle birlikte, Kanunumuzda yasal mal rejimi olarak yerini almıştır².

lerinde eşlere eşit haklar tanınmış ve aile hukukunda yapılan revizyonlarda mal rejimi, bu anlayışla yeniden düzenlenmiştir. Almanya’da özellikle aile hukukunda kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla 18.06.1957 tarihinde kabul edilen ve 01.07.1958 tarihinde yürürlüğe giren Eşit Haklar Kanunu (Das Gleichberechtigungsgesetz) ile Alman Medeni Kanununda (BGB) “Kazanç Ortaklığı” (Zugewinngemeinschaft) yasal mal rejimi, mal ortaklığı ve mal ayrılığı ise seçimlik mal rejimleri olarak kabul edilmiştir. Fransa’da, 1 Şubat 1966 yılında yürürlüğe giren “Mal Rejimleri Reformu Kanunu” ile eski yasal mal rejimi olan “Menkullerde ve Kazançta Ortaklık” (Fahrnisgemeinschaft) yerine “Kazançta Ortaklık” (Errungenschaftsgemeinschaft) yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Avusturya’da, 15.06.1978 yılında eski yasal mal rejimi “Mal Ayrılığı” yerine “Paylaşmalı Mal Ayrılığı” kabul edilmiştir. İsviçre Medeni Kanununda, 5 Ekim 1984 tarihinde yapılan ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren “Aile Reformu Kanunu” ile yasal mal rejimi olan mal birliği rejimi yasadan çıkarılarak “Edinilmiş Mallara Katılma” (Errungenschaftsbeteiligung) yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. ŞİPKA Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011, s. 6 vd.; GÜRKAN, Ülker, “Karının İktisaden Korunması”, AÜHF. C.30, S.1-4, 1973, s. 317-352, s. 326-327; KILIÇOĞLU, Ahmet, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, 2003, s. 88; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2002, s. 2; ACABEY, Mehmet Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1999, s. 109; ÖZDİLEK, Osman, Türk ve İsviçre Hukuklarında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bu Rejimde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_292, (Erişim tarihi:16.03.2015), s. 5; ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun’un Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Bir Değişiklik Önerisi”, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 79-80; KILIÇOĞLU, Ahmet, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri”, Yargıtay’ın128’inci, Ankara Üniversitesi’nin 50’nci, A.Ü. Hukuk Fakültesi’nin 70’inci Kuruluş Yıldönümü Ortak Bilimsel Toplantı (23-24 Mayıs 1996), AÜHF Yayınları No:524, Ankara 1997, s. 17-54, s. 30; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Jale G Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 447-448.

² KILIÇOĞLU, Kadın ve Çocuk, s.88-89; AKINTÜRK Turgut/KARAMAN Derya Ateş, Türk Medeni Kanunu İkinci Cilt Aile Hukuku, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul, 2015, s. 144; BAŞPINAR Veysel, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, A.Ü.H.F Dergisi C. 52, S. 3, 2003, s.79, 86-87; BAŞPINAR, “Yeni Türk Medeni Kanunu”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 669-670; BAŞPINAR, Veysel, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler” webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_3.pdf, s. 3, 7; Bu konuda geniş bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 8 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 162 vd.; BÜYÜKTANIR, Tahir, “Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 55-110, s. 56 vd; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 10 vd; ŞİPKA, Şükran, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşler arası eşitlik ve adalet temeline dayandığından, oldukça ayrıntılı ve komplike bir tasfiye süreci söz konusudur. Bu rejimin en çok eleştirilen yanı da, tasfiyesinin uzun, zor ve karmaşık olmasıdır. Evliliğin devamı süresince, ortak yaşam kurma ve birlikte yaşamının doğası gereği, eşlerin malvarlıkları adeta birbirine geçmiş şekilde olup, saf olmayan bu malvarlıkları arasında değer kaymaları ve eşlerin birbirlerine katkıları söz konusu olmaktadır. İşte, eşlerden birinin diğer eşin malvarlığına karşılıksız olarak yaptığı katkıdan doğan değer artış payı alacağı ve bir eşin edinilmiş mallarına, diğer eşin katkıda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, rejimin sona ermesiyle doğan alacak hakkı olan katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminde son derece önemli bir yer teşkil etmektedir.

Değer artış payı alacağı ve katılma alacağı hukuki niteliği, hesaplanmasındaki zorluklar, gerek aile hukukunun kendine özgü yapısından kaynaklı sıkıntılar, yargılama hukuku kuralları ve yasa boşlukları nazarında, teorik ve uygulamaya yönelik pek çok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Bu sorunlar, birçok tartışma ve görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiş, kimi zaman aynı konuda farklı fikirler ileri sürülmüş, kimi zaman öğretilerde dile getirilen görüşlerle uygulamanın çatışmasına tanık olunmuştur. Öğretilerde ve uygulama en çok tartışılan konulardan biri de, zamanaşımıdır.

I. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI VE KATILMA ALACAĞI

A. Değer Artış Payı Alacağı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’umuzda, İsviçre Medeni Kanunu’nda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu’nda, Almanya’daki kazanç ortaklığından farklı olarak, eşlerin malları, kişisel mal (evlilikten önceki mal varlığı, bağışlar, miras yolu ile intikal eden mallar) ve evlilikte edinilmiş mallar olarak gruplandırılmıştır. Alman Hukuku’ndaki kazanç ortaklığında ise; mal rejiminin başlangıcında eşlerin

Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞİPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul 2007, s.5-18, s. 9 vd.

mevcut malvarlıkları ile, evlilik süresince meydana gelen artışla ortaya çıkan malvarlıkları arasındaki artış eşler arasında paylaştırılmaktadır. Kazanç ortaklığı rejiminde, eşlerin bu değer artışına herhangi bir etkileri olmasa dahi, söz konusu artış, nihai malvarlığına dahil olarak eşler arasında paylaştırılmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise, kişisel mallardaki değer dalgalanmaları diğer eşi etkilemez. Bu husus, İsviçre’de kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi ile Alman Hukuku’ndaki kazanç ortaklığını birbirinden ayırmaktadır³.

Türk Medeni Kanunu’muzda, yasal ve seçimlik mal rejimlerinde eşlerin katkı alacağına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Zira, edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK.m.227), paylaşımlı mal ayrılığı (TMK.m.249), mal ortaklığı (TMK.m.274), bu soruna ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde 227. maddede “değer artış payı” başlığını taşımaktadır. Paylaşımlı mal ayrılığı rejimi ile ilgili olarak 249. madde ise, “katkıdan doğan hak” başlığını taşımaktadır. Mal ortaklığı rejimi ile ilgili olarak 274. maddede de “değer artış payı” ifadesi kullanılmıştır⁴.

Eski Medeni Kanun’da ise, eşlerin karşılıksız katkılarının telafilerine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak uygulamada ve öğretilerde eşlerin bu tür alacaklarının olabileceği kabul edilmekteydi⁵. Yargıtay, TMK’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde katkı payı (katkı hakkı, katkı tazminatı) davaları ile eşlerden birinin, diğer eşin bir malı edinmesine katkıda bulunması halinde, bu katkının karşılığının katkıda bulunan eşe ödenmesine karar veriyordu. Türk Medeni Kanunu’muzda değer artış payı ile ilgili getirilen bu düzenleme, Yargıtay uygulaması ile yerleşmiş katkı payının, farklı yönleri bu-

³ HAUSHEER, Heinz, “Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler”, Çev. Bilge Öztan, TBB Dergisi, Sayı 76, 2008, s. 201-216, s. 211; ODENDAHL, Hanswerner, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi ile Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞİPKA-Barış ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul 2007, s. 113-132, s. 113 vd.

⁴ Kılıçoğlu, yasa koyucunun, aynı kurumu farklı kavramlarla ifade ederek terim birliği sağlayamadığını belirtmekte ve bu durumu eleştirmektedir. Ayrıca, bu kavramın İMK’da “Mehrwertanteil” (katma değer ya da katkı alacağı) kavramının karşılığı olduğundan yola çıkarak “katkı alacağı” şeklinde ifade etmektedir. (Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 6-7)

⁵ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 5.

lunsa da, yasalaşması olarak görülmektedir⁶.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payı alacağı TMK. m. 227’de düzenlenmiştir. TMK.m.227’ye göre;

“Eşlerden biri değerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır.

Böyle bir malın daha önceden elden çıkarılmış olması halinde hakim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler.

Eşler yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler.”

İsviçre Medeni Kanunu’nda, eşlerin mal grupları arasındaki etkileşimler 206. ve 209. maddelerinde “değer artışının paylaşılması” başlığı altında hükme bağlanmıştır⁷. Kaynak yasa olan İsviçre Medeni Kanunu 206. Maddesine göre⁸;

“Eşlerden biri değerinin bir malvarlığının kazanılması, iyileştirilmesi veya muhafazasına uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş ve tasfiye sırasında katma değer oluşmuşsa, katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda alacak katkının yapıldığı andaki değerine göre hesaplanır.

⁶ ZEYTİN, Tasfiye, s. 139.

⁷ HAUSHEER, s. 212

⁸ İMK 206/2 fıkrasında, malın daha önce elden çıkarılması halinde bu tarihte muaccel olacağı ve elde edilen değere göre hesaplanacağı düzenlenmişken; TMK. 227/2 fıkrasında, farklı olarak, hakime hakkaniyet değeri belirleme yetkisi tanınmış ve elden çıkarma tarihinde derhal muaccel olması öngörülmemiştir. Bkz. ŞEKER, Muzaffer, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İsviçre İle Karşılaştırılması”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞİPKA-Barış ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul, 2007, s. 133-158, s.138; ODENDAHL, Hanswerner, “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni “Mal Rejimi” Hükümleri Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine bir Karşılaştırma”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, s. 475-496, s. 482.

Böyle bir malın daha önceden elden çıkarılmış olması halinde alacak elden çıkarılmada elde edilen değere göre hesaplanır ve o an itibariyle muaccel olur.

Eşler yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilir veya bunun oranını değiştirebilirler.”

TMK. m. 227 hükmü ile iki hususun düzenlendiği dikkati çekmektedir. İlk olarak; eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın yaptığı katkı nedeniyle alacak hakkı tanınmaktadır. İkinci olarak ise, bu alacak hakkının miktarının hesaplanma şekli gösterilmiştir. Bu anlamda, katkının yapıldığı malın değeri tasfiye anına kadar artmamış ya da azalmışsa, alacağın değeri, katkının başlangıçtaki miktarı kadardır. Tasfiye anına kadar malda değer artışı meydana gelmişse, katkıda bulunan eş, katkı oranına göre değer artışından da pay alacak ve buna bağlı olarak alacak miktarı artacaktır⁹. Değer artış payı, kısaca bir eşin, diğerinin malına, malvarlığı veya emeği ile yaptığı katkıdır. Katkıda bulunan eşin iradesi katkının karşılıksız olmadığına yöneliktir ve somut olayın niteliği gereği malvarlığı veya emekle yapılan bu katkının karşılığının ödenmesi gerekmektedir¹⁰.

B. Katılma Alacağı

Kanuna göre, artık değere katılma alacağı olarak tabir edilen bu alacak, öğretisi ve uygulamada katılma alacağı şeklinde ifade edilmektedir ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK’da düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir alacaktır. Katılma alacağı, TMK’nın 231 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince bir eşin edindiği mallarda, rejimin sona ermesi ile tasfiye sonucu diğer eşin hak sahibi olduğu bir alacaktır¹¹. Katılma alacağında, eşler-

⁹ SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 266.

¹⁰ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 23.

¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi, edinilmiş mallara katılma rejiminde her bir eşin, edinilmiş mallarını dilediği gibi tasarruf yetkisinin bulunduğunu, bunun tek istisnasının İMK. 208. maddesinde (karşılığı TMK. m.229) yer alan tasarruflar olabileceğini, eşlerin İMK. 170. maddesinde mali durumları hakkında bilgi vermemelerinin ise, boşanma açısından etkili olabileceğini belirtmiştir. “...Eğer davalı koca 30.000 Frankı nereye harcadığı konusunda bilgi vermekten kaçınmış ise o zaman Kanton Mahkemesi’ne göre davacı iddiasını ispat etmiş sayılır. Yani bu paranın halen davalının elinde olduğu ya da Art. 208/1 anlamında (son 5 yıl için-

den birinin diğerinin malvarlığına katkıda bulunup bulunmadığı koşulu aranmamaktadır. Katılma alacağı katkı oranına bakılmaksızın, tasfiye sonucu ortaya çıkan artk değer kural olarak yarısıdır¹². Bu nedenle, alacaklı eşin, evlilik ilişkisini ve edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını ispat etmesi yeterlidir¹³. Artk değer hesabında, eşin edindiği mallardan borçları çıkarılır ve kalan net değer üzerinden katılma alacağı hesaplanır¹⁴.

II. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI VE KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SORUNU

A. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, hak sahibi eş kural olarak, sadece alacak hakkı talep edebilecektir¹⁵. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sonunda, mal rejimi süresince edinilmiş malların tasfiyesi sonunda bulunan artk değer, aksine

de) kullanıldığı sonucuna varılmıştır... Kanton Mahkemesi (Obergericht) demek ki meselenin aslı ile ilgili iki olasılık öngörmüştür. Ya mal varlığı değeri hala mevcuttur, ya da koca mal varlığı değerini kendi yararına kullanmıştır. Sonucu durumda Kanton Mahkemesi edinilmiş malların tasfiyesinden dolayı tazminat alacağını şu şekilde neticelendirmektedir: Mal varlığı mevcut olmamasına rağmen malvarlığının değeri, ileri sürülen hesaplamada hesaba katılmak zorundadır. Kanton Mahkemesi her bir eşin kendi edinilmiş mallarını yasal sınırlar içerisinde serbestçe kullanabileceği ve serbestçe tasarruf edebileceğini kabul etmemiştir. Oysa, eşlerin hiçbiri edinilmiş mal oluşturmak yükümlülüğü altında değildir. Eşlerden her biri bu nedenle yükümlülüğünü zedelediği müddetçe, ailenin iaşesine yardım etmek adına biriktirmiş olduğu edinilmiş mal değerlerini tüketmeye ilke olarak hak sahibidir. Edinilmiş mallar evliliğe aykırı nedenlerle kullanılırsa, bu durum sadakat ve yardım yükümlülüğünü ihlal teşkil eder. Böylece bu durumun boşanma hukukuna dair etkileri olabilir. Kanton Mahkemesi'nin düşüncesine aykırı olarak kabul ettiğimiz durum şudur: Koca dava konusu meblağı sadece kendi özel ihtiyaçları için harcamış, edinilmiş mallara dair hiçbir tazminat talebi hasil olmamışsa, bu durum harcanan meblağın mal tasfiyesinde hesaba katılmasına olanak verir." Bkz. ŞİPKA, Şükran/DEMİR, Pınar Özlem, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Edinilmiş Malların Tasfiyesi"ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 255-262.

¹² ODENDAHL, Hanswerner, "Türk Medeni Kanunu'nun Yeni "Mal Rejimi" Hükümleri Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine bir Karşılaştırma", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s. 475-496, s. 489.

¹³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., "Eşlerin Birbirinden Alacakları", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 404

¹⁴ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 25.

¹⁵ Bu kuralın istisnası TMK.m.240'da düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş, birlikte yaşadığı konut üzerinde kendisine, katılma alacağına mahsup edilmek üzere, intifa veya sükna hakkı tanınmasını isteyebilir. Sağ kalan eş böyle bir halde, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını da isteyebilir.

sözleşme yoksa, yarısı oranında eşlerin alacak hakkı bulunmaktadır. Bu alacak ise katılma alacağıdır. Tasfiyeye dahil edilen malların mülkiyetinde bir değişim ve paylaşım olmayacak, malik olan eş malik kalmaya devam edecek, alacaklı çıkan diğer eş ise, malların rejimin sona erdiği tarihteki rayiç değeri üzerinden hesaplanan katılma alacağı hakkına sahip olacaktır. Tasfiye sonucu alacaklı çıkan eşe bir mülkiyet payı verilmeyecek, borçlu eş tarafından kendisine parasal ödeme yapılacaktır¹⁶. Söz konusu ilke, edinilmiş mallara katılma rejimini, seçimlik mal rejimlerinden olan paylaşmalı mal ayrılığı rejiminden ayıran özelliklerden biridir¹⁷.

Katılma alacağı, aynî hak olmayıp bir şahsî (nispî, alacak) hak olmakla, eşin herhangi bir borçlusuna karşı durumu ne ise, hak sahibi eşine karşı da borcu aynıdır. O halde, alacaklı eş Türk Borçlar Kanununun para borçlarının ifasına ilişkin hüküm ve sonuçlarından yararlanabilmeli ve alacağın takip ve tahsili konusundaki yasal olanakları da kullanabilmelidir¹⁸.

Diğer alacak hakları gibi, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı da hak sahibi tarafından sınırsız ve süresiz olarak ileri sürülebilme olanağına sahip değildir¹⁹. Türk Borçlar Hukukunda borcu sona erdiren nedenlerden biri zamanaşımı kurumudur. Alacak zamanaşımına uğradığında, alacak hakkı sahibi dava ve takip hakkını kaybetmektedir. Bu sebeple, zamanaşımına uğramış borç, eksik borçtur²⁰. Zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanununda genel hükümlere yer verilmiştir. TMK'nun 5. maddesi uyarınca, Türk Borçlar Kanununun zamanaşımı

¹⁶ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 179; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 78; ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2.baskı, Ankara, 2008, s. 91; CEYLAN, Ebru, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 2, İstanbul, 2002, s. 1019-1053, s. 1028; BAŞPINAR, Öneri, s. 89; ATEŞ, Turan, Türk Medeni Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 2.b., İstanbul 2007, s. 60; ACABEY, Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s. 491-534, s. 492.

¹⁷ ZEYTİN, Tasfiye, s. 91.

¹⁸ KILIÇOĞLU, Yenilikler, 179; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 78; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174.

¹⁹ ZEYTİN, Tasfiye, s. 262

²⁰ Eksik borç, alacaklının, borçludan yerine getirmesini talep edebileceği ancak, borçlu talebe uygun davranmazsa, alacaklının dava ve takip yoluna başvuramayacağı borçtur. Bu nedenle eksik borç, "talep edilebilir fakat dava edilemez borç" olarak tanımlanmaktadır. (bkz.KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 18. Bası, Ankara 2014, s. 36)

ile ilgili düzenlemeleri Medeni Hukuk alanında da uygulama yeri bulacaktır²¹.

TBK m.148 (eBK. m. 128) hükmüne göre, zamanaşımı süresi alacağı muaccel olacağı zamandan itibaren başlamaktadır. Alacağın muaccel olması, borcun ifa zamanının gelmiş olması anlamını taşımaktadır. Başka bir deyişle, alacaklının edimin ifasını isteme hakkına sahip olduğu, borçlunun da edimini ifa etmekle yükümlü olduğu zaman, ifa zamanıdır²².

Türk Medeni Kanunu'nda, katılma alacağı ve değer artış payı alacağının muacceliyetine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, mal rejimi süresince bu alacak haklarının belirsizliği ve talep edilebilir olmamaları nazara alınarak mal rejimi sona ermeden muaccel olamayacakları doktrinde kabul edilmektedir²³. TMK.m.239/3 hükmüne göre, "*Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür.*" İsviçre öğretisinde, bu hükümden yola çıkılarak, katılma alacağı ve değer artış payı alacağının tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel olacağı savunulmaktadır²⁴. Ayrıca, TMK.m.227/1 hükmüne göre de, değer artış payı alacağına esas olan malların tasfiye tarihindeki değeri esas alınmaktadır. O halde, değer artış payı alacağı ancak tasfiye sürecinde gündeme gelmektedir ve edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra, tasfiye anında muaccel olmasıyla talep edilebilir²⁵. Zamanaşımı süresinin mal rejiminin sona erdiği tarihte mi yoksa, tasfiye tarihinde (karar tarihi) mi başlayacağı hususu ise öğretilerde tartışmalıdır.

²¹ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 873

²² KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 553

²³ ZEYTİN, Tasfiye, s. 266

²⁴ ZEYTİN, Zafer, "Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 945-961, s. 959, dn. 57'de yer alan yazarlar.

²⁵ ZEYTİN, Tasfiye, s. 166; DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2015, s. 223; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 44; SARI, s. 279; ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2007, s. 140; ÖZTAN, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 280; ZEYTİN, Zafer, "Değer Artış Payı, Eklenecik Değerler Ve Denkleştirme Alacağı" Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞİPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul, 2007, s. 43-60, s. 49; MORTAŞ, Süleyman, "Eşler Arasında Mal Rejimleri", www.taa.gov.tr/dosya/belge/eslerarasimalrejimi.pdf, s. 26; ŞEKER, Muzaffer, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İsviçre İle Karşılaştırılması", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞİPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul, 2007, s.133-158, s. 138

Zamanaşımı süresinin başlaması için öncelikle mal rejiminin sona ermesi gerekmektedir birlikte, evliliğin devamı sırasında da, mal rejiminin sona ermesi mümkündür. Eşlerin başka bir mal rejimini seçmeleri veya mahkeme kararıyla olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesiyle de edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermektedir²⁶. TMK. m.217 hükmü uyarınca, mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını engellemektedir. Anılan hüküm gereğince, eşler, mal rejimi süresince, birbirlerinden olan alacaklarına yönelik dava veya takip hakkına sahiptirler. Ayrıca, eMK. m. 165. maddede düzenlenen eşler arasındaki cebri icra yasağı da kaldırılmıştır. Ancak, eşlerin alacaklarına ilişkin birbirlerine karşı dava veya takip yoluna başvurmaları konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Alacaklı eş, birlikte yaşamının doğası ve ailenin korunması amacıyla, evlilik süresince, diğer eşten olan alacağı için dava veya takip yoluna başvurmayabilir. Alacaklı eşin korunması amacıyla düzenlenen TBK m.153/3 (eBK. m.132/b.3) uyarınca, evliliğin devamı süresince eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zanaşımı işlemez, durur. Buradan hareketle, evlilik birliğinin devam ettiği ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği hallerde, eşlerin birbirlerinden olan katılma ve değer artış payı alacaklarının, evlilik sürdüğü müddetçe zanaşımına uğramayacağı sonucuna varılmaktadır²⁷. Ancak zanaşımının durması, alacaklı eşin diğer eşe karşı dava veya takip yoluna başvurmaya engel teşkil etmez.

Değer artış payı veya katılma alacağı hakkı sahibi eşin, boçlu eşe karşı dava veya takip yoluna başvurusu halinde, TBK. m.154/2 (eBK. m. 133/b.2) hükmü uyarınca zanaşımı süresi kesilir. Zanaşımının kesilmesi, daha önce işlemiş olan zamanı ortadan kaldırır. Böylelikle, zaman hiç işlememiş gibi bir durum ortaya çıkar²⁸. Zanaşımını kesen sebep devam ettikçe, zanaşımı kesilmeye devam eder, zanaşımını kesen sebep sona erdiğinde ise, zanaşımı süresi yeniden, baştan itibaren işlemeye başlar²⁹. Bu suretle, zanaşımı süresi, kesilme sonunda uzamış olur³⁰. Kısmî dava açılarak fazlaya ilişkin

²⁶ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 37 vd., ZEYTİN, Tasfiye, s. 87.

²⁷ ZEYTİN, Tasfiye, s. 267-268.

²⁸ EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1292

²⁹ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 148; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 897; ZEYTİN, Tasfiye, s. 267-268.

³⁰ EREN, s. 1292.

hakların saklı tutulması halinde, yalnızca dava açılan kısım için zamaşıımı kesilir, saklı tutulan kısım için ise işlemeye devam eder. Alacaklı ancak zamaşıımı süresi içinde, ıslah yoluyla alacak miktarını arttırabilir³¹.

Türk Medeni Kanununda, edinilmiş katılma rejiminde artık değere katılma alacağı ve değer artış payı alacağının zamaşıımına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır³². Bu nedenle de öğretilerde ve uygulamada zamaşıımı hususunda, özellikle zamaşıımı süresi ve başlaması konularında farklı görüşler ileri sürülmektedir.

B. Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler

Konuya ilişkin farklı görüşlerin anlaşılması için TMK m.178 hükmünü incelemek gerekmektedir. Söz konusu hükme göre; *“Evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden 1 yıl geçmekle zamaşıımına uğrar.”*

Öğretilerde bir görüşe göre³³, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı, bu madde hükmüne uyum sağlayacak şekilde, mal rejiminin sona ermesi ve alacağın öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren on yıl içinde kullanılmalıdır. Bu görüşü savunanlardan Kılıçoğlu, konu ile ilgili ilk eserinde³⁴, eşler arasında mal rejimi sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre ikili bir ayrıma gitmişti. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejimi eşler arasında bir sözleşmeye dayanıyorsa, bu halde katılma alacağı ve değer artış payı alacağı mal rejimi sözleşmesinden doğan alacaklar olacaktır, TMK. m.5 ve TBK m.646 (eBK. m.544) atfı ile TBK. m.146 (eBK. m.125) hükmüne göre on yıllık zamaşıımı süresi uygulanmalıdır. Eşler arasında mal

³¹ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 889.

³² Kaynak İsviçre Medeni Kanununda da katılma ve değer artış payı alacağının zamaşıımı hususunda bir hüküm bulunmazken, Alman Medeni Kanununun 1378. paragrafının IV. bendinde kazanç ortaklığı rejiminde alacak hakkının üç yıllık zaman aşımına tabi olduğu, bu sürenin başlangıcının alacaklı eşin mal rejiminin sona erdiğini öğrendiği tarih olduğu, ancak her durumda bu sürenin otuz yılı geçmesiyle son bulunduğu kabul edilmiştir (Bkz. KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 136)

³³ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 234; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2007, s. 85 vd; GENÇCAN, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2010, s. 991 vd.

³⁴ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 232 vd.

rejimi sözleşmesi bulunmayıp, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak uygulanıyorsa, bu halde, bu alacaklar kanundan doğan alacaklar olacağından, öğrenme tarihinden itibaren bir yıl ve mal rejiminin sona ermesinden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğramalıdır. Yazar, konu ile ilgili daha sonraki eserlerinde³⁵ ise, yapmış olduğu bu ikili ayırmadan vazgeçerek, edinilmiş mallara katılma rejimi ister mal rejimi sözleşmesi ile seçilsin ister yasal mal rejimi olarak uygulansın, değer artış payı alacağı ve katılma alacağı için yasada özel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, TBK. m.146 (eBK. m. 125) hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Yazar, kanunun sistematik yorumundan, maddenin lafzından, mal rejimini sona erdiren tek nedenin boşanma olmadığından ve katılma alacağı ile değer artış payı alacağının boşanmanın fer'i niteliğinde olmadığından yola çıkarak, TMK.m. 178 hükmünün, katılma alacağı ve değer artış payı alacağında zamanaşımı ile ilgili olmadığını ileri sürmektedir. Yazar, zamanaşımının başlangıcı hususunda ise; her ne kadar zamanaşımı süreleri alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (TBK. m.149-eBK. m.128) ise de bizim hukuk sistemimizde, mal rejiminin tasfiyesinin alacaklı eş veya mirasçıları tarafından bir alacak davası açılması ile gündeme geldiğini, zamanaşımı süresinin başlangıcı tasfiye tarihi olarak kabul edildiği takdirde, bu tür davaları açma süresinin belirsiz ve keyfi zamanlara yayılabileceğini belirtmektedir. Karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı katılma alacağından eksik kalan alacakları için mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinin, mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren başladığını öngören TMK.m.241/2 hükmüyle de uygunluk gösterdiğinden zamanaşımının, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini savunmaktadır.

İkinci bir görüş ise, değer artış payı alacağı ve katılma alacağının boşanmanın fer'i niteliğinde olmadığını kabul etmekle birlikte, TMK.m.178 hükmünde yer alan bir yıllık zamanaşımı süresinin bu alacaklar için kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, TMK.m.178 hükmünde, evliliğin bo-

³⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, "Katılma Alacağında Zamanaşımı", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 1289-1298; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma, s. 136 vd.

şanma sebebiyle son bulmasından doğan dava haklarından söz edilmektedir. Boşanma, evliliği sonlandırdığı gibi, mal rejimini de sonlandıran bir sebeptir. Katılma alacağı ve değer artış payı alacağı da evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından doğan dava haklarındandır. Bu nedenle de değer artış payı ve katılma alacağına TMK.m.178 hükmü uygulanmalıdır. Yazara göre, katılma alacağı ve değer artış payı alacağının TMK.m.178 hükmü kapsamında olması, boşanmanın fer'i niteliğinde olmasından değil, evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından doğan dava haklarından olduğu içindir^{36, 37}

Üçüncü bir görüşe göre, TMK. m.241/2 alacaklı eş ve mirasçılarının üçüncü kişiye başvurması için öngörülen bir hak düşürücü süre olduğundan, tarafları ve konusu itibarı ile farklı olan eşler arasında katılma alacağı ve değer artış payı alacağı hakkında kıyasen uygulanmamalıdır. TMK. m.178 hükmü de, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı için uygulanmamalıdır. Zira, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı, boşanma dışında, evliliğin iptali, ölüm ve benzeri nedenlerle sona erdiği hallerde veya mal rejimi sözleşmesi ile başka mal rejimine geçilmesi ve hakim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçilmesi hallerinde de gündeme geldiğinden, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı boşanmanın fer'i niteliğinde kabul edilmemelidir. TMK. m.178 hükmü ile öngörülen bir yıllık süre ile, boşanan eşler arasındaki maddi ve manevi tazminat ile nafaka uyumsuzluklarının uzun süre sürüncemede kalmaması amaçlanmaktadır. Boşanmanın fer'i niteliğinde olmayan alacakların ise bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. TMK'nun mal rejimine dair hükümleri arasında (m.202-281), zamanaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, değer artış payı alacağı ve katılma alacağında zamanaşımı süresi genel hükümlere göre çözümlenmelidir. Eşler arasındaki evlilik ilişkisi bir medenî

³⁶ GENÇCAN, s. 996-998

³⁷ Öğretide baskın olan görüş ise, TMK'nun mal rejimine ilişkin hükümleri arasında özel bir zamanaşımı düzenlemesi olmaması nedeniyle, TMK. m.5 gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı kuralından hareketle, katılma alacağı ve değer artış payı alacağı zamanaşımı süresinin genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini, bu itibarla on yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmesini gerektiğini savunmaktadır. (Bkz. ZEYTİN, Tasfiye, s. 261 vd; SARI, s. 104 vd., ÖZTAN, Aile, s. 289; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 292 vd; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 393.)

hukuk sözleşmesidir. Bu nedenle, katılma ve değer artış payı alacaklarının temelinde bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Buradan hareketle yazar, değer artış payı alacağı ve katılma alacağının, her alacak için geçerli genel bir zamanaşımı süresi olan TBK. m.146 (eBK. m.125) uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna varmaktadır. Her ne kadar tasfiyenin tamamlandığı ve bu alacakların muaccel oldukları andan itibaren zamanaşımının başlaması düşünülebilir ise de, eşler mal rejiminin sona ermesi ile her zaman katılma alacağı ve değer artış payı alacağını talep edebileceklerdir. Bu nedenle zamanaşımı, tasfiyenin mümkün olduğu an olan, yasal mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren başlamalıdır. Aksi halde, zamanaşımının başlamasının taraf iradelerine bırakılmış olacağı, bu durumun ise, zamanaşımı ile sağlanmak istenen hukuki istikrar ile bağdaşmayacağı görüşündedir³⁸.

Dördüncü bir görüş de, değer artış payı alacağından söz etmemekle birlikte, katılma alacağında zamanaşımı hususunda görüşünü dile getirmiştir. Yazara göre, mal rejiminin sona ermesi ile eşlerden biri diğerinden, katılma alacağının belirlenmesi için tasfiyeyi talep edecektir. Eşler anlaşamazlarsa, tasfiye dava yoluyla gerçekleşecektir. Tasfiyeye ilişkin ikrarı içeren anlaşma ya da hakim kararı zamanaşımını kesen sebeplerdir. Bu nedenle de tasfiyeden sonra, katılma alacağının ifası için yeni bir zamanaşımı süresi gündeme gelecektir. Yazar buradan hareketle, zamanaşımı konusunda açıkça bir düzenleme bulunmadığından, mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren on yıllık süre içerisinde katılma alacağının belirlenmesi için tasfiye talep edilmesi gerektiğini, katılma alacağının ifasının da, tasfiyenin tamamlanmasından itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu savunmaktadır. Yazar, TMK.m.178 hükmünün, kanunda yer aldığı bölümden anlaşıldığı üzere, maddi ve manevi tazminat ve yoksuluk nafakasına ilişkin zamanaşımını düzenlediğini, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin kıyasen başka haklar için geçerli olamayacağını, aynı nedenle, TMK.m.241/2 hükmünün de kıyasen bu alacaklar için uygulanamayacağını belirtmiştir³⁹.

³⁸ ZEYİN, Tasfiye, s. 261 vd; ZEYİN, Zafer, "Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 955-961 vd.

³⁹ SARI, s. 104 vd.

Beşinci bir görüş, dördüncü görüş ile paralellik göstermektedir. Buna göre, mal rejiminin tasfiyesi talebi ile, alacağın ifası talebinin, zamanaşımı tartışmalarında birbirinden ayrılması gerekir. Bu görüş, alacağın belirlenebilmesinin ön koşulunun mal rejiminin tasfiyesi olduğunu, mal rejimi sona erdiğinde, mahkemenin yalnızca alacağın tespiti bakımından tasfiye talep edilebilmesinin mümkün olduğunu vurgulamaktadır. Bu anlamda tasfiye davasının, davacının katılma alacağının belirlendiği ve alacak hakkının doğduğu, tespit niteliğinde, yenilik doğurucu bir dava olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş, tasfiye talebinin, alacak hakkından bağımsız bir talep hakkı olduğunu savunmaktadır. Ancak, kanunda tasfiye talebine ilişkin özel bir zamanaşımı düzenlenmediğinden, TBK. m.146 (eBK. m.125) hükmü çerçevesinde, mal rejiminin tasfiyesinin, rejimin sona erdiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmektedir. Bu görüş, tasfiye sonucunda belirlenen alacakların da, tasfiye tarihi, dolayısıyla mahkemenin karar tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, eşlerin başka bir mal rejimine geçmeleri ya da hakim kararıyla mal ayrılığına geçilmesi hallerinde, mal rejiminin tasfiyesi evlilik sona ermeden yapılmakta ise, TBK. m. 153/3 (eBK. m.132/b.3) uyarınca evlilik süresince zamanaşımı durduğundan, evliliğin sona ermesi ile birlikte zamanaşımının başlayacağını belirtmektedir⁴⁰.

Son bir görüş ise, mal rejiminden doğan alacakların boşanmanın fer'i niteliğinde olmadığını kabul ettiğinden TMK. m.178 hükmünün bu alacaklar için uygulanmasını uygun görmemektedir. TMK. m.241 maddesinin katılma alacağına ilişkin açık bir düzenleme getirdiğini, bu özel hüküm bulunmakta iken, genel nitelikteki TBK. m.146 (eBK. m.125) hükmünün uygulanamayacağını, ayrıca, on yıllık zamanaşımı uygulamasının, TMK. m.241'de düzenlenen eksik katılma alacağı davasını fiilen uygulanamaz duruma getireceğini ve on yıl gibi uzun bir sürede delillerin eksilmesi gerçeği ile karşılaşılacağını dile getirmektedir. Görüş, mal rejimine ilişkin alacaklarda TMK.m. 241'de öngörülen bir ve beş yıllık sürelerin zamanaşımı süresi olarak uygulanması gerektiği kanısındadır⁴¹.

⁴⁰ ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 292 vd.; ŞİPKA, Şükran, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 845-849

⁴¹ ATEŞ, s. 171 vd.

Kaynak İsviçre Medeni Kanununda da katılma ve değer artış payı alacağıının zamanaşımı hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre öğretisinde Hausheer, katılma alacağını Borçlar Kanunu kapsamında bir alacak hakkı olarak değerlendirmekle, zamanaşımının İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi (TBK. m.146-eBK. m.125) uyarınca on yıl olduğunu savunmaktadır⁴². Katılma ve değer artış payı alacağıında zamanaşımı konusunda, İsviçre'deki görüş ve uygulama, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesinde yer alan on yıllık zamanaşımı süresini kabul etmektedir⁴³.

C. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında katkının yapıldığı döneme ve mal rejiminin sona erme sebebine göre farklı zamanaşımı sürelerinin kabul edildiğini, konuya ilişkin 2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı sonrası güncel kararlarında ise on yıllık zamanaşımı süresinin uygulandığını, görmekteyiz.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 26.05.2009 tarihli kararında⁴⁴, katılma alacağı

⁴² HAUSHEER/REUSSER/GEISER-Berner Kommentar, Art.215, N.26 , Aktaran: ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 292

⁴³ ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 293; Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter; Geiser, Thomas; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, art. 1-350 ZGB Basel und Frankfurt am Main, Art.215 Nr.15, Aktaran: KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 139.

⁴⁴ Y.8HD, 26.05.2009, 2009/873-2621 sayılı kararında özetle; "TMK.nun 178. maddesinde, "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar" hükmüne yer verilmiştir. Davalı vekili süresinde sunduğu cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Davanın zamanaşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir. Taraflar. 6.3.1987 tarihinde evlenmiş, 24.9.2002 tarihinde açılan dava sonucu boşanmalarına karar verilmiş, hüküm 30.6.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Eşler arasında boşanma davasının açıldığı tarihte mal rejimi sona ermiştir (TMK.nun 225/son). Taraflar arasında evlilik tarihinden 1.1.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TMK. m. 170), bir yıl içinde başka mal rejimi seçmediklerinden 24.9.2002 tarihine kadar ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. (4722 s.K. md. 10/1, 4721 s.K. TMK. m. 202/1) TMK.nun 178.maddesinde, "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar." hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, boşanma kararı 30.6.2004 tarihinde kesinleşmiş, görülmekte olan dava ise bir yıllık zamanaşımı süresi geçirildikten sonra 6.11.2006 tarihinde açılmıştır. Davalı vekilinin süresinde sunduğu cevap dilekçesinde zamanaşımı süresinde bulunulmuştur. Davanın zamanaşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde esasa ilişkin kabul kararının verilmesi doğru görülmemiştir..." (ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 297, dn. 39.)

talebinin, TMK. m.178 hükmü gereğince bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmiştir. Kararda, katılma alacağına ilişkin talep evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakkı olarak değerlendirilmekle, davanın, TMK. m.178 uyarınca, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Öğretide baskın görüş, değer artış payı alacağı ve katılma alacağına ilişkin zamanaşımı konusunda TMK. m.178 hükmünün kıyasen uygulanmasını, bu anlamda Yargıtay'ın bu kararını eleştirmektedir⁴⁶.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 29.03.2010 tarihli kararında⁴⁷ ise, eski Medeni Kanun döneminde, mal ayrılığı rejiminde elde edilen mallar için katkı payı alacaklarının, BK. m.125 gereği on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmiştir. Kararda, TMK. m.5 hükmü uyarınca Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin bölümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uy-

⁴⁵ Yargıtay 8. HD. Başkanı Yusuf Uluç, zamanaşımını bir yıl olarak uygulama nedenini, mal rejimi davalarının bir an önce bitirilmesi ve aile içi huzurun sağlanması olarak belirtmektedir. Bkz. ULUÇ, Yusuf, "Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları" İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları, İstanbul 2013, s. 76-77.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 138-139; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 301 vd; ZEYİN, Tasfiye, s. 261 vd; SARI, s. 104 vd., ÖZTAN, Aile, s. 289; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233.

⁴⁷ Y.8HD, 29.3.2010, 2010/948-1424 sayılı kararında özetle; "...ne sebepten doğmuş olursa olsun "her türlü alacak" kuralı olarak zamanaşımına tabi olup mal rejimine yönelik katkı payı alacağı için belirli bir süre sessiz kalırsa bu hareketsizlik o alacağın artık dava edilmesine engel oluşturur. Başka bir anlatımla zamanaşımı söz konusu olur. 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra evlilik birliği içinde edinilen mallarla ilgili açılan değer artış payı ve katılma alacağına ilişkin talepler bakımından TMK'nun 178.maddesinde yazılı 1 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması doğru ise de, 1.1.2002 tarihinden önce 743 sayılı TKM'nin yürürlükte olduğu dönemde evlilik birliği içinde edinilen mallarla ilgili eşlerden birinin açtığı katkı payı alacağına ilişkin davalarda 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. ve 10. maddeleri de dikkate alındığında 1 yıllık zamanaşımı süresi uygulanamaz. Eldeki dava, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen iki parça taşınmazla ilgili katkı payı alacağına ilişkindir. Borçlar Kanununun 125. maddesindeki "bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik mürru zamana tabidir" hükmündeki (her dava) sözcüklerini "bütün alacaklar" tarzında anlamak gerekir. Türk Medeni Kanununun genel nitelikli hükümler kenar başlığını taşıyan 5. maddesi uyarınca Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin bölümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanır. Açıklanan nedenle davanın niteliği itibarıyla olayda 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Mahkemece boşanma kararının kesinleştiği tarihten eldeki davanın açıldığı tarihe kadar 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği dikkate alınarak işin esasıyla ilgili deliller toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bir yıllık zamanaşımının geçtiği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." (ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 298, dn. 40.)

gulanır kuralından hareketle, 1.1.2002 öncesi edinimlerle ilgili olarak on yıllık zamanaşımı süresi uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi daha sonraki kararlarında da, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 1.1.2002 sonrası döneme ilişkin katılma alacağı yönünden bir yıllık zamanaşımı süresi, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 1.1.2002 tarihinden önceki döneme ilişkin katkı payı alacağı yönünden on yıllık zamanaşımı süresi uygulamasını devam ettirmiştir. Daire 17.01.2012 tarihli kararında⁴⁸, dava dilekçesinde harca esas değer dışında islah edilen alacak

⁴⁸ Y.8HD,17.01.2012, 2011/7036-2012/129 sayılı kararında özetle; “...Davacı tarafın, eşler arasında yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemle ilgili katılma alacağı isteği bakımından; uyuşmazlığın bu rejim kuralları gereğince yani 4721 sayılı TMK hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulması hususunda duraksama bulunmamaktadır. Bu durumda 4721 sayılı TMK.nun 178. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımına ilişkin düzenlemenin de katılma alacağı isteği ile ilgili olarak uygulanması gerekeceği açıktır. Davacı tarafın isteğini 100.000 TL’den 893.000 TL’ye islah ile yükseltmesi üzerine davalı taraf süresi içinde zamanaşımı def’inde bulunmuştur. Davacı, dava dilekçesinde, harca esas değeri 100.000 TL olarak göstererek alacağın sadece bir bölümünü dava etmiş, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş ve daha sonra islahla alacak miktarını 893.000 TL olarak arttırmıştır. Böyle bir durumda zamanaşımı; alacağın, ancak dava dilekçesine konu edilen ve harçlandırılan 100.000 TL’lik bölümü hakkında (açılmış kısmi dava bakımından) kesilmiş olur. Dava dilekçesinde belirtilen harca esas değer dışında kalan alacak miktarı bakımından, diğer bir ifade ile dava dışı kalan alacak bölümü açısından yapılan islah tarihine kadar zamanaşımı işlemeye devam eder. Taraflar arasında görülen boşanma davasının kesinleştiği 06.07.2009 tarihinden islah tarihi olan 21.02.2011 tarihine kadar TMK.nun 178. maddesinde düzenlenen 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş olduğuna ve davalı taraf islah dilekçesi ile artırılan katılma alacağı miktarı bakımından süresi içerisinde zamanaşımı definde bulunduğu göre, davacının dava konusu ettiği tüm mal varlığına ilişkin toplam katılma alacağı miktarı ne olursa olsun görülmekte olan dava nedeniyle sadece 100.000 TL katılma alacağı alabilecek olması karşısında mahkemece 100.000 TL. katılma alacağına hükmedilmesi ve katılma alacağı ile ilgili kısma tekabül edilen islahla artırılan fazla 745.000 TL ile ilgili bölüm bakımından redde karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır...Kooperatiften davalı adına edinilen 3 nolu mesken üzerinde davacının mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak isteme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak, az yukarıda açıklandığı üzere kabule karar verilen 100.000 TL katılma alacağından fazlaya isabet eden toplam 745.000 TL katılma alacağı ile ilgili davacının alacak hakkı zamanaşımına uğradığından artık 3 nolu meskenle ilgili de 01.01.2002 sonrası yapılan ödemelerden kaynaklanacak davacının katılma alacağını isteme imkanı bulunmamaktadır. Ancak 01.01.2002 öncesi döneme isabet eden ödemelerle ilgili davacının katkı payı alacağının hesaplanması gerekir. Davacının talepte bulunabileceği 01.01.2002 öncesi dönem 743 sayılı TKM.nin 170. maddesine göre, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin bulunduğu göre, taraflar arasındaki bu uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle katkı payı alacağı ile ilgili bu isteğin Borçlar Kanununun 125.maddesinde yazılı 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olduğu ve zamanaşımına uğramadığı belirtilmelidir. (TMK.nun 5.maddesi yoluyla)...” (UYAP Portal or-

yönünden, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten ıslah tarihine kadar bir yıllık zamanaşımı süresi dolduğundan ıslah edilen kısma ilişkin red kararı verilmesinde bir isabetsizlik görmemiş, ancak aynı taşınmaza 1.1.2002 tarihinden önce yapılan katkılar yönünden on yıllık zamanaşımı uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.05.2010 tarihli kararında⁴⁹, eşlerin yeni Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin katkı payı alacaklarının on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 17.01.2012 tarih, 2011/6982E-2012/130K sayılı kararında da önceki döneme ilişkin katkı payı alacakları için on yıllık zamanaşımı süresi uygulanması gerektiğini vurgulamıştır: *“Mahkemece edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde uygulanması mümkün olan 1 yıllık zamanaşımının geçerli olduğu görüşünden hareketle davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmiş ise de, bu değerlendirmeye katılma olanağı*

tamından alınmıştır.)

⁴⁹ YHGK, 05.05.2010, 8-231/255 sayılı kararında özetle; *“... Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyumsuzluk; 2000 yılında ortak hayatın devam ettiği dönemde alınan ve davalı (kadın) adına tapuya tescilli yapılan taşınmazın alımında yapıldığı ileri sürülen katkı payına ilişkin alacağın dava zamanaşımı süresinin ne olması gerektiği, burada varılacak sonuca göre, davanın yasal süresinde açılıp açılmadığı, noktalarında toplanmaktadır. ...743 Sayılı Kanun'da, eşlerden birinin edindiği mala, diğer eş katkı yapmış ise, sağladığı bu katkı karşılığını isteyebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay kararları ile; katkıyı sağlayan eşin, diğerinden katkısı karşılığı genel hükümlere göre bir tazminat (veya alacak) talep edebileceği kabul edilmiştir (H.G.K.'nun 01.02.1985 gün ve E:2/176, K:57; 28.09.1994 gün ve 1994/2-47 E. - 564 K.; 18.09.1996 gün ve 1996/2-498 E. - 595 K.; 03.02.1999 gün ve 1999/2-56 E. - 40 K.; 07/06/2000 gün ve 2000/2-959 E. - 972 K.; 18.06.2008 gün ve 2008/2-432 E.-444 K. sayılı ilamları)... Taraflar 6.3.1987 tarihinde evlenmiş, 24.9.2002 tarihinde açılan dava sonucu boşanmalarına karar verilmiş, hüküm ise 30.6.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Davalı (kadın) adına tapuda tescilli yapılan ve ortak hayatın devam ettiği dönemde (02.03.2000 tarihinde), satın alınan taşınmaza katkı sağlandığı ileri sürüldüğüne göre, iddia olunan hak, katkı payı alacağıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, bu alacak, eşler arasında B.K.'nun genel hükümlerine tabi akdi ilişkiye dayanır. Bu akdi ilişki nedeniyle, B.K.'nun 125.maddesine göre, aksine düzenleme bulunmayan hallerde, her dava (bütün alacaklar) on (10) senelik dava zamanaşımı süresine tabidir. Söz konusu katkı payı alacağı bakımından, katkı sağlandığı ileri sürülen taşınmazın satın alındığı 02.03.2000 tarihi ile boşanma kararının kesinleştiği 30.06.2004 tarihi arasında, yani evlilik süresince, B.K.'nun 132.maddenin 1.fıkrası 3.bendine göre, zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Dolayısıyla, boşanma kararının kesinleştiği 30.06.2004 tarihinden itibaren on (10) senelik zamanaşımı süresi işlemeye başlayacağına göre, eldeki davanın ise 06.11.2006 tarihinde açıldığı gözetildiğinde, katkı payına ilişkin alacak davasının yasal süresinde açıldığı kabulü gerekir...” (UYAP Portal ortamından alınmıştır)*

bulunmamaktadır. Taraflar arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olduğuna göre uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK. nun 178. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımına ilişkin düzenlemenin eldeki davaya konu mallar bakımından uygulanamayacağı, uyuşmazlığın Borçlar Kanununun başka türlü hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava için öngördüğü 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören (TMK.nun 5.maddesi yollamasıyla) 125. maddesindeki düzenlemenin uygulanması gerektiği hususunda duraksama bulunmadığına göre mal ayrılığı rejimi döneminde edinilen malvarlığı yönünden 4721 sayılı TMK. nun 178.maddesi dikkate alınarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. ”⁵⁰

⁵⁰ Y8HD, 17.01.2012, 2011/6982-2012/130 sayılı kararında özetle; “Mahkemece, evliliğin boşanma veya ölümle sonuçlanmasından sonra edinilmiş mallara katılma alacağı talep etmek için bir yıllık zamanaşımı süresi bulunduğu, boşanmanın 25.7.2006 tarihinde kesinleşmesinden sonra bir yıllık sürenin geçtiği ve edinilmiş mallara katılma payına veya katkı alacağına yönelik dava açılmadan bu sürenin dolduğu, kaldı ki davanın da eski eş tarafından değil, eski eşin mirasçıları tarafından açılması sebebiyle aktif dava açma ehliyetlerinin olmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya arasında nüfus kaydı veya veraset belgesi bulunmamakla birlikte tarafların kabulünde olduğu üzere davacıların, davalının çocukları olduğu, davacıların annesi ve davalının boşandığı eşi olan E.’nin ölümü sonrası mirasçılarından davacılar tarafından mal rejiminden kaynaklanan alacak isteğinde bulunulduğu anlaşılmaktadır. E. ile davalı H. 11.4.1966 tarihinde evlenmiş, davacıların annesi E.’nin 2.10.2000 tarihinde açtığı boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 25.7.2006 tarihinde kesinleşmesiyle, mal rejimi sona ermiştir (TMK. nun 225/2.m). E. ile H. arasındaki yasal mal rejimi boşanma davasının açıldığı 2.10.2000 tarihi itibarıyla sona ereceğine ve bu tarihten sonra varsa edinilen mallar üzerinde eşler birbirinden mal rejiminden kaynaklanan alacak isteğinde bulunamayacaklarına göre taraflar arasında geçerli mal rejiminin mal ayrılığı rejimi olduğu konusunda kuşku duyulmaması gerekir. Kaldı ki, mahkemece dava konusu tüm taşınmazlara ait tapu kayıtları ve dayanakları getirtilmemiş ve edinme tarihleri belirlenmemiş ise de, getirtilen kayıtlardan dava konusu Göynük köyü 1064 parselin 25.9.1998 tarihinde evlilik birliği içinde satın alındığı ve davalı H. Ç. adına tapuya tescil edildiği, bu tarih itibarıyla da taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde uygulanması mümkün olan 1 yıllık zamanaşımının geçerli olduğu görüşünden hareketle davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmiş ise de, bu değerlendirmeye katılma olanağı bulunmamaktadır. Taraflar arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olduğuna göre uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK. nun 178. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımına ilişkin düzenlemenin eldeki davaya konu mallar bakımından uygulanamayacağı, uyuşmazlığın Borçlar Kanununun başka türlü hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava için öngördüğü 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören (TMK.nun 5.maddesi yollamasıyla) 125.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 01.06.2010 tarihli kararında⁵¹ ise, mal rejiminin ölümle sona ermesinde, BK.m. 125 hükmünde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Kararda, TMK. m.178 madde hükmünde ölümden söz edilmediğine göre, mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde TMK. m.178 hükmünün uygulama yeri bulmadığı, bu durumda katılma alacağı için TMK. m.5 yoluyla, BK. m.125'te hükme bağlanan on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Katkının yapıldığı dönemler arasında değer artış payı alacağı ve katkı payı alacağı davalarında farklı zamanaşımı süreleri uygulayan, ayrıca, boşanma halinde farklı, ölüm halinde farklı zamanaşımı süreleri kabul eden Yargıtay uygulamalarının, eşler arasında dengesiz sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Şıpkı, bu durumu şu örnekle ifade etmiştir⁵²:

“Örnek: Mustafa Bey, 1999 yılında satın aldığı bir arsayı (bağışlama kasdı olmadığı varsayılarak), ev kadını olan Aysel Hanım'ın adına kaydettirmişti. 2002 yılında da Mustafa Bey'e babasından bir daire miras olarak kalmıştır. Bu daireye Aysel Hanım düğün takılarını bozdurarak 1/3 oranında katkıda bulunmuştur. Taraflar 2003 yılında boşanmışlardır. Tarafların bunlardan başka edinilmiş malvarlığı bulunmamaktadır.

Mustafa Bey 2006 yılında katkı payı davası açmış ve 1999 yılında aldığı arsa

maddesindeki düzenlemenin uygulanması gerektiği hususunda duraksama bulunmadığına göre mal ayrılığı rejimi döneminde edinilen malvarlığı yönünden 4721 sayılı TMK. nun 178.maddesi dikkate alınarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. ” (UYAP Portal ortamından alınmıştır.)

⁵¹ Y8HD, 01.06.2010, 2010/1695-2923 sayılı kararında özetle; “...Davacı vekili, edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında 39 nolu bağımsız bölümde murise ait ½ pay üzerinde mülkiyet hakkının tanınmasını ve kalan edinilmiş mallara katılma alacağının tahsilini istemiştir. TMK.nun 178. maddesinde “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar” denilmektedir. Görüldüğü gibi, madde metninde ölüm sebebiyle mal rejiminin sona ermesinden söz edilmemektedir. TMK.nun 225/1. fıkrasında; “mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ereceğini” öngörmüştür. TMK.nun 178. maddesinde ölümden söz edilmediğine göre, TMK.nun 5. maddesi yoluyla somut olayda BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğinin kabulü gerekir. Yani mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesinde 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Mahkemenin bu yöne ilişkin gerekçesi bu nedenle yerinde bulunmamaktadır...” (ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s.311, dn. 77)

⁵² ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 313'den naklen

için Aysel Hanım'dan %100 katkı payı talep etmiştir. (Yargıtay uygulaması gereği, boşanma davası tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, dava tarihi değeri esas alınacak ve bu tarihten itibaren faiz yürütülebilecektir).

Aysel Hanım da karşı talep olarak, 2002 yılında Mustafa Bey'e miras kalan daireye düğün takıları ile yaptığı katkı karşılığı olarak (tasfiye tarihi üzerinden 1/3 oranında) katkı payı (değer artış payı) talep eder.

Böylece aslında açılan davalar, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin ÇİFT TARAFLI tasfiyesidir. Ancak bu olaya Yargıtay uygulamasını uyarlayacak olursak, Mustafa Bey'in talebi kabul görecektir, buna karşılık Aysel Hanım'ın talebi, zamanaşımı defii sonucunda reddedilecektir. Zira Aysel Hanım'ın talebi, 2002 sonrası katkı nedeniyle MK. m.227 maddeye dayanmaktadır ve Yargıtay uygulaması gereği boşanmanın kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıllık zamanaşımına tabidir. (Aysel Hanım bu durumda aynı konulu alacak hakkını mahsup (takas) ettiremeyecektir). Aysel Hanım davasını süresinde açmış olsaydı dahi malvarlıklarının değerlendirme anı ve muaccel olmaları farklı zaman dilimlerine tabi olabilecekti. Buna karşılık, Mustafa Bey ölmüş olsaydı, Yarg. 8 HD. Kararı gereğince, ölüm tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktı."

Yargıtay, 1.1.2002 öncesi katkı payı davaları ve 1.1.2002 sonrası edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı ve değer artış payı davalarında farklı zamanaşımı süreleri uygulanması yönündeki görüşünden dönerek, dönemler arasında ayırım yapılmaksızın on yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiştir. Yargıtay'ın öğretilerdeki görüşlerden yola çıkarak ulaştığı bu çözüm, kanımızca da yerinde bir uygulama olmuştur. Yargıtay HGK'nun 17.04.2013 tarih, 2013/8-375 E. 2013/520 K. Sayılı ilamında⁵³, edinilmiş mallara katılma rejiminde, değer

⁵³ Y. HGK.17/04/2013, 2013/8-375 E. 2013/520 K sayılı kararında özetle; "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğünden sonra edinilen mallar konusunda, evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması halinde, eşler arasında katılma alacağına ilişkin davalarda zamanaşımı süresinin TMK 178. maddesi uyarınca bir yıl mı, yoksa aynı Kanunun 5. maddesi yollaması ile Türk Borçlar Kanunu 146. maddesi(eBK m. 125) uyarınca on yıl mı olduğu; varılacak sonuca göre ıslah edilen kısmın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktasında toplanmaktadır. ... katılma alacağının kanundan doğan bir (parasal) alacak hakkı olduğu görülür (AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 14. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 174; ZEYTİN,

artış payı ve katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı süresinin TBK. m.146 (eBK. m.125) uyarınca on yıl olması gerektiğini belirtilmiştir. Kararda, TMK'da edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı konusunda hüküm bulunmadığı, katılma alacağının kanundan doğan bir alacak hakkı olduğundan TMK m. 5 yollaması ile Borçlar Kanunu genel hükümlerinin bu alacak bakımından da uygulanacağı gerekçesiyle, TBK. m.146 (eBK. m.125) hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 18.3.2014 tarih, 2014/670 E. 2014/4467 K. sayılı ilamı⁵⁴ da, Yargıtay HGK'nun 17.04.2013 tarih, 2013/8-375 E. 2013/520 K.

Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. B, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 234; YETİK, Nurten: Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. B, Bilge Yayınevi, Ankara 2008, s. 128; KIRMIZI, Mustafa: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, Yargın Hukuk Yayınları, İstanbul 2012, s. 245). Bu niteliği gereğiyle; katılma alacağının doğumuyla bu alacak artık temlik edilebilir, haczedilebilir ve rehnedilebilir(GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 380). Katılma alacağı kanundan doğan bir alacak olduğundan, TMK m. 5 yollaması ile Borçlar Kanunu genel hükümlerinin bu alacak bakımından da uygulanacağı açıktır (ŞİPKA, Şükran: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri", Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 843)

01.01.2002 Tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda Türk Medeni Kanunu'nda ayrı bir hüküm bulunmadığına ve niteliği itibarıyla hakkın bir alacak hakkı olduğunun açık olmasına göre, olayda uygulanması gereken hükümler, TMK. m. 5 yollaması ile TBK. m. 146(eBK m. 125) uyarınca belirlenecektir. Anılan hükümde; "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir"(6098 Sayılı TBK. m. 146; eBK. m. 125) düzenlemesi yer almaktadır. Şu halde, katılma alacağına zamanaşımı süresi TBK m. 146(eBK m. 125) uyarınca on(10) yıl olarak uygulanmalıdır(DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 391; ŞİPKA, s. 846; KILIÇOĞLU, s. 1294).

Eldeki olayda; tarafların 20.9.1990 tarihinde evlendikleri, uyumsuzluğun 01.01.2002 tarihinden sonra edinilen taşınmaz yönünden katılma alacağına(TMK m. 231 vd.) ilişkin bulunduğu, 12.12.2005 tarihinde açılan boşanma davasının kabulü sonuçlandığı ve boşanma hükmünün 13.10.2008 tarihinde kesinleşmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, islah tarihi olan 11.10.2011 tarihi itibarıyla Kanunda öngörülen (TBK m. 146; eBK m. 125) on yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği kabul edilmelidir." (UYAP Portal ortamından alınmıştır)

⁵⁴ Y8HD. 18/3/2014, 2014/670-4467 sayılı kararından özetle; "...01.01.2002 öncesi edinilen mallar yönünden 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde katkı payı alacağına yönelik tüm davalar sözleşme olsun veya olmasın 743 sayılı TKM'nin (4721 sayılı TMK'nun) 5. maddesi yollamasıyla 818 sayılı BK.nun 125. (6098 sayılı TBK'nun 146 m.) maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu konuda Daire uygulaması istikrarlı şekilde devam etmiştir. 01.01.2002 sonrası dönem bakımından ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.04.2013 tarih ve 2013/8-375 Esas, 2013/520 Karar sayılı kararıyla edinilmiş mallara katılma rejimi (katılma alacağı) bakımından TMK.nun 5. maddesi yoluyla 6098 sayılı TBK.nun 146.maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı öngörülmüştür. Dairece, her ne kadar daha önce TMK'nun 178. maddesinde

sayılı kararı ile paralellik arz etmektedir. Adı geçen Dairenin anılan kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca, edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma ve değer artış payı alacakları için 4721 sayılı TMK'nun 178. maddesinin iş bu davalarda uygulama yerinin olmadığı, zamanaşımı süresinin TBK. m.146 (eBK. m.125) maddelerine göre on yıl olacağıın kabul edildiği ve özel dairenin de bu görüşü benimsediği belirtilmiştir. O halde, katkı payı alacağı, değer artış payı alacağı ve katılma alacağına ilişkin zamanaşımı konusunda, Yargıtay kararları çerçevesinde çıkarılacak sonuç şu şekildedir; mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ve 1.1.2002 tarihinden önce edinilen mallara ilişkin katkı payı alacağı taleplerinde TBK. m.146 (eBK.m. 125) gereği on yıllık zamanaşımı süresi, 1.1.2002 tarihinden sonraki dönemde değer artış payı alacağı ve katılma alacağı taleplerinde TMK. m.178 gereği bir yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmekte iken; 2013 tarihli Yargıtay HGK. Kararı ile 1.1.2002 öncesi ve sonrası dönemlere göre farklı zamanaşımı süreleri kabul eden uygulamadan dönülerek, 1.1.2002 sonrası edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan değer artış payı ve katılma alacakları için de TBK. m.146 (eBK. m.125) uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi benimsenmiştir.

D. Kişisel Görüşümüz

TMK. m.178 hükmü eşler arasında boşanmadan doğan maddi ve manevi tazminat ve yoksulluk nafakasının düzenlendiği "V.Boşanmada tazminat ve

yer alan bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmış ise de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı sonrası 1 yıllık zamanaşımı uygulamasından dönülerek 01.01.2002 sonrası dönem için de 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması kabul edilmiştir.

743 sayılı TKM'nun yürürlükte olduğu zaman edinilen malların tasfiyesinden kaynaklanan katkı payı alacağı hakkında 818 sayılı BK'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımı süresinin bulunduğu tartışmalıdır. Ancak, 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı ve değer artış payı alacağı hakkında da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin uygulanmasında bu süresinin oy çokluğuyla on yıl olduğu kabul edilmiştir. Ne var ki, mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak davalarının görev yeri Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'ne verilmekle, katılma ve değer artış payı alacağı bakımından zamanaşımı süresi bir yıl olarak uygulanmıştı. Daha sonra oy çokluğuyla bu uygulamaya devam edilmişti. Ancak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca, (17.04.2013 T. ve 2013/8-375 E, 2013/520 K sayılı) edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma ve değer artış payı alacakları için 4721 sayılı TMK'nun 178 maddesinin iş bu davalarda uygulama yerinin olmadığı, zamanaşımı süresinin BK 125 ve TBK 146 maddelerine göre on yıl olacağı kabul edilmiştir. Özel Dairede bu görüşü benimsemiştir." (UYAP Portal ortamından alınmıştır)

nafaka” başlığı altındaki kısımda yer almaktadır. Kanun maddeleri yorumlanırken, maddenin kanundaki yeri, lafzı, amacı dikkate alınmalıdır. TMK. m.178 hükmünün, kanunda düzenlendiği kısım göz önüne alındığında, edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payı alacağı ve katılma alacağı ile ilgili olmadığı kanaatindeyiz. Maddenin lafzına bakıldığında, “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarından” bahsedilmektedir. Katılma alacağı ve değer artış payı alacağı ise boşanmanın değil, mal rejiminin sona ermesinin sonucudur. Bilindiği üzere, yasal mal rejimi, boşanma dışında, evliliğin ölüm veya benzeri nedenle sona ermesi, evliliğin iptali, başka bir mal rejiminin seçilmesi ve hakim kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmesi hallerinde de sona ermektedir. Bu nedenle de, maddenin lafzi yorumundan da, değer artış payı alacağı ve katılma alacağına uygulanmaması gerektiği sonucuna varmaktayız. Ayrıca, TMK. m.178’de öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi, eşler arasındaki maddi ve manevi tazminat ve nafaka konularının sürüncemede kalmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu madde hükmünü, eşler arasındaki diğer alacakları da kapsayacak şekilde yorumlamak maddenin amacıyla da örtüşmemektedir. TMK. m.5 uyarınca, Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. TBK. m.646 (eBK.m. 544) hükmü uyarınca da Borçlar Kanunu, Medeni Kanunu’nun bütünleyicisidir. O halde kanımızca da, değer artış payı ve katılma alacağında zamanaşımına ilişkin TMK’da özel bir hükme yer verilmediğinden, bu alacaklar için, TBK. m.146 (eBK. m.125) hükmünde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁵⁵.

Mal rejimi sona ermeden değer artış payı alacağı talep edilemeyeceğinden, zamanaşımı da mal rejiminin sona ermesinden önceki bir tarihten başlamaz. Değer artış payı ve katılma alacağının, mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasıyla muaccel olacağı Türk⁵⁶ ve İsviçre⁵⁷ öğretisinde kabul edilmektedir⁵⁸.

⁵⁵ Aynı görüşte, ZEYTİN, Tasfiye, s. 261 vd; SARI, s. 104 vd., ÖZTAN, Aile, s. 289; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 292 vd; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 136 vd.

⁵⁶ ZEYTİN, Zamanaşımı, s. 959; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 292; SARI, s. 279.

⁵⁷ Honsell/Vogt/Geiser, Art.215, n.12, Aktaran: KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 143; Hegnauer/Breitschmid, Nr. 26.83; Hausheer/Basler Art. 214 Nr.9, Art. 215 Nr. 12, Art. 218 Nr. 14; Hausheer/Reusser/Geiser Art. 215 Nr. 18; Hausheer/Geisel/Kobel, Eherecht, Nr.12.191, Aktaran: ZEYTİN, Zamanaşımı, s. 959.

⁵⁸ On yıllık zamanaşımının mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı görüşünde KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 148.

O halde, alacağın muaccel olduğu tasfiye tarihinden itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı kabul edilebilir. Bu durumda ise, zamanaşımının başlangıcının taraf iradelerine kalacağı ve böylece belirsizlik ve keyfilige yol açacağı ileri sürülmüştür⁵⁹. Oysa öğretide ileri sürüldüğü gibi⁶⁰, tasfiyenin de zamanaşımına bağlanması bu sorunu çözecektir. O halde tasfiye, mal rejiminin sona ermesinden itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır. Başka bir anlatımla, mal rejiminin sona ermesinden itibaren on yıllık süre içinde, mal rejiminin tasfiyesi talep edilmelidir. Türk hukuk uygulamasında, mal rejiminin tasfiyesi başlı başına talep edilmemekte, değer artış payı alacağı davası veya katılma alacağı davası açılmaktadır. Yargıtay, katılma alacağı için mal rejiminin tasfiyesinin yapılmasını aramakta iken, değer artış payı alacağı için, öğretideki görüşlerin⁶¹ aksine, mal rejiminin tasfiyesini gerekli görmemektedir. Yargıtay'ın bu uygulaması çerçevesinde değerlendirme yaptığımızda ise, değer artış payı alacağı davası için on yıllık zamanaşımı süresini mal rejiminin sona ermesinden itibaren başlatmak gerekmektedir. O halde tespit niteliğinde ayrı bir tasfiye kararı bulunmadığı hallerde, katılma alacağı için de, değer artış payı alacağı için de on yıllık zamanaşımı süresinin mal rejiminin sona erme tarihinden başlaması gerekmektedir. Kanımızca mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, mevzuatın sözü, ruhu ve hakkaniyet anlayışına göre en uygun çözüm; katkının yapıldığı dönemler arasında ayırım yapılmaksızın Türk Borçlar Kanununda öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı ile katkıdan doğan değer artış payı alacağı ve katkı payı alacağı uygulamada son derece önemli ve yaygın davalardır. Bu alacakların ne zamana kadar talep edilebileceği, diğer bir ifade ile zamanaşımı hususunda Medeni Kanunda düzenleme bulunmaması öğretide ve uygulamada bu şekilde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kanun koyucunun, bu kanun boşluğunu doldurması, öğretideki görüşleri ve Yargıtay uygulamalarını göz önünde bulundurmak suretiyle ve eşlerin menfaat den-

⁵⁹ KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 144.

⁶⁰ ŞIPKA, Uygulama Sorunları, s. 301 vd.

⁶¹ Değer artış payı alacağının mal rejiminin tasfiyesi anında muaccel olmasıyla talep edilebileceği görüşünde, ZEYTİN, Tasfiye, s. 166; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 223; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 44; SARI, s. 279; ACAR, s. 140; ÖZTAN, Aile, s. 280; ZEYTİN, Denkleştirme, s. 49; ŞEKER, s. 138; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 355.

gesini gözeterek, evlilik birliği sona ermiş tarafları bir hukuki uyuşmazlıkta uzun yıllar sonra karşı karşıya getirmemek amacıyla kısa zamanaşımı süreleri tespit etmesi⁶², Kanunun sistematığına uygun olacak şekilde mal rejimlerinde zamanaşımı hususunda düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde zamanaşımı konusunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almadığından, öğretideki görüşlerin bir kısmı, TMK 178. maddesine atf yaparak bir yıllık zamanaşımı süresini savunmakta; başka bir görüş ise, Borçlar Kanunu genel hükümlerinden yola çıkarak on yıllık zaman aşımı süresini öne sürmektedir. Yargıtay ise, uzunca bir süre, mal rejiminin ölümle sona ermesi durumlarında ve 1.1.2002 öncesi döneme ilişkin katkı payı alacağı davalarında on yıllık zamanaşımı süresi, 1.1.2002 sonrası döneme ilişkin katılma alacağı ve değer artış payı alacağı davalarında bir yıllık zamanaşımı süresini uygulamıştır. Yargıtay'ın bu şekilde dönemlere, evliliği sona erdiren nedenlere göre farklı uygulamalara gitmesi, eşler arasında adil olmayan neticelere sebep olacağı kanaatiyle, öğretide oldukça eleştirilmiştir. Yargıtay HGK'nun 2013 tarihli kararı ile değer artış payı alacağı ve katılma alacağında TMK. m.178 hükmünün kıyasen uygulanmasından, başka bir ifade ile, dönemlere göre farklı zamanaşımı uygulamalarından vazgeçilmiş ve katkı payı, değer artış payı ve katılma alacağında on yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Mevcut yasal mevzuat çerçevesinde, Borçlar Kanunu genel hükümlerinde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi kanımızca da uygun görülmektedir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, bu şekilde farklı uygulamaların önüne geçmek amacıyla, birbirinden ayrılan tarafları uzun süre karşı karşıya getiremeyecek ve eşlerin menfaat dengesini gözetecek şekilde, kısa zamanaşımı süresini öngören yasal düzenleme yapılması bir ihtiyaç haline gelmiştir. Kanımızca mal rejiminin tasfiyesinin mümkün olduğu an olan mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmesi isabetli bir çözüm olacaktır.



⁶² Olması gereken hukuk bakımından, yasa değişikliği ile kısa zamanaşımı sürelerinin kabulü gerektiği hususunda bkz. ŞİPKA, Zamanaşımı, s. 846-847; ŞİPKA, Uygulama Sorunları, s. 308; KILIÇOĞLU, Zamanaşımı, s. 1297

KAYNAKÇA⁶³

ACABEY, Mehmet Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1999 (Kısaltılmışı: Acabey, Yasal Mal Rejimi)

ACABEY, Mehmet Beşir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, s.491-534 (Kısaltılmışı: Acabey, Mal Grupları)

ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007

AKINTÜRK Turgut/KARAMAN Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci cilt, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2015

ATEŞ, Turan, Türk Medeni Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, İstanbul 2007

BAŞPINAR, Veysel, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, A.Ü.H.F Dergisi C. 52, S. 3, 2003, s. 79-101 (Kısaltılmışı: Başpınar, Öneri)

BAŞPINAR, Veysel, “Yeni Türk Medeni Kanunu”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 669-690 (Kısaltılmışı: Başpınar, Kanun)

BAŞPINAR, Veysel, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler” webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_3.pdf (05/12/2014) (Kısaltılmışı: Başpınar, Düşünceler)

BÜYÜKTANIR, Tahir, “Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2

CEYLAN, Ebru, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 2, İstanbul, 2002, s. 1019-1053

⁶³ Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2015

EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015

GENÇCAN, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008

GÜRKAN, Ülker, “Karının İktisaden Korunması”, AÜHFD. C.30, S.1-4, 1973, s.317-352

HAUSHEER, Heinz, “Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler”, Çev. Bilge Öztan, TBB Dergisi, Sayı 76, 2008, s. 201-216

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar)

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre) Genişletilmiş 18. Bası, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Borçlar)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Katkı-Katılma)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Yenilikler)

KILIÇOĞLU, Ahmet, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Katılma Alacağında Zamanaşımı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan 1.Cilt, Ankara 2010, s. 1289-1298 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Zamanaşımı)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Eşlerin Birbirinden Alacakları”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Eşler)

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri”, Yargıtay’ın 128’inci, Ankara Üniversitesi’nin 50’nci, A.Ü. Hukuk Fakültesi’nin 70’inci Kuruluş Yıldönümü Ortak Bilimsel Toplantı (23-24 Mayıs 1996), AÜHF Yayınları No:524, Ankara 1997, s. 17-54 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Yeni Bir Öneri)

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 431-452

MORTAŞ, Süleyman, “Eşler Arasında Mal Rejimleri”, www.taa.gov.tr/dosya/belge/eslerarasimalrejimi.pdf (05/12/2014)

ODENDAHL, Hanswerner, “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni “Mal Rejimi” Hükmüleri Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine bir Karşılaştırma”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, s.475-496.

ODENDAHL, Hanswerner, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi ile Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞIPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul 2007, s.113-132.

ÖZDİLEK, Osman, Türk ve İsviçre Hukuklarında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bu Rejimde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf, http://www.turkhukukitesi.com/makale_292 (16.03.2015)

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: Öztan, Aile)

ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun’un Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Bir Değişiklik Önerisi”, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara 1981 (Kısaltılmışı: Öztan, Bir Değişiklik Önerisi)

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2007

SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007

ŞEKER, Muzaffer, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İsviçre İle Karşılaştırılması”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırla-

yanlar: Şükran ŞIPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul 2007

ŞIPKA Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011 (Kısaltılmışı: Şıpka, Uygulama Sorunları)

ŞIPKA Şükran, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: Şıpka, Rejim)

ŞIPKA, Şükran, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008 (Kısaltılmışı: Şıpka, Zamanaşımı)

ŞIPKA, Şükran/DEMİR, Pınar Özlem, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin “Edinilmiş Malların Tasfiyesine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.255-262

ULUÇ, Yusuf, “Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları” İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları, İstanbul 2013, s.75-123

UYAP Yargıtay Karar Sorgulama

ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008 (Kısaltılmışı: Zeytin, Tasfiye)

ZEYTİN, Zafer, “Değer Artış Payı, Eklenecak Değerler Ve Denkleştirme Alacağı” Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞIPKA-Bariş ÖZBİLEN-ŞENSÖZ Ebru, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: Zeytin, Denkleştirme)

ZEYTİN, Zafer, “Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009 (Kısaltılmışı: Zeytin, Zamanaşımı)

TÜRK ULUSLARARASI GEMİ SİCİLİNE KAYITLI GEMİLERE TANINAN AYRICALIKLAR

*The Privileges of Those Vessels Registered
in Turkish International Ship Registry*

Savaş YİGEN*

ÖZET

Kolay bayrak devletlerinin giderek artan bir şekilde donatanları kendine çekmesi, özellikle geleneksel denizci devletleri bu duruma karşı etkin önlemler almaya yönlendirmiştir. Bu önlemler, önceleri elverişli bayrak uygulamasını sona erdirmeye yönelik olmuştur. Ancak zamanla, kolay bayrak devletlerinin uluslararası platformdaki etkinlikleri dolayısıyla, elverişli bayrak uygulamasını yok etme çabalarının etkisiz olacağı anlaşılmış, devletler de kolay bayrak ile mücadele için, mili gemi sicilleri yanında kolay bayrak uygulamasının sunduğu ayrıcalıklara benzer ayrıcalıklar sunan ikinci bir sicil kurma yoluna gitmişlerdir.

Kolay bayrak devletleri ile mücadele etme gereğinin Türk denizciliği açısından da kaçınılmaz olduğunun anlaşılması üzerine, 16.12.1999 tarihli ve 4490 sayılı 'Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanunu (TUGSK)' yürürlüğe konulmuş ve Türk Uluslararası Gemi Sicili kurulmuştur¹. Bu sicile tescil edilen gemilere, Türk Milli Gemi Siciline kayıtlı olan gemilerden bağımsız olarak bir takım ayrıcalıklar tanınarak, Türk donatanlarının kolay bayrak devletlerine kaçışının önüne geçilmek istenmiştir.

Eldeki çalışmanın kapsamı, Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı gemilere bahşedilen ayrıcalıklar ile sınırlıdır. Amaç, Türk hukukundaki mevcut düzenlemeyi ortaya koymaktır. Anılan sicile kayıtlı gemilere sunulan ayrıcalıklar sadece TUGSK ile sınırlı olmadığından mevzuatımızdaki diğer düzenlemelere de çalışmanın hacmi ile orantılı bir şekilde değinilmiştir. Çalışmanın amacını aşmamak için mukayeseli hukuktaki gelişmeler üzerinde durulmamıştır.

Uluslararası sicilleri doğuran ihtiyaç ve koşullar dikkate alınmadan mevzuatımızdaki mevcut düzenlemeyi ortaya koymanın sağlıklı olmayacağı değerlendirilerek, tümden-

* Hakim, savasyigen@gmail.com

¹ Bkz. 21.12. 1999 tarihli ve 23913 sayılı RG.

gelimci bir yaklaşımla; iki bölümden oluşan eldeki çalışmanın birinci bölümünde, uluslararası gemi sicilinin ortaya çıkışının kaynağını oluşturan kolay bayrak kavramı ve bu kavramın sunduğu avantajlar ele alınmıştır. İkinci bölümde ise Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilebilecek gemilere ve bu gemilere sağlanan ayrıcalıklara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kolay bayrak devleti, Türk Denizciliği, donatan, TUGS, gemi sicili.

ABSTRACT

FOC countries fascinate shipowners increasingly. That leads maritime nations to take effective precautions for this condition. Initially, main goal of those precautions is to dissolve flag of convenience implementation. However, it is comprehended that effort of elimination FOC implementation would be ineffective due to efficiency of FOC countries at international platform. Consequently, states establish second ship registers, which provide some privileges similar to privileges provided by FOC implementation, in order to overcome FOC countries.

In terms of Turkish Maritime, the necessity of dealing with FOC countries is understood inevitably. Therefore, Turkish International Ship Registry Act of 1999 (TISR) is enforced and Turkish International Ship Registry is set up. Apart from ships registered in the Turkish National Ship Registry, some privileges are provided to ships registered in the TISR so as to prevent Turkish ships from fleeing to FOC countries.

The content of this essay is limited by privileges provided to ships registered in TISR. The main purpose is to explain existing regulations in the legislation of Turkey. Other regulations in the Turkish legislation is evaluated since privileges provided to ships registered in TISR is not restricted with merely Turkish International Ship Registry Act of 1999. Besides, progress in comparative law is not pointed out in order not to transcend the purpose of the essay.

Remarking existing regulations in the Turkish legislation would be considered as redundant without taking into account necessity and conditions which generate international registry. Accordingly, -with deductive approach- FOC concept that emerges international ship registry and advantages provided by this concept is clarified in the first section of the essay, which is consisted of two sections. Ships that can be registered in TISR and privileges provided to those ships are mentioned in the second section.

Key Words: FOC Countries, Turkish Maritime, shipowner, TISR, ship registry.



I. ULUSLARARASI GEMİ SİCİLİ

A. Uluslararası Gemi Sicilinin Ortaya Çıkış Nedeni Olarak Kolay Bayrak Kavramı

“Kolay bayrak”, mülkiyeti ya da kontrolü yabancılara ait olan gemilerin kendilerine bahşedilen çeşitli mali veya idari ayrıcalıklardan yararlanabilmek maksadıyla kaydoldukları açık sicil devleti bayrağıdır. Tarihte çeşitli sebeplerle gemiler, sahibinin tabi bulunduğu devlet dışında tescil edilebilmişlerdir. Gemi sahiplerinin gemilerini kendi uyrukluğunda buldukları devletlerden daha elverişli şartlar sunan devletlerde tescil ettirmelerinin tarihi geçmişi Roma İmparatorluğu dönemine kadar uzanmaktadır. Romalılar, gemilerini Yunan bayrağı altında işletmeyi tercih etmişlerdir. 16. ve 17. yüzyıllarda ise, İngilizler, gemilerini Fransız bayrağı altında çalıştırmışlardır.² Birinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle, Panama, Liberya, Honduras gibi geleneksel açıdan denizci olmayan devletlerde ortaya çıkan kolay bayrak uygulamasının başlangıçtaki amacı, deniz ticareti faaliyetlerinin savaş gibi durumlardan etkilenmesini önleme ve tarafsızlığını sağlamaktır. Böylece savaşan devletin siciline kayıtlı bir gemi, savaşmayan tarafsız bir devletin siciline kaydedilerek savaşan üçüncü devletin ya da devletlerin müdahalesine maruz kalmaksızın ticari faaliyetlerine devam edebiliyordu.³ Ancak uluslararası ticaretin gelişimiyle paralel, yüksek rekabetin yaşandığı denizcilik sektörü, işletme maliyetini azaltacak ve rekabet gücünü arttıracak yeni arayışlar içine girmiş, böylece kolay bayrak uygulaması 1980'li yıllarla birlikte yaygınlaşmıştır. Kolay bayrak devletleri, işletenlerine kolay ve avantajlı şartlar sunarak gemicilik faaliyetlerindeki maliyetleri düşürdükleri ve tescil ettikleri gemilerin faaliyetleriyle ilgili asgari bir denetim sundukları için gemi sahiplerini cezbetmişlerdir.

Vergi, gemi adamlarının uyruğu ve ücretleri, sosyal güvenlik ve tescil konusunda ulusal sicillere göre kolay ve esnek şartlar getiren kolay bayrak devletleri, tabiiyetindeki gemilere ekonomik açıdan önemli rekabet gücü kat-

² Özçayır, O.: *Port State Control*, 2nd ed., London, Singapore 2004, s. 23.

³ Kuran, S.: *Uluslararası Deniz Hukuku*, B. 3, İstanbul 2009, s. 19. Nitekim İran Irak savaşı sırasında Basra Körfezindeki donanma korumasından faydalanmak için Kuveyt gemilerinin ABD ve İngiliz bayrağı çektikleri gözlenmiştir. Ready, N. P.: *Ship Registration*, 3rd ed, London 1998, s.17.

tıklarından, sayıları zamanla hatırı sayılır ölçüde artmıştır. Bu tür devletlerin bayrakları elverişli bayrak (*flags of convenience*, FOC), kolay bayrak, gerekli bayrak (*flags of necessity*); sicilleri de açık siciller (open registries) olarak bilinmekte ve tanınmaktadır.

B. Kolay Bayrağı Tercih Nedenleri

1. Vergi Avantajı

Kolay bayrak devletlerinde gemilerin işletme geliri üzerinden vergi alınmakta ya da alınan vergilerin miktarı düşük tutulmaktadır. Bunun yerine, tescil ücreti ve tonaja bağlı yıllık aidatlar söz konusu olmaktadır. Ayrıca gemi sahiplerine, kolay bayrak devletlerince gelecekte başka bir ücret ya da vergi alınmayacağı yönünde güvence bile verilebilmektedir. Tescil yapan kolay bayrak devleti genelde küçük bir devlet olduğundan büyük tonajlı gemilerden alınan az miktardaki aidatlar, bu devletlerin milli gelirinde büyük pay tutmaktadır.

2. Düşük Maliyetli İstihdam

Kolay bayrak devletleri kendi vatandaşı olmayan kişilerin gemi adamı olarak çalışmasını kısıtlamamakta, böylece işletim maliyetini düşürmektedir. Bu ülkeler genelde gelişmekte olan ülkeler ile üçüncü dünya ülkelerinden oldukları için güçlü sendikaları bulunmamakta, işçi ücretleri ve sosyal güvenlik hususlarında gerekli düzenlemeler yapılmamakta ve ILO tarafından getirilen standartlara da uymamaktadırlar. Gelişmiş ülkelere göre çok daha düşük seviyede olan ücret ve masrafların geminin toplam işletim masrafının yarısı kadar olduğu düşünüldüğünde, bunun önemli bir ekonomik avantaj olduğu görülmektedir.

3. Tescilde Kolaylık

Kolay bayrak devletlerinin gemilere tabiiyet bahşederken aradığı şartlar, kapalı sicillere göre çok daha kolaydır. Kolay bayrak devletleri, ticaret gemilerinin kendi tabiiyetinde olmayan kişilerin gerçekte malik oldukları gemilerin sicillerine kaydına ve kontrolüne izin vermektedir. Malik yönünden tescil için aranan şartların hafifliğinin yanında, tescil işleminin yapılması da kapalı sicillere kıyasla çok daha kolaydır. Tescil işlemi konsolosluklarda yapılabilmektedir.

Bunun yanı sıra mülkiyete ilişkin kayıt gerekliliği de olmadığından, gemi malikleri kimliklerini saklayabilmektedirler. Öte yandan geminin nihai veya gerçek sahibinin bulunmasını zorlaştıran hisse senetlerine cevap veren bir sistem yaratılmakta, gemi sahibinin tescilin nakline yönelik istemine bir sınırlama getirilmemektedir.

4. Asgari Denetimin Yetersizliği

Genellikle üçüncü dünya ülkeleri ile gelişmekte olan ülkelere oluşan kolay bayrak devletleri gemilere yönelik olarak uluslararası kural ve standartlara uyulmasının sağlanması noktasında etkili bir denetim mekanizmasına sahip değildir. Çok uluslu büyük şirketlerin gücü düşünüldüğünde söz konusu ülkelerin yeterli denetimi yapabilmesi mümkün değildir. Kaldı ki; öncelikli hedefleri ekonomik kalkınma olan bu ülkelerin yabancı gemileri tescil etmedeki ekonomik menfaatleri bulunduğu hususu göz önüne alındığında etkin denetim uygulama isteği içinde bulunmayacakları açıktır.

C. Kolay Bayrağa Karşı Çözüm Arayışları

Uluslararası hukuk⁴, gemi ile tabiiyetindeki devlet arasında 'gerçek bağ/ doğal bağ' kurulmasını aramaktadır. UNCLOS m. 91/1'e göre; her devlet, tabiiyetinin gemilere verilmesi, gemilerin ülkesinde tescil edilmesi ve bayrağını taşımaları hakkı için gerekli şartları tespit edecektir. Gemiler, bayrağını taşımaya yetkili oldukları devletin tabiiyetine sahiptir. Devlet ile gemi arasında gerçek bir bağ bulunmalıdır.

Uluslararası hukukta ilk kez Nottebohm Davası⁵ ile duyulan gerçek bağ (*genuine link*) kavramı ile günümüzde, devletin tabiiyetindeki gemi üzerinde uluslararası hukukun öngördüğü bayrak devleti kontrolünü etkin bir şekilde uygulamasına imkân sağlayacak kadar otoriteye sahip olması anlaşılmaktadır.

Seyrüsefer serbestisi kuralı gereğince⁶ her devletin, kendi bayrağını çek-

⁴ UNCLOS m. 91. Sözleşme için bkz. <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm> (son erişim: 09.10.2014).

⁵ Pazarıcı, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, B. 8, Ankara 2005, s. 61.

⁶ UNCLOS m. 90.

me hakkını belirlemiş olduğu kıstaslar çerçevesinde dilediği gemilere tanıma yetkisi vardır. Bu açıdan, devletler arasında ayırım yapılamaz. “Devlet” olarak kabul edilmiş olmaktan kaynaklanan bu yetki, denize kıyısı olmayan (*land-locked*) devletlerce bile kullanılabilir. Her devlet, gemilere hangi koşullarla bayrağını çekme hakkını tanıyacağını, serbestçe kendi koyacağı kurallara göre saptar, yeter ki devlet ile gemi arasında gerçek bağ bulunsun.

Önceleri, geleneksel anlamda denizci devletler, gerçek bağın varlığı için, gemi üzerindeki mülkiyet ve kontrol yetkisinin kendi tebaasında olmasını, geminin sevk ve idaresinin kendi tabiiyetindeki gemi adamlarına bırakılmasını ararlarken, gerçek bağ sadece bayrak devleti kontrolüyle bir tutan kolay bayrak devletlerinin, şartları belirleme hakkını, serbestçe kullanmaları, açık sicillerin doğumuna yol açmıştır. Bu sebeple özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra sayıları giderek artan ve varlıklarını küresel ölçekte hissedilmeye başlayan kolay bayrak devletlerine karşı ortak bir çözüm arayışı içine girilmiştir.

Bu çözüm arayışlarının ilk ürünü 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi’dir. Gerçek bağ kavramı ilk defa anılan sözleşme ile uluslararası antlaşmalar alanına taşınmıştır.⁷ Fakat sözleşmede bu kavramın tanımı yapılmadığı gibi, unsurları açıklanmamış ve ne şekilde uygulanabileceği konusunda herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. 1958 tarihli Sözleşmedeki bu belirsizliklere karşın, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) ile getirilen düzenlemelerde de bu yaklaşım tarzı muhafaza edilmiş, 91. maddede 1958 tarihli sözleşmenin 5. maddesi aynen tekrar edilmiştir.

UNCLOS’un 91. maddesinde devlet ile gemi arasında gerçek bir bağın bulunması gerektiği belirtilmesine karşın gerçek bağ kavramı tanımlanmamıştır. Anılan Sözleşmenin 94. maddesine göre; her devlet, kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde, idari, teknik ve sosyal konulardaki yetki ve kontrolünü fiilen kullanacaktır. Ayrıca devletin, kendi bayrağını taşıyan gemiler hakkında; denizde güvenliği sağlamak amacıyla özellikle, geminin inşası ve donatımı ile denize elverişliliği, mürettebatın oluşumu, çalışma şartları ve yetiştirilmesi, işaretlerin kullanılması, haberleşmenin iyi bir şekilde ilerlemesi ve çatmala-

⁷ 1958 Tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi.

rın önlenmesi hususlarda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir.

Kolay bayrak uygulamasıyla mücadelede gerçek bağ kavramı ile sağlanmaya çalışılan fayda anılan sözleşmelerle getirilen düzenlemelerin belirsizliği ve çözüme ulaşmadaki yetersizliği nedeniyle başarılı olamamıştır. Çünkü ne gerçek bağ kavramı ne de bayrak devletlerinin etkin yetki ve kontrolünün anlamı her iki sözleşmede de açıklığa kavuşturulmamış, tabiiyet ve gerçek bağ kavramı hakkında açık bir hüküm konulmamıştır.⁸

Çözüm çabalarının ürünü olan bir diğer sözleşme halen yürürlüğe girmemiş olan ve Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansının (UNCTAD) çalışmaları sonucunda ortaya çıkan, 1986 tarihli Gemilerin Tescil Şartları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir.⁹ 22 madde ve 2 ekten oluşan Sözleşme, gemilerin tescili konusunda hukuk sistemlerindeki farklılıkları ortadan kaldırmak ve ortak bir uygulamaya kavuşturmak amacıyla yapılmıştır. Böylece kolay bayrak devletlerinde tescil edilmiş gemilerin gerçekte tescil edilmeleri gereken ülkelere dönmesi amaçlanmıştır.

1986 tarihli sözleşmenin 1. maddesiyle, gemi ile bayrak devleti arasındaki gerçek bağı kuvvetlendirmek amacıyla, bayrak devletlerinin sosyal, ekonomik, teknik ve idari konularda etkin bir yetki ve kontrol uygulaması gerektiği öngörülmektedir. Sözleşme gemi ile bayrak devleti arasındaki gerçek bağı temin eden faktörleri; gemi personelinin, gemi malikinin ve geminin yönetiminde rol alan kişilerin tabiiyetinin geminin tescil edileceği ülkede bulunması olarak belirlemiştir.¹⁰ Başka bir ifadeyle gerçek bağdan maksat, geminin mülkiyet ve idaresinin bayrak devletinin tebaasına ait olması, gemi personelinin bayrak devletinin vatandaşı olmasıdır. Sözleşmeye göre, gemiler bayrağını taşıdıkları devletin vatandaşıdır. Gemiler yalnızca bir devletin bayrağını çekebilirler, aynı anda birden fazla ülkede tescil edilemezler. Geminin belli bir ülkenin bayrağını taşıyabilmesi için onunla gemi arasında gerçek ve yakın bir bağın bulunması gerekir.

⁸ Aydın, O. D.: *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, B. 1, İstanbul 2009, s. 138.

⁹ Sözleşmeyi imzalayan ülkeler için bkz. <<http://untreaty.un.org>> (son erişim: 01.10.2014).

¹⁰ Ekşi, N.: *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, B. 2, İstanbul 2004, s. 30.

Amacı, gemi ile bayrağını taşıdığı devlet arasındaki bağın gerçekliğini sağlamak olan 1986 tarihli Sözleşme, gerek henüz yürürlüğe girmemiş olması, gerek gerçek bağ kavramını uygulanabilirlik açısından net olarak tanımlamamış olması karşısında kolay bayrak sorununa çözüm getirmekten uzaktır. Sözleşmenin, bayrak devletlerinin gemileri üzerinde daha etkin bir kontrol sağlayabilmesi amacını gerçekleştirebilmesi için, bazı devletlerin gemilere ilişkin tescil koşulları ve idari düzenlemelerinde değişiklikler yapmaları gerekmektedir. Sonuç olarak, kolay bayrak uygulamasına karşı uluslararası düzeyde başlatılan çözüm arayışları somut sonuçlara ulaşamayınca devletler çözüme kendi iç hukuklarında yaptıkları değişikliklerle ulaşmaya çalışmışlardır.

D. Uluslararası Gemi Sicilinin Ortaya Çıkışı

Devletlerin gerçek bağa addetmiş oldukları farklı anlam ve buna dayanarak kimi devletlerin tabiiyet şartlarını serbestçe belirlemesi nedeniyle kolay bayrak sorunu çözülememiş ve kolay bayrak devletleri de giderek artan bir şekilde gemi sahiplerini cezbetmeye devam etmişlerdir. Bunun üzerine geleneksel açıdan denizci devletler kendi mevzuatlarını yeniden gözden geçirmek durumunda kalmışlardır. Yaptıkları düzenlemelerle; vergi indirimleri, gemicilik sektörüne yapılan teşviklerin artırılması, kolay bayrağın sağladığı pek çok avantajları sunan ikinci siciller, sahil ötesi siciller, gemi kira sicilleri altında geminin yeniden tesciline imkân veren sistemler geliştirmişlerdir.¹¹ ‘Uluslararası sicil’ ya da ‘ikinci sicil’ adlarıyla oluşturulan sicillerle, kolay bayrak uygulamasına benzer avantajlar sunulmak suretiyle, gemilerin yeniden filolara kazandırılması amaçlanmıştır.

Örneğin; kolay bayrak gerçeği ile yüz yüze gelen Norveç, çare olarak 1987 yılında Norveç Uluslararası Gemi Sicili’ni (NISR) kurmuştur. Norveç modelini Danimarka ve Almanya izlemiştir. Daha sonra İspanya, İtalya, Fransa ve Portekiz ikinci sicillerini oluşturmuşlardır. Hatta AB de, ikinci sicil çalışmaları yapmış, 1989 yılında, topluluk üyelerinin filolarındaki ve rekabet güçlerindeki azalmayı önlemek için Topluluk Gemi Sicili (EUROS) kurulması teklif edil-

¹¹ Ülgener, F.: ‘Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanununun ve Yönetmelik Tasarısı ile İlgili Bir Değerlendirme’, Deniz Hukuku Dergisi, S. 3-4, 1999, s.15-38.

miştir.¹² Bu süreçte Türkiye de ikinci sicili tesis etmek için harekete geçmiştir.

II. TÜRK ULUSLARARASI GEMİ SİCİLİ

A. Genel Olarak

Açık sicilin yanı sıra, ikinci sicillerin ortaya çıkması uluslararası nitelikli denizcilik rekabetini arttırmış ve ona yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu tür sicilleri olmayan devletlerin donatanları aleyhine rekabeti bozucu etki yaratması nedeniyle, donatanlar kendi ülkelerinin de benzer düzenlemeler yapması için onları teşvik etmiştir. Nitekim Türkiye’de de ikinci sicil için kanuni düzenleme yapılması yönündeki baskılar, bir tasarının hazırlanması ile sonuçlanmış ve 16.12.1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu (TUGSK) ile Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS) kurulmuştur.

TUGSK ile beklenen faydalar; Kanununun 1. maddesinde de vurgulandığı üzere, deniz ticaret filomuzun rekabet gücünü arttırmak, filodaki büyümeye paralel olarak istihdam imkânlarını genişletmek, devletin kısa vadede azalacak olan vergi gelirlerine karşı kayıt harcı ve yıllık tonaj uygulaması ile uzun vadede vergi gelirini arttırmak, Türk gemilerinin kolay bayrak ülkelerine kaçışlarını önlemektir. Amacı, ‘Türk denizciliğinin geliştirilmesini hızlandırmak ve ekonomiye katkısını arttırmak’ olan TUGSK’nın 3. maddesi uyarınca, bu amacı gerçekleştirmek üzere Denizcilik Müsteşarlığı nezdinde İstanbul’da TUGS kurulmuştur. Ayrıca Bakanlığın TUGS’a ilişkin hizmetlerin daha süratli ve etkin şekilde yerine getirilmesi amacıyla yurt içinde irtibat büroları açabileceği öngörülmüştür.

Kimi çevrelerce Türk denizciliği için önemli bir gelişme olarak kabul edilen bu Kanun, kimi çevrelerce de yoğun eleştirilere uğramıştır. Uygulamada yeterince etkili olmadığı gözlenen kanunun, kolay bayrak ülkelerinden çok fazla dönüş sağlamasa da yeni kayıpları önlediği ifade edilmiştir.¹³ Deniz Ticaret Odası (DTO) tarafından hazırlanan 2010 Deniz Sektörü Raporuna¹⁴ göre

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz; Demirkıran, M.: *‘Avrupa Topluluğu Gemi Sicili Çalışmaları ve Türk Uluslararası Gemi Sicili ile Karşılaştırılması’*, Deniz Hukuku Dergisi, 2000, 1-4, Gündüz Aybay Anısına Armağan, s. 161.

¹³ Kuran, S.: *Uluslararası Deniz Hukuku*, s.24.

¹⁴ Bkz. http://www.denizticaretodasi.org/DetoPortal/Portals/Documents/seyktor_rapo-

1998 yılındaki Türk donatanlarının kontrolündeki filo 8,7 DWT olup, bunun % 95,82'si Türk Bayraklı, % 4,18'i ise yabancı bayraktaki gemilerden oluşmaktadır. 2011 yılı başı itibariyle ibrenin ters döndüğü gözlenmekte, Türk donatanlarının 1000 DWT ve üzerindeki gemileri dikkate alındığında, filonun % 39,7'sinin Türk Bayrağında, % 60,3'ünün ise yabancı bayrakta yer aldığı görülmektedir. Bu durum da Kanunun etkili olmadığını ve kayıpları önleyemediğini gözler önüne sermektedir.

B. Türk Uluslararası Gemi Siciline Tescil Edilebilecek Gemiler

1. Gemiler İçin Aranılan Şartlar

TUGSK.nın 2. maddesinde 'gemi' ve 'yat' tanımlanmıştır. Buna göre; gemi kavramı, ticari amaçla kullanılan her türlü yük, yolcu ve açık deniz balıkçı gemilerini ifade etmektedir. Dolayısıyla ticari amacı bulunmayan gemiler bu sicile tescil edilememektedirler. Yat tipinde inşa edilmiş ve yatçı sayısının otuz altıyı geçmemesi şartıyla gezi ve spor amacıyla kullanılan, yük ya da yolcu gemisi niteliğinde bulunmayan turizm şirketi envanterinde kayıtlı ve tonilato belgelerinde "ticari yat" olarak belirtilen deniz araçları da tescili mümkün yat olarak kabul edilmiştir. Kanundaki yat tanımı gereksizdir, zira 'yat' kavramı zaten gemi kavramına dâhildir. Kanun koyucu bu tanımı koymakla, turizm faaliyetinde kullanılan yatların da TUGS'ye tescil edilmesini amaçlamıştır.

TUGS'a tescil edilebilecek gemiler hakkında, TUGSK.nın 4. maddesinde sınırlama getirilmiştir. Sınırlama sebepleri arasında gemilerin yaşının önem arz etmediği görülmektedir. Kanunun gerekçesinde, 1998 Ağustos ayı itibarıyla ISM (*International Safety Management*) Kodu uygulamasına geçileceğinden yaşla ilgili bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmiştir. Yatlar için yaş ve montaj sınırı aranmaması uygun görülmüştür. Ayrıca, tescil için geminin teknik özelliklerinin ve donanımının, Türkiye'deki bir kurum veya belirli bir klas kuruluşunun denetiminden geçmesi gerekmektedir.¹⁵

ru_2010tr.pdf (son erişim: 09.09.2014)

¹⁵ TUGSY m. 20.; Ekşi, N.: '*Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanununun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Kanunun Genel Esaslarının Değerlendirilmesi*', Tahir Çağa'nın Anısına armağan, İstanbul 2000, s. 207.

Kanunun 4. maddesine göre;

Bu kanunun yürürlüğe girdiği anda TMGS'ye tescilli olan gemilerin,

Türkiye'de inşa edilen gemilerin ve

Yurt dışından ithal edilecek 3.000 DWT üzeri yük gemilerinin, 300 GT üzeri yolcu gemileri ile özel maksatlı ve özel yapılı gemilerin

TUGS'a tescili mümkündür.

2. Gemi Malikleri İçin Aranılan Şartlar

a. Türk Gerçek veya Tüzel Kişiler Bakımından

Türkiye'de mukim Türk uyruklu gerçek kişiler ile Türkiye'de Türk mevzuatına göre kurulmuş şirketlere ait gemiler TUGS'a tescil edilebilmektedir.

b. Yabancı Gerçek veya Tüzel Kişiler Bakımından

TUGS'a gemilerini tescil ettirebilecek gerçek ya da tüzel kişiler sadece Türk uyruklular değildir, TUGSK'nın 5. maddenin I. fıkrasına göre; Türkiye'de mukim yabancı uyruklu gerçek kişiler ile Türkiye'de Türk mevzuatına göre kurulmuş olup da, ortakları Türk vatandaşı olmayan şirketler de gemilerini TUGS'a tescil ettirebileceklerdir. Türkiye'de mukim yabancı uyruklu gerçek kişilerin, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre TMGS'ye kayıtlı gemileri olamayacağından, bu kişiler sadece Türkiye'de inşa edilen gemiler ile 3.000 DWT'nin üzerindeki yük gemileri ve 300 gt'nun üzerindeki yolcu ve özel amaçlı gemileri tescil ettirebileceklerdir. Şirketlerin Türkiye'de Türk mevzuatına göre kurulmuş olması yeterli olup, ortaklarının Türk vatandaşı olması aranmamıştır. Ayrıca, yurt dışından finansal kiralama yolu ile temin edilecek yabancı gemilerin de TUGS'a tescil edilebilmesi mümkündür.

C. Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı Gemilere Bahşedilen İmtiyazlar

1. Türk Bayrağı Çekme Hakkı

Türk Hukukunda Türk Bayrağı çekme hakkının kazanılması esasen Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 940. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁶ Kanunun 940.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, R./Çetingil, E.: *Deniz Ticaret Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte)*, B. 11, İstanbul 2009, s. 42-56.

maddesine göre her Türk gemisi Türk Bayrağı çeker ve yalnız Türk vatandaşlarının malı olan gemi Türk gemisidir. Kabul edilen bu temel prensibe rağmen Türk Ticaret Kanununun 941 ve 944. maddelerinde, istisnaen bir Türk gemisinin yabancı bayrak, bir yabancı geminin de Türk Bayrağı çekebileceğini hal-lere işaret edilmiştir. Anılan Kanunun yanı sıra bu kurala istisna getiren bir diğer kanun Turizmi Teşvik Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkartılan Yatçılık Yönetmeliği'dir. Adı geçen Kanunun 27. maddesinde; Türk Bayrağı çekemeyen deniz turizmi araçlarına, Türk Ticaret Kanununun 940. maddesine bağlı kalmaksızın, Türk Bayrağı çekilmesine izin verilebileceği belirtilmiştir.

Yalnız Türk vatandaşlarına ait gemilerin Türk Bayrağı çekebileceğine ilişkin Türk Ticaret Kanunu tarafından getirilen düzenin bir istisnası da TUGSK'da düzenlenmiştir. Bu Kanunun 7. maddesine göre TUGS'a tescil edilmiş olan gemilerin Türk Bayrağı çekme hakkı bulunmaktadır. TTK ile getirilen düzende bayrak çekme hakkı, maddi şartların bulunması ile birlikte kendiliğinden doğmaktadır. Bir başka deyişle, Türk vatandaşına ait olan bir geminin bayrak çekme hakkı, geminin sicile tescil edilmesine gerek olmadan doğmaktadır. TUGS ile getirilen düzende ise bayrak çekme hakkı, sicile tescil ile kazanılan bir hak-tır, yani TUGS'a tescil, bayrak çekme hakkı bakımından kurucu etkiye sahiptir.

Bir geminin Türk Bayrağını çekme hakkını kullanabilmesi için gerekli belgenin ne olduğu, nasıl verileceği hususları Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Buna göre; TUGS'a tescil edilen gemilere TUGS gemi tasdiknamesi verileceği, finansal kiralama kapsamında, TUGS'a tescil edilecek gemiler için bayrak şahadetnamesi, tanzim edileceği öngörülmüştür.¹⁷ Bu belgeler, bir geminin Türk Bayrağı çekme hakkı olduğunu ispata yarayan belgeler olup örnekleri TUGSY'ye eklidir.

2. Kabotaj Hakkından Yararlanma

Devletler çok kere ticaret filolarını himaye maksadıyla kabotaj seferlerini kendi tabiiyetindeki gemilere hasrederek, yabancı gemileri bundan men ederler.¹⁸ Ülkemizde de «kabotaj hakkı” kapitülasyonların kaldırılması için Cumhu-

¹⁷ TUGSY m. 10-11.

¹⁸ Türkiye'de Kabotaj konusunu tarihsel gelişimi içinde inceleyen kapsamlı çalışmalar için bkz. Çağa,T.: 'Türkiye'de Deniz Kabotaj Tekeli', İÜHFM, 1975, cilt XLI, sayı 3-4, s.197 vd.; Arı, K.:

riyetin ilk yıllarında verilen savaşımın önemli bir sonucudur. Lozan Konferansı öncesinde toplanan İzmir İktisat Kongresinde, Ticaret Denizciliğiyle ilgili olarak “Kendi limanlarımızda kendi bayrağımızdan maadasının ticaret yapmaması ve kabotajda hakkı istiklalimizin tamamen kullanılması” amacı belirtilmiştir.

1 Temmuz 1926 günü yürürlüğe giren 815 sayılı “Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dâhilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun’ Türk kıyılarında yolcu ve yük taşımacılığını yabancılara yasaklamış, Türklere özgülemiştir. Kanuna göre, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki tür kabotaj ayrıcalığı vardır.

Kanunun 1. maddesinde düzenlenen dar anlamda kabotaj ayrıcalığı Türk kıyılarında yük ve yolcu taşımacılığının sadece Türk bayrağını taşıyan gemiler tarafından yapılabilmesidir. Türk kıyılarında, limanlarında veya limanları arasında kılavuzluk, çekme ve benzeri her türlü liman hizmetleri de ancak Türk bayrağı taşıyan gemilerle yapılabilir. Bu yasağa aykırı davrananlar için ceza hükümleri de konulmuştur (*m. 5*). Yabancı gemiler, Türk limanlarında, ancak yabancı ülkelere gelen yolcu ve yükleri indirebilir ve yabancı ülkeler için yolcu ve yük alabilirler.

Geniş anlamda kabotaj ayrıcalığı, Kanunun 2. maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre; Türkiye’nin bütün kıyıları, karasuları, limanları, gölleri, nehirleri ve benzeri yerlerinde, her türlü gemi (vapur, römorkör, mavna, sandal ve motorlu yelkenli ve kürekli her türlü benzeri araç) ile ticaret yapma hakkı Türk vatandaşlarına özgülenmiştir. Kanunun 3. maddesi, Türkiye karasularında balık ve öteki deniz ürünleri avcılığı, kum ve çakıl çıkarma, dalgıçlık, batık gemileri çıkarma, Türk gemilerinde kaptanlık, çarkçılık (makinistlik), kâtiplik, tayfalık, iskelelerde hamallık gibi hizmetleri de Türk vatandaşlarına özgülemiştir.

Kabotaj Kanunu’na Turizmi Teşvik Kanunu ile bir takım istisnalar getirilmiştir.¹⁹ Kanun ile yabancılara, yat limanı işletmeciliği ve yat işletmeciliği alanlarında bazı olanaklar tanımaktadır. Kanun, gerçek veya tüzel kişilerin, Kültür ve

İzmir’den Bakışla Türkiye’de Kabotaj, <<http://www.scribd.com/doc/56923172/TURKIYE-DE-KABOTAJ>>, (son erişim: 25.08.2014)

¹⁹ Kabotaj Kanunu’na Turizmi Teşvik Kanunu ile getirilen istisnalar için bkz. Tekinalp, G.: *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 8, İstanbul 2003, s. 132.

Turizm Bakanlığında gerekli belgeyi almak kaydı ile yat işletmeciliği yapabileceklerini ve Türk Bayrağı çekemeyen yatlara Türk Bayrağı çekilmesine Kültür ve Turizm Bakanlığınca izin verilebileceğini belirtmiştir.

Yukarıda TUGS' a kayıtlı gemilerin Türk bayrağı çekeceğini açıklamıştık. İşte TUGS'a kayıtlı gemiler Kabotaj Kanunu ile getirilen kabotaj hakkından yararlanabileceklerdir. Ancak kanun koyucu burada bir istisna koyarak, TUGS'a kayıtlı olan gemilerden ancak Türk Ticaret Kanununa göre Türk Bayrağı çekme hakkına sahip olan gemilerin kabotaj taşıması yapabileceklerini belirtmiştir.²⁰ Yani TUGS'a kayıtlı her gemi kabotaj hakkından yararlanamayacak, bunlar içerisinde sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 940. maddesi uyarınca Türk Bayrağı çekme hakkına sahip olanlar bu haktan yararlanabileceklerdir. Türk Ticaret Kanunu'nun 940. madde hükmünün TUGS bakımından bertaraf edilmesi ile ortaya çıkan düzen Türk donatanı lehine söz konusu bir madde ile değiştirilmek istenmiştir. Ancak, kabotaj ayrıcalığı bakımından, bunu önemli bir koruma olarak değerlendirmek mümkün değildir.²¹ Zira günümüzde kabotaj hattında denizyolu taşımacılığının son yıllardaki payı yaklaşık olarak %3,6 gibi çok düşük bir orandır.²²

3. Yabancı Gemi Adamı İstihdamı

Denizcilik şirketlerinde sabit maliyet kalemi içerisinde yer alan işletme maliyetinin %32'sini çalışanların ücretleri oluşturmaktadır.²³ Bu sebeple donatanlar açısından gemi adamlarına ödenen ücretler büyük önem taşımaktadır. Deniz İş Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, karşılıklılık ilkesine uyulmak kaydıyla, Türk gemi adamlarına aynı nitelikte haklar tanıyan devletlerin vatandaşlarının Türk gemilerinde çalışması mümkün ise de; Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesi ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun'un 13/2 maddesi uyarınca ana kural, bilcümle Türk gemilerinde çalışan tüm personelin Türk vatandaşı

²⁰ TUGSK m. 7.

²¹ Ülgener, F.: *'Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanunu ile İlgili Bir Değerlendirme'*, s. 4.

²² Ulaştırma Ana Planı Stratejisi, 1. Ara Rapor, 2004, http://www.serka.org.tr/downloads/diger_planlar/15_ulaştırma_ana.pdf. (son erişim: 01.09.2014)

²³ Hanhan, U. Arslan T.: *'İzmir'de Konuşlanmış Denizcilik Şirketlerinin Gemi Adamlarına Yönelik İnsan Kaynakları Politikalarının Analizi'*, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S. 3, 2007, s.2.

olmasıdır. Bu husustan ve uluslararası denizcilik sektöründe, işgücü maliyetinin yabancı gemi adamlarına yönelerek aşağı çekildiğinden haberdar olan kanun koyucu TUGS'a tescil edilmiş gemilerde yabancı uyruklu gemi adamlarının istihdam edilmesi imkânını temin etmiştir. Kanunun 9. maddesine göre, kabotaj hakkından yararlanmamak kaydıyla TUGS'a tescil edilecek gemilerde donatanın Türk ya da yabancı olmasına bakılmaksızın kaptanın Türk vatandaşı olması esastır. Kaptan dışında diğer personel açısından ise donatanın Türk ya da yabancı olmasına bağlı olarak bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, donatanın Türk vatandaşı olması halinde diğer gemi adamlarının en az % 51'inin Türk vatandaşı olması gerekir. Yabancı donatanlar içinse, kaptanın Türk vatandaşı olması dışında, gemi personeli açısından bir sınırlama getirilmemiştir.

TUGSK'nın bahsettiği bu sınırlı imtiyaz, uygulamada yabancı gemi adamlarına çalışma izni alınması konusunda yaşanan sorunlar nedeniyle 2010 yılına kadar hayata geçirilememiştir. 21.01.2010 tarihli ve 27469 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 5. maddesi ile yabancı gemi adamlarının çalışma izinleri ile ilgili olarak; 29.0.2003 tarihli ve 25214 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 55. maddesinin i bendi değiştirilerek bu konuda önemli bir adım atılmıştır. Buna göre; özel kanunlarda belirlenen hükümler saklı kalmak ve yabancı ile işverenin diğer kanunlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri kaydıyla, STCW'nin I/10 kuralına göre devletlerle yapılan ikili protokoller gereği, ilgili idareden Uygunluk Onayı Belgesi almış Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı ve kabotaj hattı dışında çalışan gemilerde görev yapan yabancı gemi adamlarının çalışma izni almalarına gerek bulunmamaktadır. Böylelikle yabancı gemi adamlarının da Türk gemilerinde sigorta koşullarının sağlanması şartıyla istihdam edilmelerinin önündeki fiili engel ortadan kaldırılmıştır.

Donatanlar açısından gemi adamlarına ödenen ücretler büyük önem taşısa da, gemilerde çalışan Türk personelinin aldığı ücret, uluslararası iş gücü piyasasına göre düşüktür. Türk donatanları yabancı gemi adamlarına daha az ücret ödemeyeceğinden getirilen bu düzenleme onlar için ekonomik bir önem

taşımamaktadır. Bu nedenle bu düzenleme, Türk donatanlarının kolay bay-
rağa kaçışını önleyemeyeceği gibi, Türk gemi adamlarının işsiz kalmasına da
neden olabilecektir.

4. Mali Kolaylıklar

TUGS'a tescil edilen gemilerin işletilmesinden ve devrinden elde edilen
kazançlar, gelir ve kurumlar vergileriyle fonlardan istisnadır. Ayrıca bu sicile
tescil edilen gemilere ilişkin alım, satım, ipotek, tescil, kredi ve navlun muka-
veleleri; damga vergisine, harçlara, banka ve sigorta muameleleri vergisine
ve fonlara tâbi tutulmazlar. Bu şekilde kazançları vergilerden istisna tutulan
gemilerden kayıt harcı ve yıllık tonaj harcı adı altında harç alınması öngörül-
müştür.²⁴

a. Gelir ve Kurumlar Vergisi Yönünden Sağlanan Kolaylıklar

TMGS'ye kayıtlı gemilerin işletilmesinden elde edilen kazançlar gelir ve ku-
rumlar vergisine tabi olduğu halde, TUGSK. nın 12. maddesinin getirdiği imti-
yaza binaen TUGS'a kayıtlı gemilerin işletilmesinden ve devrinden elde edilen
kazançlar gelir ve kurumlar vergisinden istisnadır. TUGS'a kayıtlı gemilere ait
ihtiyaç fazlası malzeme ve sabit kıymetlerin, deniz taşımacılığı faaliyetinin yü-
rütülebilmesi için gemide bulunması zorunlu olan malzeme ve sabit kıymet-
lerden olması halinde, bunların devrinden elde edilen kazançlar da istisnadan
yararlanabilecektir. GVK'nın 70. maddesinde yer alan "gemi ve gemi payları
(motorlu olup olmadıklarına ve tonilatolarına bakılmaz) ile bilumum motorlu
tahmil ve tahliye vasıtaları" hükmü gereğince bunların kiraya verilmesinden
sağlanan gelirler gayrimenkul sermaye iradı olarak kabul edildiğinden, kira-
lama dolayısı ile elde edilen gelirler istisna kapsamında değildir. Deniz taşı-
macılığında, zamana veya yolculuğa bağlı olarak geminin tamamını veya bir
kısımını taşıtana tahsis etmek suretiyle yapılan "zaman üzerine charter- yolcu-
luk charteri" gemi işletilmesi kapsamında değerlendirileceğinden, söz konusu
faaliyetlerden elde edilen kazançların kurumlar vergisinden istisna edilmesi
gerekmektedir. Ancak, TUGS'a kayıtlı gemilerin zamana ve yüke bağlı olmak-

²⁴ TUGSK m. 12. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz; Üstüner, C.: *Deniz Ticaretinin Vergilendirilmesi*,
İstanbul, 2009, s. 70 vd.

sızın doğrudan kiraya verilmesi durumunda geminin işletilmesinden söz edilemeyeceğinden elde edilen kira gelirine istisnanın uygulanması mümkün değildir. Ayrıca, TUGS'a kayıtlı gemilerle yapılan deniz taşımacılığı ile bu gemilerin devrine ilişkin faaliyetlerle ilişkili olmaksızın elde edilen kur farkı, vade farkı gelirleri ile faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirler için söz konusu istisnalar uygulanmayacaktır.²⁵

TUGS'a kayıtlı gemilerin işletilmesinden ve bunların devrinden elde ettiği kazançların, kâr payı olarak dağıtılması halinde ise, kurum kazancının tamamen veya kısmen gemilerin işletmeciliğinden elde edilip edilmediğine bakılmaksızın, gerçek kişi ortaklara dağıtılan kâr payları üzerinden GVK'nın 94. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin (b) alt bendine göre kesinti yapılacaktır.²⁶

b. KDV ve ÖTV Yönünden Sağlanan Kolaylıklar

TUGSK ile getirilen vergi istisnaları sadece gelir ve kurumlar vergisine yönelik olup, anılan kanunda KDV ve ÖTV'ye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Katma Değer Vergisi Kanunu ile Özel Tüketim Vergisi Kanunu ile TMGS'ye veya TUGS'a kayıtlı gemilere ilişkin çeşitli istisnai hükümlere yer verilerek, denizcilik sektörünün teşviki amaçlanmıştır.

KDVK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendiyle, faaliyetleri deniz taşıma araçlarının, yüzer tesis ve araçların kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olan mükelleflere, bu araçların teslimi, araçlarla ilgili olarak verilen tadil, bakım ve onarım hizmetleri, araçların imal ve inşası ile ilgili teslim ve hizmetler, aynı fıkranın (b) bendiyle de deniz taşıma araçları için liman ve hava meydanlarında yapılan hizmetler KDV'den müstesna tutulmuştur. Aynı Kanununun 14. maddesinde de, transit ve Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılan taşımacılık işlerinde, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek taşıma işlerinin katma değer vergisinden istisna edildiği belirtilmiştir. 1984/8889 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre istisna kapsamına, transit ve Türkiye ile yabancı ülkeler arasında denizyolu ile yapılan yük ve yolcu taşıma işleri girmektedir.

²⁵ Aydın, F.: 'Denizcilik Sektörü ve Vergilendirilmesi', Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2009, s. 252.

²⁶ Erişti, M.: 'Denizcilik Sektörünü İlgilendiren TUGS Kanunu Uygulaması ve Bir Sorun', Yaklaşım Dergisi, 2004, S. 133, s. 193-195.

Öte yandan ÖTVK'nın 12. maddesine istinaden düzenlenen 2003/5868 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, Türk Uluslararası Gemi Siciline ve Milli Gemi Siciline kayıtlı, kabotaj hattında münhasıran yük ve yolcu taşıyan gemilere, ticari yatılara, hizmet ve balıkçı gemilerine, miktarı her geminin teknik özelliklerine göre tespit edilmek ve bu akaryakıtı kullanacak geminin jurnaline işlenmek kaydıyla verilecek akaryakıtın özel tüketim vergisinin sıfıra indirilmesi kararlaştırılmıştır.

c. BSMV, Damga Vergisi, Harç ve Fonlar Yönünden Sağlanan Kolaylıklar

TUGSK'nın 12. maddesinin II. fıkrasıyla, gemilere ilişkin alım, satım, ipotek, tescil, kredi ve navlun mukavelelerinin; damga vergisine, harçlara, banka ve sigorta muameleleri vergisine ve fonlara tâbi tutulmayacağı öngörülmüştür. Dolayısı ile alım, satım, ipotek, tescil, kredi ve navlun mukaveleleri işlemleri dışında kalan diğer işlemlerde damga vergisi, harç, banka ve sigorta muameleleri vergisi ve fon istisnası uygulanmayacaktır.

d. Gemi Adamlarına Ödenen Ücretlerin Vergilendirilmesinde Sağlanan Kolaylıklar

TMGS'ye kayıtlı olan gemilere bahşedilmeyen bir imtiyaz olarak, TUGS'a kayıtlı gemilerde çalışan gemi adamlarına yönelik olarak özel bir düzenleme TUGSK'nın 12. maddesinin V. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, TUGS'a kayıtlı gemilerde çalışan personele ödenen ücretler gelir vergisi ve fonlardan istisnadır. Ancak gemide çalışan personel dışındaki personele ödenen ücretler bu istisnadan yararlanamaz. Ayrıca TUGSK'da, personele ödenen ücretlerin damga vergisinden istisna olacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiş olduğundan, söz konusu personele ödenen ücretlerin, Damga Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı tablonun IV/I-b fıkrası gereğince damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

5. Yurt Dışında Sigorta Yapılabileme İmkânı

Denizcilik faaliyetlerindeki rizikoların büyüklüğü nedeniyle sigorta konusu gemi sahipleri için hayati öneme sahiptir. Denizcilik faaliyetlerinin bu özelliğinden dolayı sigortanın tarihi geçmişine bakıldığında, ilk önce deniz sigortalarının ortaya çıkmış olduğu görülmektedir.

Yürürlükteki sigortacılık mevzuatı açısından ülkemizde bulunan değerlerin sigortasının, ülke sınırları içerisinde faaliyet gösteren sigorta şirketlerine yaptırılması esas olmakla beraber 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 15. maddesinin II. fıkrasıyla bir takım istisnalar getirilmiştir. Buna göre; geminin dış kredi ile satın alınması durumunda, münhasıran dış kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere ve bu kredi ödeninceye kadar; yurt dışından finansal kiralama yolu ile getirilmelerinde ise finansal kiralama sözleşmesi süresi ile sınırlı olarak yaptırılacak tekne sigortaları ve gemilerin işletilmesinden doğan sorumluluk sigortalarının yurtdışında yapılması mümkündür. Ancak görüldüğü üzere getirilen bu istisnalar sınırlı olup, örneğin geminin dış kredi ile alınmaması durumunda tekne sigortasının yurtdışında yapılabilmesi mümkün değildir.

Denizcilik faaliyetlerinin kendine has özelliklerinden kaynaklanan tehlikeleri, ülkemizdeki sigortacılık sektörünün yeterince gelişmemiş olması ve sigorta primlerinin ülke içerisinde yüksek oluşu gibi faktörler göz önüne alındığında yukarıda anılan istisna gemi sahipleri için yeterli gözükmemektedir. Bu nedenle TUGSK'nın amacı doğrultusunda; TUGS'a kayıtlı gemilerin sigortalarının yurt dışında yaptırılabilmesine müsaade edilmiştir.²⁷ Buna göre; TUGS'a kayıtlı gemilerin tekne, yük veya kulüp sigortaları Sigortacılık Kanununda belirtilen istisnalardaki şartlara bağlı olmaksızın yurt dışında da yaptırılabilir. Nitekim Sigortacılık Kanununda verilen yetkiye binaen 2008/14373 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile; TUGS'a kayıtlı gemilerin sigortaları, Sigortacılık Kanununun 15. maddesinin II. fıkrasında belirtilen yurt dışında yaptırılacak sigortalar kapsamına dâhil edilmiştir.

SONUÇ

Ülkemiz de diğer ülkeler gibi kolay bayrak uygulamasından önemli oranda etkilenen ülkelerden biridir. Yıllara göre değişimler göstermekle birlikte, bugün Türk donatanlarının yabancı bayraktaki gemilerinin oranı % 50'nin üzerindedir. Üstelik TUGSK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bu oranın sürekli olarak yükseldiği gözlenmektedir. Bu nedenle TUGSK, uygulamada çok fazla etkili olmamış, gemilerimizin kolay bayrağa kaymasını önleyememiştir.

²⁷ TUGSK. m. 13.

TUGSK ile getirilen mali kolaylıklarda; vergi indirimi yerine tam vergi muafiyetinin getirilmesi, kısa vadede ekonomiye katkı sağlamadığı gibi, anılan Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gemilerin yabancı bayrağa yükselen oranlarla kaçtığı göz önüne alındığında uzun vadede de ekonomiye katkı sağlamayacağı açıktır. Öte yandan, ülkemiz açısından kolay bayrağa kaçışlarda ucuz iş gücü temini önemli bir rol oynamamaktadır. Zira, gemilerde çalışan Türk personelinin aldığı ücret, uluslararası iş gücü piyasasına oranla daha yüksektir. Bu nedenle yabancı gemi adamı istihdamı konusunda getirilen düzenlemenin imtiyaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Kabotaj hakkından yararlanma konusunda, TTK 940. maddesine atıfla getirilen sınırlama da Kanunun ruhuna aykırıdır. Türkiye'nin liman ve iskeleleri arasında Türk Bayraklı gemilerle yapılan yurtiçi taşımalar uzun kıyı şeridimize rağmen çok düşük orandadır. AB'ye giriş sürecinde olan ülkemiz gelecekte Kabotaj Kanunu yürürlükten kaldırmak zorunda kalacaktır. Böylece kişilerin ve malların serbest dolaşımı kapsamında yabancı bayraklı gemilerin Türk limanları arasında yük ve yolcu taşınması engellenemeyecektir. Bu nedenle şimdiden planlı ve düzenli bir çalışmayla filoyu canlandıracak faaliyetler başlatılmalıdır.



KAYNAKÇA

Aydın, F.: *"Denizcilik Sektörü ve Vergilendirilmesi"*, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2009.

Aydın O. D.: *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, B. 1, İstanbul 2009.

Çağa, T.: *"Türkiye'de Deniz Kabotaj Tekeli"*, İÜHFİM, 1975, C. XLI, S. 3-4.

Çağa, T./Kender, R.: *Deniz Ticaret Hukuku*, B. 14, İstanbul 2005.

Demirkıran, M.: *"Avrupa Topluluğu Gemi Sicili Çalışmaları ve Türk Uluslararası Gemi Sicili ile Karşılaştırılması"*, Deniz Hukuku Dergisi, 2000, 1-4, Gündüz Aybay Anısına Armağan.

Ekşi, N.: *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, B. 2, İstanbul 2004.

Ekşi, N.: *"Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanununun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Kanunun Genel Esaslarının Değerlendirilmesi"*, Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Erişti, M.: *"Denizcilik Sektörünü İlgilendiren TUGS Kanunu Uygulaması ve Bir Sorun"*, Yaklaşım Dergisi, Yıl 2004.

Kender, R./Çetingil, E.: *Deniz Ticaret Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte)*, B. 11, İstanbul 2009.

Kuran, S.: *Uluslararası Deniz Hukuku*, B. 3, İstanbul 2009.

Molenaar, E. J.: *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution, The Netherlands: Kluwer Law International*, 1998.

Ready, N. P.: *Ship Registration*, 3rd ed, London 1998.

Özçayır, O.: *Port State Control*, 2nd ed, London 2004.

Pazarcı, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, B. 8, Ankara 2005.

Tekinalp, G.: *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 8, İstanbul 2003.

Tütüncü, A. N.: *Gemi Kaynaklı Kirlenmenin Önlenmesi Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, B. 3, İstanbul 2004.

Uluç, A. T.: *"İzmir'de Konuşlanmış Denizcilik Şirketlerinin Gemi Adamlarına Yönelik İnsan Kaynakları Politikalarının Analizi"*, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S. 3, 2007.

Ülgener, F.: *"Türk Uluslararası Gemi Sicil Kanununun ve Yönetmelik Tasarısı ile İlgili Bir Değerlendirme"*, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 3-4, 1999.

Üstüner, C.: *Deniz Ticaretinin Vergilendirilmesi*, İstanbul 2009.

KRİMİNOLOJİ VE CEZA HUKUKU: HUKUK FAKÜLTELERİNDE KRİMİNOLOJİ ÖĞRETİMİNİN FAYDALARI VE TÜRKİYE'DEKİ GÜNCEL DURUM

*Kriminologie und Strafrecht: Die Vorteile der kriminologischen Lehre
an den Juristischen Fakultäten und die aktuelle Lage in der Türkei*

Semih YUMAK, LL.M.Crim.*

ÖZET

Hukuk öğretiminin ve hukukçu yetiştirilmesinin vazgeçilmez alanlarından birisi de hiç kuşkusuz ceza ve ceza muhakemesi hukuku kürsüleri vasıtasıyla verilen ceza hukuku dersleridir. Kriminoloji bilimi ise, suçun nedenlerini açıklamaya çalışan ve suçun önlenmesine yönelik açıklamalar getirip suç politikaları üretilmesine katkıda bulunan; ayrıca günden güne artan gelişimi ve hareketliliği ile ceza hukuku öğretimini tamamlayan bir bilim dalı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada kriminolojinin ceza hukuku ile olan ilişkisi ortaya konularak, hukuk fakültelerinde ve hukukçu yetiştirilmesinde kriminoloji öğretiminin faydaları, aynı zamanda ceza hukuku öğretimini tamamlayıcı ve suç politikaları üretmeye yarayıcı işlevi nedeniyle kriminoloji öğretiminin hukuk fakültelerindeki gerekliliği açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak hukuk fakültelerinin ders programları incelenecek ve Türkiye'deki güncel durum ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kriminoloji ve ceza hukuku, suç önleme, suç politikası, kriminoloji dersi, kriminoloji öğretiminin faydaları.

ZUSAMMENFASSUNG

Ein unverzichtbares Gebiet der juristischen Ausbildung ist zweifellos die Vorlesung Strafrecht, die durch die Lehrstühle des Strafrechts und Strafprozessrechts gelehrt wird. Die Wissenschaft der Kriminologie versucht hingegen die Ursachen des Verbrechens zu erklären und sie trägt zur Kriminalpolitik bei, indem sie für die Vorbeugung des Verbrechens Erläuterungen bringt; ferner erscheint die von Tag zu Tag sich verändernde und dadurch entwickelnde Kriminologie als komplementäre

* Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, MEB Yurtdışı Lisansüstü Eğitim Bursiyeri, semihyu@hotmail.com

Wissenschaft der Lehre des Strafrechts.

In dieser Arbeit werden versucht die Vorteile der kriminologischen Lehre an den Juristischen Fakultäten und bei der Ausbildung der Juristen zu erörtern, indem die Beziehungen zwischen Strafrecht und Kriminologie dargelegt werden. Gleichwohl aufgrund der nützlichen Funktion der Kriminologie für das Komplement des Strafrechts und für die Herstellung der Kriminalpolitik wird die Notwendigkeit der kriminologischen Lehre an den Juristischen Fakultäten dargestellt. Letztendlich werden die Lehrplänen untersucht und die aktuelle Lage in der Türkei wird hervorgehoben werden.

Schlüsselwörter: Kriminologie und Strafrecht, Vorbeugung des Verbrechens, Kriminalpolitik, Vorlesung Kriminologie, die Vorteile der kriminologischen Lehre.

◆◆◆◆

I. KRİMİNOLOJİ BİLİMİ

“İçinde yaşadığımız toplumu tanımak için, onun yalnız iyi vasıflarını bilmek yeterli değildir; fakat aynı zamanda onun suç doğuran yönlerini, suç yataklarını da bilmemiz ve gerçekçi bir gözle bunları incelememiz gerekir.”

Sulhi Dönmezer

19. yüzyılın sonlarında sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan toplumsal sorunlar, sosyal bilimler için bir çalışma konusu olmuştu. Bu toplumsal sorunlardan birisi de, suçluluğun artması ve farklı şekillerde ortaya çıkmaya başlamasıydı.

Bilim insanlarıncı suçun nedenleri araştırma konusu yapılarak toplumda artan suçluluğun önüne nasıl geçilmesi gerektiği tartışılmaya, suç ve suçluluğun üzerine bilimsel eserler verilmeye başlanmıştı. 19. yüzyılın sonlarında yazılan bu eserler, her ne kadar *Becceria* yaklaşık 100 yıl öncesinde “suçlar ve cezalar” adlı eserinde amaca yönelmiş/amaççı ceza hukuku fikrini ortaya atmış olsa da, kriminolojinin uygulamalı bir bilim olarak doğmasına neden olmuştur.¹

¹ Peter-Alexis Albrecht, **Kriminologie: Eine Grundlegung zum Strafrecht**, 4. Auflage, München 2010, s. 11.

Kriminolojinin doğum tarihinden sonra doğum yeri tespit edilecek olursa, orası da hiç kuşkusuz hapishaneler olacaktır. Eski kriminologlar için hapishaneler; uzun gözlem ve incelemelerin, gerekli antropolojik ölçümlerin ve tedavi-denemelerinin yapılabileceği bir mekandı.² İtalyan antropolog ve adli tıp doktoru *Lombroso* (1835-1909), hapishanede yaptığı gözlemler neticesinde 1876 yılında yayımladığı “suçlu insan” adlı eserinde pozitivist bakış açısıyla suçluluğun antropolojik ve biyolojik nedenlerini açıklamaya çalışmıştır. *Lombroso* fikirlerini Darwin teorisinden etkilenererek bir adım daha ileriye taşımış ve eserine “doğa tarafından meydana getirilmiş suçlu insan tipi profil” eklemiştir.

Lombroso'nun öğrencisi *Ferri*, bu araştırma ve gözlemlerin bakış açısını genişleterek, suçluluğu fiziksel ve sosyal etkenlerle açıklamaya çalışmıştır.³ İlk aşamalarda kriminoloji böylece suça sapan davranışları açıklamaya çalışan bir uğraşı olarak doğmuştur.⁴

A. İçeriği ve Kapsamı

Kriminoloji köken olarak, suç öğretimi anlamında türetilmiş bir kelimedir (latince kökü *crimen*). İtalyan hukukçu *Garofalo* ilk defa kitabı için bu sözcüğü kullanmıştır (İtalyanca: *Criminologia*, 1885).

Kriminoloji; suç, hukuka aykırı davranıp negatif sosyal eğilimler gösterenler (suç işleyenler) ve bu negatif (sapan) davranışların kontrolü ile ilgili gözlem ve deneylerden oluşan (bilimsel) bilgiler bütünüdür. Suç, suçlu ve suçun kontrolü bu bilimin uğraşı alanına giren üç temel kavramdır.⁵ Suç bilimlerine aittir ve konusu suçluluktur.⁶ Çalışma alanı daha çok sosyal bilimler içerisinde kalmakla birlikte, diğer bilimlerle de iç içedir.⁷ Kriminoloji, aynı zamanda uluslararası bir sosyal bilimdir.⁸

² Albrecht, s. 12.

³ Albrecht, s. 14.

⁴ Karl-Ludwig Kunz, *Kriminologie: Eine Grundlegung*, 6. Auflage, Bern 2011, s. 14.

⁵ Günther Kaiser, *Kriminologie: Eine Einführung in die Grundlagen*, 10. Auflage, Heidelberg 1997, s. 1.

⁶ Hans-Dieter Schwind, *Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 21. Auflage, Hamburg 2011, s. 2.

⁷ Frank Neubacher, *Kriminologie*, Baden-Baden 2011, s. 19.

⁸ Neubacher, s. 21.

Düzgüsel (normatif) bir bilim dalı olan ceza hukuku karşısında kriminoloji, görgül ve deneysel (ampirik); yani yaşamda var olan suçluluk olgusunu konu edinerek gerçekleri tespit edip yorumlamaya çalışan uygulamalı bir bilim dalı olarak karşımıza çıkar.⁹

Bu açıdan ceza hukukunun ne yardımcı ne de eşi bir bilimdir; tersine kendine özgü disiplinlerarası (interdisipliner) kardeş bir bilimdir. Bu disiplinlerarası araştırma alanı; suçluluğun nedenleri ve ortaya çıkış şekilleri, suçlu ve mağdur, sosyal bozukluğun (sapmanın) kontrolü, suçlunun ıslah-tedavi imkanları ve son olarak da ceza ve güvenlik tedbirlerinin etkileri hakkında bilgi toplar. Ayrıca topladığı bilgiler ile ceza hakimini ve sosyal çalışmacıyı somut olayın daha iyi anlaşılabilir kılınması için destekler.¹⁰ Disiplinlerarası bir bilim olması ise, kriminolojinin suçluluk kavramını farklı bakış açılarıyla incelemesini tetikler.¹¹ Sonuç olarak suç kavramı “çok karmaşık bir yapı içerdiği için”¹² disiplinlerarası incelenmelidir.¹³

Geleneksel dar bakışa göre kriminoloji, suçun ve suçlu kişiliğinin görgül-deneysel araştırılmasıyla sınırlıdır. Bu araştırma ve incelemeler, genel suçlulukla ilgili tanımlama çabaları ya da bir suçu içeren bir olayın bilimsel ve uzun dönemli incelenmesi üzerine yoğunlaşır. Kriminolojinin bu dar bakış açısı günümüz öğretilerinde tatmin edici ve mantıklı bulunmamaktadır; çünkü suç sadece saf bir pozitivist bakış ile açıklanamaz, ayrıca insan davranışını suçta iten nedenler ve süreçler de suçu açıklama uğraşlarında araştırılmalıdır.¹⁴ Geniş bakış açısına göre ise kriminoloji, suç kavramı ile ilgili bilimsel açıklamalar, suçlulukla mücadele, (sosyal) sapan davranışların kontrolü ve adli kontrol mekanizmalarının incelenmesi ile ilgilenir. Bu ilgi daha sonrasında ceza kanunlarının oluşumu, bu kanunların ihlali ve ihlal karşılığında verilmesi gereken uygun tepkiler meselelerinin bir parçasını oluşturur.¹⁵

⁹ Krş. Kunz, *Kriminologie*, s. 1-2; Sulhi Dönmezer, “**Suç Siyaseti**”, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Sulhi Dönmezer’e Armağan), Cilt 52, Sayı 1-4, İstanbul 1987, s. 13.

¹⁰ Krş. Schwind, s. 7-8; Kaiser, *Kriminologie*, s. 405.

¹¹ Hans Joachim Schneider, *Kriminologie*, Berlin 1987, s. 66 vd.

¹² Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, 8. Bası, İstanbul 1994, s. 351 vd.

¹³ Mustafa Tören Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, 4. Bası, Ankara 2007, s. 2.

¹⁴ Krş. Kaiser, *Kriminologie*, s. 5-6.

¹⁵ Kaiser, *Kriminologie*, s. 2-3.

Günümüzdeki genel kabule göre kriminoloji, uygulamalı bir bilimdir ve bu bilim hakkındaki genel kabul, kendine has ilgisi ve yöntemleri olan özerk bir disiplin olduğu yönündedir.¹⁶ Kimilerine göre uygulama odaklı kriminoloji ile, ceza hukuku sosyal kontrolü içerisinde elde edilen görgül-deneyisel (ampirik) bulguların teknolojik anlamda değerlendirilmesi ve uyarlanması ifade edilir. Burada uygulama odaklı görevler içeriği belirler. Bulgular ve değerlendirmeler polis, savcılık, ceza mahkemeleri, adli yardım, denetimli serbestlik, ceza infaz kurumu, adli yönetim ve aynı zamanda avukatlar için pratik, kullanışlı bilgi sunar. Aynı şekilde uygulamalı kriminoloji, amaca uygun cezai yaptırımın seçiminde ve cezanın tayininde görevlilere, elde ettiği bilgilerden yola çıkarak yaptığı kriminolojik teşhis ve tanı aracılığı ile yardımcı bilgiler de sunar. Uygulamaya odaklanmış kriminoloji işte bu yüzden önemlidir.¹⁷

Son yüzyıldaki sert tartışmalarda suç, suçlu, suç mağduru ve yaptırımın infazı konularının kriminolojik düşünce ve araştırmanın ana parçalarına ait olduğu görüşü baskın gelmiştir. Dar bakışlı kriminolojiyi savunanlar da geniş bir bakış açısıyla, ıslah-tedavi ve yaptırım tetkikleri, suç politikası sorunlarının aydınlatılmasında bu tetkiklerin etkisi ve katkısı konularını sahiplenirler.¹⁸

Özet olarak denilebilir ki, kriminoloji, 100 yıllık tarihsel süreç içerisinde suçluluk ile mücadelede kendini geliştiren bilimsel bir disiplin olmanın yanında, suç ve suçlulukla mücadele el kitabı bakışını uyandıran bir öncül uğraşı olmuştur.¹⁹ Suç öğretisine öncülük etme, kriminolojinin açıklaması gereken birçok kavram ve araştırma alanlarını da beraberinde getirmiştir.²⁰

¹⁶ Krş. Kaiser, Kriminologie, s. 5; Neubacher, s. 22; Füsün Sokullu-Akıncı, **Kriminoloji**, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 5; Yücel, s. 4. Alanın özerk olduğunun tartışmalı olduğu, azınlıkta kalan bazı yazarlarca dile getirilmektedir. Bkz. Kunz, Kriminologie, s. 3; Wolfgang Deichsel, **“Kriminologie und kriminologische Ausbildung”** in: Kaiser-Kerner-Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Auflage, Heidelberg 1993, s. 317. Deichsel, kriminolojinin özerk bir bilim olduğuna dair şüphesini şu şekil savunur: “Bir bilimin taşıması gereken ana kurucu unsurlar (inceleme-araştırma tarzı ve ilişkisi, alana ilişkin kaynaklar ve bilimsel kuruluşlar) tam okunamamaktadır.”

¹⁷ Kaiser, Kriminologie, s. 403-404.

¹⁸ Albrecht, s. 5.

¹⁹ Krş. Albrecht, s. 22.

²⁰ Kaiser, Kriminologie, s. 22.

B. İlgili Olduğu Bilim Dalları

Daha önce de belirtildiği gibi kriminoloji, disiplinlerarası bir bilim dalıdır; birden çok bilim dalının etkileşim içinde olduğu bir çalışma alanıdır. Bu araştırmaların ve çalışmaların arka planında -dogmatik ve teorik bir bilim olan ceza hukukunun yanında- sosyoloji, psikiyatri ve psikoloji yatmaktadır.²¹ Bunların yanında etiyoloji (karşılaştırmalı biyolojik davranış araştırması), antropoloji, kriminalpedagoji, matematik ve istatistik alanları da önemli rol oynar.²² Kriminolojinin disiplinlerarası bilim olmasının bir diğer sonucu da, dogmatik hukuk alanlarıyla sıkı bir ilişkiye sahip olmasıdır.²³

C. Yeni Bakış Açılırları

Kriminolojinin faile, yani kriminolojik bakış açısıyla toplumda sapan davranışı gerçekleştiren kişiye odaklı uygulamaları geleneksel olarak adlandırılır.²⁴ Geleneksel kriminoloji kendisini ceza hukuku yardımcı bilimi olarak algılar ve kendini ceza adaleti sistemi için bir danışma makamı olarak görür. Geleneksel kriminoloji bu danışma işlevi çerçevesinde birçok durumda ceza hukukuna karşı reformist rolünü oynar; toplumsal gelişmelere uyum sağlar ve yapılaşmaya, kurumsallaşmaya çalışır. Yaptığı gerekçelendirmelerle ceza hukukunun politika ile uğraşıp vakit kaybetmesini önler. Bu görevini de deneysel bir yardımcı bilim olarak yerine getirir.²⁵

Faile odaklanmış geleneksel kriminoloji günümüzde hala suçluluğun kişisel teşhisi ve teşhise uygun çalışmalar hakkında tatmin edici veriler sunamamıştır, dolayısıyla anlamını yitirmiştir.²⁶ Ceza hukukunun tarihsel gelişimi, geleneksel işlevini kaybeden kriminolojinin bir tepki bilimi olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu tepki biliminin artık kendisini ceza hukukunun bilimsel yönünü açıklayan bir bilim dalı şeklinde geliştirmesi gerektiği böylece gündeme gelmiştir.²⁷

²¹ Krş. Sokullu-Akıncı, s. 40 vd.

²² Krş. Schwind, s. 9.

²³ Neubacher, s. 24.

²⁴ Krş. Albrecht, s. 17.

²⁵ Albrecht, s. 90.

²⁶ Albrecht, s. 22; Kaiser, s. 23.

²⁷ Krş. Albrecht, s. 5-6.

Özerk ya da eleştirel (kimilerine göre radikal²⁸) kriminoloji ceza hukukunu ve onun kurumlarını, yani ceza adaleti sistemini tek başına araştırma konusu yapar. Bundan dolayı eleştirel kriminoloji ceza hukuku sosyolojisi olarak da nitelendirilebilir.²⁹ Aynı şekilde eleştirel ya da radikal kriminoloji taraftarları, suçluluğun hangi ölçütlere göre ceza hukuku içerisinde tanımlanıp inceleneceği sorunsalını da kendilerine konu edinirler.³⁰

Kriminalsosyolojiye odaklanmış bu genç kriminologlar, bilim içerisinde baskın olmamalarına rağmen suç politikasının ilgisini hukuk devleti alanı araştırmalarına kaydırmayı başardılar; bu şekilde üniversitelerde ve üniversite dışı kurumlarda kriminolojiye büyük ilgi başladı.³¹

Özerk ya da eleştirel kriminolojinin temel çıkış noktaları şunlardır:³²

- Suçluluk, geleneksel kriminolojinin anladığı gibi insan odaklı açıklanmaz; tam tersine hukuk ve devlet kaynaklı açıklanır.
- Suçluluk, resmi soruşturma ve kovuşturmalar vasıtasıyla üretilir ve faal tutulur.
- Suçluluk, geleneksel kriminolojinin tahmin ettiği gibi nesnel davranış şekilleri değildir; tersine tanımlama süreci vasıtasıyla kişisel algı şeklinde üretilir.
- Marksist bakış açısından yola çıkılarak güçlülerin/egemenlerin suçluluğuna yoğunlaşılır (makrokriminal incelemeler).
- Adli istatistiklere şüpheli yaklaşılır; çünkü kanunların suçu faal hale getirdiğine ve ürettiğine inanılır.
- Suçlunun tedavi-iyileştirme sürecine odaklanması (suçlunun tretmanı), bazılarınca *-Foucault'*in kabul ettiği biçimde- medikalleşmenin, daha doğrusu "suçlunun ehlileştirilmesinin"³³ bir ifadesi olarak algılanır.

²⁸ Bkz. Kunz, *Kriminologie*, s. 168.

²⁹ Krş. Albrecht, s. 93. Dönmezer, kriminoloji içerisindeki suç ve suçlu tasvir ve izahlarının önemli bir bölümünün suç sosyolojisi mahiyetinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Dönmezer, *Suç Siyaseti*, s. 13.

³⁰ Krş. Kunz, *Kriminologie*, s. 168-169.

³¹ Krş. Dönmezer, *Kriminoloji*, s. 26 vd.; Neubacher, s. 27.

³² Krş. Albrecht, s. 93-94; Kaiser, *Kriminologie*, s. 21-22.

³³ Karl-Ludwig Kunz, **"Ceza Hukuku Modelleri ve Toplum Yapısı – Ceza Hukuku Politikaları ve**

Ceza hukuku sosyolojisi bağlamında özerk kriminoloji kendisini politikanın yardımcı aracı olarak algılamaz; tam tersine politika kaynaklı biçim bozulmalarına karşı bilimsel açıklama getirmek ister. Bu açıklamalar ceza hukukunun siyasi kurumsallaşmasını önleyici niteliktedir.³⁴

Ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerini korumaya ne ölçüde ve ne derecede elverişli olduğu meselesi, eleştirel kriminolojinin ana araştırma konusudur.³⁵ Bunun haricinde ceza hukuku ve suçu takip düzenekleri; suçu takip düzenekleri tarafından değerlendirilen olaylar ve kişiler; suçluluk ya da suça eğilimli toplumsal alt sistemler de eleştirel kriminolojinin araştırma ve analiz alanlarıdır.³⁶

Bir bilim insanı olarak kriminologların görevi, kriminal sorunları analiz edip olabildiğince nesnel bir biçimde çözmektir; çünkü ne siyaset ne de toplumsal güç erkleri yaklaşımlarında her zaman haklıdır. Ayrıca sorunlar zamana ve mekana göre değişmekte ve çeşitlilik arz etmektedir; bu yüzden kriminolog nesnel olmakla yükümlüdür.³⁷

“Kriminologlar kuşkusuz, kendilerini özel bir teorinin tutsağı olmaktan soyutlamalı; yaşam gerçeğini yakalamak için de idari bilimler fakültesi, hukuk fakültesi, sosyoloji, sosyal psikoloji bölümleri ve mahalli ceza adaleti sistemi uygulayıcıları ile sürekli temas halinde olmalıdırlar.”³⁸

Özet olarak şu vurgulanmalıdır ki, şüpheler, artan eleştiriler ve yeni öneriler kriminolojik bakış açısında bir dizi değişikliklerin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Burada şu nokta vurgulanmalıdır ki, yeni diye adlandırılan bakış açıları 70'li yılların bir ürünü değildir; bilimin ilerleyişinden itibaren mevcut olan gelişmelerdir.³⁹ Sonuç olarak kriminoloji, ister geleneksel isterse de özerk/eleştirel bakış açısı altında olsun, her durumda hukuk gerçekliğini (realitesini) ve ceza adaleti sistemini bilimsel alana çekmelidir.⁴⁰

Modern Toplum” in: Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 9, Ankara 2013, [Çeviren: Semih Yumak], s. 46.

³⁴ Albrecht, s. 94.

³⁵ Albrecht, s. 6.

³⁶ Albrecht, s. 99-101.

³⁷ Schneider, s. 77.

³⁸ Yücel, s. 13-14.

³⁹ Kaiser, Kriminologie, s. 20.

⁴⁰ Albrecht, s. 102.

II. KRİMİNOLOJİ VE CEZA HUKUKU

*“Kriminolojisiz bir ceza hukuku kördür,
Ceza hukuku olmayan bir kriminolojinin ise sınırları yoktur.”*

Hans-Heinrich Jescheck

Suçlu açıklamaya ve önlemeye çalışan bir bilim dalı olarak kriminoloji, her zaman değişen durum ve şartlara göre ceza hukukuna bilimsel katkılarda bulunmaya çalışır.⁴¹ Bu uğraşı ve katkılar, kriminolojinin zorunlu olarak ceza hukuku ile bağ kurmasına neden olur. Bu bölümde kardeş diye tabir edilebilecek iki bilim dalının aralarındaki bağ somut başlıklar altında açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Ceza Teorileri ve Suçu Önleme Düşünceleri

“Suçla mücadele, suçu bilmeyi gerektirir.”

Franz von Liszt

19. yüzyılın sonlarında sanayi devrimi toplumu ile birlikte ortaya çıkan toplumsal sorunlara sosyal bilimlerin çözüm arayışlarından ceza hukuku da nasibini almıştır. Özellikle suçlu önleme düşüncesi, kriminolojik araştırmaların fail, mağdur ve sosyal kontrol mekanizmaları üzerinde yoğunlaşmasına neden olmuştur. Daha sonrasında ise kişisel ve sosyal davranışların bilimsel açıklanması gerektiği görüşü ceza hukukuna yansımış ve kriminolojik veriler ceza teorileri şekillenirken dikkate alınmaya başlanmıştır.⁴²

Kriminoloji teorileri farklı alanların konularıyla ilişkilendirilebilir. Bu teoriler ilk aşamada; suçlu, suçluyu, suçun kontrolünü ya da suçun mağdurunu açıklamaya çalışırlar.⁴³ Ceza hukukunun kriminolojik çözümler (analizler) çerçevesindeki arzusu, bireysel ya da sosyal davranışı açıklayan bir teori etrafında odaklanır.⁴⁴

⁴¹ Albrecht, s. 5.

⁴² Krş. Albrecht, s. 9.

⁴³ Kaiser, Kriminologie, s. 24.

⁴⁴ Krş. Albrecht, s. 25.

Cezanın amacı ile ilgili tarihsel gelişim sürecinde ceza hukukuna meşruluk kazandırılması, iki temel ana fikre dayanmaktadır: “Kefaret” ve “Önleme”.⁴⁵ Günümüz ceza hukuku ise evrensel ve anayasal esaslar altında kişi hak ve özgürlüklerinin, yani bireylerin hukuken korunan menfaatlerinin güvence altına alınmasını hedefler.⁴⁶ Yaptırım aracılığı ile suçun kontrolüne, bireysel düşünceler ve sosyal bilimler ışığında, felsefe yahut ceza teorileri vasıtasıyla açıklama getirilir.⁴⁷

Cezanın amacı teorileri üç grup altında sınıflandırılır: Mutlak, nispi (amaççı) ve karma (uzlaştırıcı) ceza teorileri. Mutlak ceza teorisi kefarete, yani ölç alma esasıyla açıklanır. Bu bağlamda verilen ceza ile bedel ödetilmiş olur. Nispi ceza teorisi ise amaççı teori olarak da bilinir ve kendi içinde genel önleme ve özel önleme şeklinde ayrılır.

Amaççı teori, günümüz önlemeye odaklanmış ceza hukukunun kuramı olup; cezanın caydırıcı etkisi, son çare olarak *-ultima ratio-* verilen ceza ve mahkumun infaz sürecinde toplumsallaştırılması (rehabilite-ıslah edilmesi) aracılığı ile gündeme getirilir; böylece tekrardan suç işlemenin ya da potansiyel suçluların önüne geçileceği ve toplumun güvenliğinin sağlanmış olacağı ifade edilir. Karma teori ise, diğer adından da anlaşılacağı üzere iki görüşün uzlaşısından, yani bir araya gelmesinden teşekkül etmiştir. Bugün savunulan görüş bu teoridir: Yani ceza ile hem kefarete hem de suçun önlenmesi; toplumun ve kişi hak ve özgürlüklerinin güvenliğinin sağlanması, cezanın caydırıcı etkisi ve mahkumun topluma (tekrardan suç işlemem için) yeniden kazandırılması ile amaçlanmaktadır. Karma teori, birçok ülkenin suç politikasında esaslı değişikliklere sebep olmuştur.⁴⁸

Ceza hukuku teorilerinin amaca yönelmesi -amaççı teoriler- ile birlikte ceza hukuku, kriminolojiye büyük bir kapı açmıştır. Ceza hukuku içerisinde iyi-

⁴⁵ Krş. Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 66.

⁴⁶ Krş. Jescheck/Weigend, s. 64.

⁴⁷ Kaiser, Kriminologie, s. 70.

⁴⁸ Krş. Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. Auflage, München 2006, s. 85 vd.; Jescheck/Weigend, s. 78 vd. Yücel, TCK'nın genel mimarisinde kriminoloji ve hukuk sosyolojisi konularının göz ardı edildiğini belirtmektedir. Bkz. Yücel, s. 304.

leştirme, caydırıcılık, kuralların geçerli kılınması gibi önleyici ceza amaçlarının takibi zorunlu olarak gerçeğin, daha doğrusu uygulamada var olanın bilgisine ulaşma ihtiyacını doğurmuştur. Bundan dolayı bazı yazarlar ceza hukuku teorisini kriminolojik bakış açısıyla anlatma yolunu seçerler.⁴⁹

Önleyici ceza hukuku anlayışı, kriminoloji bilimi ihtiyacını daha da arttırmaktadır. Ceza hukuku, önleyici, ıslah edici, iyileştirici ya da caydırıcı amaçlarını uygun araçlarla takip edebilmek için suçluluk sebeplerinin (uygulama-lı) bilimsel çözümlenmelerine ihtiyaç duyar.⁵⁰ Diğer bir yandan, sistem öyle bir kurulmuştur ki, ceza hukukçusu hukuk uygulamasında bilimsel açıklama modellerini çok az dile getirir; yani sistem bilimsel açıklama modellerine fırsat vermek istemez. Hukukçular büyük bir hata ile bu yanlışı takip ederler. Bu yanlıştan takip edilmesinde hukuk eğitiminde diğer ilişkili bilim dallarının yaklaşım tarzlarına yer verilmeyişi de etkilidir. Suçu önleme düşüncelerinin günümüz ceza hukukuna yansımaları, bilimsel bulgulara sembolik değerlerden daha fazla anlam yüklediği anlamına gelmez.⁵¹ Örneğin 11 Eylül 2001 olayları nedeniyle kolluk yetkileri önleyici amaç çerçevesinde artmış ve genişlemiştir. Güvenlik kavramı uğruna haklar, özgürlükler feda edilir olmuştur.⁵²

Sonuç olarak, sosyal bilimler ve deneysel bilgi dışında kalan bir ceza hukuku inanç bilgisinden öteye geçemez.⁵³ Ceza hukuku ne zaman ki kendi işleyişi hakkında elde edilen bilimsel kazanımları dikkate alırsa, o zaman vatandaşın ve toplumun hukuki menfaatlerini koruma iddiasıyla çıktığı yolda kendisini amacına uygun geliştirebilir.⁵⁴

⁴⁹ Winfried Hassemer, “**Kriminologie und Strafrecht**” in: Kaiser-Kerner-Schellhoss (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Auflage, Heidelberg 1993, s. 314.

⁵⁰ Albrecht, s. 21.

⁵¹ Albrecht, s. 25, 27.

⁵² Albrecht, s. 3.

⁵³ Krş. Frank von Liszt, **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, in: Frank von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band I, Berlin 1905, s. 135-140; Albrecht, s. 10.

⁵⁴ Krş. Günther Kaiser, **Kriminologie: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Heidelberg 1996, s. 95-96.

B. Sosyal Kontrol ve Ceza Yaptırımları

“İnsanın normlardan ne için ve nasıl saptığını bilmediğimiz sürece insan eylem, davranış ve tutumlarını izah etmek mümkün olamaz.”

Sulhi Dönmezer

Ceza hukukunun toplumsal sorunları yönlendirme gücü aslında çok az olmasına rağmen, ceza hukukunun simgesel (sembolik) siyasi gücü günden güne ön plana çıkarılmaya çalışılır.⁵⁵ Neredeyse bütün partiler kendilerini rahatsız eden bir durumla karşılaştıklarında, söylemlerinde hukuk ile mücadele edilmesi -daha doğrusu ceza hukuku vasıtasıyla- tepki verilmesi gerektiğini dile getirirler. Burada şu soru akla gelir: “Ceza hukuku bu ve benzeri karmaşık toplumsal sorunlarda külliyen söz sahibi olmalı mıdır/olabilir mi, yahut olsa bile her birine adaletle yaklaşabilir mi?”⁵⁶

Sosyal kontrol teorisi, toplumda var olan kuralların geçerli (kararlı) kılınmasını ve davranış kurallarının toplumla uyumunu amaçlayarak güvenlik ve düzenin sağlanmasını hedefleyen bilimsel bir öğretimdir. Hukuk ise bunu amaçlayan araçlardan sadece biridir. Ceza adaleti sistemi -polis ve yargı teşkilatı- ise sosyal kontrolün biçimsel şekli olarak karşımıza çıkar.⁵⁷ Bu görüşe göre ceza ve ceza hukuku, yaptırım ve caydırıcılık işlevleri nedeniyle sosyal kontrolün hukuk içerisindeki en önemli aracı olarak görülmektedir. Ceza yaptırımları sosyal kontrolün gerçekleştirilmesinde merkezi bir öneme sahiptir ve önemli bir rol oynar.⁵⁸ Sosyal kontrolü sağlamaya yarayacak söz konusu bu ceza yaptırımlarına son çare olarak (ultima ratio) başvurulur.⁵⁹

Ceza hukukunun toplumu idare edip yönlendirmesi gerektiği (sosyal kontrol işlevi) söylemi günümüz modern toplumunda ifade edilir. Bu işlev ilk olarak modern hukuk teorileri ile dile getirilmiştir.⁶⁰ 80’li yılların sonundan itibaren

⁵⁵ Albrecht, s. 98.

⁵⁶ Albrecht, s. 1.

⁵⁷ Klaus Röhl, **Rechtssoziologie**, Köln 1987, s. 236; Bernd-Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, 3. Auflage, Heidelberg 2009, s. 2; Winfried Hassemer, **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, München 1990, s. 318.

⁵⁸ Meier, Sanktionen, s. 1; Yücel, s. 268.

⁵⁹ Meier, Sanktionen, s. 10.

⁶⁰ Albrecht, s. 2, 64.

ise ABD odaklı neoliberal akım, denetlemeye odaklanmış ceza hukuku fikrini ortaya atarak ceza hukukunun sosyal kontrolü sağlama işlevini, özellikle de vatandaşa ve kolluğa suçu önleme amacı çerçevesinde yüklediği sorumluluk ile, sınırsız ve denetimsiz bir biçimde genişletme eğilimi içerisinde. ⁶¹

Özetle kriminoloji, sapan davranışların ve toplumsal tepkilerin üzerine kurulu bir bilimdir. Kriminalistikten farklı olarak sosyolojik suç kavramını kullanır (sapan davranış); suçluluk yerine sapan davranışı kendisine konu edinerek ceza hukukunun çizdiği çerçeveden çıkar ve özerk, eleştirel bir yapıya bürünür. ⁶²

C. Islah Edici Ceza Hukuku ve Penolojik Araştırmalar

Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli *Lebach* kararında yeniden sosyalleşmenin ya da hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasının, özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazının tek amacı olduğunu hüküm altına almıştır (*cezanın pozitif özel önleme amacı*). ⁶³ Bu karar üzerine federal kanun koyucu 1976 yılında Alman Ceza İnfaz Kanunu (AlmCİK) ⁶⁴ madde 2 cümle 1’de “yeniden sosyalleştirilenin” (*Resozialisierung*), daha doğrusu “yeniden topluma kazandırmanın” cezanın infazında izlenmesi gereken tek ve yegane amaç olduğunu hüküm altına almıştır. Böylece devlete, infazı belirlenen bu amaç doğrultusunda gerçekleştirmesi yükümlülüğü getirilmiştir (§ 3 fıkra 3, AlmCİK).

Türk hukukunda da infaz ile varılması gereken esas amaç, mahkumu *iyileştirmektir*. 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CGTİHK) genel gerekçesinde infaz kurumunun temel amacının hükümlüleri iyileştirmek esaslı olduğu vurgulanmış ⁶⁵, ayrıca CGTİHK m. 3’te infazın amacı: “(1) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle *genel ve özel önlemeyi sağlamak*, bu maksatla

⁶¹ Krş. Kunz, Ceza Hukuku Modelleri, s. 46 vd.; Yasemin Özdek, “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler”, in: Amme İdaresi Dergisi, Cilt 33, Sayı 4, Ankara 2000, s. 24 vd.

⁶² Neubacher, s. 20.

⁶³ Almanca Bundesverfassungsgericht, kısaltması ise BVerfG şeklindedir. Karar için bkz. BVerfG 35, 202 (1973).

⁶⁴ Almanca Strafvollzugsgesetz, kısaltması ise StVollzG şeklindedir.

⁶⁵ Bkz. CGTİHK Genel Gerekeçe, Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 7. Bası, Ankara 2007, s. 811. Özbek, kanunda “iyileştirmek” ile ifade edilmek istenenin “iyileştirmek suretiyle yeniden topluma kazandırma” olduğunu belirtmektedir. Krş. Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, Ankara 2007, s. 125.

hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde tayin edilmiştir. Sonuç olarak suç olgusu; geleneksel ceza adaleti felsefesinin aksine sosyal bir vaka olarak algılanmış, toplum temeline dayalı iyileştirme yaklaşımı gelişim göstermiştir. Bu gelişime paralel biçimde temel ilke ve esaslar mevzuatlara yansımıştır.⁶⁶

Özel önleme düşüncesinin ceza hukuku yaptırım sisteminin merkezine oturtulması, yaptırım araştırmalarının artmasına neden olmuştur.⁶⁷ Bu bağlamda cezai yaptırımın etkisini araştıran ve bu sayede suçu önleme ve ceza teorilerine ışık tutan kriminolojik çalışmalar bütünü⁶⁸ diye ifade edilen penolojiye ilgi artmıştır.

Yeni dönemde yaptırımların başarısı artan bir şekilde, uygulama (*Implementation*) ve değerlendirme (*Evaluation*) araştırmalarıyla ölçülür.⁶⁹ Karşılaştırmalı Penoloji araştırmalarında ise hangi tarzda ve düzeyde ne kadar ceza verildiği sorusuna cevap aranmaya çalışılır. Ceza hukuku sistemlerinin cezalandırıcı içeriğini karşılaştırmalı kılmak/kılabilmek için farklı göstergelere (indikatörlere) ve dizin yapısına (indeks) ihtiyaç duyulur. Fakat karşılaştırma sadece karşılaştırılan sistemlerin ve incelenen toplumun karşılaştırılabilir ve eşdeğer ya da benzer olduğunda geçerli kılınabilir; aksi halde farklı ülkelerdeki farklı mahkum sayıları o ülkede ya da ülkelerde cezalandırmanın yüksek ya da düşük olduğunu göstermez.⁷⁰

⁶⁶ Krş. Yücel, s. 264; Kunz, Ceza Hukuku Modelleri, s. 45. Islah edici ceza hukuku ile ilgili açıklamalar için bkz. Semih Yumak, “**Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Toplumla Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme**” in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 17 - Yıl: 5, Ankara 2014, s. 420-421.

⁶⁷ Neubacher, s. 37.

⁶⁸ Krş. Kaiser, Kriminologie, s. 70. Yücel, Türk ceza hakimlerinin -yaptırımın etkinliğinin ölçülmediği ve değerlendirilmediğinden- “perde üzerinden dart oynamak” zorunda kaldığını belirtmektedir. Bkz. Yücel, s. 358-359.

⁶⁹ Kaiser, Kriminologie, s. 404.

⁷⁰ Kaiser, Kriminologie, s. 453, 455.

D. Küreselleşme, Suç Politikası Üretimi ve Ceza Hukuku

*“Sorun, içinde yaşadığımız ve bedeli çok yüksek olan
sosyo-legal gerçeği değiştirmektir.
Bu değişimi gerçekleştirecek araca siyaset denildiğinden
Türk ceza hukukçusu ve kriminoloğu
her şeyden önce siyasetçi olmak zorundadır.”
Mustafa Tören Yücel*

Kriminoloji, önceden belirtildiği gibi uluslararası bir bilimdir. İncelemeler ve araştırmalar sadece bir coğrafya ya da toplulukla sınırlı kalmaz, karşılaştırmalı çalışmalar yapılarak konular aydınlatılmaya çalışılır.

Suç politikası deyiminin ilk olarak 1800’lü yıllarda kullanıldığı tahmin edilmektedir. O zamanki anlamı hukuk, adliye politikaları ile eşdeğerdi. Günümüzde ise suç politikası suçluluğun mücadelesine ve önleyiciliğine odaklanmış bir şekilde toplumu ve her bir vatandaşı, resmi ya da gayriresmi bütün tedbirleri ve suç hukukunca takip edilen ve hukuken korunan menfaatleri kapsayıcı nitelikte anlaşılır.⁷¹

Demokrasi çerçevesinde siyaset, “bilgin kişilerin deneyim ve ideolojilerine dayalı akli yetkilerine göre dünya üzerindeki bilgiyi yorumlayarak ürettikleri öyküler” üzere çatışma ve etkileşim sonucu biçimlenmektedir. Bu şekilde ceza hukuku bilgisinin yorumlanmasıyla oluşan öyküler de, kriminolojik öykülere vücut verir ve ardından siyaset ile etkileşimin temelleri atılmış olur.⁷²

Ceza hukuku dogmatığının yanında ceza hukuku biliminin bir parçası da suç politikasıdır. Suç politikası, biri ceza hukuku dogmatığının sonuçları ve diğeri de kriminolojinin ampirik bulguları olmak üzere elindeki bu iki enstrüman ile yürürlükte olan (mevzu) hukukun yenilenmesi-geliştirilmesi meseleleriyle ilgilenir.⁷³ Görgül-deneysel bilgi sonsuz nitelikte olduğundan, kriminoloji ile ceza hukuku dogmatığı arasındaki ilişki her zaman geleceğe dönük suç politikalarına yönelir.⁷⁴ Böylece suç politikalarının kriminolojik bulgulara

⁷¹ Krş. Schwind, s. 16, 18-19; Kaiser, Kriminologie, s. 469.

⁷² Yücel, s. 11-12.

⁷³ Krş. Jescheck/Weigend, s. 43, 741.

⁷⁴ Krş. Heinz Müller-Dietz, “Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik” in: Müller-Dietz

olan bağımlılığı ortaya konulmuş olur.⁷⁵

Sosyal bilimler artık ceza hukuku dogmatığı ve suç politikası üzerinde etkili olmaya başlamıştır. Yönelttiği eleştirel sorular, ceza hukuku bilimi ile uğraşanların gelecek perspektifini etkilemiş ve etkilemeye de devam etmektedir. Örneğin ceza amacının ölç alma/kefaretten genel ve özel önlemeye yönelmesi, suçluların sorumluluğunun toplum ile paylaşılması ve suçlunun toplumsallaştırılması (sosyalizasyonu) fikirleri bu bağlamda geliştirilmiştir.⁷⁶

Günümüz ceza hukukunun önlemeye odaklı fikirleri suç politikalarına, olmadı sosyal politikalara dönüşmektedir.⁷⁷ Suçu önleme akımı, etki edebileceği bütün siyasi alanlarda genişlemeye çalışır.⁷⁸ Bu noktada suç politikası özellikle ve de çoğunlukla “sosyal kontrolün ceza hukuku ara sistemi” ile ilgilenir; vatandaşı haksızlıklar karşısında korumak ve bu şekilde iç güvenliği tesis etmek ister. Hiç şüphesiz iç güvenliğin tesisi -kamu barışının sağlanması-, suç politikasının en can alıcı noktasıdır.⁷⁹ “Kriminolojinin verileri ve bulgularını ceza adalet sistemi ile bütünleştirmek” ise, suç politikasının esas gayesini oluşturmaktadır.⁸⁰

Sosyal kontrolü işlevsel kılmak için, sapan davranış olarak addedilecek olan fiillerin, yani “suçun tanımlanması” ve bu tanımlanan suça (sapan davranışa) uygulanacak “cezai yaptırımlar”, suç politikasının çalışmalarında kullandığı iki temel veridir. Tayin edilen ceza ile amaçlanan caydırıcılığın ya da cezai yaptırımın tatbik edilmesi, hiç şüphesiz hukuk politikasınca belirlenmiş temel ilkeler çerçevesinde mümkün olabilmektedir.⁸¹ Dar anlamda suç politikası kavramı, suçun önlenmesine ve suçla mücadeleye yönelmiş ceza hukukunun etkisinin değerlendirilmesi konularını ele alır. Buna karşın geniş anlamda suç politikası, ceza hukuku dışında geliştirilmiş önleyici tedbirleri de kendisine inceleme konusu yapar.⁸²

(Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, s. 151.

⁷⁵ Krş. Dönmezer, Suç Siyaseti, s. 15.

⁷⁶ Jescheck/Weigend, s. 45-46.

⁷⁷ Albrecht, s. 40.

⁷⁸ Albrecht, s. 98.

⁷⁹ Kaiser, Kriminologie, s. 470, 475.

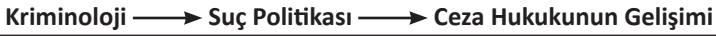
⁸⁰ Dönmezer, Suç Siyaseti, s. 13.

⁸¹ Kaiser, Kriminologie, s. 471.

⁸² Schwind, s. 17.

Bazı yazarlara göre suç politikası, klasik kriminoloji tanımından dolayı günümüzde anlamını kaybetmeye başlamıştır. Buradan yola çıkılarak kriminolojinin kendisini yenilemesi; daha az deneysel, daha çok kültürel ve teorik çalışması gerektiği sonucuna varılır.⁸³

Bir fikre göre suçla mücadelede farklı disiplinlerin etkisi ile oluşmuş “üçlü bir modelden”⁸⁴ söz edilmelidir: Bu modelde kriminoloji, suç ve suçla mücadele şekilleri ve olasılıkları ile ilgili görgül-deneysel bilgiyi ortaya koyar; suç politikası, ceza hukuku alanı için yeni tanım ve kazanımların gerçekleşmesini tetikler ve son olarak ceza hukuku dogmatikliği ise yürürlükteki kuralları sistemli bir biçimde inceler ve hukuk uygulamasının gelişimi için tanımlamaları ihtiyaçlara göre yenileme eğilimi gösterir. Neticede suç politikası, ceza hukukunun gelişimi için tetikleyici gücü verir. Bu tetikleyici güç, dogmatik anlayış üzerinde çalışılıp üretilmiş görgül-deneysel bilgilerin değerlendirilmesinden kazanılır. Sunulan bu modelde her bir basamak ayrı bir bilim olsa da, bu bilimler işlevsellik anlamında bütünlük arz ederler.⁸⁵ Açıklanan bu model şu şekil tablo edilebilir:



Suç politikasına özerk bir bilim bakış açısıyla yaklaşmak önemlidir; çünkü sadece özerk bir bilim, kriminoloji ve ceza hukuku arasındaki bağlantı görevini üstlenebilir.⁸⁶

Kriminoloji ve suç politikası arasındaki ilişkinin analizi özellikle şu sorular ile belirlenir:⁸⁷ Kriminolojik bulgular hangi derece ve seviyede suç politikasına yön verir? Kanun koyucunun ya da ceza hakiminin kararları hangi oranda bilimsel gerekçe, tespit ve değerlendirmelerle örtüşür? Elde edilecek verilerin analiz-

⁸³ Krş. Kunz, Kriminologie, s. 338.

⁸⁴ Reinhart Maurach / Heinz Zipf, **Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat**, 8. Auflage, Teilband 1, Heidelberg 1992, s. 34.

⁸⁵ Maurach/Zipf, s. 41.

⁸⁶ Maurach/Zipf, s. 40. Bu noktada *Dönmezer* suç siyasetinin bir sanat, bir strateji olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Dönmezer*, Suç Siyaseti, s. 13.

⁸⁷ Kaiser, Kriminologie, s. 469.

de toplumların değer yargılarının gözlerden kaçırılmaması gerekecektir.⁸⁸

Günümüzde sınıraşan suçluluğun varlığı, suçluluğun ulusal çapta incelenmesi meselesini önemsiz kılar; bu sebeple suçun kontrolü için etkili tedbirler çeşitli şekillerde devletler arası işbirliğini şart koşar. Sınıraşan suçluluğun varlığı aynı zamanda hukuk alanlarının tekdüze haline gelmesini (yeknesaklaşmasını), uluslararası adli işbirliğini ve suçluların iadesi trafiğini de zorunlu kılar.⁸⁹

Uluslararası düzeyde kuralların, konuların tekdüze haline gelmesi, kriminoloji için de geçerlidir.⁹⁰ Avrupa Birliği ve Avrupa Komisyonu çerçevesindeki aktif faaliyetler, kriminolojinin de artan bir şekilde Avrupalılaşmasına sebep olur.⁹¹ Bu etkileşimin sonucu olarak Nisan 2000'de den Haag'da, konu ile ilgili araştırma ve incelemelerde bulunmak ve çalışmalar yapmak üzere, "Avrupa Kriminoloji Topluluğu" (merkezi Cambridge/İngiltere) kurulmuştur.⁹²

E. İlişkinin Sınırlandırılması (?)

İlk aşamada kriminoloji, hukuk sosyolojisi soruları çerçevesinde ceza hukukunun gerçeklikteki boyutunu açıklayan bir bilim dalı olmuştur.⁹³ Ceza hukukunun ya da ceza adaletinin kriminoloji bilimine olan ilgisi, ceza hukuku tarafından belirlenmiş yazılı kurallardan kaynaklanmaktadır; şöyle ki, kanun koyucu ceza hukuku normları vasıtasıyla suçu tanımlamaktadır. Bu çerçevede suçluluk bazılarına göre, kanun koyucunun bir takım davranışları suç sayma işlevinin bir sonucu olarak ortaya çıkan olgu olarak görülmektedir.⁹⁴

Modern ceza okulunun kurucusu olarak görülen *Franz von Liszt*, 1881'de çıkarmaya başladığı dergide ceza hukuku bütün (alt) bilimlerinin bir arada çalışmasını arzu etmiştir.⁹⁵ Kriminologların ve ceza hukukçularının beraber çalışması

⁸⁸ Dönmezer, Suç Siyaseti, s. 21.

⁸⁹ Kaiser, Kriminologie, s. 477.

⁹⁰ Kaiser, Lehrbuch, s. 106.

⁹¹ Krş. Kaiser, Lehrbuch, s. 107; Schwind, s. 713.

⁹² Schwind, s. 719.

⁹³ Kaiser, Kriminologie, s. 23.

⁹⁴ Krş. Albrecht, s. 15-16.

⁹⁵ Jescheck/Weigend, s. 41; Roxin, s. 6. Derginin ismi almanca "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" olup, Almanya'daki en popüler ceza hukuku dergilerinden birisidir.

kaçınılmazdır; çünkü kriminoloji ceza hukukuna gerçek hayattan elde edilmiş bilgi sunar. Bu bilgi kanun koyucu için de gereklidir. Kriminoloji, aynı zamanda olan, yani yürürlükteki hukukun adil uygulanabilir olması için tavsiyelerde bulunur; özellikle suçun, mükerrirlik durumunun tahmin ve teşhisi, hapis cezasının olumsuz etkilerini azaltma, denetimli serbestlik tedbirlerinin etkili ve verimli uygulanması, hükümlünün koşullu salıverilmesi⁹⁶ ve topluma yeniden kazandırılması meselelerinde ceza hukuku için en büyük yardımcı araçtır.⁹⁷

Artık kriminoloji ile ceza hukukunun birbiri ile çatışması ve kutuplaşması sona ermiş, iki bilim dalının işbirliği yapması ve beraber çalışması gerektiği sonucuna varılmıştır. Hatta bu işbirliği meyvelerini vermeye çoktan başlamıştır: Birinci Dünya Savaşı sonrası kriminolojik araştırma ve incelemeler ceza kanunlarının değişmesine sebep olmuştur (örneğin akıl hastaları, kusur yeteneği, tehlikeli-mükerrer suçlular konuları). Bu değişimde en büyük etki uygulamalı kriminolojiden gelmiştir.⁹⁸

Ceza hukukunun hedefleri ve bu hedefler üzerindeki başarısı mevzuları, kriminolojik araştırmaların önemini ortaya koyar.⁹⁹ Sonuç olarak kriminoloji; ceza hukukunun gelişiminde ve uygulama şartlarında, suç takibinin kurumsallaşması ve de ceza adaleti sisteminin toplumsal işlevleri üzerinde söz sahibi olmalıdır.¹⁰⁰

Dergi karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına yer vermekte, Avrupa ve Dünya genelinde de ilgi ile takip edilmektedir.

⁹⁶ “Suç ve ceza siyasetinde temel uygulamanın ceza adaleti sistemiyle somutlaştığı ve öğretilde sisteme odaklanıldığı görülmekte ise de, sistem öncesi (suçluluğun önlenmesi) kadar sistem ötesinin (koşullu salıverilen hükümlülerin korunmasının) de çok önemli olduğu yeterince algılanmamıştır.” Bkz. Yücel, Önsöz (XV). Türk hukukunda hükümlünün erken tahliyesi, hükümlü hakkında hazırlanan olumlu değerlendirme, yani pozitif teşhis raporuna bağlıdır (CG-TİHK m.89). Ayrıca hükümlünün salıverilmeye hazırlanması, dış dünya ile tekrardan kuracağı bağı kuvvetlendirecek, toplumla sağlıklı bir şekilde kucaklaşmasını kolaylaştırabilecektir. Hükümlünün salıverilmeye hazırlanması ve erken (koşullu) tahliye ile ilgili kriminolojik ve hukuksal değerlendirmeler için bkz. Yumak, s. 419 vd.

⁹⁷ Jescheck/Weigend, s. 47.

⁹⁸ Maurach/Zipf, s. 35-36.

⁹⁹ Frieder Dünkel, **Vorlesung Kriminologie** (yayımlanmamış ders sunumları), Greifswald 2012, s. 5-6; ayrıca krş. Sokullu-Akıncı, s. 44-47.

¹⁰⁰ Albrecht, s. 5-6.

III. HUKUK FAKÜLTELERİNDE KRİMİNOLOJİ ÖĞRETİMİNİN FAYDALARI

“Kuşkusuz, taammüden adam öldürme ile kasten adam öldürmeyi; hırsızlık ile zimmeti; iştirak ile teşebbüsün derecelerini ayırt etmek ne derece önemli ise, toplumdaki suç olgusu, türleri, trendi, psikiyatrik/ psikolojik yanları, yaptırımlar sisteminin etkinliği, ceza infaz kurumlarındaki tedavi modaliteleri ile ceza adaleti sisteminin işlevsel etkinliği hakkında görüş ve bilgi edinmekte o derece önemli görülmelidir.”

Mustafa Tören Yücel

Hukuk ve sosyal bilimlerin hukuk eğitiminde uyum denemesi ilk başlarda başarısız olarak değerlendirildi.¹⁰¹ Daha sonraları sosyal bilimlerin hukukun gelişmesindeki katkısı açıkça kabul edildi. Günümüz kriminolojisi ise şu düşüncelerden belirlenmiştir ki, suç ve ceza birbirini sosyokültürel etkiler ve bu sebepten ötürü bazı kısımları beraber açıklanır.¹⁰²

Normun yorumlanmasında ve kanun koyucu tarafından bırakılan bilinçli ya da bilinçsiz hukuki boşlukların doldurulmasında hukuk sosyolojisi büyük rol oynar.¹⁰³ Bu açıdan bakıldığında toplumu anlamaya çalışan kriminoloji biliminin öğretimi ile, geleceğin ceza hukukçularının normları yorumlaması ve tatbik etmesi meselesinde yönlendirici rol üstlenilebilecektir.

Uzun yıllardır ceza hukuku bir hukukçu uğraşısı, kriminoloji ise hukukçu uğraşısı olmayıp deneysel bilim şeklinde ayrılmaktadır.¹⁰⁴ Klasik ceza hukuku bakış açısı altında ceza, işlenen suça kefaret olarak ödetilmesi gereken bir sonuçtu; yani düzgüsel (normatif) ve dogmatik bir disiplin olarak görülmekteydi. Bu nedenle klasik ceza hukukunun görgül ve deneysel çalışmalara ne ihtiyacı vardı ne de bunları kullanma hevesi vardı. Modern diye tabir edilen günümüz ceza hukuku ise, kendi düzenek ve yapısını haklı çıkarmak, alanına ait hedeflediği etkiyi geçerli ve meşru kılabilmek için deneysel çalışmalardan elde edilmiş ispata ve delillere -bilgilere- ihtiyaç duyar. Bu bilgiler; suçun nedenlerinin

¹⁰¹ Albrecht, s. 95.

¹⁰² Kaiser, Lehrbuch, s. 95.

¹⁰³ Gerhard Köbler, *Das Studium des Rechts*, 3. Auflage, München 1982, s. 159-160.

¹⁰⁴ Albrecht, s. 3.

ortaya koyulması (suçluluğun sebepleri), failin tehlikelilik-mükerrirlik durumu (fail hakkındaki olası risk değerlendirmeleri-kriminal teşhis), somut olaya uygun ceza ve yaptırımların ne olması, infazın nasıl planlanması ve yerine getirileceği ve de olası suç risklerinin aydınlatılması gibi önemli konuları içerir.¹⁰⁵

“Suç ve ceza herkesin fikir yürütebildiği, ... bazı türleri ile toplumsal değişime ivme kazandıran; bazı türdeki yoğunlaşmalar ile toplumsal dokuyu zedeleyen ve bugün için her ulusun gündeminde yer alan bir olgular serisidir. Ne var ki, bu konudaki incelemeler uzun süre ceza hukuku ile sınırlı kalmış; gözler suçun toplumsal varlığı yerine hukuktaki varlığına odaklanmıştır.”¹⁰⁶

Ceza hukuku kütüphanelerindeki kitapların neredeyse tamamı ceza hukuku normları hakkında bilgi içerir. Oysaki (müfredata bağlı ve sınava yönelik eğitime yoğunlaşıldığından) ceza hukuku gerçeği hakkında kitap neredeyse yoktur. Bu durum değişmeye başlamıştır. Birçok kişi artık kriminal durumlarla ilgili “neden?” sorusunu sormaktadır.¹⁰⁷ Meslekteki tecrübeli kişilerin, daha doğrusu tecrübe edinmiş ceza hukukçularının, bu alana ilgisi günden güne artış göstermektedir.¹⁰⁸

Kara Avrupası ülkelerinde kriminoloji dersinin uzun yıllardır öğretildiği yer genel olarak hukuk fakülteleridir. Bu gelenek ve gelişim ceza hukukunun amaçlarından kaynaklanır ve günümüze kadar bu şekilde savunulur.¹⁰⁹ Çünkü kriminoloji eğitim ve öğretiminin en çok yoğunlaştığı ve bağlantı kurduğu noktaların başında ceza hukuku gelir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Krş. Albrecht, s. 5, 21; Dünkel, Vorlesung, s. 3.

¹⁰⁶ Yücel, s. 1.

¹⁰⁷ Bernd-Dieter Meier, **Kriminologie**, 4. Auflage, München 2010, Önsöz.

¹⁰⁸ Hassemer, Einführung, s. 20.

¹⁰⁹ Krş. Kaiser, Lehrbuch, s. 103. *Demirbaş*, bağımsız bütçe ve kadroya sahip kriminoloji enstitülerinin kurulamamasının kriminoloji bilimi ve öğretimi için büyük bir sorun teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Bkz. Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 4. Bası, Ankara 2012, Önsöz. Kriminolojinin kendi başına bir dal olarak kurumsallaşması gerektiği, Almanya kriminoloji merkezi derneğinin 1991 yılında yapılan toplantısında on tez ile birlikte savunulmuştur. Bkz. Deichsel, s. 324.

¹¹⁰ Deichsel, s. 322.

Kriminolojinin hukuk fakültelerinde öğretilmesi birçok kazanımı beraberinde getirir: Kriminolojik bilgiler doğrudan, özellikle de ihtiyaç duyulacak yerlerde, yani geleceğin hakim, savcı, avukatı, cezaevi müdürü, çocuk hakiminin eğitiminde kullanılmış olur. Bu meslek gruplarının kriminoloji konusunda en azından ana hatlarıyla bilgi sahibi olmaları gerekir.¹¹¹ Ayrıca kriminoloji ve hukuk bilimlerinin beraberliği, suç politikası danışmanlığı ya da kanun hazırlığında teknik hukuk çalışmaları için en iyi şartları beraberinde getirir.¹¹²

Kriminoloji ceza hukukunun görgül-deneysel yönünü temsil ettiğinden,¹¹³ kriminoloji öğretimi, öğrencilere somut olayda, yani mesleki yaşamda karşılaşılabilecek birçok sorunda eleştirel bakış açısı, eleştirel soru yöneltme ve eleştirel yaklaşma becerisi kazandırma hedefleri üzerine yoğunlaşır.¹¹⁴

Ceza hukuku dosyaları hiçbir zaman gerçeği tam anlamıyla ortaya koymaz. Dosyalar ile gerçeği öğrenmek isteyen yanılır. Ceza muhakemesine katılanlar ile ilgili tatmin edici bilgi ve bu bilgilerin sistemli bir şekilde sunulup aktarılması, kriminolojinin işidir.¹¹⁵ Ceza hukuku eğitiminde somut olayda sanık, hükümlü ya da suçun mağduru ile ilgili bilinmesi gereken görgül-deneysel bilgiler, suçun, suçlunun ve mağdurun öğretilmeye çalışıldığı kriminoloji bilimine büyük bir kapı açmıştır ve burada oluşan ilgi günden güne merkeze doğru ilerlemektedir.¹¹⁶

Bazı meslekler için kriminoloji bilgisi kaçınılmazdır. Genç hukukçu, uygulamalı bilimlerden elde edilen bilgilerin nasıl hazırlandığını ve nasıl yorumlanması gerektiğini bilmelidir. Bu sayede bilirkişi ya da konunun uzmanı (örneğin sosyal çalışmacı, denetimli serbestlik uzmanı, vb.) biri ile işbirliği yapmaya, onunla beraber çalışmaya hazırlanmış olacaktır.¹¹⁷ Daha 1952'li yıllarda Birleş-

¹¹¹ Demirbaş, s. 38.

¹¹² Neubacher, s. 21. Yazar buna rağmen kriminolojinin evinin hukuk fakülteleri olduğunun düşünülmemesi gerektiğini sosyoloji odaklı gelişim gösteren ABD ve İngiltere örneklerini göstererek ifade etmektedir.

¹¹³ Roxin, s. 6.

¹¹⁴ Krş. Kaiser, Lehrbuch, s. 98; Sokullu-Akıncı, s. 65 vd.

¹¹⁵ Hassemer, Einführung, s. 18.

¹¹⁶ Hassemer, Einführung, s. 27.

¹¹⁷ Kaiser, Lehrbuch, s. 99.

miş Milletler tarafından Cenevre Konferansı'nda, üniversitelere kriminolojik bilimler konusunda öğretim yapmaları ve ileride hakimlik yapacaklar açısından bu öğretimin zorunlu tutulması tavsiye edilmiştir.¹¹⁸

Hukuk öğrencilerine verilecek kaliteli bir kriminoloji öğretimi sadece özerk olarak kurumsallaşmış araçlarla (enstitü, anabilim dalı gibi) mümkündür. Bu yüzden kriminoloji öğretiminin hukuk fakültelerinde güvence altına alınması gerekir.¹¹⁹

Kriminoloji öğretimi günümüzde artık hukuk bilimleri içerisinde yerini sağlamlaştırma yolunda kararlılıkla ilerlemektedir. Amaca yönelmiş ceza hukuku, kriminolojinin görgül-deneysel bilgisi olmadığı müddetçe kördür. Bu nedenle kriminoloji, hem hukuk hem de meslek içi eğitiminde de yerini sağlamlaştırmaktadır.¹²⁰ Kriminoloji öğretimi, üniversite dışında da birçok yerde verilir olmuştur.¹²¹ Yükseköğretimde verilecek kriminoloji eğitiminin iş sansını artırdığı meselesi ise tartışmasızdır; çünkü uygulama gözlenmekte ve bu gözlemler uygulama odaklı işlenmektedir.¹²²

Ceza adaleti sisteminin önlemeye odaklı düzeni, kriminoloji ve ceza hukuku ilişkisinin ne kadar da önemli olduğunu ortaya koyar. Hakim, savcı, cezaevi görevlileri, denetimli serbestlik uzmanı, sosyal çalışmacılar (sosyolog, psikolog, vb.), yani ceza adaleti sisteminde fail ile ilgilenecek ve karara varacak kişilerin görgül-deneysel bilgileri ve failin suç profiline dair kriminolojik teşhisleri es geçmeleri düşünülemez.¹²³ Aynı şekilde kriminolojik tanı ya da teşhis araştırmaları, yaptırma karar verecek bütün meslek grupları için faydalıdır.¹²⁴ Ceza adaleti sisteminin ussallaşması (rasyonelleşmesi) ve işlerlik kazanabilmesi için "toplumsal odaklı kriminoloji" ile işbirliği içinde olunmalıdır.¹²⁵

¹¹⁸ Demirbaş, Önsöz.

¹¹⁹ Krş. Kaiser, Lehrbuch, s. 103; Sokullu-Akıncı, s. 6.

¹²⁰ Kaiser, Lehrbuch, s. 104-105.

¹²¹ Deichsel, s. 320.

¹²² Deichsel, s. 322.

¹²³ Hassemer, Kriminologie und Strafrecht, s. 315.

¹²⁴ Kaiser, Lehrbuch, s. 99; Dönmezer, Kriminoloji, s. 26.

¹²⁵ Deichsel, s. 323.

Eğer kriminolojisi olmayan bir ceza hukuku kör ise: Suçun, suçlunun, suç mağdurunun ve kontrol mekanizmalarının uygulamalı bilgisi genç hukukçuların eğitiminde önem arz etmelidir.¹²⁶ “Toplum olarak ihtiyacımız, daha fazla kişiyi suçlu yaparak sabıkalı damgasını vurmak yerine daha fazla sorunların üzerine eğilmektir.”¹²⁷

Öğretide bazı Alman yazarlar (çalışmamızda atıf yapılan *Albrecht* ve *Hassemer*) kriminoloji öğretimini ceza hukukuna giriş için bilinmesi gereken bir temel alan-ders olarak görmekte ve bu fikri çıkış noktası yaparak “Kriminoloji - Ceza Hukukuna Giriş” adı altında ders kitapları hazırlamışlardır. Peter-Alexis *Albrecht* 4. Baskısı 2010 yılında yapılan, çalışmamızın birçok yerinde de atıfta bulunulan “Kriminoloji - Ceza Hukukuna Giriş” adlı ders kitabının önsözünde: “Ceza hukuku eğitiminin ve ceza hukuku çalışmalarının kriminoloji bilgisi olmadan zor olacağını” belirtir. Devamında ise ceza adaleti sisteminin etki ve işlev açısından incelenmesinin ceza hukuku uygulamasını daha anlaşılır kıldığını vurgular.

IV. GÜNCEL DURUM

Bir alanın bilimsel ve toplumsal anlamı, üniversitedeki kurumsallaşma seviyesi ile ölçülebilir.¹²⁸ Bu bölümdeki çalışmamızın çıkış noktası bahsi geçen düşünce olup, burada Kara Avrupa’sından bir örnek olarak Almanya’daki kriminoloji öğretimi ve ardından Türkiye’deki güncel durum ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Avrupa’dan Bir Örnek: Almanya

2012 yılında kriminoloji araştırmaları ve öğretiminin Almanya’daki durumunu tespit etmek için yapılan bir ankete,¹²⁹ ilgili 265 kurum ve kuruluş cevap

¹²⁶ Kaiser, Lehrbuch, s. 96.

¹²⁷ Yücel, s. 9.

¹²⁸ Klaus Boers/Daniel Seddig, „**Kriminologische Forschung und Lehre an deutschen Universitäten im Jahre 2012**“in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013, s. 115.

¹²⁹ Boers/Seddig, s. 116. Anket çalışması, 16 Nisan-6 Ağustos 2012 tarihleri arasında internet üzerinden yürütülmüştür.

vermiştir. Bu anket çalışmasına göre üniversitelerde kriminoloji araştırması ve öğretiminin % 58'i hukuk fakültesinin kriminoloji kürsülerinde yürütülmektedir (toplamda 32 kürsü ve enstitü). İkinci sırada %18 ile sosyoloji fakülteleri yer almaktadır (toplamda 10 kürsü ve enstitü). Üniversitelerde kriminoloji öğretimi ve araştırması yapan kürsü ve enstitülerin sayısı ise toplamda 55'tir.¹³⁰

Kriminoloji profesörlerinin % 61'i hukuk (34 Profesör), %20'si sosyoloji fakültelerinde (11 Profesör) faaliyet göstermektedir. Almanya genelinde toplamda ise 56 kriminoloji profesörü vardır.¹³¹ Hukuk fakültelerindeki kriminoloji profesörlerinin yarısı kriminoloji ile ilgili görgül-deneysel çalışma yürütmüş, bu çalışmalar profesörlerin araştırmaya ayırdıkları vaktin yaklaşık % 40'ını oluşturmuştur.¹³²

Hukuk fakültelerindeki kriminoloji enstitüsü ve kürsülerinde kriminolojinin yanında genç ceza hukuku, yaptırım hukuku, infaz hukuku ve penoloji dersleri de verilmektedir.¹³³ Bu enstitü ya da kürsüler kriminoloji dersini yaklaşık üç; suç psikolojisini iki; genç ceza hukuku, infaz hukuku, yaptırım hukuku ve penoloji derslerini ise yaklaşık bir buçuk akademik ders saatine yakın vermektedirler.¹³⁴

Almanya'da şu an kriminoloji alanında uzmanlaşmak için biri proje aşamasında olan toplam beş tane master (yüksek lisans) programı bulunmaktadır. Bunlar: Hamburg Üniversitesi'nde genç ceza mahkemeleri hakim ve savcılarının uzmanlaşmasını hedefleyen LL.M. (hukuk alanında master);¹³⁵ Bochum Üniversitesi'nde daha çok polis mesleğini hedef alan kriminoloji ve polis bilimleri;¹³⁶ Hamburg Üniversitesi'nde açılan disiplinlerarası içeriğe sahip uluslararası

¹³⁰ Boers/Seddig, s. 117 (Tablo 1).

¹³¹ Boers/Seddig, s. 117 (Tablo 2).

¹³² Boers/Seddig, s. 120-121 (Tablo 5 ve 6).

¹³³ Boers/Seddig, s. 119 (Tablo 3).

¹³⁴ Boers/Seddig, s. 122 (Tablo 7).

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bernd-Rüdeger Sonnen, „Berufsbegleitender Masterstudiengang für Volljuristen in der Jugendkriminalrechtspflege in Hamburg“ in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013, s. 262 vd.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Feltes/Thomas A. Fischer/Ruth Sapekza, „Die Bochumer Masterstudiengänge »Kriminologie und Polizeiwissenschaft« und »Criminal Justice, Govern-

kriminoloji;¹³⁷ Greifswald Üniversitesi'nde yürütülen kriminoloji ve ceza adaleti sistemi (LL.M.Crim.);¹³⁸ son olarak ise proje aşamasında olan¹³⁹ ve Tübingen, Marburg, Heidelberg ve Freiburg Üniversitelerinin ortaklaşa yürüteceği kriminoloji ve ceza adaleti master programlarıdır. Bu noktada kriminoloji içerikli bir hukuk yüksek lisansına örnek vermek amacıyla Greifswald Üniversitesi'nde kriminoloji kürsüsü sahibi *Frieder Dünkel*'in eş güdümcülüğünde yürütülen "Kriminoloji ve Ceza Adaleti Sistemi LL.M Programı" nın içeriğini açıklamak faydalı olacaktır.¹⁴⁰

"Kriminoloji ve Ceza Adaleti Sistemi LL.M Programı" 2006 yılından beri sürdürülmekte ve ücreti 1500€'dur (ücret eşdeğerlikten dolayı alınacak derslerin az olması nedeniyle düşüş gösterebilir). Alınacak derslerin çoğunluğu hukuk fakültesinde kriminoloji kürsüsü tarafından verilen derslerden oluşmaktadır. Program, zorunlu ve seçmeli ders modüllerinden, seminer ödevinden (yaklaşık 30 sayfa), ara dönem ve somut bir çalışma içeren araştırma stajından, master çalışmasından (50-80 sayfa arası) ve program sonu genel sözlü sınavından oluşmaktadır. Zorunlu dersler: Kriminoloji I (ampirik kriminoloji kolokyumunu ile birlikte), Ceza İnfaz Hukuku, Cezai Yaptırım Hukuku, Karşılaştırmalı Kriminoloji ve Ceza Adaleti I (örneğin uluslararası ceza hukuku, insan hakları hukuku, karşılaştırmalı ceza yaptırım sistemleri, karşılaştırmalı infaz hukuku

nance and Police Science"in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013, s. 252 vd.

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Christian Wickert/Christina Schlepper/Simon Egbert/Katrin Bliemeister, „**Kriminologie studieren in Hamburg**“in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013,, s. 270 vd.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Frieder Dünkel, „**Das Masterprogram »Kriminologie und Strafrechtspflege« an der Universität Greifswald**“in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013, s. 241 vd.

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Elmar G.M. Weiterkamp/Anna Beckers, „**Masterstudiengang Kriminologie und Kriminaljustiz**“in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Köln 2013, s. 267 vd.

¹⁴⁰ Bu vesileyle bahsi geçen LL.M. programını bitirmekten, daha doğrusu kriminolojinin önemi, ceza hukuku ile bağlantısını ve ceza hukukuna katkılarını öğrenebilmekten dolayı duyduğum mutluluğu bir kez daha belirtmek ister, Prof. Dünkel'e üzerimdeki katkılarından dolayı teşekkürü bir borç bilirim.

gibi), Kriminoloji II, Genç Ceza Hukuku ve Karşılaştırmalı Kriminoloji ve Ceza Adaleti II dersleridir. Bunun yanında farklı modüllerden iki tane seçmeli ders alma zorunluluğu vardır (ceza muhakemesi hukuku, adli psikiyatri, adli tıp, psikoloji içerikli dersler, hukuk sosyolojisi, ceza hukuku genel hükümler gibi). Bölüme kayıtlı öğrenciler için her dönem alanında uzman akademisyenler sunumlar yapmakta, isteyen öğrenciler seçmeli derslerini bu sunumlar ile ilgili hazırlayacakları ev ödevi (yaklaşık 10 sayfa) şeklinde yapabilmektedir.

Program sonunda master tezinin sunumu yapılır ve ardından dört temel alandan, yani kriminoloji, genç ceza hukuku, yaptırım hukuku ve ceza infaz hukukundan seçilecek iki alan üzere sözlü sınav yapılır. Bütün bunların sonunda başarılı bulunan öğrenci LL.M.Crim. akademik ünvanı ile mezun olmaktadır. Program her ne kadar teorik olarak iki dönemde bitirilebilecek olarak hazırlansa da, staj, seminer ödevi, derslerin fazlalığı ve tez sınavına hazırlanma gibi gerekçelerden uygulamada genelde 3 ya da 4 dönem sonrası mezun olunmaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, kriminoloji Almanya'da, kara Avrupası ülkelerinde olduğu gibi, uzun yıllardır hukuk fakültelerinde anlatılmaktadır.¹⁴¹ Kriminoloji öğretimi, hukukçu yetiştirilmesinin vazgeçilmez bir parçası olmuştur.¹⁴²

B. Türk Hukuk Fakültelerinde Kriminoloji Öğretimi

Güncel durum ile ilgili değerlendirmelerden önce ilk olarak söylenmesi gereken şudur: Türk hukuk öğretilerinde kriminoloji ile ilgili fazla bir çalışma yoktur ve hukuk fakültelerindeki öğretimi ceza hukuku hocalarının takdirinde seçimlik ders olarak kalmıştır.¹⁴³ Tarihsel sürece baktığımızda ise ülkemizde kriminoloji dersi ilk olarak 1953 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (İÜHF) seçmeli ders olarak *Sulhi Dönmezer* tarafından verilmeye başlanmıştır.¹⁴⁴

¹⁴¹ Kaiser, Lehrbuch, s. 103; Neubacher, s. 21.

¹⁴² Krş. Boers/Seddig, s. 124.

¹⁴³ Yücel, s. 4.

¹⁴⁴ Tuğba Topçuoğlu, "Kriminoloji için Disiplin Çağrısı!" in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 2, Sayı 1-2, Ankara 2014, s. 242.

Seçimlik derslerin her dönem ya da her yıl açılıp açılmadığı ile ilgili bilgilere ulaşmak zordur; çünkü hukuk fakültelerinin ders programları dönemden döneme farklılık göstermekte, fakültenin ya da öğretim üyesinin arzusuyla açılan seçimlik bir ders düzenli bir şekilde açılmamakta ya da açılmamaktadır. İlk aşamada bu sorunun en büyük nedeni olarak, hukuk fakültelerinin anabilim dallarında yeterli öğretim üyesi mevcudunun bulunmayışı gözükmektedir.

2014 yılı itibariyle Türkiye'de 32'si devlet, 45'i vakıf üniversitesine ait olmak üzere toplamda 77 hukuk fakültesi mevcuttur. Bu sayıya Kıbrıs üniversiteleri ve henüz öğrenime başlamayan devlet ve vakıf üniversiteleri dahil olduğunda, sayı toplamda 97'ye çıkmaktadır.¹⁴⁵ Oysaki ülke genelinde 2013 yılı itibariyle ceza hukuku kürsülerinde 32'si profesör, 16'sı doçent ve 53'ü yardımcı doçent olmak üzere toplamda 101 öğretim üyesi mevcuttur.¹⁴⁶

Çalışmaya ışık tutması amacıyla hukuk fakültelerinin güncel ders programlarına internet üzerinden ulaşmaya çalışılmıştır.¹⁴⁷ Bu programlar incelendiğinde şu tespitler yapılabilir:

- Kriminoloji dersinin genellikle hukuk eğitiminin 4. ya da 5. döneminde seçimlik olarak sunulduğu görülür (istisnai olarak 6. ya da 7. dönem).
- Teorik olarak iki akademik ders saati öğretilmektedir (istisnai olarak dönemlik üç saat: Ankara, Erzincan, Bilgi, Atılım Hukuk Fakülteleri).
- Dersi veren hocaların neredeyse hepsi ceza hukuku kürsülerinde görev alan öğretim üyeleridir.
- Ders içerikleri, üzerinde durulacak konular ve öğretim yöntemleri dersi veren ya da verebilecek öğretim üyesinin takdirindedir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/baglantilar/diger-hukuk-fakulteleri-1665s.html> (19.11.2014). Kaliteli bir eğitim verilmesi ve bu sayede nitelikli hukukçu yetiştirilmesi amacı çerçevesinde, hukuk fakültelerinin sayısının öğretim üyesi sayısı ve hukukçu ihtiyacı dikkate alındığında fazla olduğu tespit edilmektedir.

¹⁴⁶ Muharrem Kılıç, "Sayısal Veriler Işığında Hukuk Öğretiminde Nitelik Sorununa Dair Bağlamsal Analiz" in: Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 126, İstanbul 2013, s. 15.

¹⁴⁷ İncelenen 17 hukuk fakültesinin ders programlarının çevrimiçi adresleri kaynakça kısmında mevcuttur.

¹⁴⁸ Her ne kadar öğretim üyesinin ders içeriği ve anlatımında takdir yetkisinin bulunması doğal

Hukuk fakülteleri ders programları incelemesinde göze çarpan iki güzel örneğin belirtilmesi yerinde olacaktır. İlki Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilen seçimlik kriminoloji dersidir. Dersin öğretim üyesi dersi seçen öğrenciler için gruplar halinde olmak üzere önceden tespit edilen bir konu ile ilgili ödev hazırlama yükümlülüğü getirmiş; öğrencilerin gözlem ve değerlendirme yapabilmesi için ödev konularında anket yöntemini ve istatistiksel bilgileri kullanmalarını istemiştir.¹⁴⁹ Ders programları incelememizde göze çarpan bir diğer güzel örnek ise İÜHF'de kriminoloji öğretimi açısından sunulan imkanlardır. Kriminoloji öğretimi "kriminoloji I" ve "kriminoloji II" şeklinde iki döneme yayılmış; bu şekilde öğrencilerin daha geniş bir zaman diliminde içeriği öğrenmesi hedeflenmiştir. Ayrıca İÜHF'de "karşılaştırmalı kriminoloji ve ceza hukuku" dersi de seçimlik olarak sunulmaktadır.¹⁵⁰ İÜHF'deki bu güncel durum değerlendirildiğinde, öğrencilere temel amaç olan kriminoloji ve ceza hukuku bağlantısını kurma ve kurulan bu bağlantı sonucu oluşan ilişkileri kavrayabilme yeteneğinin kazandırılmasının hedeflendiği düşünülmektedir.

Bu tespitlerden sonra diyebiliriz ki, hukuk fakültelerinde kriminoloji dersine duyulan ilgi günden güne artmaktadır. Bu ilgiye rağmen kriminolojiyi besleyecek bilgilerin üretiminde sıkıntı çekilmektedir. Hiç şüphesiz bu sıkıntının kaynağı, kriminolojinin ülkemizde bağımsız bir bilim dalı olarak çalışmalarda yer bulamayışıdır.¹⁵¹

karşılanırsa da, hukuk fakültelerinde yetişecek geleceğin (ceza) hukukçuları için, kriminoloji öğretiminde belli başlı hedeflerin, standartların ve yaklaşımların yakalanmış olması gerekir. Nitekim üç Alman akademisyen tarafından yayımlanan bir çağrıda, interdisipliner bir yapıda olan kriminoloji biliminin hedefe odaklı ve belli standartları gözetilen bir şekilde öğretimi 10 tez ile savunulmuş ve kriminoloji öğretimi için disiplin çağrısı yapılmıştır. Bkz. Hans-Jörg Albrecht/Stephan Quensel/Klaus Sessar, **Freiburger Memorandum**, Ettenheim 2012. Çağrıya ayrıca şu linkten ulaşılabilir: https://www.mpicc.de/files/pdf1/freiburger_memorandum_kriminologie_de_123.pdf.

¹⁴⁹ <http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/kriminoloji-dersi-odev-konulari-ve-tarihleri-04042014.pdf>.

¹⁵⁰ <http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/10/dersprogrami0810.pdf>;
<http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/2013-2014-bahar-se%C3%A7imlik-ders-amfileri-2.pdf>

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Topçuoğlu, s. 241 vd.

V. SONUÇ

Çalışmamızda kriminoloji ve ceza hukukunun kesişme noktaları belirtile-
rek, kriminoloji öğretiminin hukukçu yetiştirilmesindeki önemi açıklanmaya
çalışılmıştır. Sonuç olarak konuya dair önemli tespitler ve sorunlara dair çö-
züm önerilerimiz şöyledir:

- Kıta Avrupası hukukunda kriminoloji öğretimi hukuk fakültelerinde, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kurumsallaşmaya başlamıştır.
- Hukuk fakültelerimizde kriminoloji öğretimi günümüze kadar halen ku-
rumsallaşamamış, öğretimi ise özverili öğretim üyelerinin çabalarından
öteye gidememiştir.
- Suçla mücadele politikaları üretebilmek için suçla ilgili bilgiye ihtiyaç
duyulduğundan gözleme ve istatistiğe bağlı kriminolojik ve penolojik
çalışmalar günden güne artmakta, ulusal veriler uluslararası düzeyde
karşılaştırmaya tabi tutulmaktadır. Bu veriler ise, hukuk fakültelerindeki
ve üniversitelerdeki “kriminoloji kürsüleri” ve “kriminoloji enstitüleri”
vasıtasıyla elde edilmektedir.
- Hukuk fakültelerimizde ve üniversitelerimizde kriminolojik araştırmalar
ve çalışmalar yapabilecek özerk “kriminoloji kürsüleri” ve “kriminoloji
enstitüleri” açılmalıdır. Benzer şekilde açılan enstitülere ise işlevsellik
kazandırılmalıdır.
- Hukuk fakültelerimizde kriminoloji dersi ceza hukukuna giriş niteliğinde
ve aynı zamanda ceza adaleti sistemini tanıtıcı bilgiler içerdiği için hukuk
eğitiminin dördüncü döneminde ders olarak okutulmasının daha faydalı
olacağı değerlendirilmektedir. “Kriminoloji I” ve “Kriminoloji II” olarak
iki dönem şeklinde okutulması ise ceza hukuku alanında uzmanlaşmak
isteyen hukuk öğrencilerinin bilgi donanımını pekiştirecektir.
- Ceza ve ceza muhakemesi kürsülerine ilk aşamada kriminoloji dalı ek-
lenmelidir; böylece kriminoloji, çocuk ceza hukuku, penoloji ve yaptırım
hukuku, infaz hukuku gibi dersler “Kriminoloji, Ceza ve Ceza Muhake-
mesi Hukuku”, “Kriminoloji ve Ceza Hukuku”, “Ceza Hukuku Bilimleri”
tarzında kurulacak anabilim dalları vasıtasıyla düzenli bir şekilde açılma-

İdir. Bu sayede sonraki aşamalarda anabilim dalı seviyesinde kriminoloji kürsülerinin açılması kolaylaşabilecektir.

- Kriminoloji öğretimi hukukçular için sadece lisans aşamasında öğretilmesi gereken bir ders olarak kalmamalıdır. Ceza hukuku ve kriminoloji bağlantılarını kavrayabilmek, bilgilerini ortak bir programda pekiştirip uzmanlaşmak isteyen hukukçular için hukuk fakülteleri nezdinde “Kriminoloji ve Ceza Adaleti Sistemi” tarzında yüksek lisans programları açılmalıdır.¹⁵²
- Son olarak, ceza hukukunun gelişimini tetiklemek amacıyla suç politikasına yönelik kriminolojik değerlendirmeler, Türk ceza hukuku eser ve çalışmalarında olabildiğince yer almalıdır.



KAYNAKÇA

Albrecht, Peter-Alexis, **Kriminologie: Eine Grundlegung zum Strafrecht**, 4. Auflage, Beck Verlag, München 2010.

Albrecht, Hans-Jörg/Quensel, Stephan/Sessar, Klaus, **Freiburger Memorandum**, Stückle Verlag, Ettenheim 2012.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, Ahmet Caner, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Boers, Klaus/Seddig, Daniel, “**Kriminologische Forschung und Lehre an deutschen Universitäten im Jahre 2012**”in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 115-126.

Deichsel, Wolfgang, “**Kriminologie und kriminologische Ausbildung**”in: Kaiser-Kerner-Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg 1993, s. 317-324.

Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

¹⁵² Aynı şekilde Sokullu-Akıncı, s. 7.

Dönmezer, Sulhi, **“Suç Siyaseti”**, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Sulhi Dönmezer’e Armağan), Cilt 52, Sayı 1-4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1987, s. 1-33.

Dönmezer, Sulhi, **Kriminoloji**, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1994.

Dünkel, Frieder, **Vorlesung Kriminologie** (yayımlanmamış ders sunumları), Greifswald 2012.

Dünkel, Frieder, **“Das Masterprogram »Kriminologie und Strafrechtspflege« an der Universität Greifswald”**in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 241-247.

Feltes, Thomas/Fischer, Thomas A./Sapelza, Ruth, **“Die Bochumer Masterstudiengänge »Kriminologie und Polizeiwissenschaft“ und “Criminal Justice, Governance and Police Science”**in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 252-262.

Hassemer, Winfried, **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, Beck Verlag, München 1990.

Hassemer, Winfried, **“Kriminologie und Strafrecht”**in: Kaiser-Kerner-Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg 1993, s. 312-317.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin 1996.

Kaiser, Günther, **Kriminologie: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg 1996.

Kaiser, Günther, **Kriminologie: Eine Einführung in die Grundlagen**, 10. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg 1997.

Kılıç, Muharrem, **“Sayısal Veriler Işığında Hukuk Öğretiminde Nitelik Sorununa Dair Bağlamsal Analiz”** in: Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 126, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 4-18.

Köbler, Gerhard, **Das Studium des Rechts**, 3. Auflage, Vahlen Verlag, München 1982.

Kunz, Karl-Ludwig, **Kriminologie: Eine Grundlegung**, 6. Auflage, Ullstein Verlag, Bern 2011.

Kunz, Karl-Ludwig, **“Ceza Hukuku Modelleri ve Toplum Yapısı – Ceza Hukuku Politikaları ve Modern Toplum”**in: Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 9, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, Ankara 2014, s. 39-61 [Çeviren: Semih Yumak].

Liszt, Frank von, **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, in: Frank von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band I, Verlag Guttentag, Berlin 1905, s. 127-180.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, **Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat**, 8. Auflage, Teilband 1, Müller Verlag, Heidelberg 1992.

Meier, Bernd-Dieter, **Strafrechtliche Sanktionen**, 3. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg 2009.

Meier, Bernd-Dieter, **Kriminologie**, 4. Auflage, Beck Verlag, München 2010.

Müller-Dietz, Heinz, **“Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik”**in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Heymanns Verlag, Köln 1971, s. 105-151.

Neubacher, Frank, **Kriminologie**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2011.

Özbek, Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara 2007.

Özdek, Yasemin, **“Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler”**, in: Amme İdaresi Dergisi, Cilt 33, Sayı 4, Hangar Yayıncılık, Ankara 2000, s. 21-48.

Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. Auflage, Beck Verlag, München 2006.

Röhl, Klaus, **Rechtssoziologie**, Heymanns Verlag, Köln 1987.

Schneider, Hans Joachim, **Kriminologie**, de Gruyter Verlag, Berlin 1987.

Schwind, Hans-Dieter, **Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen**, 21. Auflage, Steintor Verlag, Hamburg 2011.

Sokullu-Akıncı, Füsün, **Kriminoloji**, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Sonnen, Bernd-Rüdeger, **“Berufsbegleitender Masterstudiengang für Volljuristen in der Jugendkriminalrechtspflege in Hamburg”** in: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 262-267.

Topçuoğlu, Tuğba, **“Kriminoloji için Disiplin Çağrısı!”** in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 2, Sayı 1-2, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s.242-269.

Weiterkamp, Elmar G.M./Beckers, Anna, **“Masterstudiengang Kriminologie und Kriminaljustiz”** in: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 267-270.

Wickert, Christian/Schlepper, Christina/Egbert, Simon/Bliemeister, Katrin, **“Kriminologie studieren in Hamburg”** in: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 96. Jahrgang, Heft 2/3, Heymanns Verlag, Köln 2013, s. 270-276.

Yumak, Semih, **“Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Toplumaya Yeniden Kazandırmak Bağlamında Saliverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Saliverilme”** in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 17 - Yıl: 5, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, Ankara 2014, s. 419-443.

Yücel, Mustafa Tören, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007.

Yararlanılan İnternet Sayfaları (19.11.2014)

<http://www.kriminoloji.com/> (son erişim tarihi: 24.2.2015)

https://www.mpicc.de/files/pdf1/freiberger_memorandum_kriminologie_de_123.pdf (24.2.2015).

<http://www.khas.edu.tr/uploads/hukukfakultesi/2014%20ogrenci%20el%20kitabi.pdf>

http://www.ybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ders%20katalogu%2021_07_2014.pdf

http://www.erzincan.edu.tr/birim/icerik.php?menu_id=4314

<http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/2/32/huk248.pdf>

<http://hukuk.karatay.edu.tr/dersMufredat.aspx>

http://hukuk.erciyes.edu.tr/ckfinder/userfiles/files/dersprogrami2013-14%20_11_.pdf

<http://www2.ufuk.edu.tr/wp-content/uploads/2014/02/HUK323-kriminoloji-T.pdf>

<http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/2013-2014-bahar-se%C3%A7imlik-ders-amfileri-2.pdf>

<http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/10/dersprogrami0810.pdf>

<http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/ankara-sincan-acik-ceza-infaz-kurumu-ziyareti-112948>

<http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/2014-2015-e.o.-guz-yili-yariyili-ders-programi-108721>

<http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/2013-2014-baha-donemi-ders-programi-19022014.pdf>

<http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/baglantilar/diger-hukuk-fakulteleri-1665s.html>

<http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/kriminoloji-dersi-odev-konulari-ve-tarihleri-04042014.pdf>

<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/lisans/dersicerik.htm#kriminoloji>

http://www.muhammedkilig.com/makale/sayisal_veriler%20isiginde_hukuk_ogreniminde_nitelik_sorununa_dair_baglamsal_analiz.pdf

<http://hukuknew.maltepe.edu.tr/content/huk-214-kriminoloji>

<http://law.atilim.edu.tr/academicprogramcourses/view/id/3611?lang=tr>

http://dosya.marmara.edu.tr/huk/haftalikdersprogrami/2014-2015_g_z_yar_y_l_se_imlik_ders_program_.pdf

<http://llp.marmara.edu.tr/course.aspx?zs=2&mod=1&kultur=tr-TR&program=51&did=9683&mid=6713&pmid=51>

<http://www.hukukfakultesi.hacettepe.edu.tr/ikincisinifduyuru230913.pdf>

<http://ects.gsu.edu.tr/program/24/13>

http://www.law.ankara.edu.tr/?page_id=185

TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 66. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

*The Liability of the Employer in the Framework of 66th
Article of Turkish Code of Obligations*

Sümeyye KOCAMAN*

ÖZET

Hukuka aykırı fiillerden biri olan haksız fiillerde istisnayı teşkil eden kusursuz sorumluluk hallerinden biri, adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Bu sorumluluk tipinde bir kişiyi çalıştırmak suretiyle onun hizmetinden yararlanan ve onu hâkimiyeti altında tutan olarak adam çalıştırın, çalışanın üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Söz konusu sorumluluk kusursuzluğa dayandığından genel haksız fiil şartlarından ayrı olarak çalıştırın ve çalışanın kusurlarından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır.

6098 sayılı TBK¹ adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin olarak, illiyet bağının kesilmesi anlamına gelen “tüm dikkat ve özen gösterilseydi dahi zararın meydana geleceği”ni ispatlayarak sorumluluktan kurtulmanın metinden çıkarılması, bunun yerine işletmenin çalışma düzeninin zararı engellemeye elverişli olduğunun ispatlanmasıyla sorumluluktan kurtulabilme imkânının tanınması ve metnin sadeleştirilmesi dışında esaslı bir yenilik getirmemiştir. Illiyet bağını kesen sebebe ilişkin metinden çıkarma hali de esasen artık bu halde sorumluluktan kurtulunamayacağını değil zaten illiyet var olmadığından bir kurtuluş kanıtı olarak metin içerisinde yer verilmesinin gereksizliği sebebiyle gerçekleştirilmiş bir değişikliktir.

Anahtar Kelimeler: Adam çalıştırın, çalışan, kusursuz sorumluluk, haksız fiil, çalıştırma ilişkisi, işlevsel bağ, kurtuluş kanıtı, rücu.

* 17. Dönem Hâkim Adayı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, sumeyye283@gmail.com.

¹ 4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

ABSTRACT

One of the absolute liability circumstances which constitutes exception in act of injustice which is one of the unlawful legal acts is the liability of the employer. In this type of liability, By means of employing a person ,as an employer benefiting from his service and the one dominating him, the employer is held responsible for the harms which he gave to the third parties. The liability in question shows up , as distinguished from conditions of general act of injustice, separately from faults of employer and employee because it depends on perfection.

Relating to the liability of employer in the law 6098 in TBK (*Turkish Code of Obligations*),the possibility of acquittal of obligation has been removed from the text by proving “the damage would happen even if all care and attention were shown” which means disconnecting of casual connection , instead, it has not brought any other essential innovations except intitling the possibility of acquittal of obligation and the simplification of the text by proving that the work order of business is convenient for preventing the harm. Concerning the reason of disconnecting the casual connection, the circumstance of removing from the text is an alteration because of the reason that it is unnecessary to include the casual connection in the text as a deliverance evidence because casual connection hasn’t already existed, not because the fact that the employer cannot want out of responsibility anymore at that circumstance.

Key Words: Employer, Employee, Absolute Liability, Act of Injustice, Employing Relations, Functional Connection, Deliverance Evidence, Withdrawing.



GİRİŞ

Günlük yaşamda insanlar tarafından gerçekleştirilen bazı fiillere hukuk düzeni sonuçlar bağlayarak bunlara “**hukuki fiil**” statüsü tanımıştır. Hukuki fiillerin bazıları hukukun tasvip ettiği hukuka uygun fiillerden oluşurken, diğer bir kısım fiiller hukuk düzenince hukuka aykırılık damgasıyla damgalanmışlardır. İşte hukuka aykırılık damgasına maruz kalan fiillerden biri olan haksız fiilin²

² Haksız fiil doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Haksız fiilin genel davranış kurallarına aykırılık olduğu yönünde bkz. Oğuzman, M.Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-2, İstanbul 2013, s.1; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt-1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2013, s.160. Bunun yanında haksız fiili; arada bir hukuki ilişki olmaksızın ve sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki yükümlülüğün ihlali yüzünden doğan zararı taz-

varlığından bahsedebilmek için hukuka aykırı bir fiilin varlığı, bu fiilin bir zararı sonuçlaması, zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması ve failin kusurlu olması şartları aranmaktadır. Ceza hukuku bakımından “**kusursuz ceza olmaz**” ilkesi mutlak olarak kabul edilmişken özel hukukun sorumluluk düzeninde kanun koyucu bazı hallerde kusur esasından saparak gerek Türk Borçlar Kanunu’nda gerek diğer mevzuatta kusursuz sorumluluk halleri ihdas etmiştir.

Çalışmamızın konusunu kanun koyucu tarafından kusursuz sorumluluğun bir türünü oluşturmak üzere TBK’nın 66. maddesinde özen sorumluluğu başlığı altında düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu oluşturmaktadır. Söz konusu sorumluluk kanunda dört fıkra halinde kaleme alınmış, ilk fıkra sorumluluğun doğumunu, iki ve üçüncü fıkralar kurtuluş kanıtını, son fıkra ise zararı gidermiş olan adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkını düzenlenmiştir. Kanunun getirmiş olduğu bu sistematığe uygun olarak biz de öncelikle sorumluluğa ilişkin genel bilgilerden başlayarak sorumluluğun sujesi ve niteliğini belirlemeye, ardından şartlarını tespit etmeye çalışacak; şartlar oluşup sorumluluk doğduğunda bu sorumluluğu ortadan kaldırmayı sağlayan kurtuluş kanıtına, son olarak ortaya çıkmış zararın nasıl giderileceğine ve zararı gidermiş adam çalıştırmanın çalışana rücuuna değineceğiz.

I. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Sorumluluğun Sujesi: Adam Çalıştiran Kavramı

Adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili bilgi vermeden önce çalışma boyunca kilit kavram olarak kullanılacak, sorumluluğun sujesi olan ve aynı zamanda sorumluluğa ismini veren “**adam çalıştiran**” kavramının açıklanması, daha sonra yapılacak açıklamaların anlaşılması bakımından önem arz edecektir. Kişilerin çalışma ilişkilerinde yetersiz kaldığı, faaliyetin büyüklüğü nedeniyle erişemediği alanlarda kendisine yardımcı olmak için diğer kişilerin hizmetinden yararlanması günlük hayatta sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Ancak salt hizmetten yararlanma hususu adam çalıştiran sıfatını kazanmak bakımından yeterli

min yükümü olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır. Bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bası, İstanbul, 1993, s.475; Nomer, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, İstanbul, 2013.

değildir, bu sıfatın kazanılabilmesi için hizmetinden yararlanan kişinin kendisini çalıştırana **bağımlı olarak** iş görmesi ve aralarındaki ilişkinin özel hukuka dayalı olması gereklidir³. Kamu hukukuna tabi olan çalışanların üçüncü kişilere verdikleri zararlardan, bunları çalıştırın kamu tüzel kişinin sorumluluğu kamu hukuku kurallarına tabidir⁴. Hizmetten yararlanma, bağımlı çalışma, özel hukuka dayalı olma şartlarının yan yana olduğu çalışma ilişkilerinde diğer bir kişinin hizmetinden yararlanana **adam çalıştırın (istihdam eden)** demek-
teyken, hizmetinden yararlanan kişiye çalışan (**müstahdem**) denilmektedir. Adam çalıştırın kavramı çoğu zaman iş hukukundaki **“işveren”** kavramıyla örtüşmekle birlikte aslında işverenden daha geniş bir çerçeveye sahiptir⁵.

B. Sorumluluğun Niteliği

Kusurun esas olduğu bir sorumluluk düzeninden kusur ilkesinin esnetilerek birtakım kusursuz sorumluluk hallerinin ihdasına geçilmesi çeşitli nedenlerin ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. Kanun koyucuyu kusur ilkesinden ayrılmaya sevk eden nedenler olarak büyük sanayinin gelişmesi, üretim ve taşıt araçlarının makineleşmesi, yeni enerji kaynaklarının bulunması, halkın büyük şehirlerde toplanması sonucu zarar olasılıklarının çoğalması gibi gelişme ve değişimler gösterilmiştir⁶. Söz konusu nedenlerin temellerini attığı bu yeni düzende kusur sorumluluğun kurucu unsuru olmaktan çıkmış, sorumluluğun gerçekleşmesi için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterli kabul edilmiştir⁷. Bu nedenle kusursuz sorumluluk kavramı yerine sebep sorumluluğu kavramı da sıklıkla kullanılmaktadır. Doktrinde bu sorumluluk sisteminin ortaya çıkmasında etkin olan esaslardan yola

³ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12.Bası, İstanbul, 2012, s.574; Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.141; İmre, Zahit, **Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul 1949, s.144; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17.Bası, İstanbul 2013, s.323.

⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.504; Nomer, s.130; Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2010, s.179. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas: 9264 Karar:3861 Tarih:7.5.1990, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas:8230 Karar:276 Tarih:18.1.1988 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyonu <http://www.kazancihukuk.com/>).

⁵ Eren, s.579.

⁶ Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981, s.1-2,

⁷ Eren, s.449.

çıkarak kusursuz sorumluluğu **olağan sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu** şeklinde ikili bir tasnife tabi tutanlar olduğu gibi⁸, **hakkaniyet sorumluluğu-olağan sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu** şeklinde üçlü biçimde kategorize edenler⁹ de bulunmaktadır ki Türk Borçlar Kanununun sistematığıne yansıyan görüş bunlardan ikincisidir. Kanunun haksız fiilden doğan borç ilişkilerini düzenlediği ikinci ayrımında ikinci başlık kusursuz sorumluluk olup, bu başlık altında 65.maddede düzenlenen hakkaniyet sorumluluğunun akabinde, olağan sebep sorumluluğunu ifade etmek için kullanılan özen sorumluluğu başlığı altında¹⁰ adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulduranın sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğuna yer verilmiş, ardından son kusursuz sorumluluk kategorisi olarak tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir.

Özen sorumluluğu başlığı altında düzenlenen sorumluluk tiplerinde ortak olan husus, sorumlu olan şahısların belli kişi ve ya eşya üzerinde kendilerine yüklenen objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmaları sonucu ortaya çıkan neticeden sorumlu olmalarıdır. Bu yükümlülük uyarınca adam çalıştırın emrinde çalıştırdığı kişiyi seçerken, bu kişiyi denetlerken ve talimat verirken gereken tüm özeni göstermek zorundadır. Eğer bu özen yükümlülüğü ihlal edilirse ve sorumluluğun doğumu için aranılan diğer şartlar da varsa buna bağlanan sonuç, özen yükümlülüğünü ihlal eden adam çalıştırın, çalışanın fiillerinden sorumlu olmasıdır. Temelde burada bir yarar-zarar dengesi vardır, buna göre adam çalıştırın kişi, bu kişiyi çalıştırmakla onun hizmetinden yararlanan olduğundan, onun üçüncü kişilere verdiği zararları da karşılayarak nimetin külfetine katlanmalıdır. Ayrıca adam çalıştırın kendisine bağımlı olarak çalışan kişinin verdiği zarardan sorumlu olması, kişinin egemenlik alanı içinde bulunan yani kendisine tabi olan şeylerin ve kişilerin verdikleri zarardan sorumlu tutulması şeklinde ifade edilen hâkimiyet alanı fikrine de uygundur. Tüm bu bilgiler ışığında adam çalıştırın sorumluluğunun dayandığı esaslar ve sorumluluğun niteliğini belirleyecek olursak; adam çalıştırın sorumlulu-

⁸ Yavuz, Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Mesuliyet Halleri ve İlkeleri”, **MÜHFD**, 2008, C.14, S.4, s.40-43; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.22.

⁹ Antalya, Gökhan, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, **MÜHFD**, 2008, C.14, S.4, s.70.

¹⁰ Başlık olarak özen sorumluluğunun kullanılmasına yöneltilen eleştiriler için bkz. Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Erişgin, Özlem, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, **Prof. Dr.Rona Serozan’a Armağan**, Cilt-2, İstanbul 2010, s.1248.

ğ u “**hakkaniyet ve hâkimiyet kolonları üzerine inşa edilen objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan bir kusursuz sorumluluk**” halidir.

II. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Adam Çalıştırmanın ile Çalışan Arasında Bağımlılık (Emir-Talimat) Esasına Dayanan Bir Çalıştırma İlişkisinin Varlığı

Adam çalıştırmanın sıfatının kazanılabilmesi için özel hukuka dayalı ve bağımlı olarak çalıştırılan bir kimsenin hizmetinden yararlanılmasının gerekli olduğu yukarıda belirtilmişti¹¹, ancak açıklamalar adam çalıştırmanın kavramının içeriğinin belirlenmesi amacıyla hizmet edecek şekilde dar yapılmış olduğundan burada sorumluluğun şartları bahsi altında çalıştırma ilişkisi ve bağımlılık esasının daha geniş kapsamlı olarak ele alınması zorunludur.

Bağımlılık unsurundan anlaşılması gereken işin görülmesiyle ilgili olarak adam çalıştırmanın çalışana talimat verebilmesi, işin organizasyonun adam çalıştırma kurulması ve işin onun denetim ve gözetiminde yapılmasıdır. Adam çalıştırmanın çalışan üzerinde sahip olduğu gözetim ve denetim yetkisi bağımlılık unsurunun temelini oluşturmaktadır. İş yaşamındaki değişikliklere ve yeniliklere paralel olarak günümüzdeki çalışma ilişkilerinde bağımlılık unsurunun esnediği görülmektedir. Bu kapsamda örneğin; işin adam çalıştırmanın işyerinde değil çalışanın evinde görüldüğü hallerde bağımlılık unsuru esnemekle birlikte varlığını sürdürmektedir.

Bağımlılık ilişkisinin en önemli unsuru olarak adam çalıştırmanın, yardımcının hizmetinden yararlanmasının, adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine yönelmesi olarak ifade edilmekte ise de¹² bu unsurun bağımlılık içermeyen vekalet ve eser sözleşmelerinde de var olması sebebiyle bağımlılık unsurunu açıklamakta yetersiz kaldığı kanaatindeyim. Sözelimi, iş sahibinin hiçbir talimatına maruz kalmaksızın onun arsasında bina yapan yüklenici ile iş sahibi arasında bağımlılık unsuru kabul edilemezken yüklenicinin fiili yine de iş sahibinin amaç ve menfaatine yönelmiştir. Bağımlılık ilişkisinin bulunması için mutlaka adam çalıştırmanın yardımcı kişiden daha fazla teknik bilgiye sahip olması ve ona iş

¹¹ Bkz. yukarıda s. 2.

¹² Eren, s.580.

hakkında talimat verecek durumda bulunması şart değildir¹³.

Başkasının hizmetinden yararlanma ise bir sözleşmeye, aile hukuku ilişkisine, arada hukuki bir ilişki olmaksızın fiili bir duruma dayanabilir¹⁴. Sözleşmeye dayanan hallerde taraflar arasındaki sözleşme çoğu zaman karşımıza çıkacağı şekilde bir hizmet sözleşmesi olabileceği gibi, bağımlılık unsurunun varlığı halinde bir eser sözleşmesi ve ya vekalet sözleşmesi de olabilir¹⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, adam çalıştıran-çalışan arasında bağımlı bir çalışma ilişkisinin belirlenmesi hususunda İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin baca-ızgara revizyonu, yükseltme ve deplase, yağmur suyu kanal yapımı işini bir limited şirkete ihale ettiği olayda *"İstisna sözleşmesinin 22. maddesi incelendiğinde ise; işe ilişkin talimatların işverenin görevlendireceği kişinin vereceği, buna yüklenicinin uyacağına ilişkin hükümlerin bulunması karşısında; davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının adam çalıştıran konumunda olduğu, onun gözetimi altında ve talimatına uyarak çalışan yüklenicinin de, yani davalı Ç... İnşaat Ltd. Şti.'nin Borçlar Kanununun 55. maddesi (TBK md.66) anlamında çalıştırılan niteliğini taşıdığı anlaşılmaktadır."* şeklinde bir belirleme ile eser sözleşmesindeki hükümler çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun hayat bulabileceğine hükmetmiştir¹⁶. Bir başka kararında ise Yargıtay şu belirlemeyi yapmaktadır: *"Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar*

¹³ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.59 dn. 27; Reisoğlu, s.178.

¹⁴ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.56-58. Bunun yanında aradaki ilişkinin geçici veya ivazsız olması da bir önem taşımaz. Bkz. İmre, s.145; Reisoğlu, s.179; Kılıçoğlu, s.322.

¹⁵ Yargıtay'ın işin idare tarafından eser sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye gördürülmesi halinde TBK md.66(eBK md.55)'ya gidilip gidilemeyeceği hususundaki görüşü zaman içerisinde tam tersine dönmüştür. Eski tarihli kararlara bakıldığında Yargıtay'ın tutumunun idareye başvurulamayacağı şeklinde olduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Esas:2141 Karar: 2259 Tarih:20.2.1979, 4.Hukuk Dairesi Esas:206 Karar: 3355 Tarih: 4.4.1980 vb. Buna mukabil metin içerisinde de bahsedildiği gibi yeni tarihli Yargıtay kararları söz konusu ihtimalde adam çalıştıran sıfatıyla idareye başvurulabileceği yönündedir.

¹⁶ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU Esas: 2012/7-216 Karar: 2010/231 Tarih: 28.04.2010.

vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin “adam çalıştırıcı” sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de Borçlar Kanununun 51/2. maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur.”¹⁷.

Aile hukuku ilişkisine okuldan sonra babasına işyerinde yardım eden çocuğun durumu örnek verilebilir. Fiili duruma dayanan hizmetten yararlanma ise arada bir sözleşmenin hiç kurulmadığı ve ya mevcut sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda karşımıza çıkacaktır¹⁸. Görülecek işin niteliği, süresi, ivazlı olup olmaması çalıştırma ilişkisinin mevcudiyetinin belirlenmesi bakımından önem taşımaz¹⁹. Önemle belirtmek gerekir ki tüzel kişilerin organları tüzel kişinin çalışanı değil bizzat kendisi olduğundan bunların fiillerinden oluşan zarar adam çalıştırıcının sorumluluğu kapsamında mütalaa edilemez.

Doktrinde üzerinde fikir birliği bulunmayan bir husus geçici iş ilişkisidir²⁰. İşveren işçiyi iş sözleşmesinde belirlenen iş görme borcunu belli süre başka bir işverene ifa etmesi için geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi oluşur (İş Kanunu²² md.7). Kanunda öngörülen şartlara uygun olarak kurulan bir geçici iş ilişkisinde, işçinin hukuka aykırı olarak üçüncü kişiye verdiği zarardan kim sorumlu olacaktır? Ödünç alan işveren mi? Ödünç veren işveren mi? Kanaatimce devreden işveren işin görülmesini talep hakkının yanında işçiye talimat verme hakkını da devralan işverene devrettiğinden, aynı zamanda zarar sırasında fiili olarak görülen iş devralan işverene ait olacağından işçinin fiilinden doğan

¹⁷ Yargıtay 7.Hukuk Dairesi Esas:2010/2809 Karar: 2010/4791 Tarih: 21.09.2010

¹⁸ Bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.58.

¹⁹ Eren, s.322; İmre, s. 144; Reisoğlu, s.179; Kılıçoğlu, s.322.

²⁰ Doktrindeki görüşler hakkında bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.61.

²¹ Geçici iş ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekmekçi, Ömer, «4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi», **Legal İş Hukuku Dergisi**, S.2, 2004, s.367-382; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25.Bası, İstanbul 2012, s.110 vd.; Çifter, Alğun/Demir, Özge, «4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkinin Hükümleri ve Sonuçları», İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.12, 2007/2, s.7-20.

²² 10.06.2003 Tarih ve 25134 Sayılı Resmi Gazete.

sorumluluğun da devralan işverene ait olması gerekir. Kaldı ki yukarıda da belirttiğimiz gibi adam çalıştırmanın sorumluluğu için taraflar arasında mutlaka bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekmediğinden, ödünç alan işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesinin bulunmaması ödünç alan işverenin sorumluluğunu etkilemez.

B. Çalışanın Hukuka Aykırı Bir Fiille 3. Şahsa Zarar Vermesi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu kusura dayanmıyor da olsa bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, haksız fiilin kusur dışındaki şartlarını (hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı) taşımalıdır. Burada sorumluluk için ne adam çalıştırmanın ne de çalışanın kusuru aranır²³. Çalışanın hukuka aykırı eyleminin icrai ve ya ihmali bir davranış olması herhangi bir farklılık yaratmaz. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale geleceğinden sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Hukuka aykırı fiille zarar uygun illiyet bağı içerisinde olmalıdır. İliyet bağına kesen hallerin varlığı halinde adam çalıştırmanın sorumluluğu ortadan kalkar. Bu haller mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru, zarar görenin müterafik kusurudur. 818 sayılı kanun döneminde adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getirilebileceği bir hal de adam çalıştırmanın “zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını” ispat etmesi haliydi²⁴. Ancak doktrinde bu halde zaten illiyet bağı koptuğu için kanunda ayrıca kurtuluş kanıtı olarak zikredilmesinin gereksiz olduğu vurgulanmaktaydı²⁵. Nitekim doktrinin bu görüşü 6098 sayılı TBK’ya da yansımış ve bu ifade kanuna alınmamıştır²⁶.

²³ Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı: 27.03.1957 1/3; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı:22.6.1966 7/7.

²⁴ Yeni kanun bu ifadeye yer vermemiş olduğundan kurtuluş kanıtı bahsinde değil bu bahiste incelenmesi uygun görülmüştür.

²⁵ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.70-71; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.512.

²⁶ Buna mukabil Akartepe, bu ifadenin, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için genel değil de özel bir ispat şartı öngördüğünden ve söz konusu sorumluluğa ilişkin ikinci bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanıdığından, herhangi bir tereddüde mahal verilmemesi için TBK md.66’ya alınmasının daha uygun olacağı kanaatindedir. Bkz. Akartepe, Alpaslan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve

Kanun sorumluluk için aranan şartlar gerçekleştiğinde adam çalıştırmanın kendisine yüklenen objektif özen gösterme yükümlülüğünü yerine getiremediğini ve zararında bundan ileri geldiğini karine olarak kabul etmiştir²⁷. Söz konusu bu karine aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere²⁸ ancak kurtuluş kanıtı getirilmesiyle ve ya olayda illiyet bağına kesen bir halin mevcudiyetinin ispatıyla çürütülebilir. Olayda meydana gelen zarar ise maddi olabileceği gibi manevi de olabilir.

Klasik anlamda haksız fiilin şartlarından biri olan kusurun, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali olması dolayısıyla sorumluluğun bir şartı olarak incelenmesinin söz konusu olmayacağı açıktır. Bunun yanında adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için kendi kusurunun bulunmasına gerek olmadığı gibi çalışanın da kusuruna ihtiyaç olmadığı ayrıca vurgulanmalıdır²⁹. Burada sorgulanması gereken mesele somut olayda zararın meydana gelmesi bakımından adam çalıştırmanın kusurunun bulunması durumunda buna bir sonuç bağlanıp bağlanmayacağıdır. Kendisine hiçbir kusur yüklenemese de sorumlu tutulan kişinin kınanabilir bir davranışının varlığı durumunda sorumluluğun varlığı neticesi değişmemekle birlikte bazı ek sonuçlar ortaya çıkacaktır. Öncelikle kusuru olmasa da sorumlu tutulan kişinin somut olay bakımından ayrıca kusurunun varlığı halinde buradaki kusura **munzam (ek) kusur** denildiği belirtilmelidir. Munzam kusur halinde kurtuluş kanıtı getirilememesi söz konusu olabileceği gibi zararın ortaya çıkışında zarar görenin kusuru karşısında adam çalıştırmanın munzam kusuru nedeniyle zarara görenin kusurunun nötralize olması, zararı gideren adam çalıştırmanın zararı giderdikten sonra çalışana yapacağı rücuda dengelerin değişmesi gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir³⁰.

C. Zararla Adam Çalıştırmanın Görülen İşi Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması

İşlevsel bağlılık ile ifade edilmek istenen esas itibarıyla adam çalıştırmanın

Değişikler”, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, 2012, s.163.

²⁷ Oğuzman/ Öz, **Cilt-2**, s. 147; Tandoğan, s.65.

²⁸ Bkz. aşağıda s.8 vd.

²⁹ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.64; Nomer, s.136; Reisoğlu, s.181; Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.143.

³⁰ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.8; Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.152; Kılıçoğlu, s.317.

çalışana verdiği işin görülmesi sırasında ve bu işle doğrudan bir ilgi içerisinde bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Örneğin; adam çalıştırmanın verdiği iş sebebiyle şehirlerarası bir yolculuğa çıkan çalışanın otomobille yaptığı kaza sonucu bir üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda zarar ile görülen iş arasında işlevsel bağın varlığı söz konusudur. Ancak aynı çalışanın dinlenmek için mola verdiği sırada biriyle kavga etmesi durumunda işlevsel bağın varlığı kabul edilemeyecektir. Yine iş sırasında kullanması için kendisine araç tahsis edilen genel müdürün bu araçla işe gidiş gelişi sırasında üçüncü kişiye verdiği zarar da iş ile fonksiyonel bağlılık içerisinde.

Doktrinde genel kabul, işin görülmesi sırasında ve onunla doğrudan bir ilgi içinde bulunduğu müddetçe çalışanın kendisine verilen talimatı geniş yorumlaması ve kapsamını aşması ya da verilen talimatı yanlış anlaması halinde dahi adam çalıştırmanın sorumluluğunun devam edeceğidir³¹. Buna mukabil çalışanın salt kendi menfaatleri için hareket ettiği durumlarda adam çalıştırmanın sorumluluğunun kalkacağı kabul edilmektedir³².

Tandoğan fonksiyonel bağlılığın tespiti için zaman ve yer ilişkisi, zararın iş sahibinin verdiği araç-gereçle yerine getirilmesi gibi etkenlerin ancak bir belirti teşkil edebileceğini, esas olanın zarar verici eylemin adam çalıştırmanın menfaatleri için kullandığı uğraşı alanının içine girmesi olduğunu vurgulamaktadır³³. Kanaatimce verilen zarar ile görülen iş arasında ne zaman fonksiyonel bağlılığın var olduğunu belirleyebilmek için işin niteliğine ve verilen talimatın içeriğine bakıp ortak bir sonuç çıkarmak doğru olacaktır.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 4.5.2000 tarih ve 2062/4389 sayılı kararına esas olayda bir şirkete ait otelde çalışan güvenlik görevlisi otel müşterilerinden birine tecavüz etmiştir. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılarak açılan davada yerel mahkeme red kararı vermiş, temyiz üzerine Yargıtay güvenlik görevlisinin daha önce çalıştığı yerden aynı fiil sebebiyle çıkarılmış olmasına

³¹ Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.146; Eren, s.626; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.63.

³² Öğüz, Tufan, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından "Emir-Talimat Altında Çalışma" ve "Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması" Unsurları Hakkında Değerlendirme", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul 2013, s.842; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.64.

³³ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.62.

rağmen otelde işe alınması dolayısıyla adam çalıştırmanın gerekli araştırmayı yapmadığı ve tecavüz fiili ile görülen iş arasında fonksiyonel bağıllığın bulunduğu gerekçesi ile şirketi adam çalıştırma sıfatıyla sorumlu tutmuştur³⁴. Kanatımca her ne kadar güvenlik görevlisinin fiili ile adam çalıştırmanın gördürdüğü iş arasında zaman ve yer yönünden bir bağlantı bulunsa da tecavüz fiilinin adam çalışanın menfaatine yönelmediği tamamen görevlinin kendi tasarruf alanına dahil olduğu açıktır. Bu nedenle zararlar ile görülen iş arasında fonksiyonel bir bağıllığın varlığını kabul etmek adam çalıştırmanın sorumluluğunun kapsamını fazlaca genişletmek anlamını taşıyacaktır. Yargıtay'ın görevlinin daha önceki işyerinden aynı nitelikte bir fiili işlemesi sebebiyle çıkarılmasına rağmen otelde işe alınmasına dayanması ise sorumluluğun şartlarının mevcut olması halinde kurtuluş kanıtı getirilmesini engelleyecek bir husustur. Sorumluluğu şartlarından olan fonksiyonel bağıllık gerçekleşmediği takdirde kurtuluş kanıtı getirilip getirilemeyeceği meselesinin incelenmesinin pratik bir faydası bulunmamaktadır.

Yargıtay bir petrol istasyonu çalışanları ile Tekel Müdürlüğü şoförünün araçların yakıt gereksiniminin petrol istasyonundan sağlanması hususunda anlaşıkları sırada akaryakıt alınmadığı halde alınmış gibi sahte tesellüm ve kredi senedi düzenledikleri ve bu yüzden işçilerin Ceza Mahkemesinde hüküm giydikleri, bunun üzerine her iki tarafın karşılıklı olarak birbirlerine adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanarak dava açtıkları olayda ise: *“BY.nın 55. maddesinde anlamını bulan adam çalıştırmanın, çalıştırdığı işçilerin eyleminden sorumlu tutulması ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştırma kimsenin bu işin yerine getirilmesinden meydana gelecek zarar tehlikesini üzerine alması, esasına dayanır. Adam çalıştırma; işçilerin seçiminde, çalışırken başkalarına zarar vermemesi için denetimde, işin örgütlenmesinde, esaslı ve doğru kuralların konulmasında, sürekli gözetim altında tutulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yardımcıının verdiği zarardansorumludur:*

Somut olay, yanların çalıştırdıkları adamların Ceza Mahkemesinde, bu davaya esas olan olay nedeniyle hüküm giymiş bulunmaları, kullandıkları adamların kendilerine verilen işi yapması dolayısıyla olaya yol açtığını göstermek-

³⁴ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Öğüz, s.839 vd.

tedir. Böylece zararlandırıcı eylemle hizmet arasında erek ve görev yönünden sıkı bir bağ olduğu, görülen işin adam kullananın buyruğu ve gözetimi altında yapılmış olması, olayda BY.nın 55. maddesi uygulanmasını gerektirmektedir. Davacı böyle bir zararın vukuu bulmaması için seçmede, buyurmada, gözetim ve denetlemede gerekli özeni göstermiş olsa bile zararın oluşmasına engel olunamayacağını kanıtlamakla yükümlüdür.” diyerek fonksiyonel bağlılığın var olduğunu dolaylı olarak söylemiştir³⁵.

III. KURTULUŞ KANITI³⁶

Sorumluluk için aranan şartlar gerçekleştiğinde zararın adam çalıştırının kendisine yüklenen objektif özen yükümünü yerine getirmemesinden ileri geldiği kanun tarafından bir karine olarak kabul edilmiştir. Bu karinenin ortaya çıkardığı sonuçları yani kendisine yüklenen sorumluluğu bertaraf etmek isteyen adam çalıştırının elindeki son koz ise kurtuluş kanıtının ileri sürülmesidir. Kurtuluş kanıtı şartları oluşmuşsa ileri sürülmekle, meydana gelen sorumluluk karinesini bertaraf edici bir işlev görmektedir. Kanun adam çalıştırana objektif³⁷ bir özen gösterme yükümlülüğü yüklemiş olduğundan bu yükümlülüğün somut olayda yerine getirilmiş olması halinde adam çalıştırana bir sorumluluk isnat etmek söz konusu olamayacaktır. Bu kapsamda kişinin hangi hallerde özen yükümünü yerine getirmiş olacağı hangi hallerde ise olmayacağı kurtuluş kanıtı getirilmesinin sınırını tayin edecek olması bakımından önem taşır. Bu hususta kanun adam çalıştırının **“çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini”** ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağını düzenlemiştir. Bunun yanında bir işletmede adam çalıştırının, işletmenin

³⁵ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas:2000/2062 Karar:2000/4389 Tarih:4.5.2000

³⁶ Bazı kaynaklarda kurtuluş kanıtı getirilmemesi sorumluluğun olumsuz şartlarından biri olarak irdelenmekte ise de diğer şartların varlığıyla sorumluluk karinesinin doğuyor olması ve kurtuluş kanıtının doğmuş olan karineyi bertaraf edici özelliği nedeniyle ayrı bir başlık olarak incelenmesi uygun görülmüştür. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk** ,s.66; Kılıçoğlu, s.32; Eren, s.627.

³⁷ Özen yükümlülüğünün objektif olmasının bir sonucu olarak adam çalıştırının şahsından kaynaklanan subjektif sebepler sorumluluğun doğuşu ve kurtuluş kanıtı getirilmesi bakımından önem taşımaz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk** ,s. 66; Oğuzman/Öz, **Cilt-2**, s.139; Nomer, s.135.

çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenleyen TBK md.66/3 karşısında adam çalıştırın işletmesinin meydana gelen zararı önlemeye elverişli bir yapıda kurgulandığını ispat edip sorumluluk karinesini çürütebilecektir. Kanunun öngördüğü bu halleri daha yakından incelememiz kapsamın belirlenmesine fayda sağlayacaktır.

A. Gereken Özenin Gösterildiğini İspat Ederek Sorumluluk Karinesini Çürütme

Adam çalıştırının sorumluluk karinesini çürütebilmesi için ilk olarak kendisine yüklenen objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispat edebilmesi gerekir. Bu özen yükümlülüğünün içine çalışanın seçiminde, ona talimat verilmesinde ve denetim ve gözetiminde özen girmektedir. Kurtuluş kanıtı ancak bu 3 özenin birlikte gösterildiğinin ispatı halinde getirilebilir dolayısıyla herhangi birindeki özensizlik diğerlerinde gerekli özen gösterilmiş olsa dahi kurtuluş kanıtı getirilmesine engel olur. Buna ek olarak belirtilmelidir ki kurtuluş kanıtı getirmek ile kusursuzluğu ispatlamak farklı kavramlardır. Sorumluluk için adam çalıştırının ve çalışanın kusuru aranmadığından, adam çalıştırın kusursuzluk ispatıyla sorumluluktan kurtulamazken, kurtuluş kanıtı getirmekle sorumluluktan kurtulur.

1. Çalışanın Seçiminde Özen

Adam çalıştırın çalışana işe alırken ona gördüreceği işe uygun nitelikte bir kimse olup olmadığını dikkate almak zorundadır. Çalışan kendisine tevdi edilecek işle ilgili gerekli bilgi, beceri, ahlaki yapı, eğitim seviyesi gibi niteliklere sahip olmalıdır. Örneğin şoför olarak işe alınacak bir kişinin en başta ehliyet belgesine sahip olup olmadığına bakılması gerekir eğer bu yönde bir araştırma yapılmamışsa bu durum adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirmesine engel olacaktır. Yine daha önce çocuk istismarından mahkumiyeti olan bir kişinin okul kantinlerinde ve ya okul servislerinde istihdam edilmesinde de kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmayacaktır.

Adam çalıştırın gerekli özeni kişiyi sadece işe alırken değil daha sonra bu kişiye yeni bir görev verirken, başka bir birime naklederken v.b durum-

larda da göstermelidir³⁸.

Yargıtay, bir şirkete ait tırın sürücüsünün seyir halinde iken, zarar görenin idaresindeki kamyonu sollayıp ve sollama hali bitmeden önceki şeride geçmek için yaptığı tehlikeli bir manevra sebebiyle zarar gören tarafından uyarılması sonucunda aracından inerek, kamyonun sürücü mahalline ait pencereden salıdığı bıçakla kamyonun sürücüsünü yaraladığı ve sonrasında da bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda “İstihdam eden davalı şirket, çalışanın eyleminden dolayı zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumludur. Uluslararası nakliyat işi ile iştigal eden davalı şirketin uzun yol şoförü olarak seçtiği adamın trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek, anlayış gösterebilecek nitelikte olması gerekir. Buna göre davalı şirketin sürücüyü seçme, talimat verme ve denetlemede gereken özeni göstermediği sonucuna varılmaktadır.» diyerek şirketin kurtuluş kanıtı getirmesini kabul etmemiştir³⁹.

2. Çalışana Talimat Vermede Özen

Adam çalıştırmanın yalnızca kişiyi seçerken özen göstermesi yeterli olmaz aynı zamanda çalışan işe başladıktan sonra bu işin görülmesiyle ilgili onun aydınlatılması, gerekli bilgilerin ve talimatların verilmesi gerekir. Ayrıca çalışana iş için gerekli araçların ve malzemenin de verilmiş olması aranmaktadır⁴⁰.

3. Çalışanı Denetim ve Gözetimde Özen

Adam çalıştırın kişiyi işe aldıktan ve işle ilgili talimat verdikten sonraki aşamada da çalışanın davranışlarına egemen olmalı ve bu bağlamda çalışan işin görülmesi sırasında denetlendiğinin bilincinde olarak hareket edecek şekilde faaliyet göstermelidir. Zira denetlenmediğini düşünen bir çalışan kolaylıkla görev ve sorumluluk bilincinden uzaklaşıp, dikkatsizce hareket edebilir⁴¹. Adam çalıştırın kişisel nitelikleri, bilgisizliği ve ya işletmenin büyüklüğü gibi etkenlerle çalışanı bizzat denetleyecek durumda değilse denetim için gerekli organizasyonu kurmalıdır.

³⁸ Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.68; Eren, s. 628.

³⁹ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Esas: 2010/9216 Karar: 2011/10886 Tarih: 20.10.2011

⁴⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 508; Eren, s.628.

⁴¹ Eren, s. 629.

B. İşletmenin Çalışma Düzeninin Zararı Engellemeye Elverişli Olduğunu İspat Ederek Sorumluluk Karinesinin Çürütülmesi

818 sayılı eski kanunda yer almamakla birlikte doktrin tarafından kabul görmüş olan ve bu kabulün TBK md.66/3'e yansımalarıyla hükme kavuşan işletme şartlarına yönelik bu karineye göre bir işletmede adam çalıştırarak, işletmenin çalışma düzeninin zararını doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe meydana gelen zararlardan sorumludur. Buradaki ifadenin adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için gerekli özeni gösterdiğini ispatlamasının yanında⁴² ayrıca işletme organizasyonunun da zararını önlemeye elverişli olduğunu ispatlaması şeklinde bir yükümlülük mü yüklediği yoksa bunlardan yalnız birinin ispatının sorumluluktan kurtulmak için yeterli mi olduğu⁴³ son olarak tamamen bağımsız bir sorumluluk hükmünü⁴⁴ mü içerdiği meselesi öğretide üzerinde fikir birliği olmayan bir konudur. Özellikle özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinin yanında işletmenin gerekli niteliklere sahip olmasını aynı anda arayanlar işletme şartlarının zararını doğmasını engellemeye elverişli olduğuna ilişkin ispatın gerçekleştirilememesi halinde gerekli özenin de gösterilmiş olmayacağını savunmaktadır⁴⁵.

İşletmede çalışanların yetki sınırlarının önceden belirlenmiş olması, görülen işe göre yeterli sayıda ve nitelikte kişi çalıştırılması, yönetim ve denetim kadrosunun ehil kişilerden oluşması ve bunlar için de gerekli düzenlemelerin yapılması, çalışanlara işe uygun araç-gereç verilmesi, işe ilişkin gerekli koruyucu önlemlerin alınması v.b gibi hallerde işletme organizasyonunun zarar doğmasını engelleyici şekilde kurulmuş olduğu kabul edilmektedir⁴⁶.

IV. ZARARIN GİDERİMİ

Sorumluluk şartlarının gerçekleşmesini takiben adam çalıştırarakın kurtuluş kanıtı da getirememesi halinde ortaya çıkmış zararın giderilmesi evresi başla-

⁴² Eren, s.629; Kılıçoğlu, s. 327; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 69.

⁴³ Oğuzman/Öz sayfa 148'de yalnız birinin ispatının sorumluluktan kurtulmayı sağlayacağını ifade etmektedir.

⁴⁴ Bkz. Türkmen, Ahmet, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK md.66/III)", İÜHFİM, C.70, S.2, 2012.

⁴⁵ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 69.

⁴⁶ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 70.

Yacaktır. Zararın gideriminden bahsedebilmek için öncelikle zararın belirlenmiş olması gerekir ki bu belirleme tarafların aralarında yapılacak bir anlaşma ile sağlanamazsa herhangi birinin başvurusu üzerine mahkemece gerçekleştirilecektir. TBK md.51'e göre hakim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alarak belirleyecektir. Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali olduğundan adam çalıştırmanın ve ya çalıştırdığı kişinin kusuru olmasa da tazminat ödeme borcunun doğacağına, kusurun bulunmamasının tazminatta indirim dahi imkân vermeyeceğinin⁴⁷ altını tekraren çizmek gerekir. Hâkimin belirlediği zarar miktarı **“tazminatın kişiyi zenginleştiremeyeceği”** kuralının söz konusu olduğu Türk hukukunda tazminatın üst sınırını teşkil edecek, haksız fiile uğramanın özendirici olmaması amacından yola çıkılarak belirlenen bu zararın üzerinde tazminata hükmedilemeyecektir. Ancak TBK md. 52'de sayılan zarar görenin fiile rızasının bulunması, zarar görenin davranışlarının zararın doğumunda, artmasında ve ya zarar verenin durumunun ağırlaşmasında etkili olmuş olması ya da zarar verenin olayda hafif kusurunun bulunup tazminat borcunu ifa ettiğinde yoksulluğa düşecek halde olup hakkaniyetin gerektirmesi halinde hakim belirlediği tazminat miktarından indirim yapabilecektir.

Zararın hesabında hangi tarihin nazara alınacağı meselesinde 2 çözüm yolları sürmek mümkündür. Buna göre ya haksız fiilin işlendiği tarih nazara alınıp bu tarihten hüküm tarihine kadar faiz işletilecek ya da hükme en yakın tarih nazara alınarak zarar miktarı belirlenecektir ki doktrinde ağırlıklı görüş bunlardan ikincisidir⁴⁸.

Çalışanın haksız fiil sonucunda üçüncü kişinin zararı malvarlığında ve ya şahıs varlığında ya da her ikisinde birden meydana gelmiş olabilir. Çalışanlardan birinin gemiyi iskeleye sabitlemeye yarayan halatı düzgün şekilde bağlamaması ve geminin salınımı sonucu halatın koparak iskeleden geçmekte olan bir kişiye çarpıp ölümüne yol açması halinde çalışanın fiili sonucunda zarar şahıs varlığında doğmuş iken çalışanın kontrolündeki aracın üçüncü kişinin aracıyla çarpışması halinde zarar malvarlığında, bu çarpışma sonucu üçüncü kişi aynı zamanda yaralanmışsa zarar hem malvarlığında hem de şahıs varlığında meydana gelmiş

⁴⁷ Eren, s. 764.

⁴⁸ Oğuzman/ Öz, **Cilt-2**, s.85 dn. 256.

olacaktır.

TBK md. 53 ve md. 54 çalışanın fiili sonucunda meydana gelen zararın kapsamını belirleyici hükümler içermektedir. Buna göre fiil ölümle sonuçlanmışsa cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ve ya yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradıkları kayıplar⁴⁹ zararın kapsamı içerisinde mütalaa edilecektir.

Bedensel zararın kapsamına ise tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların gireceği md.54'te hüküm altına alınmıştır. Kanun ayrıca destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar için hesaplanan tazminatın hakkaniyet düşüncesiyle arttırılıp eksiltilemeyeceği yönünde çok önemli bir düzenlemeye yer vermiştir.

Buraya kadar anlattığımız kısımda kişinin uğradığı zarar esas itibariyle malvarlığına etki edecek niteliktedir. Bir kimsenin aracına zarar verilmesi halinde malvarlığında bir azalma meydana geleceği gibi dövülen bir kimsenin tedavi olmak için yaptığı harcama da malvarlığına doğrudan etki eder niteliktedir ki bu tip zarar için hükmedilen tazminata **maddi tazminat** denilmektedir. Kısacası maddi tazminat zarara yol açan fiilin malvarlığında meydana getirdiği olumsuz etkinin eski hale getirilmesi amacına hizmet eden tazminat olup somut olayda ortaya çıkan zararı her zaman maddi tazminat ile ortadan kaldırmak mümkün olmayabilir ki bu noktada devreye **manevi tazminat**⁵⁰ girmektedir. Bu tip tazminatta ise haksız fiil nedeniyle kişilik haklarına yapılan müdahale sonucu zarar gören kimsenin zararı karşılanmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından değerlendirdiğimizde çalışanın fiili sonucunda meydana gelen zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilecek ve bu çerçevede adam çalıştırın hem maddi tazminat hem de manevi zararı tazmin etmek durumunda kalabilecektir.

⁴⁹ Ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradıkları kayıplar esas itibariyle yansıma zarar olmakla ve yansıma zararın tazmin edilmeyeceği kabul edilmekle birlikte md. 53'ün bunu özel olarak düzenlemesi sebebiyle bu yansıma zararın tazmini talep edilebilecektir.

⁵⁰ Manevi tazminatın nitelik ve işlevini açıklayan görüşler için bkz. Eren, s. 784 vd.

Tazminat miktarının saptanmasından sonra tazmin borcunun nasıl gerçekleştirileceği meselesi gündeme gelecektir. Bu noktada karşımıza 2 ihtimal çıkar: Ya zarar aynen tazmin edilecektir ya da nakden. Aynen tazminde zarara uğrayanın zararı bir ayın verilerek giderilmektedir ancak bu herhangi bir ayın değil bizzat zarara uğrayan ayın zarar görmemiş halidir. Bazı hukuklarda kural aynen tazmin olmakla birlikte hukukumuzda genel uygulama zararın nakden tazminidir. Nakden tazminde zarara uğrayan değer parasal karşılığı belirlenip bu bedelin zarara uğrayana verilmesiyle onun malvarlığı haksız fiilden önceki hale getirilmeye çalışılmaktadır.

Zararın nakden tazminine karar verilirse bir adım daha atılarak bu nakdi bedelin bir defada mı yoksa peyder pey (irat biçiminde) mi ödeneceğinin de saptanması gerekir. Tazminatı irat biçiminde ödenmesine karar verilirse borçlunun daha sonra ödeme gücünde meydana gelebilecek değişmelere karşı zarar göreni korumak amacıyla kanun borçluya güvence gösterme yükümlülüğü yüklemiştir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken en önemli meselelerden biri de zarar görenin zararının giderilmesini ne zamana kadar isteyebileceği yani talebin ne zaman zamanaşımına uğrayacağı hususudur ki buna cevabı kanunun 72. maddesi vermektedir. Buna göre tazminat istemi zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden başlayarak **2 yılın** ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren **10 yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Haksız fiil aynı zamanda suç teşkil eder nitelikte ise ve ceza zamanaşımı haksız fiil zamanaşımından uzunsa olayda ceza zamanaşımı geçerli olacaktır.

V. RÜCU

TBK md.66/4 adam çalıştırmanın ödediği tazminat için çalışana ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu edebileceği düzenlenmiştir. Hâl böyle iken zararın ortaya çıkışında kendisine kusur isnat edilemeyen çalışana rücu edilmesi gibi bir durum ortaya çıkamayacağı gibi rücu miktarı da ancak çalışanın kusuru oranında söz konusu olabilecektir⁵¹. Rücu miktarının üst sınırını adam çalıştırmanın 3.şahsa ödediği tazminat miktarı oluşturacak bu nedenle adam

⁵¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 512; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s.153; Reisoğlu, s.183.

çalıştıran bundan yüksek bedeli çalışandan talep edemeyecek bunun yanında zararın meydana gelmesinde adam çalıştırmanın kusuru varsa (ek kusur) adam çalıştırmanın rücu hakkını tamamen ve ya kısmen kaybetmesi gibi ihtimaller söz konusu olabilecektir.

Adam çalıştırana karşı üçüncü kişinin açtığı davada savunma sebeplerinin doğru şekilde ileri sürülebilmesi ve hükümden etkilenen olması dolayısıyla çalışana ihbarda(HMK⁵² md.61 vd.) bulunması ve fer'i müdahil⁵³ olarak yargılamaya katılması imkanının sağlanması gerekir (HMK md.66 vd.). Ancak fer'i müdahil hukuki konumu gereği taraf olmadığından bu davada hüküm çalışan için değil adam çalıştırın ve üçüncü kişi arasında verilecektir. Bu noktadan sonra başlayacak rücu evresinde yetkili mahkeme kesin yetkinin olmadığı halde asıl davayı karara bağlayan mahkeme, görevli mahkeme ise malvarlığına ilişkin bir durum söz konusu olacağından asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Asıl davada verilecek hükmün yanlışlığı rücu davasında ileri sürülemez olmakla birlikte çalışan (fer'i müdahil) ihbarın zamanında yapılmamış olması nedeniyle davaya geç katıldığını, adam çalıştırının iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen savunma sebeplerinin adam çalıştırının ağır kusuru nedeniyle ortaya konulmadığını ileri sürebilir. Bununla birlikte Yargıtay "*Dava hukuki niteliği itibariyle rücuen alacak davasıdır. Davacı belediye istihdam ettiği şoförün sebebiyet verdiği trafik kazası sonucu zarar görene ödediği tazminatı rücuen talep etmektedir. Davalı işçi (şoför) zarar görenle belediye arasında sonuçlanmış olan tazminat davasında yer almadığı gibi tazminat davası yargılaması sürecinde dava kendisine ihbar da edilmemiştir. Davalı yanıt dilekçesinde ve tüm safahatta tazminat davasında tespit edilmiş kusur oranına itiraz etmiştir. İlke olarak tazminat davasında belirlenen kusur oranı rücu davasında bağlayıcı değildir. Davalı tazminat davasında tespit edilen ve rücu alacağı miktarının belirlenmesine esas alınan ve az önce değinilen ilke gereğince bağlayıcı bulunmayan kusur oranına itiraz*

⁵² 4.2.2011 Tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

⁵³ Fer'i müdahil hakkında geniş bilgi için bakınız: Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/ Arslan, Ramazan, **Medeni Usul Hukuku**, 23.Bası, Ankara, 2012, s. 494 vd., Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 13.Bası, Ankara, 2012, s.274 vd., Karşlı, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3.Bası, İstanbul, 2012, s. 356 vd.

ettiğine göre bu davada kusur incelemesi yapılmadan sonuca gidilmesi hatalıdır."⁵⁴ diyerek tazminat davasında belirlenen kusur oranının yanlışlığının rücu davasında ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.

Adam çalıştırmanın çalışana rücuu iki hukuki temele dayandırılabilir: TBK md.66/4'teki rücu hükmü ve ya şartları bulunmaktaysa sözleşmeye aykırılık⁵⁵. Eğer somut olayda her iki temelin de şartları gerçekleşmişse öteden beri haksız fiil ve ya borca aykırı dayanma konusunda yapılan karşılaştırmaların neticeleri- ki bu neticeler ispat yükü, zamanaşımı, sorumsuzluk anlaşması arasındaki farklılıkları içerir- burada da uygulanacaktır. Bu bağlamda uzun zaman aşımı, çalışanın kusurunun ispatlanmasının gerekmemesi borca aykırılığa halâ baskın bir kimlik kazandırmaktadır.

Adam çalıştırmanın rücu hakkındaki zamanaşımı süresi TBK md.73'te düzenlenmiş olup buna göre rücu istemi tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişilerin öğrenildiği tarihten başlayarak 2 yılın ve her halde tazminatın ödendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Öğretide bir görüş kanunun zamanaşımını tazminatın tamamen ödenmesinden başlatması karşısında adam çalıştırmanın kısmen ödemede bulunduğu hallerde bu kısım için dahi zamanaşımının işlemeye başlamamasını eleştirmektedir⁵⁶.

VI. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU (TBK MD. 66) İLE YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN (TBK MD. 116) KARŞILAŞTIRILMASI

Öncelikle her iki kanun hükmü de yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olmayı düzenlemektedir. Ancak TBK md.116'nın uygulanabilmesi alacaklı ile borçlu arasında bir hukuki ilişkinin varlığına ve yardımcı kişinin fiilinin bu hukuki ilişki kapsamında borca aykırılık teşkil etmesine bağlı iken⁵⁷; TBK md.66 hükmüne dayanan sorumlulukta, adam çalıştırın, çalışanıyla bir borç ilişkisi içinde bu-

⁵⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Esas: 2010/28785 Karar: 2010/41995 Tarih: 30.12.2010

⁵⁵ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 72; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.512.

⁵⁶ Oğuzman/ Öz, **Cilt-2**, s. 154.

⁵⁷ Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara, 1961, s.449; Eren, **a.g.e**, s.619-620; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.901; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-1, 11.Bası, İstanbul 2013., s.436.

lunduğu kişiye değil, arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı üçüncü bir kişiye zarar vermekte⁵⁸ ve bundan dolayı sorumluluğu gündeme gelmektedir. Yani TBK md.66'da, başkasının fiili nedeniyle **“sözleşme dışı sorumluluk”**; TBK md.116'da ise **“sözleşmeden doğan sorumluluk”** söz konusu olmaktadır.

TBK md.66'ya göre sorumluluğun doğabilmesi için çalıştırılan kişinin çalıştırılan kişiye bağımlı olması şartı aranırken, TBK md.116 'ya göre sorumlulukta yardımcı kişi bakımından böyle bir şart aranmaz⁵⁹.

İki hüküm arasındaki bir diğer fark da kusurun ispatında karşımıza çıkar. TBK md.66/f.2'ye göre adam çalıştırılan, çalışanını seçmede, talimat vermede ve denetimde zararın doğmaması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Görüldüğü gibi TBK md.66 adam çalıştırana 'kurtuluş kanıtı' getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır. TBK md.116'da ise borçlu TBK md.66'nın aksine kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz. Fakat şayet borç bizzat borçlu tarafından ifa edilse idi, zarara yol açan fiilde borçlu kusurlu sayılmayacak ve sorumlu olamayacak idiyse, sırf bir yardımcıya başvurdu diye sorumlu tutulması için de bir sebep olmadığından⁶⁰ borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

TBK md.116/f.2, anlamında sözleşme sorumluluğunda sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün iken, TBK md.66'ya göre, adam çalıştırılanla zarar görenin sorumsuzluk sözleşmesi yapması mümkün değildir.⁶¹

Son olarak zaman aşımı bakımından da iki hüküm arasında farklılık söz konusudur. Alacaklının borçluya karşı TBK md.116'ya dayanan tazminat istemi, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin TBK md.146'daki 10 yıllık zaman aşımı süresine tabirdir. TBK md.66'daki haksız fiil hükümlerine gidilmesi durumunda ise, bu hüküm, TBK md.72/f.1'de belirtilen haksız fiillere ilişkin kural olarak 2 ve 10 yıllık zaman aşımı sürelerine tabi iken; tazminatın ceza kanunlarına göre daha uzun bir zaman aşımının öngörüldüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğması halinde bu uzun zaman aşımı süresi uygulama alanı bulacaktır.

⁵⁸ Kılıçoğlu, s.324; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.901, Tandoğan, **Mesuliyet**, s.449.

⁵⁹ Oğuzman/ Öz, **Cilt-2**, s.143; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.901-902.

⁶⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.898; Nomer, s.259.

⁶¹ Eren, s.621.

SONUÇ

Günlük hayatta çevremizde sıklıkla rastladığımız bir işin ifasında yardımcı olarak kullanılmak üzere istihdam edilen yardımcı şahısların fiillerinden adam çalıştırmanın sorumluluğu TBK md. 66'da düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen sorumluluk üçüncü kişi ile adam çalıştırın arasında herhangi bir akdi ilişki olmaması dolayısıyla yardımcı şahısların fiillerinden akdi bağ sebebiyle sorumluluğun söz konusu olduğu TBK md.116'dan ayrılır. TBK'da yer alan düzenleme ile 818 sayılı kanun döneminde doktrinca kabul edilen organizasyon sorumluluğunu açıkça hükme bağlanmış bununla birlikte illiyet bağının kesilmesi anlamına gelen kurtuluş kanıtının 2.türü metinden çıkarılmıştır.

Sorumluluğun varlığının tespiti için adam çalıştırın ile çalışan arasında emir talimat esasına dayanan bir çalıştırma ilişkisinin varlığı, çalışanın hukuka aykırı bir fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde zarara yol açması ve zararlar adam çalıştırının işi arasında fonksiyonel bağıllık bulunması gerekir.

Sorumluluğun şartları oluştuğunda adam çalıştırına yönelik doğacak sorumluluk karinesi ancak kurtuluş kanıtı getirilmesiyle bertaraf edilebilir. Kurtuluş kanıtı adam çalıştırının çalışanın seçiminde, ona talimat verilmesinde, denetiminde gereken özeni gösterdiğini aynı zamanda da işletmenin çalışma düzeninin zararı engellemeye elverişli olduğunu ispat etmesiyle getirilebilir.

Zararın belirlenmesi ve giderilmesine ilişkin esaslar çerçevesinde zarar tazmin eden adam çalıştırın kusuru olduğu ölçüde çalışana rücu edebilecektir. Adam çalıştırının yapacağı rücuun üst sınırını üçüncü kişiye ödediği bedel teşkil etmektedir.

Belirtilen bu yapı ortaya çıktığında zarar gören üçüncü kişi kusur sorumluluğunun şartları varsa çalışana başvurmak ile adam çalıştırının sorumluluğuna başvurmak hususunda seçimlik bir imkâna sahip olmakla birlikte olayların çoğunda maddi durumunun daha elverişli olması, kusur şartının aranmaması v.b sebeplerle adam çalıştırının sorumluluğuna başvurma yolunu seçecektir.



KAYNAKÇA

Akartepe, Alpaslan: “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişikler”, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, 2012, s.159-190.

Antalya, Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, MÜHFD, 2008, C.14, S.4, s. 63-83.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25.Bası, İstanbul 2012.

Çifter, Algun/Demir, Özge: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.12, 2007/2, s.7-20.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt-1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8.Baskı, İstanbul 2013.

Ekmekçi, Ömer: “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku Dergisi, S.2, 2004, s.367-382.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, İstanbul 2012.

İmre, Zahit: Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.

Karslı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, İstanbul 2013.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller”, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, Cilt-2, İstanbul 2010, 1243-1272.

Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukuku, 23.Bası, Ankara 2012.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.Bası, İstanbul 2013.

Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 11.Bası, İstanbul 2013. (Metin içerisinde “Cilt-1” şeklinde kısaltılacaktır.)

Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, 11.Bası, İstanbul 2013. (Metin içerisinde “Cilt-2” şeklinde kısaltılacaktır.)

Öğüz, Tufan: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir–Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”, Prof.Dr.Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay Oğuz,/ Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 13.Bası, Ankara 2012.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010.

Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (Metin içerisinde “Sözleşme Dışı Sorumluluk” olarak kısaltılacaktır.)

Tandoğan, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara 1961. (Metin içerisinde «Mesuliyet» olarak kısaltılacaktır.)

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Alttop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.

Türkmen, Ahmet: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK md.66/III)”, İÜHFM, 2012, C.70, S.2.

Yavuz, Cevdet: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Mesuliyet Halleri ve İlkeleri”, MÜHFD, 2008, C.14, S.4, s.29-61.

1. İDEOLOJİ / İDEOLOJİK KİŞİLİK OLGUSUNUN OLUMSUZLUĞU ÜZERİNE
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
2. CEZA MUHALEMESİNDE MÜDAFİİN ÖNEMİ, HUKUKİ STATÜSÜ VE MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN PROBLEMLER
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA – Ar. Gör. Murat ARABACI
3. MODERN TOPLUMDA HAYVAN HAKLARI ÜZERİNE FELSEFİ BİR YAKLAŞIM
Doç. Dr. Selim KILIÇ
4. MEŞRU SAVUNMADA ORANTILILIK VE DURDURUCU GÜÇ KAVRAMI
Yrd. Doç. Abdullah AVŞAR – Erdem OKDEMİR
Semra Savaş KETEN – Hakan ÖNAY
5. YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU KAPSAMINDAKİ KABUL EDİLEMEZ BAŞVURU VE HIZLANDIRILMIŞ DEĞERLENDİRME KARARLARININ KESİNLİĞİ
Yrd. Doç. Dr. Aslı Bayata CANYAŞ
6. F KLAVYE İLE Q KLAVYENİN ERGONOMİK AÇIDAN KARŞILAŞTIRILMASI VE ERZURUM ADLİYESİ UYGULAMASI
Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL – Kadir DELİGÖZ
7. TÜRK HUKUKUNDA ÖNGÖRÜLEN SON DEĞİŞİKLİKLER İTİBARIYLA YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASINDAN FAYDALANMA KOŞULLARI
Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI
8. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ
Yrd. Doç. Dr. Selin SERT
9. ULAŞIMA MÜDAHALE EDEREK VE ARAÇ KULLANMAK SURETİYLE TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇLARI
Dr. Cengiz APAYDIN
10. İSLAMOFOBİ OLGUSU BAĞLAMINDA TERÖRLE MÜCADELE DİLİ VE POLİTİKALARI
Dr. Ergin ERGÜL
11. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURUDA SAĞLIK NEDENİYLE TEDBİR UYGULAMASI
Dr. Hüseyin TURAN – Muharrem İlhan KOÇ
12. KANUNLAR İHTİLAFI VE ANAYASA YARGISI
Dr. Tolga ŞİRİN
13. GIDA GÜVENLİĞİ VE KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASI
Arş. Gör. Dr. Emin Koç
14. CEZA MUHALEMESİNDE DELİL VE İSPAT HUKUKU AÇISINDAN ELEKTRONİK DELİL (E-DELİL) KAVRAMI
Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU
15. KİŞİNİN HATIRASINA HAKARAT
Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM
16. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI VE KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMININ TABİ OLDUĞU SÜRELER
Banu Fatma GÜNARSLAN
17. TÜRK ULUSLARARASI GEMİ SİCİLİNE KAYITLI GEMİLERE TANINAN AYRICALIKLAR
Savaş YİGEN
18. KRİMİNOLOJİ VE CEZA HUKUKU: HUKUK FAKÜLTELERİNDE KRİMİNOLOJİ ÖĞRETİMİNİN FAYDALARI VE TÜRKİYEDEKİ GÜNCEL DURUM
Semih YUMAK
19. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 66. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU
Sümeyye KOCAMAN



Ahlatlıbel Mah.
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01
www.taa.gov.tr