



AV. GÜNEY DİNÇ'E  
ARMAĞAN

İZMİR **BAROSU** DERGİSİ

Yıl: 84 • Eylül 2019 • Sayı: 3

Yıl: 84 • Eylül 2019 • Sayı: 3

Dört ayda bir yayımlanır  
ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

ULAKBİM



AV. GÜNEY DİNÇ'E ARMAĞAN

**Av. Özkan Yücel - İzmir Barosu Başkanı**  
Sunuş

Güney DİNÇ; Adanmış Bir Yaşam

**Prof.Dr. İpek ÖZBEK SÖNMEZ**  
Güney DİNÇ'in İnsan – Çevre İlişkinine  
Hukuk Alanındaki Katkıları

### Hakemli Makaleler

**Prof.Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN**  
İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı ve  
Ülkemizde Kız Çocuklarının Durumu

**Dr. Metin BAYKAN - Arş. Gör. Lokman YENİAY**  
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru  
Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları

**Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ**  
İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı  
Açısından Devletin Yükümlülükleri:  
Telafi mi, Koruma mı?

**Av. Erdi YETKİN**  
Vnter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından  
Günümüze İndirilemez Müebbet Hapis Cezası  
ve Umut Hakkı

**Arş. Gör. Dr. Betül HAYRULLAHOĞLU**  
Tahsil Yetkisinin Kullanımının Haciz İşlemi  
Bakımından Değerlendirilmesi

**Hakan Serdar ÇÖPOĞLU**  
Malvarlığı Değeri Elde Etmeye Elverişli Olmayan  
Suçlar Bakımından Başvurulan Taşınmazlara,  
Hak ve Alacaklara El Koyma Tedbirinin Mülkiyet  
Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi

**Av. A. Sinan SÜRÜCÜ - Dr. Vadym ZHAMİLOV**  
Beden Muayenesi, İşkence Suçu ve İkisinin  
Kesiştiği Alan: Zorla Yapılacak Beden Muayenesi

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

**Yıl: 84 • Eylül 2019 • Sayı: 3**

Dört ayda bir yayımlanır  
ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR



### Makaleler

**Prof. Dr. İoanna KUÇURADI**  
İnsanca Yaşayabilmenin Nesnel ve  
Öznel Koşulları Üzerine

**Prof. Dr. Zafer GÖREN**  
Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği  
İle Benimsenen Hükümet Sistemi

**Prof. Dr. Harun TEPE**  
Adalet, Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları:  
Adalet Ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine

**Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR**  
AİHM'in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku  
Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve  
Karar Örnekleri

**Hande SEVİNDİK**  
Birleşmiş Milletler  
İnsan Hakları Koruma Sistemleri

**YIL.84 | 3**



**ANISINA SAYGIYLA...**  
**(1936 - 2015)**

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 84 • Eylül 2019 • Sayı: 3 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X  
HAKEMLİ BİR DERGİDİR

## SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan  
Av. Özkan YÜCEL

## SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Gamze KARAOĞLU

## YAYIN KURULU

Av. Ali BULUT  
Av. Anıl GÜLER  
Av. Aydın SUNELCAN  
Av. Ayşe Eylem ERKİPÇAK  
Av. Cemal N. ERDEM  
Av. Doğukan ALGAN  
Av. Fatih KARAMERCAN  
Av. Gülşah ÇAĞDAŞ  
Av. İmge KAÇMAZ  
Av. Ozan BALIM  
Av. Senem UYGUN KILIÇ  
Av. Sinem TOP  
Av. Suna KARABULUT  
Av. Uğur BULUT

## ARMAĞAN KOMİTESİ

Av. Cemal N. ERDEM  
Av. Özcan ÇİNE  
Av. K. Agah ADAK  
Av. Anıl GÜLER  
Av. Serkan CENGİZ

## DANIŞMA KURULU

### Anayasa Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	<i>Uluslararası Final Ü.</i>
Prof. Dr. Mehmet MERDAN HEKİMOĞLU	<i>Uluslararası Final Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yüksel METİN	<i>Süleyman Demirel Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku A.B.D.</i>
Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU	<i>Marmara Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Erdal ONAR	<i>Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Serdar NARİN	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Tijen DÜNDAR SEZER	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Şafak Evran TOPUZKANAMIŞ	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD</i>

### Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI	<i>İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	<i>Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	<i>Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	<i>Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	<i>Ankara Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	<i>Ankara Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	<i>İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	<i>İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yener ÜNVER	<i>Özyeğin Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT	<i>Özyeğin Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	<i>TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Koray DOĞAN	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	<i>Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA	<i>Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Seydi KAYMAZ	<i>Ufuk Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.</i>
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	<i>Ankara Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Tuğba BAYZİT	<i>Kıbrıs İlim Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Selman DURSUN	<i>İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Pınar BACAĞSIZ	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Zekiye Özen İNCİ	<i>On Dokuz Mayıs Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Serkan MERAĞLI	<i>Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi</i>

### Hukuk Bilimleri A.B.D.

Doç. Dr. Serkan ÇINARLI	<i>İzmir Bakırçay Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Öğr. Ü. Yaşar Metin ÖZDEMİR	<i>Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi</i>

### Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi A.B.D.

Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ	<i>İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Doç. Dr. Sevtap METİN	<i>İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi</i>
Dr. Ertuğrul UZUN	

### **İdare Hukuku A.B.D.**

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER  
Prof. Dr. Müslüm AKINCI  
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN  
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Doç. Dr. Mustafa AVCI  
Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP  
Dr. Öğr. Ü. Ahmet Kürşat ERSÖZ  
Dr. Öğr. Ü. Muhlis ÖGÜTÇÜ

*Lefke Avrupa Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi*  
*İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Marmara Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Ankara Hacı Bayram Veli Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Akdeniz Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*

### **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.**

Prof. Dr. Mustafa ALP  
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK  
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU  
Prof. Dr. Serkan ODAMAN  
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER  
Prof. Dr. Melda SUR  
Doç. Dr. Gaye BAYCIK  
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT  
Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ  
Dr. Öğr. Ü. Erhan BİRBEN  
Dr. Öğr. Ü. Ayça İZMİRLİOĞLU  
Dr. Öğr. Ü. Meltem ÖZTÜRK  
Dr. Öğr. Ü. Dilek Dulay YANGIN

*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Ankara Ü. Hukuk Fakültesi*  
*İbni Haldun Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.*  
*İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*İzmir Demokrasi Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Kıbrıs İlim Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Celal Bayar Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

### **Kamu Hukuku A.B.D.- Uluslararası Hukuk A.B.D.**

Prof. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN  
Prof. Dr. Fevzi DEMİR  
Prof. Dr. Yaşar GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Melda SUR

*Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Özyeğin Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*

### **Mali Hukuk A.B.D.**

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf KILDİŞ  
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

*Çankaya Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*  
*Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi*

### **Bütçe ve Mali Planlama A.B.D.**

Prof. Dr. Mustafa SAKAL

*Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

**Medeni Hukuk A.B.D.**

Prof. Dr. Faruk ACAR  
Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA  
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU  
Prof. Dr. Ebru CEYLAN  
Prof. Dr. Selma ÇETİNER  
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ  
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA  
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ  
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL  
Prof. Dr. Suat SARI  
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER  
Prof. Dr. Herdem BELEN  
Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER  
Doç. Dr. Serkan AYAN  
Doç. Dr. Ayşe ARAT  
Doç. Dr. Sezer ÇABRI  
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ  
Dr. Öğr. Ü. Mehmet Beşir ACABEY  
Dr. Öğr. Ü. Özlem ACAR  
Dr. Öğr. Ü. Eylem APAYDIN  
Dr. Öğr. Ü. İsmail ATAMULLU  
Dr. Öğr. Ü. Gamze TURAN BAŞARA  
Dr. Öğr. Ü. Nalan KAHVECİ  
Dr. Öğr. Ü. Tuba KUTOĞLU  
Dr. Öğr. Ü. Cem ÖZCAN  
Dr. Öğr. Ü. Tuğçe TEK BEN  
Dr. Öğr. Ü. Özlem TÜZÜNER  
Dr. Öğr. Ü. Ali Haydar YAĞCIOĞLU

Marmara Ü. Hukuk Fakültesi  
Marmara Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Aydın Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD  
Girne Amerikan Ü. Hukuk Fakültesi  
Yakın Doğu Ü. Hukuk Fakültesi  
Bahçeşehir Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Şehir Ü. Hukuk Fakültesi  
Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi  
Yakın Doğu Ü. Hukuk Fakültesi  
TED Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi  
Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi  
Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi  
Ankara Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi  
Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi  
Erciyes Ü. Hukuk Fakültesi  
Çankaya Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Kıbrıs İlim Ü. Hukuk Fakültesi  
İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi  
Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi  
Afyon Kocatepe Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi

**Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.**

Prof. Dr. Oğuz ATALAY  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK  
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ  
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES  
Prof. Dr. Meral ÖZKAN  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ  
Prof. Dr. Bilge UMAR  
Doç. Dr. Cenk AKİL  
Doç. Dr. Mine AKKAN  
Doç. Dr. Tolga AKKAYA  
Doç. Dr. Arzu GENÇ ARİDEMİR  
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

İstanbul Sabahattin Zaim Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi  
Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi  
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi  
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Antalya Bilim Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk A.B.D.  
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Emel HANAĞASI  
Doç. Dr. Nedim MERİÇ  
Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN  
Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA  
Dr. Öğr. Ü. Aziz Serkan ARSLAN  
Dr. Öğr. Ü. Mehmet AKÇAAL  
Dr. Öğr. Ü. Nur BOLAYIR  
Dr. Öğr. Ü. Evrim ERİŞİR  
Dr. Öğr. Ü. Fatih GÜNDOĞDU  
Dr. Öğr. Ü. Nilüfer BORAN GÜNEYSU  
Dr. Öğr. Ü. Taylan Özgür KIRAZ  
Dr. Öğr. Ü. Ece BAŞ SÜZEL  
Dr. Öğr. Ü. Çiğdem YAZICI TIKTIK  
Dr. Öğr. Ü. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL  
Arş.Gör.Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL  
Dr. Uğur BULUT

#### **Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.**

Prof. Dr. Ziya AKINCI  
Prof. Dr. Hacı CAN  
Prof. Dr. Bahattin Bahadır ERDEM  
Prof. Dr. Sibel ÖZEL  
Doç. Dr. Ayfer UYANIK  
Doç. Dr. Musa AYGÜL  
Doç. Dr. Rifat ERTEN  
Doç. Dr. Ceyda SÜRAL  
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU  
Dr. Öğr. Ü. Özlem CANBELDEK AKIN  
Dr. Öğr. Ü. Cemil GÜNER

#### **Roma Hukuku A.B.D.**

Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU  
Doç. Dr. Kadir GÜRTEN  
Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI  
Doç. Dr. İrem KARAKOÇ  
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK

#### **Ticaret Hukuku A.B.D.**

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR  
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN  
Prof. Dr. Mehmet HELVACI  
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY  
Prof. Dr. Ahmet TÜRK  
Prof. Dr. Vural SEVEN  
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI  
Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS  
Doç. Dr. Özge AYAN

Ankara Ü. Hukuk Fakültesi  
Akdeniz Ü. Hukuk Fakültesi  
Lefke Avrupa Ü. Hukuk Fakültesi  
Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi  
Kırıkkale Ü. Hukuk Fakültesi  
Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk A.B.D.  
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Bilgi Ü. Hukuk Fakültesi  
Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk A.B.D.  
Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi  
Maltepe Ü. Hukuk Fakültesi  
Bilgi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk A.B.D.  
MEF Ü. Hukuk Fakültesi  
Bahçeşehir Ü. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku A.B.D.  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
İzmir Barosu

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi  
Marmara Ü. Hukuk Fakültesi  
MEF Ü. Hukuk Fakültesi  
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi  
Ankara Ü. Hukuk Fakültesi  
Kadir Has Ü. Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi  
Girne Üni. Hukuk Fakültesi  
Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi

Yaşar Ü. Hukuk Fak. Roma Hukuku ile Hukuk Tarihi A.B.D  
Ankara Ü. Hukuk Fakültesi  
Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi

Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi  
Akdeniz Ü. Hukuk Fakültesi  
İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi  
İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi  
Türk-Alman Ü. Hukuk Fakültesi  
Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi  
İzmir Demokrasi Ü. Hukuk Fakültesi  
Manisa Celal Bayar Ü. Uygulamalı Bilimler Y.O. Uluslararası Ticaret Bölümü



Dr. Öğr. Ü. Ebru TÜZEMEN ATİK  
Dr. Öğr. Ü. Fatih AYDOĞAN  
Dr. Öğr. Ü. Sevil DOĞAN  
Dr. Öğr. Ü. Ramazan DURGUT  
Dr. Öğr. Ü. Nagehan KIRKBEŞOĞLU  
Dr. Öğr. Ü. Hüsnü TURANLI

**Diğer**

Av. Serkan CENGİZ  
Av. Talih UYAR

*Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku A.B.D.*  
*İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi*  
*Celal Bayar Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*  
*İstanbul Ü. İşletme Fakültesi*  
*Muğla Sıtkı Koçman Ü. İşletme Fakültesi*

*İzmir Barosu, Avrupa İ.H.M. Yargılaması ile İnsan Hakları Hukuku*  
*İzmir Barosu, İcra-İflas Hukuku*

İZMİR  
**BAROSU**  
DERGİSİ

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



*hukuk veritabanında taranmaktadır.  
law database.*

İZMİR  
**BAROSU**  
DERGİSİ

YÖNETİM YERİ  
İZMİR BAROSU  
1456 Sokak No: 14  
35220 Alsancak / İZMİR  
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14  
Faks: 0232 463 66 74  
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr  
yayin.kurul@gmail.com  
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI  
YABANERİ MATBAACILIK  
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.  
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR  
Tel: 0232 472 07 77 (Pbx)

Baskı Tarihi  
?

## YAZI GÖNDERİM KURALLARI

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlenmeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

8. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

9. Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

10. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

11. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları "biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk" yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. "yayımlanması uygundur", "yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir", "yayımlanması uygun değildir". Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında "yazar nüshası", yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

12. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekliğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazardan istenecektir.

13. Yayımlanmayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

14. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

15. Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına "olur" verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

16. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

## İÇİNDEKİLER INDEX

Sunuş

**Av. Özkan Yücel - İzmir Barosu Başkanı** ..... 15

Güney DİNÇ; Adanmış Bir Yaşam ..... 17

Güney DİNÇ'in İnsan – Çevre İlişisine Hukuk Alanındaki Katkıları

**Prof.Dr. İpek ÖZBEK SÖNMEZ** ..... 95

### HAKEMLİ MAKALELER

İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı ve Ülkemizde Kız Çocuklarının Durumu

**Prof.Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN** ..... 119

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları

**Dr. Metin BAYKAN - Arş. Gör. Lokman YENİAY** ..... 137

İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri:  
Telaflı mı, Koruma mı?

**Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ** ..... 167

Winter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından Günümüze İndirilemez  
Müebbet Hapis Cezası ve Umudun Hakkı

**Av. Erdi YETKİN** ..... 209

Tahsil Yetkisinin Kullanımının Haciz İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi

**Arş. Gör. Dr. Betül HAYRULLAHOĞLU** ..... 267

Malvarlığı Değeri Elde Etmeye Elverişli Olmayan Suçlar Bakımından Başvurulan Taşınmazlara,  
Hak ve Alacaklara El Koyma Tedbirinin Mülkiyet Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi

**Hakan Serdar ÇÖPOĞLU** ..... 323

Beden Muayenesi, İşkence Suçu ve İkisinin Kesiştiği Alan: Zorla Yapılacak Beden Muayenesi

**Av. A. Sinan SÜRÜCÜ - Dr. Vadym ZHAMİLOV** ..... 385

## MAKALELER

İnsanca Yaşayabilmenin Nesnel ve Öznel Koşulları Üzerine <b>Prof. Dr. İoanna KUÇURADI</b> .....	461
Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Benimsenen Hükümet Sistemi <b>Prof. Dr. Zafer GÖREN</b> .....	469
Adalet, Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları: Adalet Ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine <b>Prof. Dr. Harun TEPE</b> .....	491
AİHM'in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri <b>Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR</b> .....	511
Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Koruma Sistemleri <b>Hande SEVİNDİK</b> .....	559

## SUNUŞ

**Av. Özkan Yücel**  
**İzmir Barosu Başkanı**

Her daim gülen, dost gözler;  
Cesur, kararlı, üretken, maharetli eller;  
Dev bir akıl, koca bir yürek;

Üstünlerin hukuku yerine, hukukun üstünlüğünü egemen kılma yolunda yılmadan çabalanan, insan hakları mücadelesiyle yoğrulan, Güzelim bir ömür,

Dinmeden okuyup yazmak, sürekli araştırıp sorgulamaktan beslenen, birikimi ve yapıtlarıyla yüzümüzü ağartan

Yazar  
Savunman  
Hukukçu  
İnsan

Bizim...

Güney Ağabeyimiz.

Bil, azmin genç hukukçulara örnek oldu; duruşun karanlıkları yar-  
ma arzusunda olanlarımıza ışık tuttu.

Seni, ancak armağan niteliğinde bir dergi hazırlayarak hak ettiğin biçimde anabiliriz diye düşündük.

Ve bu dergi çıktı ortaya...

Güney Ağabey, biliyorum yetmedi, biliyorum eksik, biliyorum seni yeterince anlatmıyor.



Ama yine de; 12 Mart ve 12 Eylül karanlıklarına direnen sana, 2019 Türkiye'sinden selam gönderen bu armağana makaleleriyle katkıda bulunan değerli yazarlarımıza, değerlendirme sürecinde görev yapan Danışma Kurulu üyelerimize, İzmir Barosu Yayın Kurulu üyelerine ve Armağan Komitesi üyesi meslektaşlarımız Av. Cemal N. Erdem'e, Av. Ağah Adak'a, Av. Özcan Çine'ye, Av. Anıl Güler'e ve Av. Serkan Cengiz'e, seni unutturmadıkları ve seninle tanışma şansını bulamayan gençlerimize tanıttıkları için ne kadar teşekkür etsem azdır.

Sevgili Güney Ağabey, Rahat uyu ne seni unuttuk ne de uğrunda mücadele ettiğin değerleri. Ve biz artık biliyoruz;

“Geçse de yolumuz bozkırlardan  
Denizlere çıkar sokaklar”

Işıklar içinde uyu.

## Güney DİNÇ; Adanmış Bir Yaşam\*

Güney Dinç, eski çağlardan günümüze insanın mutluluğu ve özgürlüğü yolunda gösterilen çabaları, “en yüce uğraşlar” olarak görmektedir. Güney Dinç’in yaşamına, ürettiklerine, kısaca tüm uğraşlarına baktığımızda insanı merkeze alan, insan onurunu en yüce değer (supra-norm) olarak kabul eden bir düşünce yapısına sahip olduğunu görmekteyiz. Bu yönüyle de; eski çağların ve aydınlanma dönemi düşünürlerinin, çağlar boyunca kölelerin, ezilenlerin, emekçilerin insanca yaşam sürdürmeleri için mücadele veren her türden düşünür, bilim insanı, hukukçu, siyasetçi ve eylem adamlarının 20. ve 21. yüzyıldaki görünümüdür.

Güney Dinç, yazılı tarih başlangıcından günümüze uzanan bir “insanlık köprüsü” emekçisi, o yazısında sözünü ettiği “en yüce uğraşları” veren kişilerden birisidir.

Onun, temel insan hak ve özgürlüklerinin tanınıp korunması, savunulması ve geliştirilmesi konusunda verdiği uğraşlar, ne avukatlık başarısının, ne akademik başarısının ve ne de sanatçı kişiliğinin yüceltilmesi için değil, tamamen insanlık içindir, insanın mutluluğu ve özgürlüğü içindir. Ulaşılmasını istediği toplum düzeninin alt basamağının oluşturulabilmesi içindir.

Güney Dinç, insanın, yaşamın özünden gelen, sürekli gelişip yenilenmek zorunda olan bir varlık olmasından hareketle; bu gelişim ve insanlığın kendi saygınlığını yüceltebilmesi için ekonomik ve toplumsal yapının önemli olduğuna inanır. O ekonomik ve sosyal toplum düzeni de tüm insanların birbirleriyle eşit, kardeşçe, mutlu ve özgür yaşayacağı bir düzendir.

\* Bu yazı Av.Ağah ADAK, Av.Cemal Nedret ERDEM, Av.Özcan ÇİNE, Av.Anıl GÜLER, Av.Serkan CENGİZ'den oluşan Armağan Komitesi tarafından hazırlanmıştır.

Ülkesinin, temel insan hak ve özgürlüklerine dayalı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti haline gelebilmesi için gece gündüz çalışan, kitaplar yazan, konferanslar veren, söyleşiler yapan ve gerektiğinde haksızlığa uğrayanları savunmak için yargının her kademesinde mücadele veren, kendisini bir alana hapsedmeyen, yaşadığı toplumu, insanlığı ilgilendiren hemen her konuda titizlikle araştırmalar yapan, bu araştırma ve çalışmalarını yapıt haline getirip toplumun ve insanlığın hizmetine sunan çağdaş bir yazın emekçisi, çok iyi bir hukukçu ve avukattır Güney Dinç.

Ülkesinin her karış toprağının ve ülke insanının değerini bilen, çevreye duyarlı, temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını her durum ve koşulda savunan bir insan hakları aktivisti, düşünür ve eylem adamıdır... Başta kendi yaşadığı kent olmak üzere çarpık kentleşmeye, kent sakinlerinin haklarına el koymaya çalışan rantiyecilere karşı çıkmış, dogayı, ülkesinin tarih ve kültürel mirasını koruma mücadelesi vermiştir.

Hukuk, avukatlık ve baro ile ilgili uğraşlarının tamamı da insana özgülenmiştir. Haksızlığa uğrayanların yanındadır, insan ve toplum için, daha iyiye ulaşmayı istemiş ve bu yönde hukuk mücadelesi vermiştir.

Güney Dinç, uluslararası hukuk konusunda, Avrupa ve diğer uluslararası temel insan hak ve özgürlüklerini koruma mekanizmalarını ve bunların iç hukukun bir parçası olması nedeniyle bu organlara başvuru usul ve esaslarını ülkemiz hukukçularına tanıtmada büyük katkı sahibidir.

Güney Dinç, yaptığı çalışmalarla başta Anayasa olmak üzere temel kanunlarımızda ve bunların uygulanmasında, demokratik değerlere uygun değişimlere katkıda bulunmuştur. Dinç'in hukuka katkısı bununla da kalmamış, özellikle avukatların ve diğer hukuk uygulayıcılarının yasaların yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında yaratıcı yorum ve uygulamaları için de yol gösterici olmuştur.

Baroyu, siyaset yapılacak bir yer, siyasi bir kariyere atlama tahtası olarak görmemiş, baroyu insan haklarını temel alan, demokratik, laik,

sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçirilmesi için mücadele veren bir hukuk kurumu olarak görmüştür.

12 Eylül darbe koşullarında, binlerce insanın baskıya, işkenceye uğradığı, işinden olduğu, cezaevlerinin gençlerle, bilim adamlarıyla, gazeteci ve yazarlarla, siyasetçilerle, emekçilerle doldurulduğu, demokrasi ve insan temel hak ve özgürlüklerinin askıya alındığı bir dönemde baro başkanı seçilmiş ve hukuksuzluklara karşı mücadele vermiştir. YÖK mağdurlarının, 1402' lik bilim adamlarının, kamu görevlilerinin umudu olmuş, meslek birliklerinin gençlerin, yazar ve gazetecilerin, meslektaşlarının, işçilerin, sendikaların avukatlığını, savunuculuğunu yapmıştır.

Güney Dinç, barışı yalnız kendi ülkesi için değil, tüm insanlığın ortak ve ulaşılması gereken ortak değeri olarak görürdü. Uluslararası düzlemde barışın, sadece savaşların ortadan kalkmasıyla gelebileceğine değil, her türlü şiddetin, sömürü, baskı, eşitsizlik gibi tüm görünüm ve boyutlarıyla yeryüzünden silinmesiyle gerçekleşebileceğine, insan haklarının başında gelen yaşama hakkının güvenliğinin ancak gerçek barışın sağlanmasıyla mümkün olabileceğine inanmıştır.

Güney Dinç, tüm yapıtlarında ve dilekçelerinde yalın bir anlatım tarzını tercih eder, hukukla ilgili yapıtlarında ve dilekçelerinde hukuk dilini kullanmaya özen gösterirdi. Gerek hukuk ve gerekse diğer yapıtlarında Türkçeyi ve yazım kurallarını en iyi şekilde kullanmaya gayret eder, çalıştığı konuyla ilgili her zaman titiz bir araştırma yapar, engin genel kültür ve entelektüel bilgisini ustalıkla kullanır, yapıtları edebi haz veren bir içeriğe sahiptir. Yaratıcıdır, yapıtları özgündür.

Güney Dinç, sanatçı yetenek ve kişiliğini de toplum ve insan için kullanmıştır. Toplumsal sorunlara duyarsız kalmamayı ilke edinen bir sanat anlayışına sahiptir. Roman, öykü ve diğer edebi yazılarında, yalın ve akıcı anlatım biçimiyle toplumu, insanı, insan ilişkilerini anlatır, düşündürür...

Güney Dinç ile ilgili anlatımlarımızın dayandığı temel karakter özellikleri, onun yalın yaşam biçiminde de açıkça görülmektedir. Mes-

leğinde en üst noktalara çıkmış bir avukat... İlk bürosu Hisarönü'nde, küçük bir büro, 70 li yılların sonlarında Salihaga İşhanı'nda 25 m2 lik, öncesine göre daha büyük bir büro! Mesleğe başladığından beri kullandığı bazı harflerin yıpranmaktan çıkmadığı Tornado marka bir daktilo. 1980'de aldığı Renault marka otomobili...

Bürosunun kapısı herkese açık, randevu almadan görüşülebilir, genç yaşlı herkesi ayakta karşılıyor ve ayakta uğurluyor.

Güney Dinç'in mesleğini icra ettiği avukatlık bürosu ne kadar mütevazı ise özel yaşamı ve insan ilişkileri de o kadar mütevazı. Giyimi sade, moda uymak ya da şık olmak gibi bir çaba ve isteği yok.

Bir anlatıma göre derviş, başka bir anlatıma göre çelebi. Şimdi kullandığımız anlatım biçimiyle, alçakgönüllü. Baro Başkanı gibi değil, herhangi bir insan gibi davranıyor. İzmir Barosu Başkanlığı döneminde ayırım yapmadan herkesin başkanı olabilen bir kişilik.

Konuşmayı sevdiği kadar dinlemeyi de seven bir insandır Güney Dinç. Hoşgörülüdür, kızmaz, bağırmas. Konuşması doludur, bilgilenirsiniz. Bilgi, deneyim ve düşüncelerini hiç kıskançlık göstermeden paylaşan, dünya malına değer vermeyen, alçakgönüllü, yardımsever, barışçı, hoşgörülü bir gönül adamı; kısacası, insan sevgisiyle yoğrulmuş, toplumcu çağdaş bir demokrat, bir düşün ve eylem adamı idi Güney Dinç. Yaşamı Türkiye'nin hukuk tarihi ile kesişiyor. Biz, bu kesitleri özetlemeye çalışarak insan haklarına, hukuka ve hukuk devleti olma yolundaki mücadelelere katkılarında örnekler sunmaya çalışıyoruz.

Güney Dinç'i, anlatmaya, tanımaya ve anlamaya yönelik bu "genel tanıtım", onun her yönü ile tanıtılmasını amaçlamamaktadır, yazının böylesi bir iddiası bulunmamaktadır.

## I-MONTRÖ ANTLAŞMASINDAN 1961 ANAYASASI'NA

Güney Dinç, İstanbul ve Çanakkale Boğaz'larının hukuki statüsünü belirleyen ve Türkiye Cumhuriyeti'nin yönetimine geçişini sağlayan Montrö Antlaşması'nın imzalandığı gün olan 20 Temmuz 1936'da İzmir'in Karşıyaka bucağında doğdu.

Babası Hüseyin Safder, oğluna önce Çanakkale yakınlarında kendi adıyla bir kent kurduğuna ve Boğaz'ı koruduğuna inanılan mitolojik kahraman Dardanos'tan esinlenerek Dardanel adını verir ancak ailenin diğer kişileri bu ada ısınmadığı ve çekişme uzun sürdüğü için nüfusa yazılması bir yıldan fazla gecikir. Babasının bu seçimi, cumhuriyetin ilk dönem aydınlarının yaklaşımını yansıtmaktadır.

Hüseyin Safder, gençliğinde Darülbeydi'de oyunculuk yapmış, Milli Sahne'nin kuruluşuna katılmış, Nazım Hikmet, Vala Nurettin (Vanu), Aka Gündüz gibi dönemin önemli entelektüel ve sanatçıları ile yakın dostluklar kurmuş çok okuyan, aydın bir insandır. Güney Dinç'in annesi Baria ise Çanakkale Savaşları'nda şehit olmuş bir subayın kızıdır. Karşıyaka ve İzmir'deki çocukluğunun, ilk gençliğinin çok güzel geçtiğine inanır. Yaşadığı kenti de güzel bulur ve İzmir'in, şimdiki gibi insanı bunaltan, sevimsiz bir beton yığınına dönüştürülmediğini, başta deniz olmak üzere, doğanın bütün olanaklarından olabildiğince yararlandığını ifade eder.

Çocukluk döneminde ayırdına varamadığı iki temel etkenin yaşamını yönlendirdiğini belirtir:

Birinci etken, savaş: 1939'da İkinci Dünya Savaşı patlak verdiğinde üç yaşındadır. Ekmek, çay, şeker, bez, çivi, her şey karneyle alınıp satılmaktadır. Ülkede kıtlık vardır ama toplumsal sınıflar arasında günümüzdeki kadar uçurumlar yoktur. Yaşamlar birbirine benzemektedir. Savurganlık etmemek, tutumlu olmak, genel davranış biçimidir.

İkinci etken, Cumhuriyet: Çok yeni olmasına karşın öylesine çabuk yerleşip toplumca özümsemiş görünmektedir ki, başka tür yönetim biçimi düşünüleliyordu. Osmanlı egemenliğı sanki bin yılların ötesinde kalmıştı.

İlkokulu Karşıyaka'da Cumhuriyet İlkokulu'nda okuyan Güney Dinç, 1954 yılında Karşıyaka Lisesi'ni, 1958 yılında da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi.

Hukuk Fakültesi'ni, "olmayana ergi" yöntemiyle seçer. Önce hangi öğrenimleri görmek istemediğini, hangi mesleklerde başarılı olamayacağını saptar. Örneğın mühendislik, hekimlik, öğretmenlik, askerlik gibi işler ona uygun düşmemektedir. Hukukçu olmak gibi bir özlemi de yoktur ama, ayıklaya ayıklaya sonuçta hukuk öğrenimine başlamanın en doğru seçim olacağı yargısına varır. Böylece 1954 yılı sonbaharında, sınavı da girmeden İstanbul Hukuk Fakültesi'ne yazılır.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nde her biri kendi dalında Türkiye'nin kilometre taşları konumundaki öğretim üyelerinin öğrencisi olur.

Güney Dinç, böylesine nitelikli öğrencilerin bulunduğu bir sınıfın bir daha gelmediğı kanaatinde olduğunu söyleyerek, sınıf arkadaşlarından övgüyle bahseder. Sait Güran, Gülören ve Ünal Tekinalp, Erdoğan Moroğlu, Erol Cihan, Pertev Bilgen, Hikmet Sami Türk, Bilge Umar gibi daha sonranın hukuk profesörleri, öğrencilik yıllarında Türkiye'nin kalıcı edebiyatçıları arasındaki yerlerini almış olan Erdal Öz, Hilmi Yavuz, Ferit Öngören, Öny Sözer, Demir Özlü, Onat Kutlar sınıf arkadaşlarıdır.

Askerlik görevini 1960 yılında yedek subay olarak İstanbul, Rami Kışlası'nda yapar.

İstanbul Üniversitesi Rektörü Sıddık Sami Onar'ın yerlerde sürüklenişinin ardından yayınlanan ünlü Senato Bildirisi'ni o zamanlar fotokopi makinası olmadığı için Askeri Mahkeme'nin daktilosunda çoğaltır.

Bu işi gizli yaptığını düşünür. Sonradan komutanlarının da olayı bildikleri halde göz yumduklarını öğrenir.

Özellikle İstanbul'da 27 Mayıs'ı hazırlayan olayları, gençlik eylemlerini, karşı tepkileri, askerinin ve halkın tutumunu çok yakından izleme olanağını bulur. 27 Mayıs devrimci bir coşkuyla yaşanır. Askerlik dönüşü halk oylaması öncesinde 1961 Anayasası'nın benimsenmesi amacıyla yürütülen çalışmalara katılır. 1961 Anayasası'nı, inançla ve bilinçle kucakladıklarını ancak yıllar sonra yaratılan tartışmaların da etkisiyle düşündüğünde, o dönemde de çok yanlışlar yapıldığı kanısına vardığını ifade eder. «Demokrasinin kesintiye uğratılması doğru muydu?» sorusuna hala yanıt bulamadığını, Yassıada yargulamalarının, verilen kararların ise, hukuk adına övünç verici gelişmeler olmadığını şimdi daha iyi anladığını, günümüzde yaşanan birçok düşmanlığın temelinin, şiddetin kurumlaşmasının, o günlere kadar uzanabildiğini söyler.

1962 yılında Güney Dinç'in 1961 Anayasası ile ilgili makalesi "Devrimler ve Toplumculuk" Cumhuriyet Gazetesi Yunus Nadi Armağan'ı Makale Yarışması'nda yayınlandı.

1964-1970 yılları arasında Türkiye İşçi Partisi'nin (TİP) Karşıyaka İlçe Başkanlığı, İzmir İl Başkanlığı ve Genel Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerinde bulundu. 1967 seçimlerinde İzmir İl Genel Meclisi Üyesi seçildi. TİP'in Ege'deki örgütlenme ve seçim çalışmalarına katıldı. Aynı dönemde DİSK'e bağlı sendikaların avukatlığını yürüttü.

## **II- 15-16 HAZİRAN OLAYLARINDAN 12 EYLÜL DARBESİNE**

### **15-16 Haziran Olayları**

1970 yılında 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Grev ve Lokavt Kanun'unda değişiklik yapılması için TBMM'nde bir yasa taslağı hazırlandı. "Güçlü sendikacılık yaratılması" iddiasıyla gündeme gelen değişikliğin asıl amacı sendikal örgütlenmenin ve grev hakkının kısıtlanmasıydı.



Tasarının Meclis'te kabul edilmesinden dört gün sonra 15 Haziran 1970'te protesto eylemleri başladı.

Bu protesto eylemlerinin ardından Meclis'te kabul edilen tasarı 16 Haziran'da Cumhuriyet Senatosu'nda gündeme geldi. Tasarı, yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanı'na gönderildi. Tepkilere karşın Cumhurbaşkanı'nın Yasa'yı 6 Ağustos'ta onaylaması üzerine TİP ve direniş üzerine tavır değiştiren CHP Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulundu. Mahkeme 8-9 Şubat 1971 tarihinde aldığı kararla yasa'yı iptal etti. Sendikal yasalardaki kısıtlayıcı değişiklikler ancak 1980 darbesiyle yapılabildi.

Polisin protestocu işçilere silahla ateş açması sonucu ölen işçiler oldu ve 16 Haziran akşamüstü İstanbul ve Kocaeli'de sıkıyönetim ilan edildi. 21 DİSK yöneticisi gözaltına alınırken, 5.000'in üzerinde işçi önderi işten atıldı.

Güney Dinç yargılanan işçi ve sendikacıların avukatlığını yürüttü.

## **12 Mart Muhtırası**

12 Mart 1971 de Ordu bir muhtıra yayınlayarak, mevcut sosyal ve ekonomik sorunlardan parlamento ve hükümetin sorumlu olduğunu; bu sorunların partiler üstü bir anlayışla çözüme kavuşturulması için yeni bir hükümetin kurulmasını, aksi takdirde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamak görevini yerine getirerek, idareyi doğrudan doğruya üzerine almaya kararlı olduğunu kamuoyuna açıkladı. Hükümet istifa etti.

Toplumsal olayların sürmesi üzerine 26 Nisan 1971'de sıkıyönetim ilan edildi. Pek çok hukukçu, akademisyen, gazeteci, yazar, sendikacı, öğrenci gözaltına alındı ve tutuklandı. Bazıları yargılandı ve işkence gördü. Bunlar arasında Mümtaz Soysal, Bahri Savcı, Muammer Aksoy, Uğur Mumcu, Uğur Alacakaptan, İlhan Selçuk gibi isimler de bulunmaktaydı.

Anayasada temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemeler yapıldı.

Güney Dinç de 1 Mayıs 1971 günü gözaltına alındı ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141., 142. maddeleri hükümlerince tutuklandı. Güney Dinç o günleri şöyle anlatır: “...12 Mart darbesinden sonra götürüldüğüm Ankara Mamak Cezaevi'nde, başta Deniz Gezmiş ve aynı davada birlikte yargılanan on üç dava arkadaşı olmak üzere, Halit Çelenk'in savunmanlığını üstlendiği gençlerle birlikte oldum. Onlarla arkadaşlık ettim. Cezaevi içindeki direnişlere katıldım. İdam kararının verildiği gün Mamak'ın demir parmaklıklarının arkasında nasıl bir çöküş yaşadığımı bu gün bile olanca acısı ile anımsıyorum...”

İzmir Sıkıyönetim Mahkemesi'nde süren yargılamalar sonunda, Türk Ceza Kanunu'nun 146/3. maddesine dayanılarak, dört yıl iki ay ağır hapis cezasına mahkum edildi. Bir sendika seminerinde işçi temsilcilerine Politzer'in “Felsefe'nin Başlangıç İlkeleri”ni anlatması, devlete karşı silahlı kalkışma sayıldı. Askeri Yargıtay'ın bozmasından sonra sekiz ay tutuklu kaldığı bu davada aklanmasına karar verildi.

### **“Baroculuk”la tanışma ve Yönetim Kurulu Üyeliği**

Güney Dinç, 1976 yılında İzmir Baro Başkanı Av. Cengiz İlhan'ın yönetim kurulu üyeliğine seçilir. Böylece kendi ifadesi ile “Baroculuk”<sup>1</sup> ile tanışmış olur.

“Baroculuk”un Güney Dinç'in meslek yaşamında önemli bir yer tutması nedeniyle üzerinde durmak gereklidir.

“Baroculuk” Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluşunda ve ilk yönetim kurulunda görev alan avukatların, Türkiye Barolar Birliği, barolar, avukatlık mesleği, savunma, hukuk devleti gibi konularda geliştirdikleri bir yaklaşım biçimidir. Bu kurucular arasında baromuzun önceki başkanlarından Av.Enver Arslanalp, Av.Cengiz İlhan da vardır.

<sup>1</sup> Av.Cengiz İlhan “Baroculuk”,İzmir Barosu Dergisi Ocak 1991

Türkiye Barolar Birliği'nin kurucuları, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, avukatlık, savunma gibi kavramların toplumumuzda yeterince bilinmediği ve önemsenmediği bir dönemde;

- Hukukun üstünlüğü, hukuka bağlı devlet ve kişi kavramının yalnız yasa metinleriyle değil bir yaşam biçimi olarak toplum katlarına ulaştırılması ve yerleştirilmesi,

- Ülkemizde çağdaş ve uygar bir savunma anlayışının bir kurum olarak benimsenmesi ve örgütlenmesi,

- Kişi hak ve özgürlüklerinin hukukun çağdaş anlayış ve gelişmelere uygun olarak geliştirilmesi ve somutlaştırılması,

- Kişi haklarının diğer kişilere karşı korunması ve savunulmasının da ötesinde idareye, devletin diğer kurumlarına, hatta devlete karşı aynı düzeye getirilmesi, korunması ve savunulmasını sağlamak ile görevli ve sorumlu oldukları düşüncesindeydiler.

Türkiye Barolar Birliği ve baroların bu görevleri etkin ve kalıcı bir şekilde hayata geçirebilmesi, farklı toplumsal kesimlerin desteği ile olabilecek bir konuydu. Bu da Türkiye Barolar Birliği ve baroların bağımsız olması ile mümkündü.

Bağımsızlık, Türkiye Barolar Birliği ve baroların Adalet Bakanlığı'nın vesayet ve denetiminden kurtarılmasını gerektirdiği gibi diğer kurum, kuruluş, siyasi parti, dernek vs. den de bağımsız olmayı gerektiriyordu. Bağımsızlık, düşünce, tutum ve davranışlar dahil kurumun her yönden bağımsız kalabilmesiydi.

Bu durum baroları veya TBB'yi diğer herhangi bir kurumun yan kuruluşu haline getirecek veya böyle bir görüntü verecek, izlenim yaratacak tutum ve davranışlardan özellikle kaçınmayı, baro ve Türkiye Barolar Birliği yönetimlerinde görev alanların bu görevlerde buldukları sürece siyasi partilerde görev almamasını gerektiriyordu. An-

cak bu “Baroculuk”un siyasete veya siyasetçilere karşı olduğu anlamına gelmemektedir. “Baroculuk”, toplumsal değişim ve dönüşüm için siyasetin, siyasal katılmanın önemini kabul eder, bunun için toplumun farklı kesimlerinin düşünce ve taleplerinin hayata geçirilebilmesi için ifade ve örgütlenme özgürlükleri önündeki engellerin kaldırılmasını savunur.

“Barocular” ülke sorunları ile savunmanın, avukatlık mesleğinin, hukukun sorunlarının birbirinden ayrı olmadığı düşünürler.

“Baroculuk”, barodaki görevlerin, sosyal, ekonomik veya siyasal bir beklentiyle yapılmaması, bu görevlerin bir basamak olarak kullanılmaması gerektiği anlayışıdır. Baro başkanlığı ve yönetim kurulu üyeliklerinin iki dönemden fazla yapılmaması geleneği bu anlayışın bir ifadesidir.

“Baroculuk”, barocuların bir aydın olarak topluma olan borçlarını, zamanlarını, enerjilerini, bilgilerini en iyi bildikleri alan olan hukuk alanında değerlendirerek ödemeye çalıştıkları bir faaliyettir. Barocular, gerek baro başkanı veya yönetim kurulu üyesi oldukları dönemde ve gerekse bu görevleri sona erdikten sonra da bu faaliyetlerini sürdürmüşler, zamanlarının önemli bir kısmını bu faaliyetlere ayırmışlardır.

Av. Güney Dinç de “Baroculuk”un en önemli temsilcilerinden birisidir.

### **İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Haftası**

Yönetim Kurulu üyesi olduğu dönemde, konuyla ilgili meslek kuruluşları ve bazı sendikaların katılımıyla “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Haftası” düzenlendi. Güney Dinç, hem Baro (Yönetim Kurulu Üyesi) hem de DİSK adına düzenleme kurulunda bulunuyordu, bazı sunumlarda da görev almıştı. Sunumlar günlerce TRT radyolarında yayınlandı, basın konuyla yakından ilgilendi. İşyerlerinde yönetici konumundaki mühendislere, kurum yöneticilerine, görevleri gereği gelişmelerle doğrudan ve öncelikle ilgilenmek durumundaki hekimlere, hukuk danışmanlarına, insan sağlığının, çalıştıkları işletmelerin kazançlarından daha önemli olduğu anlatılmaya çalışılmıştı.

## 141-142

Hukuk tarihimizin en tartışmalı, üzerinde en çok kitap ve makale yazılmış olan konularından biri olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141 ve 142. maddeleri, Benito Mussolini dönemi İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınmış olup düşünce ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan maddelerdi.

Daha önce belirttiğimiz gibi Güney Dinç de bu maddelerden tutulanmış, mahkumiyet kararının Yargıtay'ca bozulması ile aklanmıştır. 1963 yılında Türkiye İşçi Partisi tarafından TCK. 141/1 ve 142/1. maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açıldı. Ancak Anayasa Mahkemesi bu maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğu ile karar verdi, altı üye ise karara muhalif kaldı.<sup>2</sup>

1975 yılında Genç Sosyalistler Birliği İzmir Bölge Yürütme Kurulu üyeleri hakkında İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı'nca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin birinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları istemiyle İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne kamu davası açıldı, Yargılama sürerken Devlet Güvenlik Mahkemeleri Yasası'nın iptal edilmesi üzerine dosya İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderildi.

1961 Anayasası'nda iptal talebinin reddinden sonra yeniden başvuru yapıp yapılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Anayasa Mahkemesi'nin iptal talebinin reddi halinde durum ve şartların değişmesi halinde konunun yeniden incelenebileceği, aksi durumun, bir kısım hükümleri imtiyazlı duruma getirmek; ilgililerin bunlar aleyhine dava açma yetkilerini önlemek; hukuki görüşleri dondurup ebedileştirmek olacağı yönündeki kararlarına<sup>3</sup> dayanarak Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunuldu.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesinin 1963/173 E., 1965/40. K. Sayılı 26.9.1965 tarihli kararı. AYMKD Sayı 4, sf.290

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesinin 1965/42 E., 1966/30. K. Sayılı 28.6.1966 tarihli kararı. AYMKD Sayı 4, sf.290

İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nde Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin, insan hakları, sosyal hukuk devleti, egemenliğin ulusa ait olduğu ilkelerine ters düşmekle Anayasa'nın 2 ve 4. maddelerine; eşitlik ilkesini zedelemekle Anayasa'nın 12. maddesine, düşünce ve kanıların açıklanmasını ve bilimin yayımını yasaklamakla Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine; suçluluğu doğuran eylemin özünün ne olduğunu belirtmemekle Anayasa'nın 33. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ortaklaşa hazırlanan dilekçe Av. Güney Dinç tarafından mahkemeye sunuldu, mahkemece dilekçede belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi bulundu ve dosya Anayasa Mahkemesi'ne gönderildi. 26.12.1978 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile on üç ilde sıkıyönetim ilan edildi. İzmir bu illerin içerisinde yoktu. Bakanlar Kurulu Kararı'nda, sıkıyönetimin "hür demokratik düzeni, temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin kesin belirtilerinin ortaya çıkması" nedenleri ile ilan olunduğu belirtildi.

Anayasa Mahkemesi'nce sanıkların işledikleri iddia edilen suçun sıkıyönetim ilanı nedenleri arasında olduğu ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın değişik 13. maddesi gereğince Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi'nin görev alanına girdiği için başvuran mahkemenin söz konusu yasa hükmünü uygulama durumunda olmadığına ve başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmesine oy çokluğu ile karar verdi, altı üye bu karara muhalif kaldı<sup>4</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141 ve 142. maddeleri 12.04.1991 tarihinde kabul edilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırıldı.

### **Tariş Olayları**

1979 milletvekili ara seçimleri sonucunda hükümet düştü. Yeni hükümetin kurulmasıyla siyasi görüşü farklı olan memur ve işçilerin görevlerine son verilmeye başlandı. Tariş İncir, Üzüm, Pamuk ve Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birlikleri olarak bilinen TARIŞ'e

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesinin 1979/33 E., 1979/42. K. Sayılı 23.10.1979 tarihli kararı. AYMKD Sayı 17, sf.316

atanan yeni genel müdür eski işçilerin işten atılacağını, farklı şehirlerden yeni işçilerin işe alınacağını açıkladı. Açıklama sonrası TARİŞ işçileri grev kararı alarak üretimi durdurdu. Polisin müdahalesi üzerine olaylar büyüdü ve bütün kente yayıldı. Yaklaşık 25 gün süren, 6 kişinin yaşamını yitirdiği, yüzlerce kişinin yaralandığı, binden fazla kişinin gözetimine alındığı olaylar sonrasında, 20 Şubat'ta İzmir'de sıkıyönetim ilan edildi. Yüzlerce işçi işten atıldı, pek çok sendikacı ve işçi hakkında dava açıldı. Güney Dinç yargılanan işçi ve sendikacıların avukatlığını üstlendi.

### III- 12 EYLÜL 1980

Türk Silahlı Kuvvetleri, İç Hizmet Kanunu'nu gerekçe göstererek emir ve komuta zinciri içinde ülke yönetimine bütünüyle el koymuştur. Parlamento ve hükümet feshedilmiş, parlamento üyelerinin dokunulmazlığı kaldırılmış, bütün yurttaki sıkıyönetim ilan edilmiştir. Yurt dışına çıkışlar yasaklanmış, sokağa çıkma yasağı konulmuş, gözetim süresi 90 güne çıkarılmıştır. Bu dönemde, Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre, darbe yönetimi döneminde 14 kişi açlık grevlerinde öldü, 171 kişi sorgularda ve cezaevi işkencelerinde hayatını kaybetti, 49 kişi idam edildi. 14.000 kişi vatandaşlıktan çıkarıldı, 39 ton gazete, dergi, kitap yakılarak yok edildi. 927 yayın yasaklandı.

Milli Güvenlik Konseyi (MGK) döneminde anayasal kurumlardan temel hak ve özgürlüklere uzanan bütün hayati alanlarda çok önemli yasalar çıkarıldı. Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, HSYK, TRT ve YÖK gibi kurumları düzenleyen bu metinler arasında Siyasi Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Olağanüstü Hâl Kanunu ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu da bulunuyor. Bu düzenlemeler, özgürlükleri istisna, kısıtlamaları esas kabul eden antidemokratik nitelikte düzenlemelerdi.

12 Eylül yasal düzenlemeleri aradan geçen yaklaşık kırk yılda Türkiye'yi yöneten temel metinler oldular. Zira 12 Eylül darbeleri önce bu yasaların çoğunu çıkardılar, ardından bu düzenlemelere uygun bir anayasa hazırlatarak yürürlüğe soktular. Böylece dünya demokrasi

tarihinde ilk kez yasalar anayasaya değil, anayasa yasalara uyduruldu ve halen yürürlükte olan 1982 Anayasası böyle bir yöntemle hayatımıza sokuldu.

Anayasa'nın geçici 15. maddesi ile Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanun, KHK ve kararların anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği, bu süreçte görev alanların yargılanamayacağı hükme bağlandı. "Milli Güvenlik Konseyi Dönemi" 12 Eylül 1980'den darbe sonrası yapılan ilk seçimlerden sonra parlamentonun toplandığı tarih olan 6 Aralık 1983'e kadar geçen süreyi ifade ediyor.

### **Baro Başkanlığı**

Güney Dinç, 12 Eylül hemen ertesinde yapılan baro seçimlerinde baro başkanı seçildi ve 12 Eylül koşullarında baro başkanlığı yaptı. Üç yıl görevde kaldı.

### **1982 Anayasası**

7 Ağustos 1982 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'ndeki 1982 Anayasa Tasarısı ile ilgili yazısında Güney Dinç;

Anayasa tasarısının toplumsal dengeyi oluşturacak yerde, tüm çağdaş ilerlemelere sırt çeviren, Türkiye'nin Anayasal gelişme çizgisi ile temelden çelişen, kendi içinde bile tutarlı olamayan bir eğilimi ortaya koyduğunu, diliyle, içeriğiyle, getirdiği ve kaldırdığı kurumlarıyla, bir Anayasa tartışmasına kaynaklık edebilecek olgunlukta dahi olmadığını, umutsuzluk, karamsarlık ve düş kırıklığı yarattığını, 1961 Anayasası'nı büsbütün ortadan kaldıracak yerde, şimdilik geçici bir Anayasa ile çoğulcu demokratik düzene geçiş koşullarının oluşturulması ve Anayasa değişikliğinin toplumun bütün kesimlerinin temsil olduğu kurullara bırakılmasının daha doğru olacağını, ülkemizin çok zaman yitirmiş bir ülke olduğunu, bunun bedelini yaşayan kuşakların ödediğini ve ödemekte olduklarını, gelecek kuşakları da, yaşam boyu mutsuzluğa itecek, işin içinden çıkamayacakları labirentlerin karmaşasında bocalamaya tutsak kılmamak gerektiğini ifade etmiştir.



Başkanlığını yaptığı İzmir Barosu'nun "Anayasa Tasarısı Hakkındaki Görüş ve Öneriler" başlığı altında yapılan açıklamasında da;<sup>5</sup>

"...Tasarı, geleceğin insanını bu günün egemen düşüncesine bağımlı kılmaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için, bizce gereksiz görünen ayrıntılara inilmiş, yönetmeliklerle düzenlenebilecek ikincil konulara, anayasal geçerlilik sağlanmıştır.

...getirilen katı kurullarla, geleceğin yasama, yürütme ve yargı organlarının değerlendirme olanakları şimdiden aşırı biçimde kısıtlanmış. Yürütme organını güçlendirmek amacıyla getirilen düzenlemeler, kısa bir süre sonra, devlet organları arasındaki uyumlu işlerliği zayıflatabilecek, karşılaşılan yeni sorunların aşılabilmesi için, sık sık anayasa değişikliği gerekebilecektir.

Erkler ayrılığı ilkesi bozulmuş, yürütmenin etkinliği, aşırı biçimde pekiştirilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması yoluyla yönetimlerin güçlendirilmesi, geçici dönemlerin dışında, çoğulcu demokrasilerde, uzun yıllardan beri geçerliliğini yitirmiş bir yöntemdir.

Tasarının getirdiği ve Danışma Meclisi'nden geçen maddeler, sosyal devlet ilkesini, 1961 Anayasası'nın uygulamaya yönelik yetersizliklerini giderecek yerde, içeriksiz bir sözcük düzeyine indirmektedir. Kısaca, bu düzenlemeye göre, 2. maddede tekrarlanmasına rağmen, sosyal devletten söz edilemez.

...Tasarı toplumumuzun çok gerisinde kalmıştır. 1961 Anayasası'nın bu tasarıdan çok daha başarılı ve iyi bir hukuksal düzenleme olduğunda hiç kuşku yoktur."denilmiştir.

12 Eylül Anayasası ile ilgili yapılan bu değerlendirme ve uyarıların ne kadar doğru ve haklı olduğunu, yaşanan süreç açıkça göstermiştir.

<sup>5</sup> İzmir Barosu Dergisi, Sayı,1, 1982, sh.5

## Avukatlık, Barolar, Savunma Hakkı ve Güney Dinç

Güney Dinç'in, mesleğe adım attığı ilk zamanlara ilişkin bir değerlendirmesinde; "Hukuk, öznesi, konusu ve yöntemi insan olan tek uğraş. Hukukçu, kimin yanında kimin karşısında olacak? ... İlk adımı atarken, çok iyi bildiğim bir şey vardı. Bağımsızlığı ve özgürlüğü seçmişim. Elbette, olabildiği kadar."<sup>6</sup> demektedir.

Güney Dinç, tüm meslek yaşamı boyunca avukat olarak bağımsız ve özgür olmuş, avukatların ve avukatlığın meslek örgütü olan baroların da bağımsızlığını savunmuştur. Avukatlık, bağımsızlık ve özgürlük mesleğidir.

Güney Dinç, 1969 yılında yürürlüğe giren ve halen avukatların meslek, baroların kuruluş, görev ve yetkilerini belirleyen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun birçok yeniliği beraberinde getirmiş olmasına karşın mesleksi bağımsızlığı sağlayamadığı görüşündedir. Baroların örgütsel etkinliğini belirleyen önemli kararlarının Adalet Bakanlığı'nın onayına sunulmasını bağımsızlığın engeli olarak görmektedir.<sup>7</sup> Güney Dinç'in bu değerlendirmesinin ne kadar haklı olduğunu zaman göstermiş, baroların ve avukatların mücadeleleri sonucu 2001 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile Adalet Bakanlığı'nın vesayeti tam olmasa da büyük ölçüde kırılmıştır.

Güney Dinç, yine geçmiş dönemlerde yazılarında ve yaptığı değerlendirmelerde avukatlık ve barolar ile ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur. Avukatlık mesleğinin çok yönlü baskılar altında yürütülen bir uğraş olduğu tespitinden hareketle; 3499 Sayılı eski Avukatlık Yasası'nın 117. maddesini örnek vererek avukatların ve siyasal davalarda yargılanan yurttaşların da ne denli güvencesiz bırakıldığını, dönemin siyasal iktidarlarınca avukatın boynuna zincir geçirildiğini söylemektedir. Madde özet olarak, "... mevzuu irtica olan yahut milli birlik ve şuurla telifi mümkün olmayan fiillere müteallik davaları deruhte etmeyi itiyat

6 Dinç, GÜNEY, Pençeli Adalet, Boyut Yay., 1988, sh.27-28

7 Dinç, GÜNEY; 60. Yılında Barolar ve Avukatlık, Cumhuriyet Gazetesi, 18.2.1984

edenler ... disiplin tahkikatına gerek kalmaksızın ... meslekten çıkarılabılırler.” hükmünü içermekteydi. Yüklenen suçun türü ne olursa olsun, savunma hakkı, başlıca hiçbir koşul aranmaksızın, insan olmanın ayrılmaz sonucu olduğunu belirten Güney Dinç, o dönemde baroların bu maddeyi çalıştırmamaya özen gösterdiklerini belirtmektedir.<sup>8</sup>

Güney Dinç’e göre,

“ ... Koşullar ne olursa olsun, insanlarımıza hukuksal konularında yardımcı olmak temel görevimiz, kamusal yükümlülüğümüzdür.”<sup>9</sup>

Bu görevin hakkıyla yerine getirilebilmesi, suçlama ile birlikte, hazırlık soruşturmasının en başından itibaren avukatın yer alması ve tüm soruşturma ve kovuşturma sürecince hukuki yardım sunabilmesi ve iddia ile aynı hak ve yetkilere sahip olmasıyla mümkündür ki AİHM bu hususu “silahların eşitliği” ilkesinin bir sonucu olarak kabul etmektedir.

Güney Dinç, savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu söylerken bunun aynı zamanda işkence ve kötü muameleyi engelleyeceğini de ifade etmiştir; “ ... Türkiye’deki hazırlık soruşturmasının, yeryüzünde bir başka örneği kalmamıştır ... Kamu adına kolluk görevlisinin eli, yurtaşın omuzuna değdiği andan başlayarak, tüm savunma yöntemleri işletilmelidir. Kişi, sorgusundan önce yakınları ve avukatı ile görüşebilmelidir. Avukat edinme olanağından yoksun bulunuyorsa, bu gereksinimi karşılamak, onu, özgürlüğünden yoksun kılan kamunun görevi olmalıdır. Avukat, bütün sorgulama aşamalarında sanığın yanında bulunabilmelidir. Bu koşullarda alınmayan anlatımlar ve hukuka aykırı yollardan edinilen kanıtlar, mahkemelerce geçersiz sayılmalıdır. Bu önlemler alınırsa, suçu kabul ettirmek için, gözaltındaki sanığa yönelen baskılar, özendirici olmaktadır çıkacaktır.” diyen Güney Dinç’in haklılığı ve bu doğrultuda verdiği mücadeleler sonucunda tam olarak gerçekleşmese de mevzuat büyük ölçüde değişmiş, avukatın soruşturmanın başından itibaren hukuki yar-

<sup>8</sup> Dinç,GÜNEY,Peçeli Adalet,Boyut Yay.,1988, sh.44-45

<sup>9</sup> Dinç,GÜNEY, Suçlamayla Birlikte, Cumhuriyet Gazetesi, 5.4.1983

dımda bulunabilmesi sağlanmış, işkence ve kötü muamelede gözle görülür azalma sağlanabilmiştir. Yine Güney Dinç'in "silahların eşitliği" konusundaki yazıları ve çalışmaları da mevzuat ve uygulama açısından olumlu gelişmelere sebep olmuştur.<sup>10</sup>

Güney Dinç, ülkemizde çok uzun yıllardan beri avukatlar ve barolarımız için önemli bir sorun olan ve hala çözülemeyen "yabancı hukuk büroları" konusuna da değinip (yazıda Amerikan Merkezi İstihbarat Örgütü CIA'nın ABD avukatlarına çağrısını da yayınlayarak) kamuoyunun bilgilendirilmesini -sorunun başladığı yıllarda, sağlayıp, bu büroların 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine aykırı olarak çalıştıklarını ve ülkemiz avukatlarından daha geniş bir çalışma alanına sahip olduklarını belirtmiştir.<sup>11</sup>

Sonuç olarak Güney Dinç, avukatlık mesleğinin tüm aşamalarında, baro başkanlığı ve TBB Yönetim Kurulu Üyeliği, TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme ve Bilim Danışma Kurulu Üyelikleri, vd. görevlerinde iken avukatlık mesleği ve barolar hakkındaki görüşlerinin fikri takibini yapmış ve süreç içinde uygulama ve mevzuat değişimlerine büyük ölçüde katkıda bulunmuştur.

Güney Dinç, avukatlık mesleğinin ve baroların hemen tüm sorunları ile ilgilenip tespit, değerlendirme ve çözümler üretmiştir. Bu yazıda (biyografide) bunların tamamından söz etmek fiilen mümkün olmadığından ancak bazılarını örneklendirebiliyoruz.

### **Aydınlar Dilekçesi<sup>12</sup>**

Aydınlar Dilekçesi, 12 Eylül döneminin kalıcı ve kapsamlı yapılanmaları ve uygulamalarla tartışmasız yerleşik düzene dönüşmesinden kaynaklanan çok boyutlu ve yoğun toplumsal sorunları seslendiren de-

<sup>10</sup> Dinç, GÜNEY, TBB Dergisi 2005

<sup>11</sup> Dinç, GÜNEY, Bilim ve Sanat Aylık Kültür Dergisi, sayı 69, yıl 1986.

<sup>12</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve belgeler için bkz: Aydınlar Dilekçesi Davası, Adam Yayınevi, 1986

mokratik tepki eylemidir. Bu niteliği ve işlevi yönünden Dilekçe, kuşku ve baskının yaygınlığı nedeniyle basının, üniversitelerin, sendikaların ve sivil toplum örgütlerinin suskun ve sinmiş olduğu, siyasal iktidar dayatmalarının toplumun her kesiminde katlanılıp kabullendiği bir zaman kesitindeki sorunları “Türkiye’de Demokratik Düzene İlişkin Gözlem ve İstemler” başlığı altında 5 Mart 1984 tarihli 1300 imzalı bir metindir. Bu metin Cumhurbaşkanlığı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na 15 Mayıs 1984 günü sunulmuştur. İki gün sonrasında Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı’nın emriyle soruşturma süreci başlatılmıştır. Bu aşamada henüz ifadelerin alınması devam ederken iktidara yakın yayın organlarının da konuyu 12 Eylül öncesine dönme eğilimli sözde aydınların girişimi olarak değerlendiren yazılarla eş zamanlı ve eş anlamlı nitelik taşıyan Kenan Evren’in konuşmaları yer almıştır. Evren’in mayıs ayı sonlarında Manisa konuşmasında Dilekçe’yi “çatlak ses”, imza sahiplerini “iç düşman” ve Vahdettin gibi aydın sıfatlı vatan haini ilan ederek “Kefil olduğum Anayasa’nın orasından burasından delik açtırmam” sözleri, kurulan düzeni sürdürme kararlılığı göstermektedir.

Savcılığın iddianamesi, Dilekçe metninin ve hazırlanış biçiminin Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı’nın 3 numaralı bildiri ile yasaklanmış olan siyasal amaçlı afiş, pankart, el ilanı ve benzeri metinleri asmak, çoğaltmak, yaymak ve dağıtmak eylemlerini yasaklamasına aykırı olarak bildiri hazırlanıp dağıtıldığına ilişkin suçlama üzerine kurulmuştur. Sanıklar ve avukatlar söz konusu eylemin bildiri yayınlamak değil, toplu dilekçe vermekten ibaret olduğunu ve Sıkıyönetim bildirisiyle bu anayasal hakkın herhangi bir kısıtlamaya bağlanmadığını belirterek aydın olmanın sorumluluğu gereği inisiyatif üstlenip bu haklarını kullanarak ortak dilekçelerini ilgili makamlara verdiklerini vurgulayan savunmalar yapmışlardır. Sonuçta, Ankara 1 Numaralı Askeri Mahkemesi Şubat 1986 tarihinde “sanıkların eylemlerini bildiri olarak tasvip etmenin mümkün olmadığı gibi dava konusu dilekçe metninde Anayasa’nın tanıdığı hür demokratik düzeni, temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik şiddet eylemlerini teşvik edici bir husus da mevcut değildir” içerikli bir gerekçeyle tüm sanıkların beraatine karar vermiştir. Bunun yanında, Aydınlar Dilekçesi içeriği, sanıkların duruş ve savunmaları ile verilen ka-

rar açısından ciddi bir açılım ve tartışma ortamı yaratarak demokrasiye dönüş yolunda önemli sonuçlara ulaşmıştır.

Güney DİNÇ, bu süreci oluşturan görüşe varlık kazandıran, toplantı ve hazırlıklara katılan, metnin İzmir ve çevresindeki kişilerin bilgisine sunan hukuk ve demokrasi adamı olarak etkin bir rol üstlenmiş kişilerden biridir. Demokrasi ve insan haklarına dönüş yolunda bir toplumsal uyanış ivmesi yaratan bu yasal eylemle birlikte Güney Dinç'in yayın yoluyla kitlelere ulaşma fikrini hayata geçirme kararına vardığını söyleyebiliriz.

### **TBB Yönetim Kurulu Üyeliği**

1984-1989 yılları arasında da Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliğinde bulundu. 1983 yılından itibaren, darbe yönetiminden demokratik hukuk düzenine geçişi amaçlayan Anayasa ve Demokrasi Kurultayları gibi bir dizi etkinliğe katıldı.

### **Politik Göçmenler**

12 Eylül sonrası çeşitli biçimlerde yurtdışına çıkan ya da öncesinde çıkıp 12 Eylül de orada bulunan ve dönmekte tereddüt edip orada kalanlar -ki birçoğu bir süre sonra T.C Hükümetince vatandaşlıktan çıkarılmışlardır- politik göçmenlerdir.

Güney Dinç, 12 Eylül'den söz ederken kullandığı, "...kim nerede olursa olsun düşünen insanların tümü, az ya da çok, bu karabasandan paylarını aldılar." derken politik göçmenler de bu insanların içindedir.<sup>13</sup> 12 Eylül dönemi sonrasında Özal döneminde bu politik göçmenlerin yurda dönebilecekleri söylenmiş, buna karşın yurda dönenlerden bir bölümünün vatandaşlıktan çıkarıldıkları gerekçesiyle ülkeye alınmamışlardır. Güney Dinç, bu işlemleri hukuka aykırı bir olarak değerlendirmiş ve konuyla ilgili tüm kitap, makale, söyleşi ve etkinliklerde bu durumu

<sup>13</sup> Dinç GÜNEY, Cumhuriyet Gazetesi, 19.12.1988

dile getirerek bu kişilerin özgürce, güvenle yurda dönmelerinin sağlanmasının gerekliliğine işaret etmiştir.<sup>14</sup>

## Af

Güney Dinç, yazılarında 12 Eylül'ün tortularının, toplumda açtığı yaraların ancak bir genel af'a giderilebileceğini<sup>15</sup>, böyle bir affın topluma kazandıracığı yararların, affın kapsamı ile doğrudan bağlantılı olduğunu, siyasal ve olağan suç ayırımı gözetmeden tüm suçları kapsayacak bir düzenlemenin, en doğru ve gerekli çözüm<sup>16</sup> olduğunu belirtmiş, genel af konusunun fikri takibini yapmış, hukuksal çerçevede yol gösterici nitelikte çalışmalarında bulunmuştur<sup>17</sup>

## Güvenlik Soruşturması ve Fişleme

Güney Dinç, bugün dahi temel hak ve özgürlükler açısından sorun olma özelliğini koruyan, özellikle 12 Eylül döneminde yoğunlaşan ve sonra da kurumlaşma eğilimi gösteren, "Güvenlik soruşturması ve fişleme" ile ilgili olarak yazılarında ve çeşitli etkinliklerde yaptığı konuşmalarda bu konuya dikkat çekmiştir.

Kişinin kendine özgü özel yaşamla gizli yaşam alanlarının dış dünyaya kapalı ve korunaklı olması, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk tarafından güvenceye bağlanmış insan haklarından birisidir. Güvenlik soruşturması, bulanık ve belirsiz nedenlerle nesnel ölçülerden uzak olarak kişinin bilgisi olmaksızın hukuksal güvencelerden yoksun bırakılmasına ilişkin idari işlemdir. Fişleme ise, yetkilendirilmiş idarelerce kişinin kendine özgü yaşam alanındaki bilgilerin derlenip değerlendirilmesine dayalı kategorilere yerleştirilmesidir.

<sup>14</sup> Dinç GÜNEY, Cumhuriyet Gazetesi 1991

<sup>15</sup> Dinç GÜNEY, Cumhuriyet Gazetesi, 2.7.1991

<sup>16</sup> Dinç GÜNEY, Gün Dergisi, 1985

<sup>17</sup> Dinç GÜNEY,, Güneş Gazetesi, 1985-

Güney Dinç, güvenlik soruşturması ve fişleme ile ilgili mevzuat ve uygulamaların Türkiye'nin Anayasal düzeni ile çeliştiğini; Anayasa'nın 6 ve 38. maddelerine ve aynı zamanda Avrupa Konseyi'ne üye olmamız ve AİHS'ni imzalamamız nedeniyle Sözleşmenin 6/2 ve 8. maddelerine de aykırı olduğunu<sup>18</sup>; 12 Eylül dönemindeki 1402'lik olarak adlandırılan, bilim adamlarının üniversitelerdeki ve kamu görevlilerinin de kamu kurumlarındaki görevlerinden çıkarılmasının bu uygulamalar sonucu gerçekleştiğini<sup>19</sup> belirtmiştir. Bu sorunun hukuk devleti kuralları içerisinde, Adli Sicil Kanunu ve Adli Sicil Teşkilatı'nın teknik olarak geliştirilip güçlendirilmesi ile çözümlenmesi<sup>20</sup> gerektiği uyarısında bulunmuştur. Güney Dinç bu uygulamalar sonucu mağdur olan çok sayıda yurttaşın davalarını da üstlenerek hukuk mücadelesi vermiştir.

### 1402'likler Sorunu

Bu süreç, 12 Eylül'ün birinci haftasında 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, sıkıyönetim komutanlıklarınca görevde kalması sakıncalı görülen kamu personelinin, ilgili idareye bildirilmesi üzerine, derhal görevden alınmasını öngören düzenleme uyarınca, üniversite ve kamu idarelerinden yetkin insan gücünün yargıya başvurma hakkından yoksun kılınarak dışlanması sürecidir.<sup>21</sup> Sıkıyönetim Yasası'nın, "... bu şekilde görevlerine son verilenler bir daha kamu hizmetinde çalışamazlar." hükmü gereğince de bu kişiler ömür boyu kamu görevinden mahrum bırakılmış olmaktadır.

Güney Dinç, bu uygulamaların hem iç hukuk mevzuatımıza ve hem de iç hukukun bir parçası yaptığımız AİHS'ne aykırı olduğunu belirtmiş, sıkıyönetimin kaldırıldığı illerde sıkıyönetim önlemlerinin de kendiliğinden sona ermiş olduğunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın sıkıyönetim sonrasının hukuki ilişkilerini düzenleyemeyeceğini, Türkiye'nin 1982 Anayasa oylaması ve 1983 Milletvekili Genel Seçimleri'nden son-

<sup>18</sup> Dinç, GÜNEY, Cumhuriyet Gazetesi, 30.9.1986

<sup>19</sup> Dinç, GÜNEY, Güneş Gazetesi, 18.12.1990

<sup>20</sup> Dinç, GÜNEY, Cumhuriyet Gazetesi 20.8.1985

<sup>21</sup> Dinç GÜNEY, YÖK Çıkmazı, Bilim ve Sanat, 1986



ra Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderdiği bir yazı ile “olağan koşullara döndüğünün bildirildiğini, bu durumda, Sıkıyönetim Yasası'nın “...bir daha kamu hizmetinde çalışamazlar.” cümlesini olağan koşullara taşımanın çözümsüzlüğü kurumlaştırmak olacağını ve bunun yargısız cezalandırma olacağını belirtmiştir<sup>22</sup>

### **Yükseköğretim Kanunu (YÖK)**

12 Eylül sonrasının ürünlerinden olan Yükseköğretim Yasası (YÖK)i Güney Dinç'in deyimi ile Türkiye'nin ulaştığı özgür düşünce düzeyinin gerisinde kalmakta idi. Başiboşluk Olarak nitelendirilen üniversite özerkliği kaldırılmış, yerine buyurucu yetkilerle güçlendirilen kişi ve kurulların sınırsız egemenliği getirilmişti. Bu yasaya dayanılarak çok sayıda akademisyen mağdur edildi. YÖK uygulamalarının yalnızca bir bölgedeki sonuçları Güney Dinç'in kaleme aldığı, “YÖK Çıkmazı - Yükseköğretim Davaları” adlı kitabındadır. Kitap, kitaplar bölümünde tanıtılmıştır.

### **Tüketicinin Korunması**

Tüketicinin korunması kavramının, hukuksal bir deyim olarak henüz yeterince bilinmediği dönemde, İzmir Barosu, 5 Nisan 1977 Avukatlar Günü toplantısında, bu konuyu hukukçuların ve kamuoyunun tartışmasına açmıştır.

Anayasa tasarısının hazırlandığı günlerde, Danışma Meclisi Başkanlığı'na sunulacak Türkiye Barolar Birliği görüşünün oluşumuna katkıda bulunmak amacıyla 1982 yılı Ocak ayında açıklanan İzmir Barosu Yönetim Kurulu raporunda; “Ülkemizde özellikle korunması gereken bir kesim, tüketicilerdir. Yasalarımızdaki yetersiz kurullarla, dağınık durumdaki tüketicilerin, güçlü üreticiler karşısında, hem nitelik, hem de nicelik bakımından korunmalarına olanak yoktur. Bu nedenle, tüketicileri korumaya yönelik oluşumlara ve yeni güvencelere Anayasa'da yer verilmesi” önerilmekteydi.

<sup>22</sup> Dinç, GÜNEY, Yeni Gündem Dergisi 1986

İzmir Barosu'nun Danışma Meclisi'nden geçen Anayasa tasarısı hakkında, 2-3 Ekim 1982 tarihlerinde Ankara'da toplanan Türkiye Barolar Birliği 6. Olağanüstü Genel Kurulu'na sunulan "Anayasa Tasarısı Hakkındaki Görüş ve Öneriler" başlıklı raporunda tüketicilere örgütlenme olanağının daha açık biçimde sağlanmamış olmasına önemli bir eksiklik olarak değiniliyordu.<sup>23</sup>

Güney Dinç yazılarında, salt kamu denetimine dayanan önlemlerin, sunum ve istem koşullarından oluşan ekonomik yaşamı yönlendirmeye yetmeyeceğini; üretimin kaynakta denetimi başarılı bir uygulamaya kavuşturulsa bile, sorunların çözümünde başlı başına yeterli olmayacağını; tüketici yönünden, karmaşık düğümleri yalınlaştıracak somut yöntemler gerektiğini belirtmiştir.

Güney Dinç'e göre tüketicinin bireysel zararının giderilmesi için, yargı dışı çözümler düşünülmemeli, erkler ayrılığı ilkesini bozacak girişimlerde bulunulmamalıdır. Ancak günümüzdeki yargısal yöntemlerle bu tür işlerin üstesinden gelinemeyeceği de ortadadır. Başvuruların sözlü yapılabilirdiği, harçsız, puluz, bilirkişi ücreti, keşif gideri ödenmeyen, bir günde ya da en çok bir haftada uyuşmazlıkları sonuçlandıran, uzmanlık mahkemeleri (Tüketici Mahkemeleri) oluşturulmalıdır.<sup>24</sup>

"Ekonomik yetersizlikler aşılmadıkça, yargının etkinliğini geciktiren nicel ve nitel engeller giderilmedikçe, daha önemlisi İNSAN'ın nesnel, düşünsel ve onursal varlığının önemi bütün toplum kesimlerince kavranmadıkça, tüketicinin rahat soluk alabilmesi çok güçtür."<sup>25</sup>

Tüketicilerin Korunması konusu ile ilgili yapılan bu ve bunun gibi çalışmalar, 1995 yılında çıkarılıp yürürlüğe giren 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile sonuçlanmış, bu kanun hükümlerinde yer alan Tüketici Mahkemeleri de daha sonra süreç içinde kurulabilmiştir.

<sup>23</sup> İzmir Barosu Dergisi Ekim/1982 sayısı

<sup>24</sup> Dinç GÜNEY "Tüketici Mahkemeleri" İzmir Barosu Dergisi Haziran 1983 sayı 4

<sup>25</sup> Dinç Güney "Tüketici Sorunları üzerine", Cumhuriyet Gazetesi, 21 Haziran 1983

## Çocuk Mahkemeleri

Güney Dinç'in insanı merkeze alan, insan onurunu en üst değer olarak kabul eden yaklaşımının içinde çocuklara apayrı bir önem ve yer vermesi doğaldır. Bunun hukukta ve yargı pratiğinde yansması da elbette çocuklar için korunmalı bir hukuk ve yargı sistemini savunmak olmuştur.

Güney Dinç, "... Çocuk suçlarındaki dönemsel ve ülkesel artışlar, olayların, kapitalist ekonomiyle bütünleşen toplum yapısıyla doğrudan bağlantılı olduğunu gösteriyor. Kapitalizmin yarattığı bencil ve girişimci kişilik, uyguladığı yöntemlerle değil, ulaştığı sonuçlarla değerlendiriliyor. Toplumsal saygınlığın yolunu açan başarının ölçüsü, edinilen servet birikiminde somutlaşıyor. "Başarılı" ve "başarısız" insanlar arasında oluşan uçurumlar, genç kuşaklara doğru inildikçe daha da keskinleşiyor. Bütün sorun, bu yapıya ters düşmeden oyunun kurallarına uyabilmekte. Çocuklar ve gençler böylesi deneyimlerden, büyük yaralarla çıkıyorlar. Gelişme yolları tıkalı, umutsuz bir kesim oluşturuyorlar. İşte o zaman, çocuk yargısı, kapitalizmin hemen ardından, özgün bir kurum olarak, çağımızın gündemine yerleşiyor..." tespiti ile çocuk yargısı ve Çocuk Mahkemeleri ile sosyal ve ekonomik sistem arasında bağ kurmaktadır.

Güney Dinç yazılarında, günümüzde, cezalandırmanın amacının, "suçluyu, beden ve ruh sağlığı bozulmadan insancillaştırarak, üyesi olduğu topluma yeniden kazandırmak" olarak özetlenebileceğini ifade ederek, cezaların insancılığı anlayışının, "insana göre" ve giderek, "çocuğa göre" yargılama yöntemlerinin saptanması gerektiğini, çocuk suçlarıyla ilgili olarak, "cezalandırma"nın, ikincil düzeyde kalması gerektiğini, suçta yönelen çocuğun gözetilip denetlenmesinin, kimsesiz çocukların bakım ve koruma altına alınmasının, bedensel ve düşünsel özürülülerin sağaltımının birincil düzeye çıktığını ve bunun da, çocuk mahkemelerinin yaslandığı temelin, böylesine geniş kapsamlı bir kurumlaşmayı zorunlu kıldığını, Çocuk Mahkemelerinin, suçu önleyici eğitici ve genç sanıkları topluma kazandırıcı yönüyle son derece önemli yargısal kuruluşlar olacağına inanmaktadır.

Güney Dinç, yasa ile ilgili değerlendirmelerinde, 2253 Sayılı Çocuk Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 1979 yılında çıkmasına karşın yürürlüğe girip uygulamaya başlanmadan 1981 yılında önemli değişimler geçirdiğini ve yürürlüğün 1 Haziran 1982 'ye bırakıldığını, "yasası var kendisi yok" çocuk mahkemelerinin kuruluşunun, üçüncü kez, hem de 1992'ye kadar ertelenmiş olmasının, 1 Haziranların Türkiye'de gerçekleşmeyen çocuk mahkemelerinin buruk yıldönümü olacağını söyleyerek umut kırıklığını dile getirmiştir.<sup>26</sup>

### **Karşılıksız Çekle ilgili Anayasa'ya Aykırılık İddiası**

"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (AİHS) eki olan 4 Numaralı Protokol, 26.2.1994 günlü ve 2161 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanan 3975 Sayılı Yasa ile onaylanmış ve yayın tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4 Numaralı Protokol'un "borç nedeniyle hapis cezası yasağı" başlıklı 1. maddesinde "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" denilmiştir. Bu kural, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecek katılımda bir yasa hükmündedir.

3167 Sayılı Yasa'nın 16. maddesi ise, özel hukuka ilişkin para ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişilere hapis cezası verilmesini öngörmektedir. Bu durum 4 Numaralı Protokol'un "1. maddesi ile çelişmektedir. Anayasa'nın 90. maddesi karşısında, 3167 Sayılı Yasa ikincil durumda kalmaktadır.

Çekin karşılıksız çıkması halinde keşidecinin hapisle cezalandırılmasını düzenleyen 3167 Sayılı Yasa'nın 16. maddesinin, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" şeklindeki Anayasa'nın 17.

<sup>26</sup> Dinç, GÜNEY, Yeni Düşün Dergisi, Ekim 1987, Cumhuriyet Gazetesi, 31.4.1982,

maddesine; “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” şeklindeki Anayasa’nın 19. maddesine; “temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu” belirtilen kısıtlama nedenlerinin, “demokratik toplum düzeninin, gereklerine aykırı olamayacağını ve öngördükleri amaç dışında kullanamayacağını” düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesine aykırı olduğu yönünde iddia ve açıklamaları içeren ve Güney Dinç tarafından hazırlanan dilekçe, yargılamanın yapıldığı tarihte karşılıksız çek suçlarına bakmakta olan asliye ceza mahkemelerinin neredeyse tamamına verildi. Ancak uluslararası sözleşmelerin, insan haklarına ilişkin kuralların uygulanması konusunda yeterince bilgi ve deneyim sahibi olmayan, hukuku sadece “düzen fonksiyonu” yönü ile uygulamaya şartlanmış, düzeni de devletin koyduğu kurallar olarak anlayan savcı ve hakimlerin böyle bir Anayasa’ya aykırılık iddiasını kavramaları ve ciddi bulmaları pek mümkün olmadığından Anayasa’ya aykırılık iddiası reddedildi.

Bu ret kararlarından bir süre sonra 6273 Sayılı Yasa ile karşılıksız çek suç olmaktan çıkarılmıştır.

Fiilin, Türk Ceza Kanunu’ndaki dolandırıcılık suçunu oluşturması şeklindeki Yargıtay uygulamasından, hapis cezasına, suç olmaktan çıkartılıp yeniden para cezası gerektiren suç olarak düzenlenmesi arasında gidip gelen TCK, 3167, 4814, 5941, 6273, 6728 sayılı yasalarla getirilen düzenlemeler de, yapılan “Anayasa’ya aykırılık iddiası”nın ne kadar önemli ve ciddi olduğunu göstermektedir.

### **“Emek Ödülü”**

1998 yılında Çağdaş Hukukçular Derneği Güney Dinç’e “ Çağdaş Hukuk Mücadelesinde Emek Ödülü” verdi ve Çağdaş Hukuk Dergisi’nin 1998/3 sayısı Güney Dinç Özel Sayısı olarak yayınlandı. Bu Ödül bir yıl içerisindeki başarı için değil tüm yaşam boyu verilen emeğin karşılığıdır.

## Yargı Reformu Sempozyumu İzmir-2000<sup>27</sup>

Güney Dinç'in bu sempozyumda sempozyumu hazırlayan Yürütme Kurulu'nda kurul üyesi olarak yer almış ve Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu'nun sunduğu "Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı", Prof. Dr. Ülkü Azrak'ın sunduğu "İptal Davalarında Meslek Kuruluşlarının Dava Açma Yeteneği" ve Prof.Dr. İl Han Özay'ın sunduğu "İdari Yargıda Olmayan Kişileri (Yakından) Etkileyen Kararlar" konularının tartışıldığı 7. oturumda "Oturum Başkanlığı" görevini üstlenmiştir.

İzmir Barosu tarafından düzenlenen sempozyum 4 gün sürmüştür ve toplam 14 oturumda çok değerli ve yetkin hukukçular tarafından ülkemizin yargı ve hukuk sorunları tartışılmıştır. Yargının Hızlandırılması, İstinaf Mahkemeleri, Bilirkişilik, Yargıç Etiği, Sözleşme Özgürlüğü ve Tahkim, Adil Yargılanma Hakkı, Yargının Yapısal Sorunları, İptal Davaları, Ceza Adaleti, Özel Soruşturma Kuralları, Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulleri, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet, Yargı Medya İlişkisi, Bilimsel Deliller ve Delil Yasakları, Organize Suç, Suç Kolluğu, Tutuklama ve Yakalama, Savunma Hakkı, Mağdur Hakları, Cezaların İnfazı gibi önemli hukuk ve yargı sorunları tartışılmıştır.

Güney Dinç'in yargı- yargı bağımsızlığı-yargının sorunları üzerine değişik tarihlerde yazmış olduğu çok sayıda makale ve yazısı bulunmaktadır olup bazıları aşağıda dip not olarak belirtilmiştir<sup>28</sup>

<sup>27</sup> İzmir Barosu Yay. Birinci Baskı Ekim 2000)

<sup>28</sup> Yargı Eliyle Savaşmak: 14.7.2012 Cumhuriyet Gazetesi  
Yargı Bağımsızlığı Yeniden Kazanılmalıdır: 3.7.2011 Cumhuriyet Gazetesi  
Kimliksiz Tanıklarla Adaletin Yok Edilmesi 2008: 19.7.2008 Cumhuriyet Gazetesi  
Özel Şeriat Mahkemeleri mi Geliyor?: 19.9.2008 Cumhuriyet Gazetesi  
DGM'lerde Yargılamalar: 30.6.1998 Cumhuriyet Gazetesi  
Yargı Özelleştirilemez: 13.7.1987 Cumhuriyet Gazetesi  
Ceza Yargısında Olumsuz Gelişmeler: 9.5.1985 Cumhuriyet Gazetesi  
Yargının Güncel Sorunları: İnfaz Dergisi sayı 50, 1983  
Adalet Yılı Başlarken: 4.9.1983 Cumhuriyet Gazetesi  
Yargının Sorunları, 5 Nisan Avukatlar Günü: Ege Magazin 9.4.1982

## IV- GÜNEY DİNÇ ve İNSAN HAKLARI

### Türkiye’de İnsan Hakları Süreci

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından Roma’da, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti AİHM’e bireysel başvuru yolunu 1987’de, AİHM’in zorunlu yargılama yetkisini ise 1990’da kabul etti.

3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK) değişikliklerinin 1992 yılında yürürlüğe girmesiyle, 18 yaşından küçük şüpheli/zanlı/sanıklar için ve aklen malul, sağır dilsiz, kendini savunamayacak durumda bulunan kişiler için zorunlu müdafilik sistemi getirildi. 3842 sayılı yasanın 137. maddesi gereğince de barolara bu konuda yükümlülük verildi. Karakolda, savcılıkta ya da duruşma aşamasında olan diğer şüpheli/zanlı ve sanıklar için de istenildiği taktirde baroların, hukuki yardımda bulunmak üzere ücreti hazine tarafından ödenecek olan bir avukatın tayini hüküm altına alınarak İnsan Hakları alanında özellikle AİHS nin 6 ncı maddesi çerçevesinde önemli bir uygulama yaşama geçirildi. Yine 3713 sayılı TMK ile 141,142 ve 163. maddeler kaldırıldı.

2001 yılından bu yana hayata geçirilen çok sayıda yasal ve Anayasal düzenlemeyle yasal mevzuatımız, insan haklarına ilişkin temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi doğrultusunda, en azından mevzuat açısından kısmi de olsa iyileştirmeler yapıldı. Ancak, insan hakları alanında olumlu olarak değerlendirilebilecek normatif düzenlemelerde, konjonktüre bağlı olarak geriye dönüşler de yaşanmış, uygulamada da mevzuatla paralellik sağlanmayınca kalıcı bir istikrar gerçekleşmemiştir. *“1998 yılında AİHM’nde sonuçlanan TBKP ve İNCAL davaları nedeniyle, başta Anayasa olmak üzere daha birçok yasanın yeniden değiştirilmesi ge-*

rekiyor. Ancak Türkiye’de yalnız politikacıların, kamu yöneticilerinin değil, sonradan kendilerini insan hakları uzmanı ilan eden hukuk kuramcılarının bile, bu sürecin ulusal hukuk üzerindeki etki ve sonuçlarını doğru değerlendirebildikleri kanısında değilim. Bu alanda da, **yaratıcı girişimleriyle başı çekenler, avukatlardır.** Çelişkili söylemlerle konuları yozlaştırmak isteyenlere ulusal üstü hukukun önemini anlatmak, yine bizlere düşüyor...”<sup>29</sup> şeklinde aktardığı düşüncesi kendi duruşunun ve tavrının dayanağını açıklarken, meslektaşlarına da yol göstermiştir.

Güney Dinç, içlerinde Ekrem Akurgal, Bülent Tanör ve İoanna Kuçuradi gibi çok sayıda bilim, sanat, hukuk, basın, yayın, sendika vd. çevrelerinden gelen aydınların olduğu, insan hakları alanında, bireylerde ve toplumda insan hakları bilinç ve kültürünün yerleştirilmesi amacıyla bilimsel ve kalıcı çalışmalar yapacak bir sivil toplum örgütü olarak 1999 yılında kurulan Türkiye İnsan Hakları Kurumu Vakfı (TİHAK) ın kurucuları arasında yer aldı.

Türkiye Barolar Birliği’nce 2002 yılında kurulan Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi’nde, kurulduğu andan itibaren “Bilim Danışma Kurulu” ve “Yürütme Kurulu” üyeliklerinde bulunan Güney Dinç, bu görevlerini, son dönemlerindeki ağır sağlık sorunlarına rağmen sürdürmüş ve TBB’nin 2013 yılındaki genel kuruluna kadar bu görevlerine devam etmiştir.

Güney Dinç, Türk Hukuk Kurumu’nun da üyesidir.

2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesine getirilen değişiklikle; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”* şeklinde bir hüküm eklenmiştir

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu ise 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne başvuru olanağı, uygulama bağlamında, AİHM’ne başvuruyu geciktirme ve yürütme

<sup>29</sup> 1998 yılında Çağdaş Hukuk Dergisi’nde kendisi ile yapılan röportaj.



gücüne zaman kazandırma yolunu sağladığı yönünde görüşler de azımsanmayacak ölçüdedir. Kabul edilebilirlik şartlarının ağırlığı, bekleyen başvuruların fazlalığı ve gerekse 1 Ocak 2019'da yürürlüğe giren uygulama ile başvurunun şekil açısından da olsa zorlaştırılması bu görüşlere haklılık kazandırmaktadır.

Gerek Anayasa'da, gerekse yasalarda yapılan söz konusu değişikliklerin gerçekleştirilmesinde, ülkede verilen temel insan hakları ve özgürlükleri üzerinde yükselecek bir demokrasi ve hukuk devleti mücadelesinde yer alan birçok hukukçu, akademisyen, siyasetçi ve aydın içinde Güney Dinç'in önemli bir yeri ve rolü bulunmaktadır. Güney Dinç'in yazdığı kitap, makale ve çeşitli etkinliklerdeki konuşmaları ile birlikte AİHM'ne yaptığı başvuruların sonucunda AİHM tarafından verilen ihlal kararları, bu değişikliklerin gerçekleştirilmesinde önemli rol oynamıştır.

Güney Dinç'in insan haklarına ilişkin kitapları;

İnsan Haklarına Uzanmak (1986), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü (2005), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı (2006), Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (2006), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Malvarlığı Hakları (2007), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre Ve İnsan (2008) <sup>30</sup>

Güney Dinç'in insan haklarına ilişkin sempozyum, panel bildirileri;

Avukatlık Mesleği ve İnsan Hakları (Sempozyum-Bildiri-1995), Yargı Reformu Sempozyumu (Oturma Başkanlığı-2000), Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü Alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye (Sempozyum-2001), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği (Sempozyum-2003), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerine Etkileri

<sup>30</sup> Kitaplar bölümünde kitapların ayrıntılı tanımları bulunmaktadır.

(Sempozyum-2003), Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (Konferans-2006), Çevre Sorunları İçerikli Yargı Kararları Ve Uygulamalarının Değerlendirilmesi (Toplantı-2008), Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması (Panel-2008) <sup>31</sup>

Güney Dinç'in insan hakları konusuna özgü makaleleri, biyografi sonundaki listededir.

**Güney Dinç'in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) Vekil (Temsilci) Olarak Başvurusunu Yaptığı, Avukatlığını Üstlendiği Bazı Önemli Davalar ve Karar Özetleri:**

**a) Türkiye Birleşik Komünist Partisi Ve Diğerleri/Türkiye Davası**

(Başvuru No: 133/ 1996/752/ 951), Karar 30 Ocak 1998.

İlk başvuru, Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP), Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmış olan bir siyasi partiydi. Nihat Sarıgın ve Nabi Yağcı, ikinci ve üçüncü başvuru, sırasıyla TBKP'nin Genel Başkan ve Genel Sekreteri olan kişilerdi. TBKP 4 Haziran 1990 tarihinde kuruluş dilekçesini vermiş ve on gün sonra 14 Haziran 1990 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu partinin kapatılması için Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştı. Başsavcılık iddianamesinde partiyi, Anayasa'ya ve Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olarak sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü kurmak, adında «komünist» kelimesini bulundurmamak, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak ve daha önce kapatılmış bir siyasi partinin devamı olduğunu ilan etmekle itham etti. Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 1991 tarihinde TBKP'nin kapatılmasına karar verdi ve sonuç olarak, partinin kurucuları ve yöneticileri diğer siyasi örgütlerde benzeri görevler almaktan men edildi.

Kapatılmaya karşı AİHM'ne yapılan başvuruda, başvuru, "... başvurunun dayandığı olayların... Sözleşmenin 11. ve 1 No'lu protokolün 1 ve 3. maddelerinin ihlali sonucunu doğurduğunun." tespitini talep etmişlerdir.

<sup>31</sup> Sempozyum ve paneller bölümünde bildiriler hakkında ayrıntılı bilgiler verilmiştir

AİHM’nce (Divan), “Daha faaliyetlerine bile başlamadan önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren; TBKP’nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbir, hedeflenen amaca göre orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir. Sonuç olarak bu tedbir sözleşmenin 11. maddesini ihlal etmiştir.” diyerek bu nedenlerle sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **b) Sargın-Yağcı/Türkiye Davası**

Türkiye İşçi Partisi’nin Genel Sekreteri olan Sargın ve Türkiye Komünist Partisi’nin Genel Sekreteri olan Yağcı, havaalanında gözaltına alınmışlar, 5 Aralık günü de Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi’nce (ADGM) –sorguyu müteakiben- TCK’nun 141, 142/1-2 ve 6, 156, 159, 311 ve 312. maddeleri ile suçlanarak delillerin kuvvetli olması gerekçesiyle tutuklanmışlardır. Mahkeme, sanık müdafilerinin sanıkların salıverilmesi istemlerini her defasında “suçun niteliği, dosya delil durumu” gerekçe göstererek reddetmiş ve sanıkların tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir. 4 Mayıs 1990 tarihinde Sargın ve Yağcı, “ülkeyi terk etmemek” koşulu ile salıverilmişlerdir. DGM bu kararı verirken, kanunlarda yapılması beklenen bazı değişiklikleri gerekçe olarak belirtmiştir.

9 Ekim 1991 tarihli duruşmada ADGM, Sargın ve Yağcı’yı TCK 141 ve 142. maddeler ile ilgili suçlardan, TCK’nun 141 ve 142. maddeleri yürürlükten kaldırıldığı için ve yine TCK’nun 311 ve 312. maddelerine ilişkin suçlardan da beraatlerine karar vermiştir. Diğer suçlardan da, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi 9 Temmuz 1992 tarihli kararı ile Sargın ve Yağcı hakkında beraat kararı vermiştir.

AİHM, “delillerin durumu” kavramı, suçluluk konusundaki kuvvetli şüphenin devam ettiği olarak anlaşılabilir, tek başına tutukluluk durumunun devamı için gerekçe sayılamaz ve bu nedenle de tutukluluk süresinin uzatılması sebebiyle Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmediği noktasından yapılan incelemede de "makul süre" nin başlangıcı olarak, Türkiye'nin 22 Ocak 1990 tarihinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiği tarihi esas almıştır. Sonuç olarak dava konusu cezai takibat süresi Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmiştir.

*Bu dava AİHM'nin yargı yetkisinin benimsenmesinden sonraki Türkiye'ye yönelik ilk değerlendirmelerin yer aldığı bir AİHM kararıdır.*

### **c) Incal – Türkiye Davası**

(Karar 9 Haziran 1998 Strazburg)

Başvurucu, halkı hükümete karşı koymaya tahrik edebilecek bölücü propaganda yaymak ve HEP İzmir Bölgesi Yönetim Kurulu'nun 1 Temmuz 1992 tarihli dava konusu bildirimleri dağıtma kararına katılım nedeni ile mahkum olmuştur

Başvuranın talebinin amacı, davadaki olayların, davalı devlet tarafından sözleşmenin 6/1 ve 10. maddeleri ile üstlenilen yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine karar verilmesinden ibarettir.

Mahkeme (AİHM=Divan), değerlendirmesinde başvurunun Türkiye'deki terör problemlerinden ve özellikle de İzmir'deki problemlerden sorumlu tutulmasını açıklayacak hiçbir şey göremediğini, bildirinin vatandaşları, şiddete, kine, düşmanlığa tahrik edebilecek herhangi bir ifade taşımadığını belirtmiş ve sonuç olarak başvurunun mahkumiyetinin, izlenen amaca denk olmadığını ve bu sebeple demokratik bir toplumda gereksiz olduğunu belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kanısına ulaşmıştır.

Ayrıca başvuranın İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konularında şüphe duyması için meşru sebebi vardır. 6. maddenin 1. paragrafı ihlal edilmiştir. Bu sebeplerle Divan (AİHM), oybirliği ile sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine, 8'e karşı 12

oy ile İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bağlamında sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafının ihlal edildiğine, 1'e karşı 19 oyla karar vermiştir.

### **ç) Göç/Türkiye Davası**

Başvuru No:36590/97 ( 28 Nisan 1997), Karar 9 Kasım 2000

Başvurucu gözaltındayken kötü muameleye maruz bırakıldığını ve tazminat talebini inceleyecek adil bir yargılanmadan mahrum bırakıldığını iddia etmiştir.

Mahkemeye göre, Başsavcı'nın tebliğnamesinin niteliği ve başvurana, buna cevaben yazılı görüş bildirme olanağının tanınmaması göz önünde bulundurulduğunda başvuranın çekişmeli dava hakkının ihlal edildiği sonucu çıkmaktadır. Hakkaniyet açısından, bu tür mütalaaların bildirilmesi başvuranın iç hukuk mahkemeleri önünde sözlü duruşma hakkına sahip olmaması gerçeği karşısında daha da zorunlu olmaktadır. AİHM oybirliğiyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın mütalaa-sına cevap olanağı sunulmadığından dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **d) Meral/Türkiye Davası**

Başvuru No: 33446/02), Karar 27 Kasım 2007

Başvuran, tetkik hakiminin ve Danıştay savcısının görüşün kendisine tebliğ edilmemesinin AİHS'nin 6. maddesi uyarınca silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiğini ve ayrıca askeri güvenlik bölgesi sınıflandırması içinde yer alan taşınmazın inşaat izni almasının olanaksız oluşunun mülkiyet hakkına yönelik bir ihlali oluşturduğunu iddia etmekte ve Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür, ayrıca idari yargıda yargı sürecinin uzunluğundan yakılarak AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM konuyu değerlendirmiş, başvuranın şikayetlerinden Danıştay savcısının tebliğnamesinin bildirilmemesine ilişkin şikayetinin kabul edilebilir olduğuna, bunun dışında kalanların kabul edilemez olduğuna, Danıştay savcısının tebliğnamesinin başvurana tebliğ edilmemesi nedeniyle AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **e) Balıkçı/Türkiye Davası**

Başvuru 27 Ocak 1995, Karar 6 Ocak 2004 (Kayıttan Düşme)

1961 doğumlu olan başvuran, 7 Temmuz 1993 tarihinden bu yana Enerji - Sen üyesidir ve Adana'da ikamet etmektedir. Başvuran 11 Ekim 2002'de vefat etmiştir.1994 yılında başvuran "Memur ve Sözleşmeli Personel Sendikası" kurucularından biri olmuştur.20 Temmuz 1994'te kamuda çalışan memur ve sözleşmeli personelin büyük bir bölümü sendikal haklarını elde etmek amacıyla bir günlük işi bırakma eylemine gitmişlerdir. Bu eylem Türk-İş, Hak-İş ve Disk gibi işçi sendikaları tarafından desteklenmiştir. 9 Ağustos 1994 tarihli kararıyla TEK Bölge Müdürlüğü başvuran hakkında soruşturma başlatmıştır.10 Ekim 1994'te başvuran disiplin müeyyideli "ihbarname" almıştır.10 Eylül 1999 tarihinde, 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından başvuran affa uğramıştır.

AİHM, ilk olarak olayların meydana geldiği dönemde devlet memurlarının ve sözleşmeli personelin sendikal hakları önündeki engellerin bertaraf edildiğini, 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Kanunu gereğince 10 Eylül 1999'da başvuranın disiplin cezasının af kapsamına girerek idari kayıtlardan silindiğini,4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun Sözleşmede yer alan gerekliliklerine cevap verdiğini belirtmiş ve bu nedenlerden dolayı Mahkeme, oybirliğiyle, davanın kayıtlardan düşürülmesine karar vermiştir.

*Yukarıda özetleri verilen başvuru ve kararlar; Güney Dinç'in insan hakları ve hukuk devleti mücadelesinde Türkiye'de ne denli önemli değişim ve gelişmelere yol açtığını göstermektedir. İnsan Hakları ve savunma hakkı bağlamında Anayasal, yasal ve bir ölçüde de uygulama açısından olumlu yönde gerçekleştirilen değişikliklerde Güney Dinç'in katkısı göz ardı edilemez.*

## **Sempozyum, Panel ve Konferanslar**

### **a) Avukatlık Mesleği ve İnsan Hakları<sup>32</sup>**

İstanbul Barosu'nun, Antalya Barosu ev sahipliğinde gerçekleştirdiği bu sempozyum, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını tanınmasından ve bu alanda ilk başvuruların yapılmasından birkaç yıl sonra gerçekleştirilmiş olup aynı zamanda avukatlık mesleğinin de sorunlarının giderek arttığı bir döneme de denk gelmektedir. Güney Dinç bu sempozyumun önemini ve değerini; "... kamu görevlilerinin öncülük ettiği yargısız infazların yapıldığı, gözaltı ve cezaevi koşullarından sorgulama ve yargılama yöntemlerine kadar tüm iç hukuk uygulamalarının yoğun eleştiri aldığı ve 12 Eylül yönetimiyle yoğunlaşan insan hakları ihlalleri nedeniyle uluslararası örgütlerin uğrak yeri durumuna getirildiğimiz bir dönemde yapılmıştır." sözleriyle vurgulamıştır.

Güney Dinç sunduğu bildirisinde, pek haklı olarak, "... hukuksal yapının temelleri sarsılınca yerine oturtmak pek kolay olmaz" dedikten sonra, " Bugün içte ve dışta, pek çok sorunun çözümü, insan hakları olgusunda düğümleniyor." diyerek "insan hakları" nın önemine dikkat çekmiş ve insan hakları konusunda "ulusal değerlerin korunması" gerekçesiyle, topluma ve hukukçulara benimsetilmek istenen tepeden inme düşüncenin yanlışlıkları üzerinde durmuştur. Güney Dinç konuşmasında, Avrupa İnsan Hakları Yargısı ve Ortak Güvenceden söz ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (o zamanki adı ile Komisyon ve Divan) kararlarının niteliğini ve Mahkeme'nin başlıca görevinin AIHS'ne aykırılıkları

<sup>32</sup> Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği- Sempozyum- Ekim 1995 Antalya- İstanbul Barosu Yay.

saptama ve iç hukuk uygulamalarının AİHS karşısında değerlendirmek ve eğer varsa AİHS'ne aykırılıkları saptama olduğunu belirtmiş ve bu saptamalardan sonra, “... bireysel başvuru yolunun üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinin ... yenilenmesini ve temel hak ve özgürlüklerin çeşitlenip gelişmesini sağladığını, ... Türkiye'nin ise uzun yıllar bu yetkiyi tanımaması nedeniyle Avrupa'daki gelişmelerin dışında kaldığını dondurulmuş kalıplar içinde güncel yeniliklere kapalı tutucu bir hukuk yarattığını” söylemiştir. Güney Dinç, bildirisinin “Bireysel Başvuruların Ulusal Hukuka Yansımaları” başlığı altında sunduğu bölümde ise, bireysel başvurularda izlenecek yol ve yöntemlerde ulusal hukukla birlikte uluslararası hukukun da bilinmesinin gerekli olduğunu ve bunun da ancak avukatlar eliyle yapılabileceğini vurgulamıştır.

Konuşmasının devamında, “... Bireysel başvuru deneylerimizin çok yeni olmasına karşın, Komisyon kararlarıyla ulusal hukukumuzun demokratikleşmesinde, azımsanmayacak kazanımlar sağlanmıştır” diyerek bu kazanımlardan;

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) geçici maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 140, 141 ve 142. maddelerinin yürürlükten kaldırılması, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda (CMUK) 3842 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler, 4121 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri örneklerini vermiş ve bu olumlu değişikliklerin, Türkiye'ye yönelik bireysel başvurular nedeniyle, AİHK'nun verdiği kabul edilirlilik kararları ve sonuç raporlarıyla doğrudan bağlantılı olduğunu vurgulamıştır.

Güney Dinç bildirisinin son bölümünde “Öneriler” başlığı altında, bu alanda çalışacak meslektaşlarımızın bir konu üzerinde yoğunlaşırken, arayışlarını, düşüncelerini ve çözüm yeteneklerini, Türkiye'nin yargısal alışkanlıklarıyla sınırlamamaları gerektiğini, özellikle belirtiyor.

Güney Dinç, son bölümde, AİHK'nda (AİHM) başvuru dosyalarında tartışılmakta olan – ki bu dosyaların önemi bir bölümünün başvurusu Güney Dinç tarafından yapılmıştır- ülkemiz uygulamaları ve



mevzuattan örnekler vererek; DGM'lerinde niçin askeri hakim bulunduğunu, Yargıtay'da Başsavcılık Tebliğnamesi'nin adil yargılanma hakkına aykırı olarak avukatlara niçin verilmediğini, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri kusurları sebebiyle niçin kendilerine karşı değil, devlete karşı dava açıldığını, niçin çapraz sorgu yapılamadığı, idari yargıda makul sürenin niçin çok aşıldığını, devlet memurları ve diğer kamu görevlilerine niçin sendikal ve siyasal yasaklar getirildiğini, Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu kararlarına karşı niçin yargı yolunun kapalı olduğu, sorularını soruyor ve konuşmasını , “... Avrupa ortak yargı düzeni içinde kalabildiğimiz sürece, avukatlar olarak bu olanaktan yararlanmamız gerektiğini düşünüyorum.” sözleriyle nokt alıyor.

### **b)Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü Alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye<sup>33</sup>**

Güney Dinç 2001 yılında Ankara'da gerçekleştirilen bu uluslararası kurultayda “Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü Alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye” başlıklı bir bildiri sunmuştur.

Bildirisinin girişinde, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının sınırlandırılması ve kötüye kullanılması durumunda, toplumsal korumanın gereği olarak alınacak önlemlerin, ulusal ve ulusal üstü hukukun başlıca uğraş alanları olduğunu belirtmiştir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Açılımı” üst başlığı, “Hukuksal Dayanak” alt başlığı altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ne olmadığı ve ne olduğu konusunda -özellikle o yıllardaki anlayış ve değerlendirmeleri dikkate alarak - önemli bir tanımlama yapmıştır:

*“AİHS, temel hak ve özgürlüklerin başlangıcı ve kurucu belgesi değildir. Öncelikle Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin ulusal kazanımlarının, daha genel anlamda evrensel hukukun geleceğe dönük bir bileşkesidir. Ulusal ve ulusalüstü yargı kararlarıyla gelişmektedir.”*

<sup>33</sup> Uluslararası Anayasa Kurultayı 9-13 Ocak 2001 Ankara, TBB Yayınları

Güney Dinç'in bildirisinin devamında, ülkemizde 2000 yılı öncesi siyasi parti kapatmaları ve ifade özgürlüğü sorunlarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 9,10 ve 11. maddeleri ile bunlarla bağlantılı TCK 312. maddesini ve konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarını özetleyerek değerlendirmiştir.

Güney Dinç bildirisinin sonunda; Türkiye'nin değişim ve yenilenmeye yönelemediğini, " ... özgürlüklerin kapsamının oldukça dar, sınırlama ve kısıtlamaların ise hakkın özünü yok edecek biçimde yorumlama alışkanlığımızdan vazgeçmemiz gerektiği" vurgulamıştır.

### **c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği<sup>34</sup>**

Yargıtay, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi ile Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından gerçekleştirilen bu sempozyumda Güney Dinç'in tebliğinin başlığı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği" dir.

Güney Dinç'in bildirisinde AİHS'nin 6. maddesini teşkil eden "Adil Yargılanma Hakkı", "Türkiye'de Tebliğname Sorunu", "Avrupa İnsan Hakları Yargısından Örnekler" ana başlıkları yer almış, "Sonuç ve Öneriler" ana başlığı altında da özetle, uyumsuzluklar içerisine düşmemek için, yasaların ivedilikle gözden geçirilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır.

Bildiride, AİHM'nin, Sözleşme'yi yorumlarken, kendisini ulusal tanımlar ve yargısal yapılanmalarla sınırlamadığı, tartışılan hakların niteliğine baktığı belirtilmiş ve Türkiye'de geçerli olan adli ve idari yargı ayırımının, AİHM'nin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendine göre yürüttüğü denetim sırasında dava türlerini belirleyecek bir ölçüt olarak benimsemediği vurgulanmıştır.

<sup>34</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Adli Yargı –Sempozyum-26-27 Eylül 2003 (TBB Yay.Birinci Baskı Ankara, Aralık- 2004)

## ç) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerine Etkileri<sup>35</sup>

Bu sempozyumda Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerine Etkileri” başlıklı bir bildiri sunmuştur.

Bildirisine, “AİHS'nin temel hak ve özgürlüklerin başlangıcı ve kurucu belgesi olmadığını, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin insan hakları alanında sağladıkları kazanımların sözleşme ile uluslararası bir nitelik edinildiğini, sözleşmenin canlı ve devingen bir yenilenme süreci içerisinde gelişmesinin ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile gerçekleştiği” sözleri ile başlayan Dinç, ülkemiz açısından somut örneklerle AİHS'nin 9, 10 ve 11. maddelerini ve ilgili AİHM kararlarını değerlendirmiş ve bu bağlamda “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilerin Kapatılmasıyla İlgili Türkiye'ye Yönelik Değerlendirmeleri” başlığı altında, TBKP'nin ve Refah Partisi'nin kapatılması davaları ile Sidiropulos/Yunanistan davasını ele alarak ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

Sonrasında “Türk Ceza Yasası'nın 312. Maddesine Dayandırılan Mahkumiyet Kararlarına İlişkin AİHM'nin Görüşleri” başlığı altında, “İncal/Türkiye Davası” ve “Zana/Türkiye Davası” nı ele almış ve AİHM'nin değerlendirmeleri ile her iki davanın birbirleri ile karşılaştırmasını yapmıştır.

Dinç, bildirisinin sonunda, “AİHM'nin kararlarının üye devletlerin iç hukuklarını başlıca üç temel noktada etkilediğini, bunlardan ilkinin, yakınılan olay sözleşmeyle birlikte ulusal yasalara da aykırı bulunursa, ilgili devletin yasalarını değiştirme zorunda kalmaksızın iç hukuk uygulamalarını düzeltereğini, sorun ulusal yasaların sözleşmeye aykırılığından kaynaklanıyorsa, yasaların yenilenerek sözleşmeye uyarlanmasının gerektiğini ve son olarak, her iki koşulda da AİHM bu doğrultuda bir karar almış ise zarar gören kişi veya kuruma tazminat ve yargılama giderlerinin hükümetçe ödeneceğini, bu işleyişin Türkiye'de çok geç anlaşıldığını” belirterek kimi po-

<sup>35</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İdari Yargı (Sempozyum- TBB, Ankara Ekim 2003)

litikacıların hatta insan hakları uzmanı geçinen bazı bilim adamlarının bile “öde kurtul” anlayışı içinde AİHM’nin kararlaştırdığı tazminatın ödenmesi ile uluslararası yargı kararının uygulanmış olacağını, böylece dosyanın kapanacağı yolunda demeçler verdiklerini ve hükümetin tazminat ve yargılama giderlerini ödemekle yetindiğini, uyumsuzluğun temelindeki yanlışları düzeltmekte isteksiz kaldıklarını, böylece sonuçlanan her davanın hukuk uygulamalarında var olan uyumsuzlukların su yüzüne çıkmasına neden olduğunu vurgulamıştır.

### **d) Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması<sup>36</sup>**

14 Nisan 2006 tarihinde Güney Dinç tarafından verilen ve Ankara Barosu’nca düzenlenen bu konferansın başlığı “ Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” olup, AİHS’nin 8. maddesi ile ilgili ayrıntılı bilgiler somut örnekleriyle verilmiş, örnek ve özet olarak verilen AİHM kararlarından bazıları ise o tarih itibariyle yayınlamamış önemli kararlardan oluşmuştur.

Güney Dinç bu konuşmasını, “Mahkemenin (AİHM) İnceleme Yöntemi”, “Kişinin Adı ve Soyadı”, “Sağlık Bilgilerinin Güvenliği ve Erişimi”, “Mahkemenin Eşcinsellerle İlgili Değerlendirmeleri”, “İstem Dışı Jinekolojik Muayene”, “Özel Yaşama Saygı ve Basın Özgürlüğü”, Aile Kavramı ve Korunması”, “Çocuklarla İlişkiler”, “Konutuna Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı ve Korunması”, Konutların ve İşyerlerinin Aranması”, “Avukat Bürolarının Aranması”, “Türkiye’ye Yönelik Başvurular”, “Telefonların, Mektupların ve Benzeri İletilerin Güvenliği”, “Tutuklu ve Hükümlülerin Yazışmaları”, “Avukatın Tutuklu Sanığa Gönderdiği Mektubun Açılması veya Hiç Verilmemesi”, “Telefon Konuşmalarının Güvenliği”, “Yasadışı Dinleme ve Fişleme” ana başlıkları altında yaparak AİHM’nin konuyla ilgili çok sayıda kararlarından (Örnek olarak verilen ve değerlendirilmesi yapılan 52 adet karardan 10’dan fazlası Türkiye’ye ait olup çoğu yayınlanmamış kararlardır) örnekler vermiştir.

<sup>36</sup> İnsan Hakları Konferansları – (Ankara Barosu Yay. 2006)

### e) Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması<sup>37</sup>

Güney Dinç, bildirisinde özellikle ülkemizde en fazla çiğnenen güvencelerden biri olan “Telefonların Dinlenmesi”nden başlayarak, “Dinleme Yoluyla Edinilen Bilgilere Dayanılarak Kişilerin Fişlenmesi, Mektupların ve Benzeri İletilerin Korunması, Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı Bağlamında İşyerlerinin ve Konutların Aranması, Özel Yaşamın Gizliliğinin Sağlanması Amacıyla Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve Kişisel Bilgilerin Sağlık Bilgilerinin Gizliliği” alt başlıkları altında gerek AİHM kararlarını irdeleyerek ve gerekse ülkemizdeki uygulamalardan örnekler vererek ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

Bildirisinin sonunda, yalnız Türkiye’de değil, en demokrat bilinen ülkelerde bile terör olasılığının, terör korkusunun, insan haklarının engellenmesine, özgürlüklerin kısıtlanmasına bir gerekçe olarak kullanıldığını ve geleceğe dönük olarak da bu doğrultudaki uygulamaların yoğunlaşacağını, özgürlüklerin kaldırılmasıyla terörün önlenemeyeceğini ve bu tür eğilimlere karşı hukukçular olarak, demokrat kişiler olarak tavrın konulması gerektiği belirtilmektedir.

### f) Bülent Tanör Armağanı<sup>38</sup>

Bu kitapta, Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Hak Arama Özgürlüğü ve Başvuru Yöntemleri” adlı yazı ile yer almıştır. Güney Dinç yazısında, AİHS’nin 6. maddesinin AİHM’nce yorumu ile kazanılan “yargı yerlerine erişim hakkı” ile 13. maddesinin bağımsız bir konu olarak ele aldığı “etkili başvuru hakkı” düzenlemelerinin, AİHM nin yargı yetkisini kabul eden devletlerin, Sözleşme’nin (AİHS) 34. maddesine göre, bu hakkın etkin biçimde kullanılmasına hiçbir nedenle engel olmama yükümlülüklerinde oldukları hususunun hep birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, AİHM’ne başvuruda dikkat edilmesi gereken çok önemli bir hususu vurgulamaktadır.

<sup>37</sup> Özel Yaşamın Gizliliği ( Panel-TBB-Ankara – Ekim 2008)

<sup>38</sup> Hazırlayan:Mehmet.Ö.Alkan, Oğlak Yay. 1. Baskı, 2006)

Güney Dinç bu konuyu açarak, “Mahkemeye Ulaşma Hakkı” ve “Etkili Başvurma Hakkı” başlıkları altında hem bu ilkeleri açıklamakta ve hem de AİHM’nin konuyla ilgili değerlendirmeleri ve kararlarından (Erol Güngör davası ve M.Hüseyin Sunal Davası) örnekler vermektedir.

## V- KENT - ÇEVRE ve GÜNEY DİNÇ

Güney Dinç, insanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının temel bir insan hakkı olduğuna inanır. Güney Dinç’in çevre duyarlılığı ve çevre konusunda verdiği mücadele meslek yaşamında çok önemli bir yer işgal etmektedir.

Güney Dinç, “İnsanoğlunun en hoyratça kullandığı varlık, yaşadığı çevre olmuştur” tespitinden sonra, çevrenin korunması, insan ve toplum yaşamı için sağlıklı bir çevrenin oluşturulabilmesi için hukukun önem taşıdığını söyler. Çalışmalarının önemli bir bölümü de çevre ile ilgili verdiği hukuk mücadelesidir. 1980 li yılların başından itibaren meslek yaşamının yaklaşık son 30 yılında çevre ve imar hukukunu yalnız teorik düzeyde ele almakla, bu konuda makaleler, kitaplar yazmakla kalmamış; bir çevre aktivisti ve çevre avukatı olarak mücadele etmiş, çevre hakkı ile ilgili olumsuz idari eylem ve işlemlerin gerek ulusal yargı ve gerekse AİHM nezdinde dava konusu yapılması gereğine dikkat çekmiş, AİHM’nin gerek ülkemiz ve gerekse diğer ülkeler hakkında çevre ile ilgili kararlarının ülkemiz hukukçularınca tartışılmasına da katkı sunmuştur.

Güney Dinç’in tüm bu çalışmaları ve avukatlığını üstlendiği davalar hakkında gerekli bilgiler Sayın Prof.Dr.İpek Özbek Sönmez’in, dergimizin bu sayısında yayınlanmış olan “Güney Dinç’in İnsan – Çevre İlişkinine Hukuk Alanındaki Katkıları” başlıklı yazısında açıklandığı için burada yinelemeye gerek duyulmamıştır.

Sonuç olarak Güney Dinç, bu konuda çalışma yapan diğer meslektaşlarıyla birlikte özellikle ülkemiz açısından doğal çevrenin, tarihi

ve kültürel mirasın korunması ve muhafazasına, çevre duyarlılığının ve çevre hukukun gelişmesine büyük katkı sağlanmıştır.

### **“Çevre Sorunları İçerikli Yargı Kararları ve Uygulamalarının Değerlendirilmesi Toplantısı”<sup>39</sup>**

Güney Dinç, birinci oturumda yaptığı konuşmasına, (açılış konuşması)

*“... Çevresel konularda güncelde Türkiye ve Avrupa hukukunu karşılaştırmalı olarak sunacağını belirterek, ülkelerin 2.Dünya Savaşı’ndan sonra barışa geçiş sürecinde birçok şeyin ayırdayna vardığını, ancak bu süreçte çevrenin söz konusu edilmediğini” söyler ve, “... mesela Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde çevreden neden söz edilmediğini” sorarak başlar.*

Sorusunu, *“... iki türlü ülke var diyeli; bunlardan bir bölümü, yeni bağımsızlıklarını kazanan veya kazanmış gibi durumlarda olan, bugün için dahi kendine gelemeyen birtakım ülkeler. Onların çevreyle uğraşacak halleri yoktu. Büyük ülkeler, gelişmiş ülkeler ise elbette çevrenin ayırdaydılar, önemini biliyorlardı. Ancak çevre, başta kapitalizm olmak üzere, sanayinin yarışma alanı, hareket noktası ve çevreye getirilecek, çevresel konularda getirilecek kısıtlamalar, düzenlemeler, engellemeler, bir yerde sanayinin gelişmesine de, kapitalizmin gelişmesine de mutlaka engel olacaktı. Çünkü çevreyi başlıca iki yönlü kirletiyor sanayi, birincisi kendi çalışmasıyla bunu yapıyor, ikincisi de ürettiklerinin tüketimi ile. Onun için 2.Dünya Savaşı sonrası örgütlenmeleri içinde çevrenin yeri olmadı.”* diyerek yanıtlar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de çevresel haklara değinilmediğini, orada da bu konuya yer verilmediğini ve 1972’den sonra Birleşmiş Milletler öncülüğünde bir dizi konferansla çevre hukukunun gelişmeye başladığını belirtir.

<sup>39</sup> TBB- Toplantı-Haziran 2008 Kuşadası)

Güney Dinç konuşmasında, ülkemizdeki ÇED toplantı ve raporlarının çarpıklıklarından, halkın katılımının sağlanmadığından söz ederek, bizdeki uygulamalar ile bazı Avrupa ülke uygulamalarının karşılaştırmasını yapar ve bu çevresel konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı ve kararlarından örnekler verir.

*“Beğenmediğimiz 1982 Anayasa’sının çevre ile ilgili önemli kurallar getirdiğini, o zaman çevreyi hukuk yolu ile korumak için etkili çalışmalar yapılabildiğini”* söyler.

Nükleer Santraller ile ilgili “Arendelle Davası” örneğini veren Güney Dinç, Türkiye ile ilgili Ümraniye Çöplüğü (Öner Yıldız/Türkiye Davası) olayına değiniyor ve AİHM’nde görülen Türkiye davalarının Avrupa hukukunda çevresel konularda önemli ilerlemeler sağladığını vurgular ve ülkemizde çevresel konularla ilgili olarak iki konuda odaklanmamız gerektiğini belirterek, birincisinin bu yargı yolunun korunması olduğunu ve ikincisinin de yargı kararlarının uygulanması olduğunu ifade ederek bu bölümdeki konuşmasını sonlandırır.

## VI- GÜNEY DİNÇ VE ESERLERİ<sup>40</sup>

Bir yaşam öyküsünün anlatımında, öyküye konu olan kişinin belirleyici özelliklerini yansıtan ve onun toplumsal gelişime katkılarını ortaya koyan somut belgelerin bıraktığı eserler olduğu kanısıyla yazdığı kitapları üzerinde durmayı uygun buluyoruz. Çağdaş hukukun öznesinin insan olduğuna ilişkin inanca dayalı esinlenmesinin, bu eserlere hakim olan ortak tema olduğu söylenebilir. Bu kitaplarda hukuk adına yapılan hukuksuzluk sergilenmekle yetinilmemekte, sorun aktarımından sorunun uygarlık düzlemine uygun siyasal ve hukuksal çözüm yöntemlerine geçilmektedir.

Üstlendiği davalar nedeniyle yoğun bir iş yükü altında bulunmasının yanı sıra Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği de baş-

<sup>40</sup> Güney Dinç’in eserlerinden “Kartpostallarla Balkan Savaşı” adlı kitabının tanıtımı, armağan komitemizce değil, konunun iki uzmanı tarafından yapılmıştır.



ta olmak üzere, çok sayıda uğraşları birlikte yürüten bir avukat olarak Güney DİNÇ'in neden bu kadar kitap yazma uğraşına girdiği, üzerinde durulması gereken bir noktadır. Onun kitap yazma uğraşı, yazar olma hevesinin giderilmesine yönelik sayılamaz. Kitaplara varlık kazandıran tutku, suskun kalmak yerine kaygıları dile getirmek ve geleceği yaratacak yöntemleri paylaşmak üzere yazı yoluyla insanlara ulaşmaktır.

Yazarlığın belli bir birikimi gerektirdiği göz önüne alındığında, 1961 Anayasası ile başlayan ve 12 Mart Muhtırası ile örselenen yeni bir özgürlükler düzeni kurma döneminde Güney DİNÇ'in yaşadıklarının ve yaptıklarının, bu birikimi yaratan tarihsel koşulları oluşturduğu söylenebilir.

Çağdaş Hukukçular Derneği'nce "Çağdaş Hukuk Mücadelesinde Emek Ödülü" verilmesi ve Çağdaş Hukuk Dergisi'nin 1998/3 sayısının Güney Dinç Özel Sayısı olarak yayınlanması sırasında yapılan röportajda yazarlığa başlaması ve bununla elde edilen hukuksal kazanımlar şöyle dile getirilmektedir: *"...Beni yazarlıkta yoğunlaştıran asıl etken, 12 Eylül yönetimi ve ardından gelen çarpıklıklar oldu. Anayasa ve yasalar da ayaklar altına alınınca, elde kalan tek hukuksal dayanak uluslarüstü insan hakları sözleşmeleriydi". "Ben, 35 yıl gecikmeyle de olsa, Türkiye'nin bireysel başvuru sürecine katılması istemiyle bir kitap, onlarca makale yayınladım. Bu yol açılınca, Sargın, Yağcı, TBKP adına dört başvuruyu sevgili dostum Erşen SANSAL ile birlikte yürüttük. Strasbourg Organları ilk kez bu başvurular nedeniyle Türk hukukunu tanımaya, ulusal uygulamaları değerlendirmeye başladı. Biz de onları tanıma, çalışma biçimlerini izleme olanağı bulduk. Komisyon'un ve Mahkeme'nin geçmişten gelen bir Türkiye deneyimi olmadığı için, sözel yargılamaya önem verildi. On yıl boyunca çeşitli duruşmalara katıldık. Neyse ki sonuçta doğru kararlar verildi, ulusal hukuku etkileyen, yenilenmeye, çağdaşlaşmaya ivme sağlayan gerekçeler üretildi. 3713 sayılı yasa ile TCK 140, 141 ve 142. maddelerinin kaldırılmasında, 3842 sayılı yasa ile CMUK, DGM Yasası, Terörle Mücadele Yasası, Olağanüstü Hal Yasası, Polis Vazife ve Selahiyetleri Yasası değişikliklerinde bu kararlar etkili oldu."*

Yaşamı, insan haklarına dayalı çağdaş hukuk düzeni özlemine adanmış bir hukuk adamının hala güncelliğini koruyan yıllar öncesinden seslenişleri hakkında merak uyandırıcı bir fikir verebilme umuduyla eserleri üzerinden özet bir sunum denemesi aşağıdadır.

### a) İnsan Haklarına Uzanmak<sup>41</sup>

Yazar, kitabının arka kapağına yazdığı notta, “Bu kitap, insan haklarının toplumumuzda tüm boyutlarıyla yaşama geçirilmesi ve Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını benimsemesi için verilen uğraşlara katkıda bulunmayı amaçlıyor.” diyerek kitabın niteliği ve amacını tek cümlede açıklamaktadır.

Güney DİNÇ’in, bu kitabının önsözünü yazan Av.Prof.Dr. Faruk EREM de, “...*İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı yetkisini benimsemek, Türkiye üzerinde yoğunlaşan tartışmaların temel nedenidir.*” diyen yazarın bu tespit ve teşhisinin ne kadar isabetli olduğunu ve bu nedenle de eserin her türlü övgüye hak kazandığını söylemektedir.

Yine, kitabın önsözünü yazan Av. Prof. Dr. Faruk EREM, yazardan “ileri görüşlü” bir yazar olarak söz etmektedir. Kitabın yazıldığı ve yayın hayatına kazandırıldığı 1986 yılı dikkate alındığında, kitapta ele alınan konuların, sorunların teşhisine ve yapılması gerekenlere ve yazarın önerilerine baktığımızda, sonraki yıllarda siyasete ve hukukçulara özellikle temel insan hak ve özgürlükleri ve hukuk devletini oluşturma yolunda nasıl yol göstericilik/rehberlik yaptığını görebiliyoruz.

Kitapta, “İnsan Haklarının Sosyal Temeli”, “Uluslararası İnsan Haklarına Doğru”, “İnsan Haklarının Türkiye’deki Serpintileri”, “Avrupa’nın Özümseyemediği Çelişki: GÖÇMEN SORUNU”, “Yaşama Hakkı ve Barış” ve “Türk İşçileri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde” ana başlıkları altında toplanmış, insan hakları (başta AİHS ve AİHM olmak üzere), yargı, hukuk ve demokrasi, ekonomi, siyaset gibi birçok önemli konu değerlendirilip irdelenmiştir.

<sup>41</sup> ( Ekim 1986, SAY Yayınları)

Ülkemiz açısından yapılan değerlendirmelerden birinde, “... İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini benimsemek, Türkiye üzerinde yoğunlaşan tartışmaların temel nedenidir. Bu koşullarda Türkiye’nin topluluğun temel ilkelerini oluşturan değer yargıları ile tam bir uyum içinde olduğu söylenemez. Türkiye’nin A.K ile ilişkilerinde başlangıçtan beri gözlenen en büyük eksikliği budur. *Türkiye, kesinleşmiş yargı kararlarını ve yasalarını, öteki on dokuz ülkenin yaptığı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetimine açabilmelidir.*” (s.47-48) diyen Güney Dinç’in, sonraki yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı yetkisinin ülkemizce benimsenmesindeki katkısını (elbette konu ile ilgili çalışma yapan diğer aydın kişilerle birlikte) ve ileri görüşlülüğünü görmemek mümkün değildir.

## **b) YÖK Çıkmazı<sup>42</sup>**

YÖK Çıkmazı başlıklı eser, Kasım 1987 tarihinde yürürlüğe giren Yükseköğretim Kanunu’nun getirdiği hükümlerin uygulanmasıyla akademik personelin çalışma güvencelerinin ortadan kaldırılarak başlatılan üniversitelerde çöküş ve yıkım sürecinin İzmir özelindeki belgesel ürünüdür. Güney Dinç’in avukat olarak üstlendiği davalar nedeniyle edildiği izlenimlere göre savunduğu akademisyenlerin hoyratça tüketilmesi ve üniversitelerin baskının hakim olduğu kurumlar haline getirilmesi, yükseköğretimin çıkmaza sokulduğu sonucunu yaratıyordu. Bunların dava dosyaları arasında kaybolup giden bireysel sorunlar olmaktan öteye ülke adına duyulan kaygılar olarak paylaşılması düşüncesi bu esere varlık kazandıran temel etken olmuştur. Eser, on dava dosyasının içerdiği evrelerin ve sonuçların damıtılmış sunumudur.

Yazarın anlatımı ile YÖK Çıkmazı şöyle özetlenmektedir. “... Yükseköğretim Yasası, Türkiye’nin ulaştığı özgür düşünce düzeyinin gerisinde kalıyordu. Başboşluk olarak nitelendirilen üniversite özerkliği kaldırılmış, yerine buyurucu yetkilerle güçlendirilen kişi ve koşulların sınırsız egemenliği getirilmişti. Yükseköğretim Yasası, yönetim odaklarının yetkilerini genişletti. Sorumluluk yerindeki kişilere, konumlarıyla

<sup>42</sup> Bilim ve Sanat Kitapları, Nisan 1986

özdeşleşen üstünlükler sağladı. Böylece, bireysel önyargılar etkinlik kazandı. Hukuksallık ve bilimsellik, bu ölçüler içinde değerlendirildi. Doruklaşan öznel yaklaşımlar sonucunda, geleceğe güvenle bakması gereken birçok genç insan, yıllarını verdikleri kurumlarından uzaklaştırıldı.” Bu satırlar, tarihe düşülen notlardır.

Konunun bir başka boyutu, baskıcı rejimin üniversite yöneticilerini de kendi görev alanlarında siyasal iktidarın izdüşümü haline dönüştürerek her türlü hukuksal ve bilimsel ölçülerden taşmış hoyrat otorite odakları yaratmasıdır. Olumsuz siyasal iklimden beslenen fırsatçı akademisyenlerin ihbar, şikayet dilekçeleriyle ve muhalefet şerhleriyle akademik ortama katkıları sonucunda suskun üniversite, ürkek ve uysal öğretim üyeleri modeli kurulmuştu.

Açılan davaların kazanılmasına karşılık, bu davalara sebep olan yöneticilerden ve ihbarcılardan hesap sorulmaması, bunların dokunulmazlıklarının ve sorumsuzluklarının devam etmesi, üniversite özerkliği, akademik özgürlük ve hukuk devleti gibi kavramların soyut ve sembolik düzeyde kaldığının göstergesidir. Günümüzde üniversitelerde yaşananların deyim yerindeyse “kök hücresi” bu eserde anlatılanlarda saklıdır.

### c) Güvensizlik Üçgeni

Devlet güvenliğini koruma adına güvenlik makamlarının ve bazı idari kurumların hiçbir yasal dayanağı olmaksızın kendilerine özgü bir yetki alanı ve usulü yaratarak bireylerin özel yaşamı ile gizli yaşamları hakkında bilgiler toplamaları, bunları kategorilere ayırıp kayıt tutmaları, bu kayıtlara göre ilgili bireyler hakkında işlemler kurmaları konusundaki faaliyetleri ve sonuçları Güney Dinç’in Güvensizlik Üçgeni adlı eserine varlık kazandırmıştır. 1987 tarihinde yayınlanan bu eser, 12 Eylül döneminde güvenliğin sağlanması için kaçınılmaz bir zorunluluk gerekçesine dayandırılan bu olağan dışı önlem ve yöntemlerin bu dönemi izleyen zaman kesitinde de arttırılarak sürdürülmesinde ısrar edildiğini, böylece 12 Eylül’ün kalıcı hale getirildiğini sergilemektedir. Bunun kökeni siyasal iktidarların ve yöneticilerin olağanüstü dönemde elde ettikleri karar

ve uygulama rahatlıklarından olağan dönemde vazgeçememe konusundaki dirençleridir.

Ülkemizde güvenlik soruşturmaları ve fişleme uygulamaları hayli eskilere dayanmaktadır. Demokrat Parti döneminde çıkarılan 1953 tarihli Sabotajlara Karşı Koruma ve Sabotajları Önleme Kararnamesi, İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi aracılığı ile bireyler hakkında bilgi toplama ve arşivleme, bireyleri kuşkulu ve güvenilmez kategorilere yerleş-tiren uygulamalar yaşatmıştır. 1961 Anayasası'nda kişi hak ve özgürlüklerinin kapsamlı güvencelere bağlanmış olmasına karşılık 1964 yılında yürürlüğe giren bir başka kararname doğrultusunda düzenlenen Güvenlik Soruşturması Yönergesi, 1972 tarihli Başbakanlığın gizli genelgesi ile genişletilerek ve pekiştirilerek uygulama kalıcı hale getirilmiştir.

12 Eylül döneminde 1402 Sıkıyönetim Kanunu'nda yapılan değişikliklerle sıkıyönetim komutanlarına genel güvenlik açısından sakıncalı gördükleri kamu görevlilerinin bundan böyle kamu hizmetinde çalıştırılmamak üzere görevlerine son verme yetkisinin verilmesi, bu işleme karşı dava yolunun kapatılması gibi düzenlemeler yanında başkanlıkça 1981 yılında çıkarılan bir genelgeyle Genel Bilgi Toplama Merkezi kurulmasıyla bireylerin öznel ve gizli yaşamına ilişkin bilgileri sistematik, sürekli ve yaygın halde arşivleyip buna dayanarak işlem tesis etme, kol-luk yetkilerini kullanma konusu kurumsallaştırılmıştır.

Anayasal ilkelere uymayan bu olumsuzlukların başlıca toplumsal sonuçlarına bakıldığında, bireyler hakkında yanıltıcı ve karalayıcı bilgiler üreten ve bunu ilgili makamlara ileten bir muhbir kitlesi doğmuştur. Bu durum giderilmesi zor olan bir yozlaşma türü olarak varlığını korumaktadır. Söz konusu uygulamalar sonucunda başta üniversiteler olmak üzere tüm kamu kesiminde 1402'likler olarak anılan yargılanmaksızın çalışma hakkından yoksun bırakılan yetişmiş bir insan gücü kesimi idareden dışlanmıştır. Yöneticilerin kendi kurumlarında genel güvenliği sağlama işlevini üstlenerek öznel görüşlerle sakıncalı buldukları kamu görevlilerini bertaraf etme alışkanlıkları kalıtımsal bir virüs haline gelmiş durumdadır. Güncel durum analiz edilirken yazarın insan haklarının ör-

selenmesine ilişkin tarihsel saptamalarını ve seslenişini temel veri olarak değerlendirmek gerekecektir.

### ç) Pençeli Adalet<sup>43</sup>

Pençeli Adalet kitabı, bir hukuk adamı olan yazarın 1980’li yılların sonlarında var olan adalet anlayışını ve işleyişini eleştirerek çağdaş adalet anlayışını içeren eseridir. Bu arayış sürecinde günümüzde bile adaletin simgesi olan terazili tanrıça, yeryüzündeki insanların yaşamları ile hiç ilgisi yoktu. Üstelik, insanların kurduğu düzen kuralları ile değil, evrensel ve ölümsüz varlıklar aleminin tanrıçasıydı. Gizemli güçleri yeryüzüne indirgeme eğiliminde olan insanoğlu, Themis’in eline terazi ve kılıç tutuşturarak, gözlerini bağlayarak adaletin simgesi haline getirmişti. O günden bu yana öznesi insan olmayan adalet tanrıçasının görev başında sayılması varsayımı sürüp gitmektedir. Günümüzün özlenen insan onuruna saygılı, bireylerin güvenceli özgürlüklerini koruyan, eşitlik temelli adalettir.

Suçlunun yakalanıp adaletin pençesine teslim edilmesine ilişkin yayın ve kalıplaşmış bir söylem varlığını devam ettirmektedir. Bu söylem, kamu gücüne dayalı yaptırım uygulamayı ifade etmekle birlikte, pençesi ile işlevini gerçekleştiren bir varlık olarak adaletin ürkütücü ve acımasız güce sahip olduğunu çağrıştırmaktadır. Çağdaş hukuk bu pençeyi insan hakları ilkeleriyle ürkütücü olmaktan kabul edilebilir ölçüğe dönüştürmeyi amaçlar.

“Adalet Mülkün Temelidir özdeyişi de yörüngesinden sapsmış bir başka anlatımı vurgular. Mülk kavramı insanın nesne üzerindeki hakimiyeti olduğuna göre bu deyiş adaletin varlıklarının mülkü olduğu anlamını taşımaktadır. Mülk kavramı egemenlik ve egemenliği kullanma anlamıyla değerlendirildiğinde ise, söz konusu özdeyişin “adalet devletin temelidir” şeklinde anlaşılması ve kullanılması gereklidir.

<sup>43</sup> Boyut Yay. Eylül ‘988

## **d) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü**

Güney Dinç'in üzerinde durduğumuz insan haklarıyla ilgili bir başka eseri, 2005 yılında İzmir Barosu tarafından yayınlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri" başlığını taşımaktadır.

Eserin içeriğinde üç özgürlük türünün kapsamını ve sınırlarını gösteren Türkiye'nin taraf olduğu ya da olmadığı davalarda verilen kararlar irdelenmektedir. Bu kararlar doğrultusunda ulusal hukuk uygulamalarına hakim olan anlayış irdelenirken 1954 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin onaylanmasıyla başlayan ve 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kabul edilmesine kadar geçen otuz üç yıllık zaman dilimi "Yitirilen Yıllar" olarak değerlendirilmektedir. "Buyurgan devlet, bağımlı yurttaş" anlayışı bu dönemin de belirgin özelliğidir. "Siyasal ve ekonomik güç odakları karşısında boyun kırıp güncel gelişmelere uzak kalan üniversitelerin, devlet yapılanması içindeki belirleyici gücünün ayırdına varamayan yargının sessizliği karşısında ilerlemenin durması kaçınılmazdır." cümlesiyle dile getirilen değerlendirme günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

Bunu izleyen dönemin gelişmeleri belirtilirken Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları karşısında önce tazminat ödeyerek var olan durumu sürdürmek yanılışına düşen siyasal iktidarlar, daha sonra ulusal hukuku uluslararası hukuk nizamlarına göre yeniden yapılandırmak zorunda kalmışlardır. "Avrupa Birliği'nin dürtüleri ile de olsa ... onur kırıcı bir niteleme ile ev ödevi adı altında sürdürülen yasama çalışmalarının çok önemli yenilikler getirdiğini görüp anlamak" gereğine değinen yazar, yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni temel hukuk normu olarak benimseyip uygulamakta isteksiz davrandığını, bazı kararlarında Sözleşmeye yollama yaparak gerekçede zenginleştirme görüntüsü yaratma yoluyla yine ulusal hukuka göre sonuca ulaşmakta olduğunu vurgulamaktadır.

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen son cümle, bu konudaki duraksamaları gidererek usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile ulusal hukuk hükümlerinde farklılık olduğu takdirde uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanması zorunluluğunu hükme bağlamaktadır. Bu değişimin sonucu olarak uluslararası sözleşmeler ayrıca bir ulusal düzenlemeye gerek kalmaksızın doğrudan uygulanması gerekli temel hukuk normları haline gelerek yasama, yargı ve yürütme erkleriyle idareyi bağlayan yaşamın her aşaması için geçerlilik kazanmış bulunmaktadır. Güney Dinç'in "devrim" olarak nitelediği bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat birikimi yanında her uluslararası sözleşmenin kendine özgü denetim mekanizmasının görüş ve kararları da göz önüne alınarak insan haklarına uzanmak ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek mümkün olacaktır. Bu noktada Güney Dinç'in yaşamını adadığı amaca ilişkin vasiyet niteliğindeki beklentisi kendi anlatımıyla "Hiç kuşku yok ki, bu değişim çalışmaları ile canlılık kazandıracak olanlar, insan hakları konusunda Anayasa'nın 90. maddesi ile yeni sorumluluklar altına giren yargıç, savcı ve avukatlar olacaktır."

#### e) Adil Yargılanma Hakkı<sup>44</sup>

Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1954 yılında onaylaması ile başlayan ve 1987 yılında Türkiye'ye yönelik bireysel başvuruları inceleme yetkisinin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na tanınmasıyla ivme kazanan süreçte, Sözleşme ve Ek Protokoller çerçevesinde bireylere uluslar üstü düzlemde hak arama bilincinin aktarılmasına, yargısal ve yönetsel organlara bu düzlemin gereklerinin içselleştirilmesine yönelik tutku "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı esere varlık kazandırmıştır.

Bu kitap İzmir Barosu yayını olarak 2006 yılında konuyla ilgili ilk çalışmalar arasında literatüre katılmaktaydı.

Kitabın girişinde yer alan "Yargılamanın değişmeyen öznesi insandır" görüşü doğrultusunda son söz sanığındır ya da davalınıdır söy-

<sup>44</sup> İzmir Barosu Yay. Mart 2006



lemlerinin yeterli olmadığına değinilerek yargılama etkinliğinin yargılananların bilgisi ve etkin katılımı ile gerçekleşmesi halinde yargılama adaletinin var olabileceği vurgulanmaktadır. Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecini, yargı organının konumunu ve işleyişini, kararların verilmesine hakim olan esas ve usuller ile uygulanışını evrensel ölçekte geçerlilik taşıyan kriterlerle değerlendirilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda kitap, “Adil Yargılanmayı Talep Hakkı”, “Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Silahların Eşitliği” ile “Savunma Hakkı” ana başlıkları altında yapılandırılmıştır. Son bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin yöntem ve yaklaşımı üzerinde durulmaktadır.

Kitabın özgün olma ve Türk hukukunu yönlendirici olma niteliği, işlenen her konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin örnek kararlarıyla irdelenmesiyle belirginleşmektedir. Yazarın yorum ve açıklamalarıyla zenginleştirilmiş olan bu kararlar ülkemizin çağdaş hukuk düzenine ulaşmasında kanun koyucuya, avukatlara, yargıçlara, idareye ve bireylere rehber olacak bir çalışmadır. Adil yargılanma hakkının yapı taşlarını oluşturan kavram ve kriterlerin içeriğini bu kararlarda ve bunların yorumlarında bulmak mümkündür. Bu bağlamda birkaç örneğe kısaca değinmekte yarar vardır.

Mahkeme, bağımsız mahkeme kavramı açısından dava konusunu analiz ederken, yargıçların hiçbir organ ve kişiden etkilenmeyecek konumda olmalarının yanı sıra mahkemelerin görünümüleri ve yarattıkları izlenim açısından da toplumda ve bireylerde tartışılmaz bir güven ve saygınlık algısı yaratması gereğini İncal/Türkiye davasında karara bağlamıştır. Bu karar doğrultusunda, Anayasa ve ilgili yasalarda gerekli değişiklikler yapılarak askeri yargıçlar devlet güvenlik mahkemelerinin oluşumundan çıkarıldığı gibi daha sonra da bu mahkemeler kaldırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesinde yer alan “etikili başvurma hakkı”, Sözleşme’nin 34. maddesine göre taraf devletlere bu hakkın kullanılmasına hiçbir nedenle engel olmaması yükümlüğü ge-

tirmektedir. Sözleşme'nin 13.maddesi, sözleşme kapsamındaki bir hak ve özgürlük örselenmesinin kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi halinde, bireyin yapacağı başvuru üzerine yetkili makamın derhal harekete geçerek konuyu uygun bir süre içinde sonuca bağlanmasını öngörmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu karar örneklerini sergileyen Yazarın bu soruna ilişkin gözlem ve değerlendirmeleri şöyledir: “Kamu personelinin temelsiz suçlamalar nedeniyle görevlerini yapamaz duruma düşmelerini önlemeyi amaçlayan idari soruşturma aşamaları doğru işlemediği zaman yargılama bağımsızlığına dönüşmekle kalmamakta, devlet memurlarının suç işlemlerini özendirilen bir etken olabilmektedir. En alt birimlerden başlayan bu tutum, karşılıklı dayanışma ve hoşgörü anlayışı içinde, yargı organına kadar uzanabilmektedir. Olay bu boyutlara geldiği zaman devlet adeta bir suç aygıtı olmakta, toplumsal güvenin yerini genel bir inançsızlık almaktadır.”

Ülke gündeminden hiç düşmeyen yargı reformu beklentileri ve hukuk devleti olma özlemi dile getirilirken Güney Dinç'in bu eserindeki anlatımları özümsemeden yapılacak düzenleme ve uygulamaların çağdaşlığın çok uzağında kalacağı anlaşılmaktadır.

#### **f) Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>45</sup>**

Yazar, kitabının başlangıcında “Giriş” bölümünde “Barış Coşkusu” başlığı altında, ilkokulda 9 yaşındayken çocukluğuna ait, savaşın (2. Dünya Savaşı) bittiği güne ait belleğinde kalıp hiç unutamadığı bir anılarından söz ediyor. Savaşın hiç çirkin yüzünü görmemelerine karşın savaşın bittiğini öğrendiklerinde arkadaşlarıyla birlikte nasıl sevinip coşkuyla okul çantalarını havaya fırlatıp atlayıp zıpladıklarını anlatır ve olayı değerlendirerek; “... Hep savaş içinde olmuştuk ama Türkiye, Avrupa'nın en güvenli ülkesiydi. Bizim yaştakiler, savaşı yaşamadıkları gibi, barışın ne anlama geldiğini de bilmiyorlardı... Nasıl bir duyguya kapılmıştık da, savaşın bittiğini duyunca böylesine tanımlanması güç bir coşkuyu yaşamıştık. Benim ve arkadaşlarımın çocuksu coşkusu, o günlerde ne olduğunun bile ayırdığına varamadığımız barış içinde yaşama içgüdüsünden kaynaklanan

<sup>45</sup> Türkiye Barolar Birliği Yayınları *Mayıs 2006*

*insancıl bir tepkiydi. Gerçekten de, insanlık adına yürütülen en saygın çabalar, her çağda ve her koşulda, silahların yok edici gücüne karşı barış inancının egemenliği için verilen uğraşlar olmuştur. Umutsuzluğa düşmenin gereği yok. Belki bir gün sözde değil, özde de barışa uzanabileceğiz.”*

diyerek insan temel hak ve özgürlükleri ile barış arasındaki ilişkiyi çok güzel anlatmaktadır.

Kitabın yazarı Güney Dinç kitabında; “İnsan haklarının bireysel ve toplumsal ölçekteki amacı, adaletin egemen olduğu bir dünyada herkesin insanca ve özgürce yaşamasıdır. Sorgulanması gereken konu, AİHS ve ek protokoller çevresinde oluşan hukuk kurallarının, AİHM kararları ile insan haklarının gerçekleşmesine hangi boyutlarda katkıda bulunduğudur”, diyerek konuya hukuksal bakış en özlü bir biçimde ifade etmektedir.

103 soru ve cevabıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek protokollerini açıklayan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve değerlendirilmelerinin bulunduğu bu kitap 2006 yılından beri ders ve eğitim kitabı olma özelliğini hala muhafaza etmektedir.

Ülkemizde insan hakları konusunu ilk gündeme getirenlerden birisi olan Av.Güney Dinç’in hazırladığı bu kitap için daha fazla bir şey söylemeye gerek yok, çünkü kitabı incelediğinizde bugüne (kitabın yayın hayatına katıldığı 2006 yılına) değin bu alanda yazılmış, teorik bilgileri de içermekle birlikte uygulamacılar için çok değerli bir rehber kitap olduğu görülecektir.

Kitap bu alanda yazılmış en yetkin kitaplardan biri olma özelliğini taşıdığı gibi yalnızca avukat adayları için değil tüm hukukçular için de bir başucu kitabı olmuştur.

Kitap neredeyse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin şerhi niteliğindedir.

## g) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları<sup>46</sup>

Ülkemizde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir uygarlık sorunu olarak kuramsal alanda çok sınırlı bir ölçekte ele alındığı, yargısal uygulamalarda ise henüz benimsenmediği iki binli yılların ortalarında Güney Dinç'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları başlıklı eseriyle konuyu özenle işlediği görülür. Türkiye'nin 1954 yılında Sözleşmeyi ve 1 Numaralı Ek Protokolü ulusal hukukuna katmasıyla başlayan süreçte nasıl bir rejim içine girdiği, devletin ve bireylerin hak, yükümlülükleri ile sorumlulukları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin seçilmiş kararları üzerinden incelenmiştir.

Güney Dinç'in kitabına da adını verdiği şekilde "**mülkiyet hakkı**" kavramı yerine "**malvarlığı hakları**" kavramının kullanmasını da şöyle açıklamaktadır:

*"... Taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilen veya dokunulamayan varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik aylığı, kira alacakları, bir etkinliğin yürütülmesinden kaynaklanan ekonomik çıkarlar, mesleğini uygulama hakkı, yöntemsel uygulamalara dönük beklentiler, AİHM'nin kararları ile mülkiyet hakları içinde değerlendirilen konulardır. Kanımızca <mülkiyet hakkı> deyimini bu kadar yaygın bir ilişkiler alanını tanımlamaya yeterli gelmeyecektir. Konuların genişliğini ve çeşitliliğini gözeterak, Ek 1. Protokol'ün içeriğini 'malvarlığı hakları' olarak anmayı daha uygun görüyoruz."*

Eser, beş bölümde yapılandırılmıştır. Birinci bölümde mülkiyet hakkı kavramının geleneksel hukuk ve sözleşme açısından karşılaştırma-ly analizi yapılarak bu hakkın korunmasının boyutları ve korumaya ilişkin üç kural yöntemi açıklanmaktadır. İkinci bölümde Ek Protokole göre malvarlığının sonlandırılmasında hukuka uygunluk koşulları üzerinde durulmakta, malvarlıklarının kullanımındaki sınırlar belirlenmekte ve devletin malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü incelenmektedir. Üçüncü bölüm malvarlığı hakları açısından ayrımcılık

<sup>46</sup> TBB Yayınları . Birinci Baskı Mayıs 2007

yasağına ve bu hakkın medeni hak ve yükümlülükler kapsamında olması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma güvenesi içindeki konumuna ayrılmıştır. Dördüncü bölüm Avrupa Birliği yönetimince benimsenen politika ve önlemlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir hukuk normu ya da en azından Birliğin ortak yasasına yönelik bir olgu olarak öncelikli ve ağırlıklı ölçüde değerlendirilmesine ilişkin tartışma ve gelişmeleri konu edinmektedir. Beşinci bölümde malvarlığı davalarında hakkaniyete uygun giderim kavramı genel bir açıklamayı izleyen kamulaştırma, uygun sürede yargılanma, haksız tutuklama, malvarlığı haklarına saygı gösterme yükümlülüğüne aykırılık gibi olgularla işlenmektedir.

## **h) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan<sup>47</sup>**

Yazar, kitabın başında,

*“ ... Evrensel içeriği ağırlık taşıyan konularla ilgili hukuksal düzenlemeleri de, evrensel ölçülerde ele alınması gerekiyor. Oysa çevrenin uluslararası hukukun konular arasına girmesi, çok yeni bir oluşumdur. Öylesine yenidir ki, insan haklarını guruplar biçiminde sıralandıran hukukçulara göre, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, ancak 'üçüncü kuşak' hakları arasında anılmaktadır. Bu tür ayrımlar sözü edilen hakların önem sırasına göre değil, çağımız insanının yaşamsal konular karşısındaki ilgisizlik ve ayrımcılığına göre belirlenmektedir. Hangi gerekçe ile olursa olsun, en önemli ortak varlık olan çevrenin 'üçüncü kuşak' düzeyinde kaldığını anımsatan dış kaynaklı söylemleri yakışsız ve gereksiz buluyoruz...”* diyerek, “çevre” nin en önemli ortak varlık olduğu vurgusunu yapmaktadır.

Yazar, uluslararası çevre hukukunun gelişmesine katkıda bulunan en önemli girişimin 1972 yılında Stockholm'de gerçekleşen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı olduğunu belirterek, bu konferansın sonunda hazırlanan Stockholm Bildirgesinin ilerleyen yıllarda çevre konusundaki yeni arayışlarına temel olduğunu söyleyerek 1982 Doğa Şartı ve 1992 Rio Dünya Zirvesi'ni örnek vermiştir. Bu çalışmalar hukuksal düzenlemelerin yapılmasında da etkin olmuştur.

<sup>47</sup> TBB Yay. Birinci Baskı Mayıs 2008

Yazar, çevresel kirliliğin başlıca sorumlusunun, doğal etkenler dışında, insanlar olduğunu belirtmekle birlikte asıl sorumlunun “Kapitalist Ekonomik Sistemin Çevreye Bakışı” olduğunu somut örnekleriyle açıklamaktadır.

“Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, “AİHM’ne Göre Toplumsal Yaşam ve Çevre Sorunları”, “Sanayi ve Çevre Kirliliği”, “Nükleer Tehlike ve Radyasyon” ve “Çevresel Etkinlikler” ana başlıkları altında yazar, çevre sorunlarını tüm ayrıntılarıyla birlikte ele almakta, konu hakkında gerek Türkiye ve gerekse diğer Avrupa ülkeleri hakkında AİHM’nin çevre ile ilgili verdiği kararlarını değerlendirmektedir.<sup>48</sup>

### **Aydınlığa Mektuplar<sup>49</sup> (1928-1937)**

Aydınlığa Mektuplar, cumhuriyetin ilk yıllarında(1928-1937) gazetelere gönderilen okur mektuplarından yapılmış bir seçkidir. Böyle özgün bir çalışma ilk defa yapılmış bulunmaktadır.

Yazar, “... Dönemi çok yönlü yansıtan bir görünüm sunabilmek için, tek bir yayına bağlı kalmayıp”, 1928 yılının Vakit, 1929 yılının Vakit ve Cumhuriyet, 1930 yılının Cumhuriyet, Son Posta, Hizmet, 1931 yılının Son Posta, Anadolu, Tan, Hizmet, Yeni Asır, 1932 yılının Cumhuriyet, Anadolu, Hizmet, 1933 yılının Akşam, Milliyet, Son Posta, Cumhuriyet, 1934 yılının Milliyet, Cumhuriyet, Son Posta, Vakit, 1935 yılının Son Posta, Tan, Cumhuriyet, Milliyet, 1936 yılının Cumhuriyet, Yeni Asır, Son Posta, Tan ve 1937 yılının Anadolu, Cumhuriyet, Tan gazetelerini kapsayan geniş bir tarama yapmıştır.

Okuyucu mektuplarını incelediğinizde neredeyse yüz yıla yakın bir süre önce var olan kimi sorunların yazarın deyimi ile, “böyle gelmiş böyle gider” sözünü hatırlatan biçimde olumlu yönde bir arpa boyu yol almadan olduğu yerde durduğunu görüyorsunuz. Okuyucu mektupla-

<sup>48</sup> Prof.Dr. İpek Özbek Sönmez’in, bu kitapla ilgili değerlendirmeleri, dergimizdeki, “Güney Dinç’in İnsan Çevre İlişisine Hukuk Alanındaki Katkıları” yazısında da bulunmaktadır.

<sup>49</sup> Dinç, GÜNEY, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Haziran 2010

rında, bürokrasinin çarpık uygulamaları, doğanın tahrip edilmesi ve çevre kirliliği, çarpık kentleşme, ulaşım güçlükleri gibi günümüzün can alıcı sorunlarından örnekler buluyorsunuz.

Yazar, ülkemizin karikatür sanatının öncüleri Cemal Nadir Güler, Ramiz Gökçe, Ratip Tahir Burak, Nemci Rıza Ayça, Hulki Onaran ve Sururi Güven'in aynı yıllarda yayımlanan ve okur mektuplarıyla örtüşen çizimlerinden örnekleri de esere koyarak dönemin düşünsel ve görsel gelişimini yansıtmıştır. Karikatürlerin hepsi anlamlı ve görülmeye değer. Örneğin Ramiz Gökçe'nin " Köhne İstanbul'dan Kurtuluyoruz" başlıklı bir karikatüründe, berber önünde oturan ve kafasında İSTANBUL yazılı saçsız bir kişinin tepesinde İstanbul kentini ustura ile traş ediyor , karikatürün altında da " Belediye imar faaliyetlerine başladı!.." yazısı var. Yine Ramiz Gökçe'nin üstünde , "Saltanat devrinin mirası: 1.000.000.000. Lira borç" yazılı bir karikatüründe, büyükçe çizilmiş üzeri büyük bir 1 rakamı ile Milyar ve etrafında da Osmanlı Saltanatının Borçları yazılı bir madeni parayı ayağına prangalanmış vaziyette çekiyor. Altında da, "Türkiye Bu zinciri kırmadıkça ilerlemeğe imkan yok!.." yazısı bulunuyor.

Yazar, kitabın sonunda "Son Gözlemler" başlığı altındaki değerlendirmesinde önemli bir tespitte bulunmakta; "... Görüntüdeki değişti tanımlamaya gerek var mı? Cumhuriyet'le gelen uygarlık, okur mektuplarında olduğu gibi, çizimlerde de açıkça sergileniyordu. Seçilen yol, Avrupa'ya boyun eğmeden, yaltaklanmadan Avrupalı olmaktı. Bir başka deyişle, Avrupa'ya rağmen Avrupalılaşmak."

## VII- GÜNEY DİNÇ'İN SANATÇI KİŞİLİĞİ

Öğrencilik yıllarında yazdığı şiir, öykü ve denemeleri, Şairler Yaprağı, On Üç, Galeri, Salkım, Varlık, Seçilmiş Hikayeler gibi dergilerde yayınlandı. Güney Dinç, şiir yazmaya niçin ara verdiğini şöyle açıklamakta:

*“Yasaklar nedeniyle çok geç ulaşabildiğim Nazım Hikmet’i okuduktan sonra, şiire ara verdim. Bir daha da başlayamadım. Kişi böyle bir düzeyi yakalayamıyorsa eğer, şiirde çok direnmemeli.”<sup>50</sup>*

Güney Dinç, ülkemiz gibi tarihsel süreç içinde bunca yoksunluğun sergilendiği bir toplumun sanatçılarının soyut arayışlarla yetinemeyeceklerini, sanatın, yaşam gibi somut bir olgu olduğuna inanır. Güney Dinç’e göre sanatçı, toplumdan aldıklarını kendi yetenekleri içinde yoğurup, ürünlerini değişik biçemlerde yine topluma sunan kişidir.

Güney Dinç’e göre, toplum kuşkulu ve sancılıysa sanatçı da te-dirgindir. Sanatçının görevi ağır kesen haplar gibi topluma acıyı unutturmak değil, yaşanan mutsuzluk ve acılar için bulabildiği çözümleri sergilemektir. Bu anlamda, sanatçı politikanın içinde ve en duyarlı yerindedir. Sanatçı da sınıfsal birikimlerin ürünüdür. Güney Dinç, bu görüşlerinin sanatçının toplumsallaşmaya zorlanması olarak anlaşılmasını istemez. Sanatçı toplumsallığı kendi algıladığı boyutlarda değerlendirir. Güney Dinç’e göre, sanatçının gönenci, toplumla bütünleşip, giderek evrenselliğe yönelmektir. Özgürlük, sanatın doğasında vardır ve o nedenle sanatçı özgür kalmalıdır. Kimse kalkıp da yazara çizere ‘şöyle veya böyle yapacaksın’ diyemez.

Güney Dinç’in sanat için olmazsa olmazı, “sevgi ve coşku” dur.

Güney Dinç’in sanatçı kişiliğini bu değerlendirmelerinde ve tabidir ki yapıtlarında görebiliriz.

## **Güney Dinç’in Romanları**

### **a) Amastris Üşümesin**

Roman, *“Başlangıçlar önemlidir. Hiçbir başlangıca, ne yöne akacağı anlaşılmadan, doğru veya yanlış denemez.”* tümcesiyle başlıyor.

<sup>50</sup> 1998 yılında Çağdaş Hukuk Dergisi ile yapılan röportaj



Erkeğin kızdan üç yaş büyük olduğu biri İzmir Kız Lisesi 1. sınıfta, diğeri İzmir Atatürk Lisesi'nde son sınıf öğrencisi olan iki kişinin İzmir'de 1980 yılında bir tiyatro etkinliği tanışmalarına neden olur ve birliktelikleri böyle başlar. Üniversitede Leyla Arkeoloji, Emre de Kimya Mühendisliği Bölümü'nü seçer. Leyla'nın okuduğu kitaplardan birinde rastladığı Sesamos'ta basılan dört sikke dikkatini çeker. Paralardan birinin arka yüzünde dolgun vücutlu genç ve güzel bir kadın vardır. Kadının hemen arkasında yukarıdan başlayarak düzgün harfler ile aşağıya doğru inen bir yazıda, "Amastris", ikinci sırada da kraliçe anlamına gelen "basilissis" sözleri bulunur. Leyla, Zonguldak ve çevresinde arkeolojik araştırmalar yapan Danimarkalı bir bilim ekibine katılır. Emre de İzmir'de kimya mühendisi olarak çalışmaktadır.

Leyla'nın bu arkeolojik kazı çalışmaları ve içindeki yaşantı, Emre ile olan ilişkisinin kaderini tayin edeceği gibi ikisinin de belki yaşamlarının sonuna kadar kimse ile paylaşamayacakları bir sırrı da beraberinde getirir. Anadolu'nun arkeolojik tarihinin zenginliklerini korumak ve bu zenginliklerin vyağmalanmasına engel olmak için kimse ile paylaşamayacakları ve saklayacakları bir sırdır bu.

## **b) Lütfiye ve Komşusu**

2.Dünya Savaşı yıllarında İngilizlerden kaçan Galterio adlı İtalyan kruvazörünün 8 Ağustos 1943 'te İzmir Körfezi'ne sığınmasıyla başlayan bir roman...

İzmir'in aydınlık ve duru bir kent olduğu zamanlar, Doğu'nun ticari olanaklarının çekiciliğine kapılarak İzmir'e yerleşmiş bir Levanten ailenin anıları. Kruvazörün komünist makine subayı ile Levanten ailenin kızı arasındaki sevgidir anlatılan.

Bir yanda 20. yüzyılın başlarında Osmanlı'nın çöküşüyle birlikte Midilli Adası'ndan Anadolu'ya göçen ailelerin yeni yurtlarında Yunan egemenliğine girmelerinin yarattığı şaşkınlık...

Çanakkale’de şehit düşen Mülazımıevvel Nail Bey’in eşi Lütfiye’ye gönderdiği tarihi belge niteliğindeki mektuplar.

Savaş sonrasında yaşanacak toplumsal ayrışmaların ilk belirtileri.

Romanın sonunda Lütfiye’nin sözleri tam bir final; “Savaşın acısını bilmeyenler, barış içinde yaşamının değerini anlayamazlar”

### c) Duvardaki Örümcek

2.Dünya Savaşı arifesinden günümüze yapılan bir yolculuk, tek partili siyasal yaşamdan çok partiliye geçiş, İzmir ve Karşıyaka’nın en doğal, güzel zamanları. Roman kahramanımız Turgut’un lise öğrenciliğine kadar oluşan bir kitap okuma alışkanlığı ve lisede artarak devamı, İstanbul’da üniversite yaşamı, fakültenin en güzel kızı Ferah’la tanışması, okulu bitirmeleri, Turgut’un askerliği. 60 ihtilali, Ferah’ın sanat galerisi, Turgut’un avukatlık stajı düğünleri, birbirlerine olan sevgilerinin paylaşımı, mutlulukları...

Sonra yalnızlık...

Örümceğin ağlarına takılan sineğin feryadı, Çiçek’in doğumu...

Turgut para kazanan bir avukat artık. 1960 Anayasası’nın getirdiği özgürlük ortamı, Hukukun üstünlüğünü, sınıf mücadelesini, demokrasi, insan hakları ve kuvvetler ayrılığını okuyor. 70’li yıllara doğru devrimcilerle onları yok etmek isteyenler arasındaki hukuk dışı yollardan sürdürülen hesaplaşmalar, 12 Mart Muhtırası, büroya gelen gençlerden biri yüzünden gözaltına alınış, sorgu, işkence, tutuklama,dava ve salıverilme...

Ferah’la iki yabancıya dönüşmeleri...

12 Eylül sonrası İstanbul’dan ayrılır Turgut. Bozburun’a gider ve orada tekne yapım atölyesinde tekne yapımını öğrenir, iki yıl sonra ken-

di teknesini de yapar. Turgut özgür ama yalnızdır. sonra gelen bir konuk, torunu Murat... Dede ile çocuk, dolu dolu geçen bir yetmiş beş yılın muhasebesi.

Son demlerinde sıcacık bir ışık...

Türkiye'nin yakın tarihinin Turgut'un yaşamı içinden anlatılışı...

### **Yedi Domuzlu Altın (Öyküler)**

Kimi birbirleriyle bağlantılı, kimi ayrı 8 öyküden oluşan bu kitap Güney Dinç'in kendi ifadesiyle, bizim topraklarımızı ve bizim insanımızı anlatmaktadır. Öykülerden kitaba adını veren yedi domuzlu altının anlatıldığı Yağmur Avcıları'nda, Kör İlyas'ın yedi domuzlu altını arayışını, bunun antik bir altın sikke mi yoksa bir yutturmaca mı olduğunu, ya da uygarlıkları, yüzyılları birbirine bağlayan bir simge mi olduğunu düşünecek, Kybele'nin parmak izleri öyküsünde Dede Sultan Börklüce Mustafa'nın ölümü nasıl onurla karşıladığını, yüzyıllara yayılan efsanesini, 5 dil bilen üniversite mezunu ve asıl adı Abdülkerim Apollinaire Türkgeldi olan ve Ege'nin bir köyüne cami imamı olarak gelen Rastlantı Hoca'yı, Ege kıyılarında, savaşlarının anlatıldığı tanrı ve tanrıçaları, Zeus'u, Artemis'i, Kybele'yi ve diğerlerini bulacağınız bu kitapta, antik çağdan bugüne kadar vergi (öşür vergisi, serçe vergisi, çul vergisi, Asakir-i Mansure-i Muhammediye vergisi vd) verip askere giden, çalışıp didinerek yaşamaya çalışan bildiğimiz Anadolu insanların öyküleri anlatılmaktadır.

### **VIII- GÜNEY DİNÇ'İN TARİHÇİLİĞİ**

Güney Dinç pek çok konuyla ilgilenmiştir. Tarih de bu konulardan birisidir. Kitaplarında, çeşitli yazılarında antik çağlardan, Anadolu ve Mezopotamya halklarından, Selçuklu'dan, Osmanlı'dan tarihi bilgiler ve anlatımlar bulunur.

Güney Dinç, dedesi Mehmet Nail Bey'den Balkan Savaşı döneminde kalan kartpostal, resim ve fotoğraflardan derlediği "Kartpostallarla Balkan Savaşı" adlı kitabına<sup>51</sup> ilişkin konunun uzmanlarının değerlendirmeleri şöyledir:

**a) "Balkan Savaşı'yla İlgili Sıradışı Bir Kitap ve Bana Düşündürdükleri" Engin BERBER<sup>52\*</sup>**

Her kitap ve makale gibi, bu makalenin de bir yazılış öyküsü var. Yanlış hatırlamıyorsam ağustos ayı sonlarıydı, değerli hukukçu Cemal Nedret Erdem benimle temas ederek, İzmir Barosu eski başkanlarından Av. Güney Dinç'in, "Mehmed Nail Bey'in Derlediği Kartpostallarla Balkan Savaşı (1912-1913)" başlıklı kitabını (İstanbul: YKY Yayınları, 3. Baskı, 2013, 307s.) tanıtan, özlü bir yazı kaleme almamı rica etti. Yakın geçmişte yitirdiğimiz bir insan ve çevre hakları savunucusu Güney Bey'in, gözümden kaçmış bu çalışmasını okumama ve vefa borcumu ödememe aracılık edecek bu teklifi seve seve kabul ettim.

Doçentlik unvanı almak üzere YÖK'e başvurduğumda (1998), jüride bulunan ve "meslektaş" demekten utanç duyduğum bazı şahısların organize haksızlığına uğramış ve konuyu yargıya taşımak istemiştim. O günlerde herkes, avukat olarak bana Sayın Dinç'i işaret etmişti. Randevu alıp bürosuna gittim, olup biteni anlattım. Beraberimdeki evraklara da baktıktan sonra haklı olduğumu, açacağım davayı mutlaka kazanacağımı, ancak avukatlığımı yapmayacağını söyledi. Sebebini öğrenmek istediğimde, suç Ankara'da işlendiği için sık sık Ankara'ya gitmek zorunda kalacağı ve bu durumun bana yüklü bir maliyet çıkaracağını söylemişti. Güney Bey yanılmadı, açtığım davayı kazandım ve bu ulvi davranışını çok yerde anlattım.

Tanıtacağım kitabın öyküsüne gelince; Mehmed Nail Bey, Güney Dinç'in anne tarafından dedesi ve Balkan Savaşı'nda Bulgar Ordusu'na

<sup>51</sup> Kartpostallarla Balkan Savaşı (1912-1913)/ Güney Dinç/ Yapı Kredi Yayınları/278s.

<sup>52</sup> \* Ege Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Prof. Dr. Prof.Dr.Engin Berber'e katkılarından dolayı teşekkür ederiz.

esir düşmüş bir Osmanlı subayı. Üsteğmen Mehmed Nail, Sofya'daki esaret günlerinde, propaganda amacıyla Bulgaristan ve Avrupa'nın diğer ülkelerinde basılmış/bastırılmış çok sayıda kartpostal, fotoğraf ve temsili resmi iki albümde biriktirmiş. Bazıları üzerine eski Türkçe notlar da düştüğü bu görseller, Dinç'in kitabının "Sunu" kısmında belirttiği üzere savaşın çirkin yüzü ve sebep olduğu acıları gözler önüne seriyor. Alman Demir Salıp (Haç) Madalyası'na sahip Mehmed Nail Bey, esaretten kurtulduktan sonra Çanakkale Cephesi'ne gönderilmiş ve kızının doğduğunu öğrendikten kısa bir süre sonra şehit düşmüş (1915).

İçerik açısından hiçbir eleştiriyi hak etmediğini düşündüğümüz kitapta, profesyonel tarihçileri kışkıracak bir sorumluluk ve terzi tizliği var. Her şeyden önce, solmaya başlayan görselleri yayına dönüştürmek suretiyle toplumsal belleği (tarih) aydınlatacak bir malzemenin kaybolup gitmesine izin vermediği için kendisini kutlamak gerek. Olasılıkla aynı zamanda bir yazar olması nedeniyle görselleri bir tarihçiye vermeyip kendisi kitaba dönüştürmüştür. Yaptığı işi kıymetlendirmek için de, Balkan Savaşı ile ilgili Türkçe yazılmış ve de Türkçe'ye çevrilmiş bütün telif eserleri gözden geçirmiş. Niyetinin, bir "Balkan Savaşı tarihi yazmak" olmadığını söylese de, sonuçta ortaya çıkan bu olmuş.

Biçim olarak kitap, "20. Yüzyılın Başında Balkanlar" başlıklı ve "Giriş" yerine geçecek bir bölümle başlıyor. "Sonuç" yerine geçebilecek bölüm ise, "Sonsöz Yerine: Doğu Sorunundan 21. Yüzyılın Evrensel Sorununa" başlığını taşıyor. Hiçbir görselin yerleştirilmediği bu iki bölüm dışında kalan, toplam 21 bölümde 230 civarında kartpostal ve fotoğraf bulunuyor. Bizce kitabın eleştiriyi hak eden tek yönü, bölüm başlıklarının fotoğraflara göre atılmış olması. Bu nedenle olmaması gereken, "Karadağ Savaşları" gibi, bir kartpostalı olan bir sayfalık bir bölüm (s. 119) ile birkaç sayfalık bölümler ortaya çıkmış.

Kitap, 20. Yüzyıl'a girerken Bulgaristan ve Bulgar insanı üzerinden, Balkan devletlerinde iktidarların, yüzlerce yıldır kendilerini yönetmiş Osmanlı Devleti ve Müslüman/Türk halkına nasıl kinle baktıklarını görselleştirmesi bakımından önemli. Hiç kuşkusuz bu durum, Balkan

tarikh yazıcılığında yakın gemiŖe kadar egemen olan: Az geliŖmiŖlik-ten Osmanlı'yı sorumlu tutmaktan kaynaklanıyor. Görsellerde Bulgar Ordusu, Bulgaristan'da yönetici sınıfın yaŖadığı mekânlar, propaganda olgusu, Bulgarlar'ın giyim-kuŖamı, gelenek-görenekleri, dinlenme ve eđ- lence alışkanlıkları ile mabetleri, kaplıcaları, caddeleri ve yapı dokusu ile Sofya'nın fiziki görünümü gibi, tarih dıŖındaki bazı sosyal bilim disiplin-lerini de ilgilendiren zengin ayrıntılar bulmak mümkün. Yazarı tarihi olmasa da hakkını vermiŖ bir kitaptan, daha fazla hangi katkı beklenir bilemiyorum.

IŖıklar içinde uyu Güney Ağabey!

**b)“Güney Dinç'ten tarihi bir derlemenin sunumu Kartpostal- larla Balkan SavaŖı” Erdal ASLAN<sup>53</sup>**

“Kartpostallarla Balkan savaŖlarını ilginç ve önemli kılan en temel özellik, tamamen Mehmet Nail Bey'in derlediği kartpostal, resim, fotoğ- raf ve karikatürlere dayalı olarak yazılması. YaŖanmıŖ olan dramatik bir gemiŖin farklı anlarından kesitler sunan tarihin bu grsel tanıklarının, tarihsel bir metin oluŖturacak Ŗekilde sunulması, dünyada tarihçilik ala- nında yaygın olarak rastlanan bir durum olma sına karŖın, Türkiye'de henüz pek de görülen bir durum değil. Resimler, fotoğraflar, kartpostal- lar, minyatürler, gravürler, propaganda afiŖleri, grsel tarihsel bilgi kay- nakları ve objeler, Türk tarihçiliğinde daha çok yazılı metinleri süsleyen, ilgi çekici hale getiren tasarım unsurları olarak algılanır.

Güney Dinç'in kitabı dünya tarihiliğindeki örneklerinde olduğu gibi kitabın yazımında fotoğraf ve kartpostalların esas alınmıŖ olması ba- kımından son derece önemli bir alıŖma. Bu özelliği ile Türkiye'de bir tarihsel süreci görselleri esas alarak yazan bir yaklaŖımın örneklerinden bir tanesini, belki de ilkini vermiŖ olması açısından son derece ilgi çeki- ci.”

<sup>53</sup> Cumhuriyet Kitap Sayı 1064

Güney Dinç'in çok yönlü mücadeleler içinde geçen dolu dolu olan yaşamı, bedenini de zayıflattı ve doğa yasasına daha fazla diremedi. Koah teşhisiyle Ege Üniversitesi Hastanesi'nde bir süre tedavi altında tutuldu. 9 Ekim 2015'de aramızdan ayrıldı.

## **GÜNEY DİNÇ'İN KİTAPLARI, MAKALELERİ, BİLDİRİLERİ**

### **a)Kitaplar**

Amastris Üşümesin -Cumhuriyet Yayınları, 2014

Duvardaki Örümcek - Cumhuriyet Yayınları, 2013

Lütfiye ve Komşusu - Cumhuriyet Yayınları, 2012

Aydınlığa Mektuplar - YKY, İstanbul, 2010

Mehmet Nail Bey'in Derlediği Kartpostallarla Balkan Savaşı [1912 -1913]YKY, İstanbul, 2008

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan, 2008

AİHS ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yay.Ankara, 2007

Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2006

AİHS'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu, 2006

AİHS'ne Göre İnanç , Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri, İzmir Barosu, 2005

Yedi Domuzlu Altın - Bilgi Yayınevi Ankara, 1990

Pençeli Adalet, Boyut Yayınevi, İstanbul, 1988

Güvensizlik Üçgeni(1402'likler, Güvenlik Soruşturması, Fişleme), 1987

İnsan Haklarına Uzanmak, Say Yayınları İstanbul, 1986

Yök Çıkmazı Yüksek Öğretim Davaları, Bilim ve Sanat Yayınevi, 1986

## **b)Makaleler-Bildiriler**

Sevgili Mustafa Balbay:15.04.2013 Cumhuriyet Gazetesi

Paralel Devlet ve Haşhaşiler: 30.04.2012Cumhuriyet Gazetesi

Deniz Dinç Yılmaz İle Söyleşi: Mart 2012 TMMOB Makine Mühendisleri Odası İzmir Şubesi Bülteni

Cumhurbaşkanlığı Seçiminde Kime Oy Vermeli?: 19.03.2012 Cumhuriyet Gazetesi

Eee'leyerek Konuşmak: 06.03.2012 Cumhuriyet Gazetesi

KHK'ler ve Uygulama Alanları Üzerine Değınmeler: Ocak/Şubat 2012 Mimarlık Dergisi

Yargı Eliyle Savaşmak: 14.7.2012 Cumhuriyet Gazetesi

Yargı Bağımsızlığı Yeniden Kazanılmalıdır: 03.7.2011 Cumhuriyet Gazetesi

İnsan Haklarında 'Deniz Bitti' mi?: 26.04.2011 Cumhuriyet Gazetesi

Yeni Osmanlıcılara Zorunlu Bir Anımsatma: 04.04.2011 Cumhuriyet Gazetesi

Hedefteki Hukuk: TMMOB Makine Mühendisleri Odası İzmir Şubesi (Broşür) 2010

AKP'nin Anayasa Paketine Hayır Demek Zorundayız: 02.08.2010 Cumhuriyet Gazetesi

Aydınlığa Yönelişinin İntikamını Aldılar: 27.06.2010 Cumhuriyet Gazetesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin Yer Bakımından Kapsama Alanını Belirlerken, Barış Çağrısı mı, Yapıyor? Yoksa Emperyalist Savaşların Yolunu mu Açıyor?: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2010

Adı Yasaklanan Ülke: Makedonya: 24.10.2009 Cumhuriyet Gazetesi



“Ekmek Karnesi” ve “Monşerler”e Dair: 02.05.2009 Cumhuriyet Gazetesi

Taşların Dili: Mozaik Denizi (Kitap İncelemesi): Nisan 2009 Ege Mimarlık

Cumhuriyet Karartılmamalıdır: 23.01.2009 Cumhuriyet Gazetesi

Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam: 18.10.2008 Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, TBB Yayını

Özel Şeriat Mahkemeleri mi Geliyor ?: 19.09.2008 Cumhuriyet Gazetesi

AKP'nin Hukuk Reformu Strateji Planı: 2008

Kimliksiz Tanıklarla Adaletin Yok Edilmesi:19.07.2008 Cumhuriyet Gazetesi

Özel Yaşamın ve Aile Yaşamının Korunması: İnsan Hakları (Konferanslar) Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları 2006

A.İ.H.S.'ne Göre Silahların Eşitliği: TBB Dergisi sayı 5, 2005

Yabancılara Taşınmaz Satışı ve İmar Planları: Ege Mimarlık 2005/2-54

Anayasanın Değiştirilen 90. Maddesi Karşısında Temel Hak ve Özgürlükler: TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 5 Kasım 2004'te düzenlenen “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanışı” konulu paneldeki bildirisi.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı: TBB Dergisi sayı 51, 2004

A.I.H.M. Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı: TBB Dergisi sayı 55, 2004

Türk Ceza Yasasının Kentsel Getirileri: Ege Mimarlık 2004/4-52

17 Ağustos Depremine Düşündürdükleri: Ege Mimarlık, sayı 32

İnsan Hakları Yasası'nın 50. Yılı: 01.05.2004 Cumhuriyet Gazetesi

Kordon Yolu Yapılamaz: 06.01.2004 Hürriyet Gazetesi

Portre, Erşen Sansal: Günışığı Hukuk Dergisi 2003

AİHM'den Bir İlk Hasan Balıkcı Davası: TMMOB Makine Mühendisleri Odası İzmir Şubesi Bülteni Temmuz 2002

Yerel Yönetimler Reform Tasarısı Üzerine: TMMOB Makine Mühendisleri Odası İzmir Şubesi Bülteni Temmuz 1998

Depremler, Mimarlar, Mühendisler ve Hukuk - Mimarlar Odası İzmir Şubesi 1998

Kentli Olmak: Mimarlar Odası İzmir Şubesi 1998

DGM'lerde Yargılamalar: 30.06.1998 Cumhuriyet Gazetesi

Başboşluk Özlemi - Mimarlar Odası İzmir Şubesi Nisan 1998

Toplum ve Hukuk - TMMOB Bülten sayı 87, 1996

Dünya İnsan Hakları Pazarı: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 1 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Artık Kol Kırılınca Yen İçinde Kalmasın: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 2 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

İnsan Hakları İçin Ortaklaşa Güvence: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 3 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Özal'ın Bireysel Başvuru Oyunu: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 4 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Yargı Kararları AİHK'de: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 5 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Türkiye Sürekli Gündemde: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 6 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Türkiye Keskin Dönemeçte: İnsan Hakları ve Türkiye Dizi Yazı 7 – 1995 Cumhuriyet Gazetesi

Özürü Demokrasi: 01.08.1993 Cumhuriyet Gazetesi

TEK'in Özelleştirilmesi: 5.11.1991 Cumhuriyet Gazetesi

9 Eylül Coşkusu: 9 Eylül 1991 Cumhuriyet Gazetesi

Politik Göçmenler ve Terörle Mücadele Yasası: 02.07.1991 Cumhuriyet Gazetesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ulusal Yasadır: Ankara Barosu Dergisi, 1991/5

Güvenlik Soruşturmasından MİT de Bıktı: 18.12.1990 Güneş Gazetesi

Ölüm Cezası ve Terör: 31.10.1990 Cumhuriyet Gazetesi

Ölüm Cezaları Kaldırılmalıdır: Birlik Dergisi 1990

Sargın - Kutlu Bireysel Başvurusu: 07.02.1990 Cumhuriyet Gazetesi

NATO'nun Çöpçüleri: Cumhuriyet Gazetesi

İnsan Hakları Yasası: 04.12.1989 Cumhuriyet Gazetesi

Bir Olay Bin Ders: 13.09.1988 Cumhuriyet Gazetesi

Ceza Evlerinde İnsan Hakları: Bilim ve Sanat, Haziran 1988

Dönüş ve İnsanlarımız: Görüş Dergisi Mayıs 1988

Savunma Hakkı ve İşkence: 09.04.1988 Cumhuriyet Gazetesi

Adalet Hangi "Mülk'ün" Temeli?: Ankara Barosu Dergisi 1988/2

Aynı Konusu 141-142: Gün Dergisi 1988

Cezaevlerinde İnsan Hakları Tek Tıp Giysi-Tekdüze İnsan: Bilim ve Sanat Mayıs 1988

İdamlık Dosta Selam: Yeni Düşün Dergisi Mayıs 1988

Savunma Hakkı ve İşkence: T.B.B. Dergisi Ocak 1988 sayı 1

Özgürlük Tutsakları: 06.02.1988 Cumhuriyet Gazetesi

Politik Göçmenlerin Dönüşü: 19.12.1988 Cumhuriyet Gazetesi

Bilgisayar Çağında Özel Yaşamın Korunması: Ankara Barosu Dergisi, 1987/2

- Sanatçı ve Politika: Temmuz Dergisi 1987
- Avrupa Konseyi'nden Barışçılara Yeşil Işık: Bilim Sanat 1987
- Çocuk Mahkemeleri Ne oldu? I: Yeni Düşün Ekim 1987
- Çocuk Mahkemeleri ne oldu? II: Yeni Düşün Kasım 1987
- Demokrasilerde İdam Cezası Olmamalı: Yeni Düşün Aralık 1987
- Ceza Evlerinde İnsan Hakları: 16.09.1987 Cumhuriyet Gazetesi
- Yasaklar Kalktı mı?: 01.10.1987 İşçinin Alın Teri Dergisi
- Yargı Özelleştirilemez: 13.07.1987 Cumhuriyet Gazetesi
- Yasalarda Gizlilik: Bilim ve Sanat 1987
- Adaletin Yanlış Simgesi Terazili Tanrıça: Yeni Düşün Aylık Dergi sayı 5/35 Mart 1987
- Resmi Gazete'de Yayımlanmalıdır: 09.03.1987 Cumhuriyet Gazetesi
- İşkenceye Karşı Savunma Hakkı: Ankara Barosu Dergisi, 1986/3
- Fişlenmek: 30.09.1986 Cumhuriyet Gazetesi
- İnsan Hakları ve Bireysel Başvuru: Bilim ve Sanat 1986
- Yabancı Hukuk Büroları ve CIA'nin ABD Avukatlarına Çağrısı: Bilim ve Sanat sayı 69 Eylül 1986
- İşkence Savunma Hakkının Güçlenmesi ile Önlenir: Bilim ve Sanat 1986
- Yalan Makinesi Denen Yalan Arayıcı: 18.03.1986 Cumhuriyet Gazetesi
- Yargısız Cezalandırma: Yeni Gündem Dergisi 1986
- Gençlik Yılından Barış Yılına: 27.12.1985 Somut Gazetesi
- Af Kapsamı ve Anayasa: 08.12.1985 Güneş Gazetesi
- AIHS'nin 35. Yılı: 04.11.1985 Cumhuriyet Gazetesi
- Af Yasaları ve Yeni Beklentiler: Gün Dergisi 1985
- Güvenlik Soruşturması: 20.08.1985 Cumhuriyet Gazetesi
- Kıbrıs Anayasası: 10.07.1985 Cumhuriyet Gazetesi

Ceza Yargısında Olumsuz Gelişmeler: 09.05.1985 Cumhuriyet Gazetesi

Dil Tartışmaları ve Örgüt Sorunu: Bilim ve Sanat 1985

Barselona Sözleşmesi ve Gökova: 15.12.1984 Cumhuriyet Gazetesi

Kıdem Tazminatı Fonu: 25.10.1984 Cumhuriyet Gazetesi

Ulusal Değerler ve Kamu Ortaklığı Fonu: 24.09.1984 Cumhuriyet Gazetesi

Yasa Gücünde Kararnameler: 24.05.1984 Cumhuriyet Gazetesi

Dilekçe Hakkı: İzmir Barosu Dergisi 1984 sayı 4

Hukuk ve Adalet Reformu: İzmir Barosu Dergisi 1984 sayı 2

60. Yılında Barolar ve Avukatlık: 18.02.1984 Cumhuriyet Gazetesi

Dernekler Yasası ve Meslek Kuruluşları: İzmir Barosu Dergisi 1984 sayı 1

Milletvekili Andı ve Hukukun Üstünlüğü: 21.12.1983 Cumhuriyet Gazetesi

Adalet Yılı Başlarken: 04.09.1983 Cumhuriyet Gazetesi

Sisyphé'den Günümüze: Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yıllığı 1983

Evrimin Neresindeyiz: İzmir Barosu Dergisi 1983 sayı 5

Tüketici Mahkemeleri: İzmir Barosu Dergisi 1983 sayı 4

Tüketici Sorunları Üzerine: 21.06.1983 Cumhuriyet Gazetesi

Suçlamayla Birlikte: 05.04.1983 Cumhuriyet Gazetesi

Yargının Güncel Sorunları: İnfaz Dergisi sayı 50, 1983

Kişi Hakkında Özel Bilgi: 16.11.1982 Cumhuriyet Gazetesi

Sosyal Hukuk Devleti: 12.10.1982 Cumhuriyet Gazetesi

Tasarının Düşündürdükleri: 07.08.1982 Cumhuriyet Gazetesi

Yarın Yürürlüğe Giriyor: 31.05.1982 Cumhuriyet Gazetesi

Yargının Sorunları, 5 Nisan Avukatlar Günü: Ege Magazin  
09.04.1982

Devlet Memurları Kanunu ve İşçilerin Durumu: 05.01.1966 Cum-  
huriyet Gazetesi

Devrimler ve Toplumculuk: 03.11.1962 Cumhuriyet Gazetesi (Yu-  
nus Nadi Armağan'ı Makale Yarışması)



## GÜNEY DİNÇ'İN İNSAN – ÇEVRE İLİŞKİSİNE HUKUK ALANINDAKİ KATKILARI\*\*

### 1.GİRİŞ

Tarih boyunca insan-çevre ilişkisinde doğal koşulların yanı sıra sosyo-ekonomik ve politik koşullar belirleyici olmuştur. Kapitalizmin gelişimi ve yaygınlaşması ise tüm toplumları ve dünya düzenini etkilemiş, sanayileşme ve teknolojik gelişmeler bir taraftan insanın doğadan uzaklaşmasına neden olurken, diğer taraftan insanın doğayı ve yeryüzünü tüketim nesnesi olarak algılamasına neden olmuştur. Doğal kaynakları tüketen insan ise ekolojik sisteme yalnızca tüketim yoluyla değil aynı zamanda atık ve çevre kirliliği yaratarak zarar vermiştir.

Söz konusu çevresel sorunlar karşısında, ekolojik sistemin sürdürülebilirliği için doğal çevrenin korunabilmesi tüm toplumlar tarafından benimsenmeli ve birincil amaç olmalıdır. Doğal dengenin korunması ve sürdürülebilirliği için çok çeşitli bilimsel çalışmalar yapılmakta ve teknik önlemler alınmaktadır ancak bu yeterli olmamış, insan-doğa ilişkisinde dengenin sağlanabilmesi için toplumsal gelişim sürecinde hukuk kurallarına da gereksinim duyulmuştur.

Avukat Güney Dinç 2008 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından yayınlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan” adlı kitabında böyle bir toplumsal düzende “İnsanlar, kurallar koyarak çevreyi ve genel anlamda doğayı koruyabilir mi?” sorusunu sormuştur. Dinç’e göre çevre sorunları hukuk kurallarının ötesinde çok daha geniş kapsamda ele alınmalıdır çünkü çevrenin birincil düzeydeki etkin gücü doğanın kendisidir. Doğa-insan ilişkilerini ele alan hukuk yaklaşımlarını başlıca üç temel amaç ile tariflemiştir. Doğaya yönelik yasal düzenleme-

\* Dokuz Eylül Üniversitesi, Mimarlık Fakültesi, Şehir ve Bölge Planlama Bölümü, İzmir

\*\* Değerli Hukukçu Güney Dinç anısına saygıyla.



lerin öncelikli amacını bireylerin ve toplumların girişimleri ile çevreye zarar vermelerini önlemek, ikinci olarak insanların görebilecekleri zararları ortadan kaldırmayı veya en aza indirmeyi amaçlayan önlemlerin alınması, üçüncü olarak ise doğanın doğaya karşı korunması olarak belirtmiştir.

Günümüzde doğal çevre ve insan ilişkilerinde belirleyici olan hukuki yaklaşımlar ve doğa koruma ilkeleri açıktır, ancak yine de doğal çevrenin korunmasının oldukça karmaşık bir süreç haline getirildiğini ve hukuk kurallarının dahi zaman zaman yetersiz kaldığını izlemektediriz.

Bu yazıda insan-çevre ilişkisi kapsamındaki hukuki yaklaşımlara Avukat Güney Dinç'in katkıları üzerinden bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır. Dinç'in belirttiği üzere dünyada çevre hukukunun temelleri 1970'li yıllarda atılmıştır. Yapmış olduğu çalışmalar incelediğinde Güney Dinç'in ise 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren çevre ve imar hukuku konuları ile ilgili çalışmalar içerisinde yer aldığı görülmektedir. 1961 yılında başlayan meslek yaşamının yaklaşık 30 yılında çevre ve imar davalarında hem savunmanlık üstlenmiş, hem de bu alanda düşünsel ve yasal düzenlemelere katkı sağlayan yayınlar üretmiştir. Mimarlar Odasının hukuk danışmanı olarak Eriytria Antik Kenti'nin, İzmir-Konak Alanı'nın yapılaşmaya açılmasını önleyen, İzmir Kordon Boyu'nun tarihi sit olarak korunmasını sağlayan, kıyıların ve kamusal varlıkların korunmasına yönelik çok sayıda davanın savunmanlığı üstlenmiştir.

Kent Planlama ve çevre hukuku konusundaki başlıca yayımları Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan" (2008), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mal Varlığı Hakları (2007) adlı kitaplarıdır. Kitap yayınlarının yanı sıra, katkı sağladığı ortak yayınlar "TBB Çevre Sorunları İçerikli Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi" (2008), "Mimarlık Meslek Hukuku" (2005), "İmar Hukukunda Toplum ve Mimarlık"(2000) adlı yayınlarıdır.

Planlama ve çevre hukuku konusunda çok sayıda makale ve bildirisi de bulunmaktadır. “Deniz Dinç Yılmaz ile Söyleşi- Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı’na Dair Av. Güney Dinç ile Söyleşi” (2012), Mimarlık Dergisi’nde yayımlanan “KHK’ler ve Uygulama Alanları Üzerine Değinmeler” (2012), Egemimarlık Dergisi’nde yayınlanan “Yabancılara Taşınmaz Satışı ve İmar Planları” (2005) ve “17 Ağustos Depreminin Düşündürdükleri” (2000), Hürriyet gazetesinde yayımlanan “Kordon Yolu Yapılamaz” (2004), Mimarlar Odası İzmir Şubesi bülteninde yayımlanan “Yerel Yönetimler ve Reform Tasarısı Üzerine” (1998) ve “Depremler, Mimarlık, Mühendisler ve Hukuk”(1998) “Kentli Olmak” (1998), TMMOB bülteninde yayınlanan “Toplum ve Hukuk” ile “Barcelona Sözleşmesi ve Gökova” (1984) çevre, planlama ve mimarlık alanlarına katkı sağlayan yayınlarıdır.

Bu yazıda öncelikle Güney Dinç’in 2008 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan” adlı kitabında çevre hukukunun gelişimi konusundaki değerlendirmelerine sonraki bölümlerde ise savunmanlığını üstlendiği çevre ve planlama alanına ilişkin önemli davalarına yer verilecektir.

## 2. ÇEVRE HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Dinç (2008) çevre hukukunun gelişimini, insanlığın bilinç düzeyi ile ilişkilendirmiştir. Çevresel sorunlar karşısındaki bilinç düzeyi geliştikçe çevre hukuku da gelişmiş ve çevre hukuku ulusal sınırlar içerisinde kalmanın ötesinde uluslararası boyuta taşınmış ve devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye devletinin de bu sözleşmelerin pek çoğunda imzası bulunmaktadır. Günümüzde doğal çevrenin korunması ve planlama uygulamalarının dayanağı olan yasal ve yönetsel hukukumuzun temelini bir kısmını ise bu sözleşmelerin ilkeleri oluşturmaktadır. Artık nesli tehlike altındaki canlıların korunması, sulak alanların korunması gibi tüm doğal ve kültürel mirasın korunması, uluslararası ve ulusal hukuksal temele dayanmaktadır.

Ancak tüm bu hukuk zeminine karşın ülkemizde ve dünyada çevre sorunları giderek artış göstermiştir. **Güney Dinç (2008) çevre konusunun oldukça geniş bir kapsamı olduğunu, sadece doğal çevre, flora, fauna, iklim, hava, toprak ve su değil aynı zamanda insan ürünü olan tarihi yapıtları ve bu yapıtlar arasındaki ilişkileri de içerdiğini, ancak uluslararası sözleşmelerin dar tanımlamalar içerisinde kaldığını, yöreye ya da belirli hayvan ve bitki türlerine odaklandığını, bu kapsamda çevre gerçeğinin geniş kapsamlı bir bütünlük içerisinde ele alınmamasının, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ayrıntılı ve kapsamlı biçimde ele alan düzenlemelerin olmamasının önemli bir sorun alanı olduğunu belirtir.**

Uluslararası çevre hukukunun temelleri 1972 yılındaki Stockholm'de gerçekleşen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı'nda atılmış, bu konferans ile birlikte ilk kez insanın "onurlu bir çevrede yaşama hakkı" olduğu dile getirilmiştir. Stockholm konferansının ardından 1982 Dünya Doğa Şartı, 1992 Rio Dünya Zirvesi, on yıl sonra 2002 Johannesburg Zirvesi insan-çevre ilişkisinde yeni ilkelelerin saptandığı girişimlerdir (Dinç, 2008)

Söz konusu toplantılar sonrasında çevre hakkı daha fazla tartışılmaya başlanmış ve yöntemsel olarak çevre hakkının 3 ögesi bulunduğu belirtilmiştir. Bunlar **bilgilenme hakkı, katılım hakkı ve başvuru hakkıdır.**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çevre konusunda art arda yapılan konferans ve sözleşmelerden etkilenerek sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına daha kapsamlı bir şekilde yaklaşmaya başlamıştır. Özellikle 1 Haziran 1992 yılında Rio De Janeiro'da toplanan Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'nın ardından benimsenen "Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi"nin 10 ilkesi, Avrupa Konseyi ve AİHM'yi etkilemiştir. Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi de 27 Haziran 2003'te, 2003/1614 sayılı "Çevre ve İnsan Haklarını Öneri Kararı"nı kabul etmiştir. Söz konusu kararda parlemeter meclisi, üye devletlere sunduğu öneriler arasında çevre ile ilgili olarak "... ulusal yasalarda, özellikle anayasal

düzeyde devletlerin çevreyi korumaya yönelik nesnel yükümlülüklerini içeren, *benimsenebilir, yaşanabilir, sağlıklı çevre, bir insan hakkı olarak tanınmalıdır*” önerisi bulunmaktadır. (Dinç, 2008, s.23)

Türkiye’de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının iki temel dayanağı bulunmaktadır. Ulusal hukukun çevreyi koruyan kurallar içermesi ile bu kuralların kamu birimlerince çiğnenmesi durumunda hukukun üstünlüğünü sağlama açısından etkili yargı yollarının açık tutulmasıdır. 1961 Anayasası ile yaygınlaşan yürütmenin yargısal denetimi, çevresel hakları Anayasal kazanımlar olarak koruma altına alan 1982 Anayasası ile daha geniş bir içerik kazanmıştır. Buna karşın Anayasa’nın çevreyle ilgili hakları “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” başlığı altına almış olması nedeniyle devletin yükümlülüklerini gerçekleştirmemesi için açık bir kapı bırakılmıştır. (Dinç, 2008,s.35,36)

Türkiye’nin iç hukuk düzeninde belirleyici olan yasa ise Çevre Kanunu’dur. 11 Ağustos 1983 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2872 sayılı Çevre Kanunu ile çevresel etki ve kirlenmelere karşı alınması gereken önlemler belirlenmiştir.

### **3. KENTSEL VE KIRSAL ALANLARIN PLANLAMASI VE ÇEVRENİN KORUNMASI**

Çevre-insan ilişkilerinde belirleyici olan bir diğer etken ise kentsel ve kırsal toprağın koruma ve kullanma kararlarını belirleyen imar planlarıdır. İmar planları ile bir yandan hak sahiplerinin ekonomik değer elde etmesi sağlanırken, diğer taraftan kamu yararı sağlayan kullanımlar için gerekli mekânsal düzenlemeler gerçekleştirilir. Planlar aracılığı ile kamu yararı ile birey yararı arasında denge sağlanmalı ve bu dengeyi sağlamak için gerekli araçsal düzenlemeler oluşturulmalıdır. Ülkemiz imar mevzuatı kapsamında 3194 sayılı İmar Yasası’nın 18.madde uygulaması ile bu dengenin sağlanmaya çalışıldığını belirtebiliriz. Bunun yanı sıra, kamulaştırma gibi başka araçlar kullanılabilir. Çevre mevzuatımız kapsamında orman alanlarının, kıyı alanlarının, sulak alanların, tarım alanlarının, zeytinliklerin, doğal sit alanlarının korunmasına yönelik yasal düzenlemeler yürürlükte.

Ancak uygulamalardan da görüleceği üzere yasal düzenlemeler olmasına karşın koruma ya da koruma-kullanma dengesinin tam olarak sağlanamadığını görülmektedir. Tarım toprakları, kıyı alanları ya da korunması gereken tarihi ve doğal alanlar üzerindeki kullanım talepleri bu alanların doğal özelliklerinin yok edilmesine neden olmakta ve pek çoğu özel kullanım alanına dönüşmektedir. İşte bu noktada yargı yoluyla kamusal alanların doğal ve tarihi nitelik taşıyan alanların korunması savunulması gerekmektedir. Kentsel alandaki adalet arayışı “kentsel adalet” ya da “kent hakkı” gibi kavramlar ile de açıklanmaktadır.

Kentsel adalet, ya da kamu yararına ilişkin sorun alanları çoğu kez ancak yargı kararları ile çözülebilir hale gelmiştir. Söz konusu süreçler ülkemizde yoğun olarak yaşanırken, dünyada kapitalist ekonomik sistemi benimseyen pek çok ülkede benzer sorunlar izlenmiştir. (Özbek Sönmez, 2012)

Böyle bir ortamda ulusal ya da uluslararası organizasyonlar, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları da kentsel adalet arayışına girmişlerdir. Ülkemizde özellikle kentsel ve kırsal alandaki planlama uygulamalarının bazılarının yargıya taşındığı görülmektedir. Yargıya taşınan davaların bazıları özel mülkiyet sahiplerinin hak arayışlarını içerirken, bir diğer kısmını ise meslek odaları ve sivil toplum kuruluşlarının kamusal alana yönelik müdahalelere, doğal alanlara, kıyı alanlarına, tarihi ve arkeolojik alanlara ilişkin imar kararlarına yapılan itirazları oluşturmaktadır.

Meslek odalarının ya da sivil toplum kuruluşlarının açtığı davaların temelini imar planları ile kamu yararına aykırı olan kararlara yapılan itirazlar oluşturmaktadır. Ayrıca yasa ve yönetmeliklerimizin koruma ilkelerinin uygulamaya yansıtılması arayışı bulunmaktadır.

TMMOB, Mimarlar Odası, yapılı çevre ve kentsel alan oluşumu ile doğrudan ilişkisi olan bir meslek kuruluşu olması nedeniyle kentlerimiz ve kırsal alanlarımıza yönelik imar planlarını incelemekte ve söz konusu planlama çalışmalarına yargı yoluna da başvurarak itirazlarını bildirebilmektedir.

Avukat Güney Dinç, 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren İzmir Mimarlar Odasının hukuk danışmanı olarak Mimarlar Odasının hukuki danışmanlığını ve savunmanlığını üstlenmiştir. Temsil ettiği davalarda ise çoğunlukla dava konusu edilen imar planlarının kamu yararına, şehircilik ilkelerinin, planlama esaslarının ve tekniklerine uygunlukları sorgulanmıştır. Bu çerçevede Bölge İdare Mahkemelerinde ve Danıştay 6. Dairesinde çok sayıda dava açılmıştır. Bu davaların kapsamını incelendiğinde kent mekanının, kamusal mekanların, tarım alanlarının, kıyı alanlarının, arkeolojik alanların ve doğal sit alanlarının savunulmasına yönelik olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu yazıda Avukat Güney Dinç'in savunmanlığını üstlendiği, Mimarlar Odası'nın açmış olduğu davaların içeriklerine ve bazılarının sonuçlarına yer verilebilmiştir. Dava süreçleri ve dava konularına ilişkin bilgiler Mimarlar Odası çalışma raporlarından kıyı alanlarının, kentin ve kamusal mekanının, tarihi ve kültürel varlıkların, tarım alanlarının savunulması başlıkları altında kategorilere ayrılarak derlenmiştir. Bu çalışma kapsamında incelemeye konu olan raporlar 1998 ve 2014 yılları arasındaki döneme ait raporlardır. Davaların bir kısmı halen devam etmektedir bu nedenle sonuçlanmamıştır, bazı davaların ise sonuçlarına ulaşamamıştır.

#### **4. GÜNEY DİNÇ'İN SAVUNMANLIĞINI ÜSTLENDİĞİ KENT PLANLAMA VE ÇEVRE HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI ÖNEMLİ DAVALAR**

##### **4.1. Kıyı Alanlarının Savunulması**

Kıyı alanları, hem ekolojik sistem, hem de kamusal kullanım açısından önem taşıyan alanlardır. Ancak kıyı alanlarının doğal özellikleri, bu alanları çekici kılmış ve yıllar boyunca kentsel kullanımlara dönüştürülmeleri nedeniyle doğal nitelikleri zarara uğramış ya da kaybedilmiştir. Söz konusu kayıpların en aza indirilmesi, bazı kıyılarda ise doğal özelliklerin yeniden kazanımı için çok çeşitli uygulamalar yapılabilmektedir. Yasal ve yönetsel mevzuatımız da kıyı alanlarının korunması ve kullanımının kısıtlanması yönünde bir içeriğe sahiptir. Kıyı Kanunu ve ilgili yönetmelikleri ile söz konusu kısıtlar ve koruma ilkeleri yasal olarak

belirlenmiştir. Ancak çeşitli imar planı uygulamaları ile korunması gereken kıyı alanlarının kullanıma açılması üzerine kıyı alanlarının savunulması amacıyla İzmir Mimarlar Odasının davacı olduğu, Avukat Güney Dinç'in ise savunmanlığını üstlendiği çok sayıda dava İzmir İdare Mahkemelerinde ve Danıştay 6. Dairesinde açılmıştır. Bu davaların bazılarının içeriği aşağıda kısaca yer almaktadır.

### **İzmir-Konak Alanında Başlayan Kıyı Dolgusu**

İzmir Konak alanında başlayan ve daha sonra İzmir limanına kadar uzanan dolgu ile İzmir Kordon'unda 6 şeritli bir yol yapımı planlanması üzerine Mimarlar Odası İzmir Kordon'unun tarihi ve kültürel önemini savunan, kıyı alanı kullanımı ve ulaşım kararları açısından da kararın olumsuzluklarını değerlendiren çok sayıda dava açmıştır. Mahkeme süreci içerisinde kıyı alanı dolgusu tamamlanmıştır. Dava süreçleri ve uygulamalar ele alındığında kıyı alanı dolgusunun park ve rekreasyon kullanımına dönüştürülmesi, kıyı alanının otoyola dönüştürülmesini önlemiştir ve günümüzde İzmir kenti için önemli bir kazanım olarak değerlendirilebilir.

Bu konu ile ilgili olarak açılan davalar konularına göre şöyledir;

- İzmir, Konak Alanı'nda başlayan deniz dolgusunun durdurulması amacıyla İzmir 3. İdare Mahkemesi'nde açılan 1992/1425 Esas no.lu dava. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000).

- Bakanlık onayı üzerine Alsancak'ta denizen doldurulmasına başlanması üzerine, İzmir Barosu ile birlikte İzmir 2. İdare Mahkemesinde açılan 1997/224 Esas no.lu dava. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000).

- Konak Alanı ile Cumhuriyet Alanı arasında kalan Kordon boyunu sit kapsamına alan Koruma Kurulu kararının sürdürülmesi için İzmir 4.İdare Mahkemesinde açılan 1994/1395 Esas no.lu dava. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000).

## **Fethiye-Gemile Koyu**

Gemile Koyu'na otel yapmak isteyen, bu nedenle İzmir 2 Numaralı Koruma Kurulunun sit kararının kaldırılmasını isteyen şirketin açtığı davaya Kültür Bakanlığı yanında müdahil olarak Mimarlar Odasının da katıldığı dava keşif ve bilirkişi incelemesinden sonra 2001 yılı içinde sonuçlanmış, böylece önemli bir doğa ve tarih merkezi olan Gemile Koyu'nun yapılaşmaya açılması önlenmiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002)

## **Çeşme-Alaçatı Yumru Koyu, Karşıyaka Azmağ Kıyı Kenar Çizgisi Tesbiti ve İmar Planı Davaları**

Çeşme İlçesi, Alaçatı Beldesi'nde, kıyıların ve denizin yapılaşmaya karşı korunmasına ilişkin Mimarlar Odası tarafından 2004 yılından itibaren davalar açılmıştır. Alaçatı'daki Yumru Koyu'na dökülen 1500 metre uzunluğunda en dar yeri 75 metre olan Karşıyaka Azmağ'ının özel kullanıma konu edilebilmesi için daha önce var olan azmağın her iki yanındaki kıyı kenar çizgilerinin iptal edilip denizin içinden yeni bir kıyı kenar çizgisi geçirildiğinin tespit edilmesi üzerine Kıyı Yasası'na aykırı olarak belirlenen yeni kıyı kenar çizgisine göre gerçekleştirilen imar planı ile azmağın her iki tarafı yapılaşmaya açılacak olması gerekçesi ile 06.04.2004 tarihinde kıyı kenar çizgisinin iptali ve imar planının iptali amacıyla İzmir 3. İdare Mahkemesi ve Danıştay 6. Dairesinde iki dava açılmıştır. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012)

## **Çeşme 1/25.000 Ölçekli Çevre Düzeni Planı Davası**

İzmir-Çeşme İlçesi, Alaçatı Kültür Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri 1/25.000 ölçekli imar planının 2006 yılında Kültür ve Turizm Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe konulması ile birlikte daha önceden alınmış olan Alaçatı Kıyı Kenar Çizgisine ilişkin değişiklik kararı ile imar planı kararları üst ölçekli planlara da işlenmiş ve "Port Alaçatı", "Özel Proje Alanı" olarak tanımlanmıştır. Böylelikle üst ölçekli planın ona-



yı ile birlikte alt ölçekli plan uygulamaları da onaylanmıştır. Mimarlar Odası tarafından Kıyı Yasası'na, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası'na, genel olarak şehircilik ve imar hukukuna aykırı düşen pek çok yön bulunduğu gerekçesiyle Danıştay 6. Dairesinde iptal davası açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012).

### **Nemrut Limanı Davaları**

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, İzmir ili, Aliğa ilçesi, Nemrut Körfezi (Liman ve Geri Hizmet Alanı) 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı Değişikliği ile 1/25.000 ölçekli İzmir Kentsel Bölge Nazım İmar Planı Değişikliğinin 3194 sayılı yasanın 9. maddesi ile 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca 06.03.2009 günü onaylanmasına ilişkin işlemin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle Mimarlar Odası tarafından Danıştay 6. Dairesinde 02.09.2009 günü dava açılmıştır. Danıştay 6. Dairesi tarafından Nemrut Limanı'nda uygulanan keşif incelemesi sonucunda bilirkişilerin raporu mahkemece uygun görülmüş ve 29.11.2010 günlü bir kararla farklı ölçekteki iki ayrı nazım imar planında değişiklik yapılması yolunda tesis edilen dava konusu işlem hukuka uygun görülmemiş ve yürütülmesinin durdurulması kararlaştırılmıştır.

Davalı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının itirazı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2011/341 itiraz sayılı ve 14.07.2011 günlü kararıyla yürütmenin durdurulması kararını kaldırmış ancak Danıştay 6. Dairesi, özetle, çok değerli bir kıyı parçasının yok edileceği ve alt ve üst kademelerdeki planlar arasında uyum sağlamadığı vurgusunu yaparak 14.02.2012 günlü kararla bir kez daha dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasını kararlaştırmıştır. Davalının bu karara karşı yaptığı itiraz reddedilmiştir.

Henüz ilk dava devam ederken, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından "İzmir Kentsel Bölge Nazım İmar Planı Kısmi Revizyonu (Aliğa - Nemrut Körfezi - Liman ve Liman Gerisi Hizmet Alanı) 1/25.000 ve 1/5.000 ölçekli planları yeniden değiştirmiş ve ilan dirmiştir. Danıştay

6. airesi'nde, yürütmenin durdurulması istemini de içeren 04.11.2010 tarihinde yeni bir dava açılmıştır.

Danıştay 6. Dairesi tarafından birinci davada vurgulanan bilirkişi raporlarına dayanarak 14.02.2012 tarihinde bu davada da planın yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının bu karara yönelik itirazı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2012/818 YD. İtiraz Numaralı ve 22.11.2012 günlü kararı ile reddedilmiştir. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012)

### **İzmir Kruvaziyer Liman Planları**

Özelleştirme Yüksek Kurulu İzmir Alsancak semtindeki halen çalıştırılan limanın 1/1000, 1/5000, 1/25.000 ölçekli planlarını kruvaziyer liman olmak üzere değiştirmiştir. Bu işleme karşı sözü edilen planların yürütülmesinin durdurulması ve iptali için İzmir 4. İdare Mahkemesinde 2013/490 E. sayılı dava açılmıştır. Danıştay 6. Dairesince 10.09.2013 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014)

### **4.2. Tarım Alanlarının Savunulması Güzelbahçe İmar Planı Değişikliği**

İzmir Büyükşehir Belediyesi, 09.02.1999 günü aldığı bir meclis kararı ile Güzelbahçe ilçesinin kuzeyinde kalan ve Nazım Plan'da tarımsal niteliği korunacak alan olarak belirlenen 488.000 m<sup>2</sup>'lik bir bölümü yapılaşmaya açmıştır.

Bölgenin tarım alanı statüsünün yeterli ve güvenilir araştırmalar yapılmadan kullanım olanaklarının ortadan kaldırılması, kentsel sosyal ve teknik altyapı gereksinimlerinin gözetilmeden yoğunluğunun artırılması ve kamu yararına aykırı olduğu gerekçeleriyle imar planı değişikliğinin iptali için İzmir 3.İdari Mahkemesinde açılan dava, 1999/464 E - 2000/601 K.sayılı ve 27.09.2000 günlü kararlar, imar planının iptali

ile sonuçlanmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002).

### **İzmir İnciraltı Turizm Merkezi 1/25.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı İptali Davaları**

İzmir İnciraltı Turizm Merkezi 1/25.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı dört kez değişikliğe uğramış, bu nedenle Mimarlar Odası tarafından 4 kez planın iptali için dava açılmıştır. Danıştay 6. Dairesinin 14.11.2012 günlü kararı ile 1/25.000 ölçekli İzmir İnciraltı Turizm Merkezi İnciraltı Kesimi Çevre Düzeni Revizyonu'nun "Koruma Bölge Kurulu görüşü alınmadan" planının onaylanması nedeniyle yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014). Dava Mimarlar Odası lehine sonuçlanmıştır.

### **İnciraltı Turizm Merkezi (İnciraltı Kesimi) 1/5000 ölçekli ve 1/1000 ölçekli Koruma Amaçlı Nazım ve Uygulama İmar Planı İptali Davası**

İzmir- İnciraltı Turizm Merkezi (İnciraltı Kesimi)1/5000 ölçekli Koruma Amaçlı Nazım İmar Planı ve 1/1000 ölçekli Koruma Amaçlı Uygulama İmar Planı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 02.11.2012 tarih ve 8643 sayılı kararı ile onanarak 19.11.2012 - 18.12.2012 tarihleri arasında İzmir Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü ilan panosunda askıya çıkarılmıştır.

Mimarlar Odasının bu plana karşı yaptığı itiraz yanıt verilmemek yoluyla reddedildiğinden İzmir 4. idare Mahkemesindeki 2013/380 E. sayılı dava açılmıştır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından dava konusu planın değişikliğinin onanması sonrasında 11.07.2013 günü İzmir 5. İdare Mahkemesinde 2013/71 esas numaralı dava açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014) Dava Mimarlar Odası lehine sonuçlanmıştır.

## **İzmir, İnciraltı Turizm Merkezi Tevsii Balçova Kaplıcaları Kesimi 1/25.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı Davaları**

İzmir - İnciraltı Turizm Merkezi Tevsii Balçova Kaplıcaları Kesimi 1/25.000 ölçekli Revizyon + İlave Çevre Düzeni Planı Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yeniden değişiklikler yapılarak onaylanmıştır. 11.11.2012 - 12.12.2012 tarihleri arasında son değişiklik İzmir Büyükşehir Belediyesinde askıya çıkarılmıştır. Mimarlar Odasının bu plana karşı yaptığı itiraz yanıt verilmemek yoluyla reddedildiğinden İzmir 4. İdare Mahkemesindeki 2013/347 E. sayılı dava açılmıştır.

Mahkeme 08.07.2013 günü yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi uygulamıştır. Bilirkişi Raporundan sonra Mahkeme 10.10.2013 günlü kararı ile hukuka aykırı bulunan işlemin yürütülmesinin durdurulmasını kararlaştırmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014). Dava Mimarlar Odası lehine sonuçlanmıştır.

### **4.3. Kentin ve Kamusal Mekanının Savunulması Galleria Girişimi**

İzmir-Konak meydanında Galleria adıyla anılan alışveriş merkezinin inşa edilmesi amacıyla yapılan imar planına İzmir 3.İdare Mahkemesi'nde 1992/1327 Esas no.lu dava açılmıştır. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000). Uzun bir dava sürecinden sonra Galleria inşaatı uygulanmamıştır. Söz konusu yargı kararı, İzmir kentinin kent meydanı ve yeşil alan kazanımı açısından oldukça önemli bir karardır.

### **KSK Plaza Girişimi**

Karşıyaka Spor Kulübü tesislerinin bulunduğu alana ilişkin imar planı değişikliği kararının gelir getirici yapılaşmaya yönelik olması gerekçesiyle Mimarlar Odası tarafından açılan davada, yürütmenin durdurulması ve İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından imar planının eski durumuna getirilmesinden sonra İzmir 4. İdare Mahkemesinin 1999/231

E. sayılı dosyası içinde, Mimarlar Odası'nın istemleri doğrultusunda karara bağlanmıştır. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002)

### **Ege Palas Davası**

İzmir Büyükşehir ve Konak Belediye Meclisleri'nin otel gabarisini 9 metreden 61 metreye yükselten imar planı değişikliğinin iptali amacıyla Makine Mühendisleri Odası ile birlikte Mimarlar Odasının açtığı dava İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 1999/307 E.2000/136 K.sayılı ve 01.03.2000 günlü kararı ile sonuçlanmıştır. Böylece imar planı iptal edilen yapının ruhsatı da geçersiz duruma düşmüştür. Karar, davalı belediyelerle birlikte yapı sahibi tarafından da temyiz edildiğinden, dosya Danıştay'a gönderilmiştir. Danıştay'ın bozmasının ardından İzmir 1. İdare Mahkemesi, bilirkişi raporlarına dayanarak otel gabarisini 9 metreden 61 metreye yükselten imar planı değişikliğinin iptaline karar vermiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002).

### **Didim Davası**

Didim İlçesi İmar Planı'nda oteller ve turistik tesisler bölgesinde bulunan toplam 557.296 m<sup>2</sup>'lik üç parsel taşınmazın Maliye Hazinesi tarafından Toplu Konut İdaresi'ne bedelsiz olarak devredilmesine karşı Mimarlar Odası, Didim Temsilciliği'nin öneri ve hazırlıkları değerlendirilerek iptal davası açılmıştır. Davacı taraf yapılan işlemin, çok değerli ve gelecekte de önemli rant getirecek olan kamu varlıklarına TOKİ eliyle ve yap-sat yöntemi ile konut yapımını öngören ve kamu yararından yoksun olarak bu proje ile özellikle yabancılara konut satılmasını gerçekleştirmeyi amaçladığını iddia etmiştir. Aydın 1. İdare Mahkemesince dava "davacının tüzel kişilik olarak menfaatini ilgilendiren bir husus içermediği gibi, özel kanunlarındaki mesleki faaliyetleri dışında kalan konularda dava açmak görev ve yetkisi" tanınmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştayın temyiz ve ardından gelen karar düzeltme aşamalarında yargılama, Aydın 1. İdare Mahkemesinde yeniden başlamış ve Hazine, uygulama

olanağı bulunmayacağı anlaşılan işlemde dönerek TOKİ'ye bedelsiz verdiği parselleri geri almak zorunda kalmıştır. Böylece hazine arsalarının karşılıksız yok edilmesi, yasal girişimler sonucunda önlenmiştir. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002).

### **Özdilek Turizm Merkezi**

Balçova İlçe Belediyesi sınırları içindeki İnciraltı Mevkii 2283 ada 5 parsel sayılı arsanın İzmir Nazım Planı'nda E = 0.50 turistik tesis olarak görünmesine karşın 18.04.1996 günlü plan değişikliği ile E=1.50 Turizm ve Ticaret Merkezi Değişikliğine dönüştürüldüğü, Mimarlar Odası Temsilciliği tarafından öğrenilmiştir. Plan değişikliğinin ada ölçeğinde ayrıcalıklı bir plan değişikliği olması, yapı yoğunluğunun üç kat artırılması, plan bütünlüğünün bozulması, çevresi ile uyum sağlamasının olanaksız olması ve dengesiz biçimde 30-35 katlı yapılaşmaya yol açılması ve ayrıca, yapılaşması öngörülen parselin 3261 sayılı Kıyı Yasası'nın 4 maddesinde tanımlanan yapılaşma sınırını da aşması gerekçeleriyle İzmir Büyükşehir Belediyesi ve Balçova Belediyesine karşı İzmir İdare Mahkemesinde açılan davada anılan planların Turizm Merkezi olarak ilgili bakanlıklarca onandığı öğrenilmiştir. Bu bilgiler üzerine. Danıştay 6. Dairesinde Turizm Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığına karşı yeni bir dava daha açılmıştır.

Davalar devam ederken parsel doğal sit kapsamına alınmıştır. Sit kararı imar planı uygulamasını durdurduğundan Danıştay 6. Dairesi yürütmenin durdurulması kararı verilmesine gerek olmadığını kararlaştırmıştır. Ancak yapı sahibinin Kültür Bakanlığına karşı açtığı ve Mimarlar Odasının taraf olmadığı ve bilgisi dışında gelişen bir davada, yerel mahkeme sit kararının önce yürütülmesinin durdurulmasını, daha sonra da iptalini kararlaştırmıştır. Böylece yapılaşma devam etmiştir.

Danıştay 6. Dairesinde 1999/3335 E. ile görülmekte olan Mimarlar Odasının açtığı dava henüz sonuçlanmadan, Özdilek tesisleri işletmeye açılmıştır. Açılan davaların bazı olaylarda yapılaşma kadar hızlı sonuç-

landırılmaması, kamusal ve hatta kişisel zararların daha da büyümesine neden olabilmektedir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002).

1/5000 ve 1/1000 ölçekli imar planlarına karşı açılan dava çeşitli aşamalardan geçtikten sonra iptal kararı ile sonuçlanmıştır. Danıştay 6. Dairesi'nin, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bozma kararına uyararak verdiği son karara yönelik temyiz itirazları da reddedilerek, hukuka aykırı bulunan imar planlarının iptali kesinlik kazanmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 38. Dönem Çalışma Raporu, 2006-2008).

### **Sevkon A.Ş. Taşınmaz Davası**

İzmir İli. Konak İlçesi, 2L3 M - 11C pafta, 176 numaralı kadastro pafta, 948 ada 1 parsel sayılı taşınmazın 8 kat olan yapılaşma koşulunun tek parseldeki uygulama imar planı değişikliği ile gabarisinin hmax : 96.00 metreye yükseltilmesi hakkındaki işlemin iptali amacıyla İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ve İzmir - Konak Belediye Başkanlığına karşı 01.03.2009 günü İzmir 1.İdare Mahkemesinde 2009/323 E. sayılı iptal davası açılmıştır. Yürütmenin durdurulması istemi ile açılan bu davada İzmir 1. İdare Mahkemesi taşınmazın bulunduğu yerde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesinden sonra bilirkişi kurulunun verdikleri raporda 36 kat yapılaşmayı öngören plan değişikimi ayrıcalıklı koşulları nedeniyle kent bütünündeki plan uygulamaları açısından olumsuz yöndeki istemleri özendirecek nitelikte görülmüş ve genel olarak imar koşullarına aykırı bulunmuştur. İzmir 1. İdare Mahkemesi, 2009/323 E.2010/606 K. sayılı ve 11.05.2010 günlü kararı ile dava konusu imar planı değişikliğini iptal etmiştir. Davalı Belediyelerin ve davaya katılanın temyiz istemleri Danıştay 6. Dairesinin kararları ile reddedilmiş böylece dava konusu taşınmaza 32 katlı ve 96 metre yüksekliğinde yapı yapılması için gerçekleştirilen imar planı değişikliklerinin iptali kesinleşmiştir. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012)

## **Karşıyaka İlçesi Mavişehir Bölgesi İmar Planları Değişiklikleri**

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından İzmir Karşıyaka Mavişehir Bölgesi'ndeki 1/1000, 1/5000, 1/25.000 ölçekli imar planlarını değişikliklerine ilişkin sözü edilen planların yürütülmesinin durdurulması ve iptali için İzmir 3. dare Mahkemesi'nde 2013/469 E. sayılı dava açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014). Dava Mimarlar Odası lehine sonuçlanmıştır.

## **Bornova Çamdibi İmar Planı Değişikliği**

İzmir Büyükşehir Belediyesi Bornova Çamdibi Altındağ kesiminde bölgesel merkezi iş alanında konut yapılabilmesi amacıyla plan değişikliğine gitmiştir. Bu işleme karşı İzmir 3. İdare Mahkemesinde 2012/1981 E. numarası ile 01.11.2012 günü açılan davada planlar İzmir 3. İdare Mahkemesi tarafından şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve hukuka uyarlılık bulunmadığı nedenleriyle 16.09.2013 tarihinde iptal edilmiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014).

## **1/25.000 ölçekli İzmir Büyükşehir Bütünü Çevre Düzeni Planı'nın ve plan notlarının iptali istemi**

Mimarlar Odası İzmir Şubesi; İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 12.09.2012 günlü ve 05/843 sayılı kararı ile onaylanarak 10.10.2012-12.11.2012 tarihleri arasında askıya çıkarılan "1/25.000 ölçekli İzmir Büyükşehir Bütünü Çevre Düzeni Planı'na ve plan notlarına 09.11.2012 günlü ve 04-12-1462 sayılı dilekçesi ile itiraz etmiştir. İtirazların yasal süre içerisinde yanıtlanmaması üzerine 24.01.2013 günü bu plana karşı İzmir 4. İdare Mahkemesi'nde 2013/142 E. sayılı iptal davası açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014).



#### **4.4. Tarihi ve Kültürel Miras'ın Savunulması Konak Alanı Tarihi Sit Statüsü**

Konak Alanı'nı tarihi sit kapsamına alan Koruma Kurulu kararının sürdürülmesi için İzmir 4.İdare Mahkemesinde 1994/1395 Esas no.lu dava açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000).

#### **Alsancak Devlet Hastanesi**

Eski Fransız Hastanesi olarak bilinen parselde bir yurttaşın katkılarıyla 8 katlı yeni bir hastane bloku eklenmesi amacıyla İzmir 1 Nolu Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nca tescilli alanda bazı değişikliklere gidilmiş, kurulun 20.06.2001 gün ve 607/9366 sayılı kararı ile mevcut tescilli kilise binasının korunması gereken eser sayılmamasına, bu nedenle yıkılabileceğine, erken Cumhuriyet Dönemi mimarlık eserleri arasında bulunan idari binanın ve hastane hizmet alanı içerisindeki diğer tescilsiz yapıların yıkılabileceğine karar verilmiştir. 2863 sayılı yasaya, Yüksek Kurulun ilke kararlarına ve 1 numaralı K.T.V.K.K.'nun kendi kararlarına aykırı düşmesi gerekçesi ile bu işleme karşı İzmir 1. İdare Mahkemesinde 2001/719 E.sayılı dava açılmıştır (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002).

Davada üç kez keşif ve bilirkişi incelemesi, iki kez de Danıştay bozmasının ardından yerel mahkeme kararları onanmış ve hukuka aykırı yapılaşma önlenmiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 38. Dönem Çalışma Raporu, 2006-2008)

#### **Özsaruhan Evi**

İzmir Karşıyaka Yalı Caddesi üzerinde bulunan ve Mimar Ziya Nebioğlu tarafından projelendirilip 1950-1953 yıllarında inşa edilen, Özsaruhan Evi olarak anılan taşınmaz, İzmir 1. Numaralı K.T.V.K.B.K.'nun 02.12.2010 günlü ve 5482 sayılı kararı ile «İkinci Grup Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı» olarak tescil edilmiştir. Aynı Kurul

16.06.2011 günlü ve 6056 sayılı yeni bir karar ile tescil kaydını kaldırmıştır. Bu işleme karşı İzmir 3. İdare Mahkemesinde 2011/1380 E. sayı ile açılan davada yürütmenin durdurulması istenmiştir. Dava dilekçesinde “Anılan yapının yıkılabileceği gözetilerek ileride giderilmesi olanaksız zararın önlenmesi bakımından davalı idarenin yanıtı beklenmeden işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir. 3. İdare Mahkemesi yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesi için öncelikle bilirkişi raporu alınmasını gerekli görmüştür. Yapı sahipleri davanın açılışından sonra geçen bu zaman içinde arsaları üzerindeki yapıyı hemen yıkmışlardır. Keşif 02.12.2011 günü taşınmazın bulunduğu yerde yapmıştır. Ancak orada herhangi bir yapı bulunmadığı için dava dosyası içindeki belgelerle, taşınmaza ilişkin daha önce verilmiş olan raporlar ve fotoğraflar incelendikten sonra yapının, 2.grup taşınmaz kültür varlığı olduğu saptanmıştır. Anılan bilirkişi raporuna dayanarak İzmir 3. İdare Mahkemesi 2011/1380 E. 2012/955 K. sayılı ve 25.05.2012 günlü kararı ile tescil kaydının kaldırılmasına ilişkin işlemin iptaline karar vermiştir. Karar karşı taraflarca temyiz edilmiştir (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014).

### **Çandarlı Kemikliburun Davaları**

İzmir, Dikili ilçesi, Çandarlı beldesi Kemikliburun mevkiindeki taşınmazın 1/5000 ve 1/1000 ölçekli koruma imar amaçlı imar planlarının iptali amacıyla İzmir 3.İdare Mahkemesinde 2007/960, 961, 962, 963 ve 964 E. sayılı beş iptal davası açılmıştır. Küçük bir bölümünde tarihsel kalıntılar bulunan ve tamamı doğal sit niteliğinde olan taşınmaza ilişkin imar planı ile tatil sitesi yapılması amaçlanmıştır. 18.12.2008 günü dava sonlanmış ve koruma amaçlı imar planlarının iptali kararlaştırılmıştır. Davalılar Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Çandarlı Belediye Başkanlığı tarafından temyiz edilen iptal kararları üzerine Danıştay 6. Dairesi 2009/9440 E ve 2012/6414 K. sayılı 20.11.2012 günlü birbirini izleyen numaralardaki kararları ile davalıların temyiz istemlerini reddetmiş ve Danıştay 6. Dairesi mahkeme kararlarını onamıştır. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-2014).

## Allianoi Davaları

Allianoi ören yerinin Yortanlı Barajı suları altında kalmasını önlemek amacıyla Arkeoloji ve Arkeologlar Derneği, Çağdaş Hukukçular Deneği, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Truva Folklor Araştırmaları Derneği, İzmir Turist Rehberleri Odası gibi kuruluşlarca açılan bir dizi davaya, Mimarlar Odası da davacı olarak katılmıştır. İzmir İdare Mahkemelerinde ve Danıştay'da görülmekte olan ortak girişim niteliğindeki bu davalarda önceleri olumlu sonuçlar alınamamış, İzmir 2., 3., ve 4. İdare Mahkemelerinde açılan davalar reddedilmiştir.

27.10.2006 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun Baraj Alanlarından Etkilenen Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunması ile ilgili 04.10.2006 günlü, 717 sayılı İlke Kararı koruma amaçlı önlemlerin niteliğine ve neler olması gerektiğine karar verme yetkisini yatırımcı kuruluşlara tanımıştır. Böyle bir anlayışın kültür varlıklarının korunmasında sorunlara neden olacağı gerekçesiyle bu işleme karşı Danıştay 6. Dairesinde açılan ortak davanın duruşması 26.11.2008 günü yapılmıştır. Diğer savunmanlarla birlikte hukuk danışmanı Güney Dinç'in de katıldığı duruşmanın ardından Danıştay 6. Dairesinin verdiği E.2006/8266. K. 2008/8268 Sayılı ve 26.11.2008 günlü kararla 717 sayılı ilke kararının iptaline karar verilmiştir. Bu çok önemli karar yalnız Allianoi'nin değil, daha birçok ören yerinin korunabilmesi için umut oluşturmıştır. Söz konusu karar kapsamında yerel mahkemelerin önceki ret kararları bozulmaya başlamıştır ancak Allianoi ören yeri su altında kalmış ve sürmekte olan bu davanın diğer gelişmelere emsal oluşturmanın ötesinde pratik bir yararı kalmamıştır. (Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012)

## 5. SONUÇ

20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren, neo-liberal ekonomik politikaların egemen hale gelmesi ile birlikte, kent mekanı ve kırsal alan artık geçmiş dönemlere oranlara daha fazla sermayenin odağı ve yatırım ala-

nı haline gelmiştir. Kapitalist sistemin devamlılığı çerçevesinde mekan tüketim nesnesi haline gelmiş, inşaat ve turizm sektörlerinin gelişimi desteklenmiştir. Söz konusu ekonomik politikalar karşısında imar planı kararları uygulama araçları niteliğine dönüştürülmüştür. Bu kapsamda evrensel değerler çerçevesinde benimsenen sürdürülebilirlik ilkeleri ile mekanı geliştirme ve dönüştürmeye yönelik hedefler pek çok açıdan çelişki ile sonuçlanmaktadır. Böyle bir sosyo-ekonomik ortamda kent planlarının artık farklı güçlerden etkilenerek şekillendiği görülmektedir. Söz konusu güçler; piyasa güçleri, sivil toplum hareketleri ya da yargı kararları olarak süreç içerisinde devreye girmektedir. Böylesi parçalanmış bir ortamda, günümüz planlama pratiğinde kaybedilen kentsel adaletin tepki mekanizmaları ve yargı kararları doğrultusunda sağlanmaya çalışıldığını belirtilebiliriz.

Avukat ve Mimarlar Odası Hukuk Danışmanı Güney Dinç ulusal ve evrensel kültür varlıklarının korunması amacıyla açılan pek çok davada savunmanlık üstlenmiştir. Söz konusu davalar kentlerin planlanması ve hukuk yaklaşımları açısından oldukça önemli, emsal teşkil edebilecek davalardır. Doğal ve kültürel varlıklara, kıyı alanlarına, tarım alanlarına, kent mekanına, kamusal mekanlara yapılan müdahalelere karşı açılan davalarda sadece bu alanların korunması değil, aynı zamanda koruma ve kentlilik bilincinin gelişmesine de katkı sağlanmıştır.

## KAYNAKLAR

**Dinç, G.** (2008), Türkiye Barolar Birliği tarafından yayınlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan”, Ankara

**Özbek Sönmez,** (2012), İ. Kent Planlama Ve Adalet İlişkisinin Değişen İçeriği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/98, s.283-300

Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 34. Dönem Çalışma Raporu, 1998-2000

Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 35. Dönem Çalışma Raporu, 2000-2002

Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 36. Dönem Çalışma Raporu, 2002-2004

Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 37. Dönem Çalışma Raporu, 2004-2006

Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 38. Dönem Çalışma Raporu, 2006-2008  
Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 39. Dönem Çalışma Raporu, 2008-2010  
Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 40. Dönem Çalışma Raporu, 2010-2012)  
(Mimarlar Odası, İzmir Şubesi, 41. Dönem Çalışma Raporu, 2012-  
2014)

# HAKEMLİ MAKALELER



■ Prof.Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN\* ■

## İNSAN HAKKI OLARAK EĞİTİM HAKKI VE ÜLKEMİZDE KIZ ÇOCUKLARININ DURUMU

RIGHT TO EDUCATION AS A HUMAN RIGHT AND  
THE STATE OF GIRLS IN OUR COUNTRY

### ÖZET

Eğitim hakkının tüm haklar içinde özel bir öneme sahip olduğu açıktır. Birey bakımından bir temel hak olan eğitim, Devlet için de bir görevdir. Bireylerin eğitim hakkının hukuken ve fiilen gerçekleştirilmesi, Devlete görev olarak yüklenmiştir. Anayasa'nın 42. ve 17 maddeleri, biri doğrudan diğeri dolaylı olarak eğitim hakkıyla ilgili anayasal düzenlemelerdir. Bu bakımdan eğitim özgürlüğünün sağlanması yeterli olmayıp; Devletin eğitim hakkının gerçekleşmesine yönelik sorumluluk üstlenmesi gereklidir. Bu niteliğiyle negatif statü haklarından değil; pozitif statü haklarındandır. Eğitim hakkının kullanımı, cinsiyet, vatandaşlık, yaş vb. özelliklere bağlı olarak farklılaşamaz. Devletin bu konuda gereken önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. 1949 yılında ülkemizin onayladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de konuya dair düzenleme bulunmaktadır. Medeni Kanunumuzun evlenme yaşı ile ilgili düzenlemesi başta olmak üzere, mevzuatımızdaki bazı düzenlemeler, maalesef kız çocuklarının erken yaşta evlendirilerek eğitim hayatlarının sonlandırılması sonucunu yaratacak mahiyettedir. Yüzyılımız gerçekleriyle bağdaştırılması son derece de güç olan bu tür düzenlemelerin biran önce yerini çağdaş dünyanın gereksinimlerini yansıtan düzenlemelere bırakması beklenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan hakkı, Eğitim hakkı, Uluslararası antlaşmalar, Anayasa, pozitif statü hakkı, evlenme yaşı, Dini nikah, resmi nikah, Ceza Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi.

### ABSTRACT

It is clear that right to education has a special importance in all human rights. Education is not only a fundamental right for the individual, but also a duty for the state. State is imposed to realize the right to education legally and factually. Articles 17 and 42 of the constitution, one directly and another indirectly, are related to right to education. In this context, the right to education shall not only be ensured, the state shall also bear the responsibility for the realization of the right to education. Because of this reason, right to education is not a right of status negativus, but a right of status positivus. Right to education, plays a key role for knowing, utilizing, improving and protecting other human rights. Usage of the right to education cannot differ depending on sex, citizenship, age etc. State is obliged to take necessary precautions in this manner. There is also an article related to right to education in Universal Declaration of Human Rights.

Some regulation in our body of current legislation, particularly the regulation of the Civil Code on the age of marriage, unfortunately may have the consequence of ending a girl's education life. Such regulation that are not compatible with the realities of the century we live in should be replaced by the ones that reflects the necessities of the modern world. There is no regulation in Civil Code that prohibits religious marriage ceremonies. Imams that are affiliated to a muftiate can also officiate a marriage ceremony. On the other hand, crimes related to officiating a religious marriage ceremony without an official wedding ceremony beforehand or a marriage license are removed from the Penal Code by the Constitutional Court with an annulment decision and there is also no restriction in the related by-laws.

**Keywords:** Human rights, right to education, international conventions, constitution, rights of status positivus, age of marriage, religious marriage ceremony, official marriage ceremony, Penal Code, Convention on Children's Rights.



- A) EĞİTİM HAKKININ NİTELİĞİ VE ÖNEMİ  
B) EĞİTİM HAKKINA DAİR ULUSLARARASI DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME  
C) EĞİTİM HAKKI İLE İLGİLİ ULUSAL MEVZUAT

## A) EĞİTİM HAKKININ NİTELİĞİ VE ÖNEMİ

Eğitim hakkı, tüm haklar içinde çok özel bir öneme sahiptir. Birey bakımından bir temel hak olan eğitim, Devlet için bir görevdir. Bireylerin eğitim hakkının hukuken ve fiilen gerçekleştirilmesi Devlete yüklenmiş bir görevdir. Bir başka ifadeyle, pozitif statü hakları içinde bulunmakta olan eğitim hakkı, diğer hakların bilinmesi, kullanımı, geliştirilmesi ve korunmasında anahtar rolündedir.

Kişilerin hak ve özgürlük gereksinimleri hukuk ile, eğitim ve öğretim gereksinimleri ise eğitim ile karşılanır. Bu bakımdan hukuk ve eğitim arasında ciddi bir bağlantı bulunur. Eğitim ve hukuk birbirinden güç alır ve birbirini destekler. İyi eğitim almış bireyler, hak ve özgürlüklerin geçerli olduğu demokratik bir hukuk düzeninin temini bakımından gerekli olduğu kadar hukuk kurallarının bilindiği hayata geçirildiği bir toplum da ancak iyi eğitim almış bireylerden oluşmuş bir toplum olarak karşımıza çıkar.

Esasen eğitim almış bireylerden oluşmuş toplumda hukuk çok daha kolay uygulanır. Kısacası hukuk ile eğitim arasında bir uyum, işbirliği söz konusudur<sup>1</sup>. Hukuk alanında etkin hukuksal koruma talep hakkı ne kadar önemli ise, eğitim alanında da cinsiyet, yaş vs. olgular önem taşımaksızın temel mesleki-teknik eğitim, çağın gelişmelerine ayak uydurmayı sağlayacak özelliklerde olan bir eğitim almak hakkı o denli önemlidir. Bu önem söz konusu hakları yaşama geçirmek noktasında hakkın süjesi olan bireyler bakımından olduğu kadar; aynı zamanda çağdaş gelişmiş toplum idealinin gerçekleşmesi noktasında toplum bakımındandır.

<sup>1</sup> AKYÜZ, E. Eğitimin Hukuki Temelleri, Eğitim Bilimine Giriş, Ed: Şule Erçetin - Necmettin Tozlu, Ankara; OKÇU, D. "Eğitim Hakkı ve Tarihsel Gelişimi" Yüzüncü yıl Üni. Eğitim Fakültesi Dergisi Haziran 2007, C.IV, S.1, s. 49-50; ÇALLI, Y. Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı, Ankara 2009 (yüksek lisans tezi); ayrıca bkz. ALTUNYA, N. Eğitim Hakkı, Türkiye Mühendislik haberleri Ağustos 97, s. 59 vd.

## B) EĞİTİM HAKKIYLA İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZEN- LEMELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

1949 yılında ülkemizin onayladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 26. maddesinde herkesin eğitim hakkına sahip olduğu, en azından ilk ve temel eğitim aşamasının parasız olduğu, teknik ve mesleki eğitimin herkese açık olduğu, yüksek öğrenimin yeteneğine göre herkese eşit olarak sağlandığı ifade edilmiştir. Aynı maddede eğitimin insan kişiliğini geliştirmeye, insan hakları ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olduğu, ana-babanın çocuğa verilecek eğitimi seçmede öncelik hakkı sahibi olduğu belirtilmiştir. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde (ESKHUS) eğitim hakkını düzenleyen 13.maddenin ilk paragrafına göre, bu sözleşmeye taraf olmakla, tüm taraf devletler, yetki alanları içerisinde bulunan herkesin eğitim hakkını tanıdığını ifade eder. Aynı maddenin ikinci paragrafında, ilköğretimin zorunlu ve herkes için ücretsiz olması, teknik ve mesleki eğitim dahil olmak üzere ortaöğretim ve üst kademelerdeki eğitimin herkes tarafından erişilebilir ve zaman içerisinde ücretsiz hale getirilmesi ile yeterli bir burs sisteminin yerleştirilmesi gerektiği belirtilir. Üçüncü paragrafta ise, veli ve vasilerin devlet tarafından kurulan eğitim kurumları dışındaki eğitim kurumlarını seçme özgürlüğü bulunduğu ifade edilmektedir. Bu Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) Genel Yorumu 13'te, "13. maddede düzenlenen eğitim hakkının temel unsurlarından birinin, eğitimin erişilebilir olmasıdır" ifadesi yer almıştır.

Komiteye göre eğitimin erişilebilir olması için; • yasaklanan ayrımcılık zeminlerine dayalı olarak eğitimde hukuken veya fiilen ayrımcılık yapılmamalıdır. • eğitim fiziksel olarak erişilebilir olmalıdır ve • eğitim ekonomik yönden erişilebilir olmalıdır. Dolayısıyla, eğitim hakkına erişimin var olduğundan söz edebilmek için ayrımcılığın yokluğu yeterli olmayıp; eğitimin fiziksel ve ekonomik yönden de erişilebilir olması, başka bir deyişle eğitime erişimde fırsat eşitliğinin de bulunmasını temin etmek gerekmektedir.

EKSHUS Madde 2(2), eğitim hakkından yararlanma konusunda ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya sosyal köken, servet, doğum veya diğer herhangi bir duruma dayalı, ayrımcılık yapılmasını yasaklar.

Birleşmiş Milletler, UNESCO, UNİCEF, ILO gibi alt birimleriyle uygulamaya yönelik çalışmalar yapmıştır. Birleşmiş Milletlerin 1989'da kabul ettiği ülkemizin de 1994 yılında 4058 sayılı Kanunla onaylayıp 27.1. 1995'te 22184 sayılı RG' de yayımlanmış bulunan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme başlı başına eğitim hakkı ile ilgili 28 ve 29.maddelere yer vermiştir. Çocuk Haklarına Dair sözleşmenin 28.maddesine göre, taraf devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul eder ve fırsat eşitliği temeli üzerinde aşama aşama gerçekleştiril-mesine yönelik önlemleri alır. Bu bağlamda ilköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirir. Okullarda düzenli şekilde devamın sağlanması için ve okulu terk etme oranlarının düşürülmesi için gerekli önlemleri alır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS), sadece çocuğun değil, veli veya vasisinin ırkına, rengine, cinsiyetine, diline, dinine, siyasi veya diğer görüşüne, etnik veya sosyal kökenine, servetine, engeline, doğum veya diğer statülerine dayalı ayrımcılığı da yasaklar.

İşte özellikle 14-15 yaşında kız çocuklarının dini nikahla evlendirilerek okulu terk etmek durumunda kalmalarının önünde engelleyici bir yasal düzenlemenin bulunmasını sağlamanın TC Devleti için uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu vurgulanmalıdır. Devlet, onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince okulu terk oranlarını düşürmek için gerekli önlemleri de almakla yükümlüdür.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklar. Bu sözleşmede <sup>2</sup> (CEDAW), kadın kavramının kız çocuklarını içerip içermediğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Sözleşmenin 10. maddesi, eğitim alanında kadın ve erkek-lere eşit hakların sağlanması ve kadınlara yönelik ayrımcılığın önlenmesi

<sup>2</sup> CEDAW, 18.12.1979 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ile ilgilidir. Eğitim hakkı kuşkusuz kız çocuklarını evleviyetle ilgilendirdiği için kadın ifadesinin kız çocuklarını da kapsadığı sonucuna varılabilir. Evlilikle ve aile hayatı ile ilgili 16. maddede yaş ayrımı olmaksızın eşlerden bahsedilmektedir.<sup>3</sup>

Sözleşme'nin 2. bölümünde yer alan spesifik haklara ilişkin maddelerde siyasal haklar, eğitim hakkı, çalışma hakkı, sağlık hakkı, ekonomik ve sosyal yaşamın diğer alanındaki haklar, kırsal alandaki kadınların hakları, hukuk önünde eşitlik hakkı, evlenme ve aile alanındaki haklara ilişkin düzenleme yapılmakta ve bu alanlarda eşitliğin sağlanması/ ayrımcılığın ortadan kalkması için önlemler sayılmaktadır<sup>4</sup>. İstanbul Sözleşmesi kadınlara yönelik şiddete ilişkin öncül belgelerin izlerini taşımakla birlikte, kendisinden önceki metinlerden daha ayrıntılıdır. Sözleşme, 81 maddedir. Kadınlara yönelik şiddetin engellenmesine ilişkin bütüncül bir yaklaşımı benimsemektedir; sadece hukuki düzenlemeler alanında değil, eğitim, sağlık, sivil toplum örgütleri, medya, özel sektör, veri toplama, farkındalık artırma vd. alanlarda devletlere pek çok yükümlülük yüklemekte, daha net bir ifadeyle yapısal bir dönüşümü hedeflemektedir. Bu bağlamda klasik insan hakları sözleşmelerinden çok farklı olduğu rahatlıkla görülmektedir<sup>5</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından ayrımcılık yapılamayacağını öngörmektedir.

Avrupa Sosyal Şartı'nda (ASŞ) öngörülen ayrımcılık yasağının kapsamı bu çerçevede daha sınırlıdır. Şartta tanınan haklar bakımından, ırk,

<sup>3</sup> Sözleşmede yer alan sağlık, insan ticareti, sömürü gibi konular kız çocukları için de acil önem taşıyan konulardır (Chinkin C.-Freeman M., "Introduction", in: Freeman M.-Chinkin C.-Rudolf B. (ed), The UN Convention On The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, A Commentary, Oxford-2012, s.14): Aktaran DÜNDAR SEZER, T., İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Ankara 2019, s.34. 6. maddede ise kadın satışı yasaklanmaktadır. Tüm bu hakların gerçekleşmesinin şiddetin ortadan kalkmasına katkı sağlayacağı açıktır.

<sup>4</sup> DÜNDAR SEZER, T. Kadına Yönelik Şiddet, s.74.

<sup>5</sup> DÜNDAR SEZER, s.108

renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal veya sosyal kökene dayalı ayrımcılık yapılamaz.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (GGASŞ) kapsam biraz daha genişletilmiş ve ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal veya sosyal köken yanında, dil, siyasi ve diğer görüşler, sağlık, ulusal bir azınlığa mensup olma, doğum veya diğer statüler gibi nedenlere dayalı ayrımcılık da yasaklanmıştır.

Bir sosyal hak olarak eğitim hakkı, devletlerin ekonomik kaynakları ölçüsünde ve tedrici olarak sağlayacakları haklar arasında sayılmakla beraber; ESKHK, eğitime erişimin ayrımcılık yapılmaksızın sağlanmasının, eğitim hakkı bakımından asgari bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir<sup>6</sup>. Komite, bu çerçevede sözleşmenin 2. maddesinin 2. paragrafında ifadesini bulan ayrımcılık yasağının derhal uygulanabilir nitelikte olduğunu, devletin ekonomik kaynaklarına dayalı olmadığını ve eğitimle ilgili her konuda geçerli olduğunu vurgulamıştır<sup>7</sup>.

Komite, kız çocukların eğitime erişiminin özellikle toplumsal cinsiyet rolleri ve kalıp yargılarla sınırlandığını, bu nedenle devletlerin ayrımcılık yasağının gereklerini yerine getirebilmek için bu unsurları ortadan kaldıracak pozitif tedbirler alması gerektiğini belirtmiştir<sup>8</sup>. Devletler ayrımcılık yapmamanın ötesine geçerek ayrımcılık yapılmasını da engellemek durumundadır. Örneğin ebeveynler dahil olmak üzere üçüncü kişilerin kız çocukların okula gitmesine izin vermemesi veya okula gitmelerini engellemesi halinde, devletin duruma etkin şekilde müdahale ederek, kız çocukların okula gitmesini sağlaması gerekir<sup>9</sup>. Devletin ayrımcılığa neden olan önyargılarla mücadelesi de bu bağlamda bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir<sup>10</sup>. Okula gönderilmeyen veya gideme-

<sup>6</sup> ESKHK, E/C.12/1999/10, parag. 57 (ESKHUS Genel Yorum 13).

<sup>7</sup> Bkz. a.g.e., parag. 31.

<sup>8</sup> Bkz. ESKHK, E/C.12/1999/10, para. 55 (ESKHUS Genel Yorum 13).

<sup>9</sup> Bkz. a.g.e., para. 50; ESKHK, E/C.12/2005/4, para. 30 (ESKHUS Genel Yorum 16).

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Hukukta Eğitim Hakkına Erişim, (Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi İstanbul 2009) Eğitim Reformu Girişimi s. 21 vd.

yen kız çocuklarının yardım talep etmesine olanak sağlayacak, çocuklar bakımından bilinen ve kolay ulaşılabilen hizmet birimleri kurulması da, hakkın hayata geçirilmesi bakımından son derece önemli olup; Devletin bu gibi birimleri oluşturması da ondan beklenendir. Bir ayrıma göre –ki yaşam döngüsüne göre şiddet türleri- erken evlilikler(çocuk gelinler), çocukluk ya da genç kızlık döneminde yaşanan şiddete örnek teşkil etmektedir<sup>11</sup> Dünya üzerinde yaklaşık 50 ülkede ailenin izniyle 16 yaşın altında dahi evliliğe izin verilmektedir. Erken evlilikler hamilelik ve doğum açısından sağlık riski yarattığı gibi, kadının eğitimi ve çalışmasını da engellemektedir.

### C) EĞİTİM HAKKIYLA İLGİLİ ULUSAL MEVZUAT

Eğitim hakkı Anayasa m. 42’de düzenlenmiş olmakla beraber; Anayasa m.17<sup>12</sup>ile düzenlenmiş bulunan kişiliğini koruma ve geliştirme hakkı ile sıkı bağlantı içindedir. Bu bakımdan eğitim özgürlüğünün sağlanması yeterli olmayıp; Devletin eğitim hakkının gerçekleşmesine yönelik sorumluluk üstlenmesi gereklidir. Eğitim hakkı negatif statü haklarından değil; pozitif statü haklarındandır. Bu bakımdan eğitim hakkının kullanımı cinsiyete, vatandaş olup olmamaya, yaşa vb. olgulara bağlı olarak farklılaşamaz. Devletin bu konuda gereken önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Tevhid-i Tedrisat Kanunu, tüm öğretim alanında birlik sağlanması amacıyla, Türkiye Cumhuriyeti’ndeki bütün bilim, öğretim ve eğitim kurumlarını laikleştirerek MEB’e bağlayan yasadır. Bu yasayla cinsiyet bağlı eşitsizlik ortadan kaldırılarak, her iki cins için de ilköğretim zorunlu tutulmuştur.

METK(Milli Eğitim Temel Kanunu) Madde 4’te, eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayrımı gözetmeksizin herkese açık olduğu

<sup>11</sup> DÜNDAR SEZER, s. 43, dn. 152 civarı( Yazar kız bebeklere yönelik şiddet, çocukluk ya da genç kızlık döneminde yaşanan şiddet, erişkin yaşlarda şiddet, yaşlılıkta yaşanan şiddet şeklinde yaşama döngüsüne göre şiddet türleri ayrıma tabi ifade etmiştir.

<sup>12</sup> Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

vurgulanırken, eğitimde “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” ifadesine de yer verilir. Gerek verilecek dersler gerek branşlar bakımından cinsiyet rollerini pekiştirecek bir yaklaşımın benimsenmesini önleyecek bir düzenleme yapılması, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle uyumlu olacaktır.

Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği Madde 5(c)’ye göre ders kitapları, cinsiyet, ırk, din, dil, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri özellik ve konumlara dayalı ayrımcılık içeremez.

Modern toplumun ürünü ve toplumsal gelişmenin temeli olan yaygın ve zorunlu eğitim, insanların eşitliğini ve temel haklarını gözetecek, kendini gerçekleştirebilmesi için mevcut bilgi birikimine ulaşmasına ve eleştirel düşünce becerisini kazanabilmesine olanak sağlayacak şekilde düzenlenmelidir.

İkinci dört yılın ortaöğretim kapsamına alınmasıyla ve 5. sınıftan itibaren derslerin branş öğretmenleri tarafından verilmesi kararıyla, derslik yetersizlikleri yüzünden farklı seviyelerde olmalarına rağmen aynı sınıfta ders görmek durumunda kalan öğrenciler de düşünüldüğünde, eğitim sisteminin, altına TC Devletinin imza koyduğu uluslararası sözleşmelerle altına girdiği yükümlülükler uygun olduğunu söyleyebilmek giderek güçleşmiştir. Eğitim Emekçileri Sendikası yaptığı birçok açıklamada, çocuğun bilişsel ve kişilik gelişimi üzerine yapılan çalışmalar sonucu tespit edilen yaş kuşaklarına veya dönemlendirmeye uymayan yeni eğitim yapılanmasının, kesintili ve dışarıdan eğitim ile çocuk gelinlerin ve çocuk işçiliğinin artmasına sebep olacağını vurgulamıştı. Meclise sunulan ilk öneride, ilk kademedен sonra yani 9 yaşından sonra velinin isteğine bağlı çocuğun örgün eğitimden çekilebilmesine olanak veren düzenleme, gelen tepkilerden sonra ancak ikinci kademenin bitişine yani 12-13 yaşına çekilmiştir. Fakat yine Eğitim – Sen’in raporlarında, çocuk gelinlerin ağırlıklı olarak 13, 14, 15<sup>13</sup> yaşında olduğu düşünülürse, yasal olarak kız çocuklarının eğitimlerinin kesintiye uğratılması ve evlendiril-

<sup>13</sup> [http://www.egitimsen.org.tr/genel/bizden\\_detay.php?kod=217&sube=0#.UQZLPx3VdHJ](http://www.egitimsen.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=217&sube=0#.UQZLPx3VdHJ)

mesinin önünün de açılmış olduğu belirtilmiştir. 4+4+4 kesintili temel ve zorunlu eğitim uygulaması sonucunda, eğitimine ara vermek durumunda kalan, çocuk işçi veya çocuk yaşta evli olma ikilemine sıkıştırılan tüm çocukların yeniden eğitim sistemi içine çekilmesinin sağlanması Devlete düşen bir görevdir.<sup>14</sup>

İşte tam da bu noktada medeni nikah için aranan yaş koşulunun çağdaş dünyanın gerisinde kaldığı olgusu bir taraftan; dini nikahla evlendirilen kız çocukları diğer taraftan; 4+4+4 sisteminin bu noktada yaşanan fiili duruma destek oluşturduğu gerçeğini göz ardı etmememiz gerektiğini ifade etmemizi zorunlu kılmaktadır. Açık liselere devam edebilecekleri gibi bir gerekçeyle aktif eğitim hayatının ve sosyal hayatın dışına itilmeleri ve bundan ortaya çıkan negatif durumun toplum bazında da etkilerini hissettirmekte olduğuna dikkat çekmek de gereklidir.

Anayasamızın 42.maddesine göre de “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. **İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur** ve **Devlet okullarında parasızdır**. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. Devlet, maddi imkanlardan **yoksun başarılı öğrencilerin**, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez. Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır”.

<sup>14</sup> EĞİTİM-SEN( 2017-2018 Eğitim Öğretim Yılı Sonunda Eğitimin Durumu 7 Haziran 2018 Ankara)  
www.egitimsen.org.tr-bilgi@egitimsen.org.tr



Gerek Anayasa gereği onay kanunları da çıkarılmış olan uluslararası sözleşmeler- ki yukarıda belirtildi- gerek Anayasamızın 42.maddesi, Devlete eğitim hakkının gerçekleş-mesini temin amacına yönelik bazı görevler, yükümlülükler yükler. Zira, eğitim hakkı pozitif statü haklarındanadır.

2015 yılındaki Anayasa mahkemesinin TCK. m. 230/V ve VI' yı iptal kararından sonra DÖRT yıl gibi bir zaman dilimi geçtiği halde maa- lesef, Devlet bu konuda üzerine düşen görevi yerine getirmek adına bir çaba içinde olmamıştır.

MK m. 134 gereğince evlendirme memuru, belediye bulunan yer- lerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. MK. m. 144 “Evlenme işlemi, evlenme kütüğü, evlenmeye ilişkin yazışma ve evlenme ile ilgili diğer konular yönetme-likle düzen- lenir” şeklindedir. Bu çerçevede söz konusu olan Evlendirme Yönet- meliğinin 7.maddesi “Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muh- tardır. (Değişik ikinci cümle: 28/11/2017-2017/11079 K.) Bakanlık; il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine, il ve ilçe müftülüklerine ve ilgili dış temsilciliklere evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verebilir” yönünde düzenleme ile genişletmeye Bakanlık eliyle evlendirme konusunda yetki verme yolunu açmıştır. Nikah kıyma yet- kisinin Bakanlık tarafından müftülüklere de verilebileceği açıkça düzen- lenmiştir. Yönetmelik m. 8 gereğince, Bakanlıkça il ilçe müftülüklerinin evlendirme işiyle görevlendirilen personeli Müftü ya da imam, tıpkı be- lediye başkanı ya da onun görevlendirdiği evlendirme memuru gibi ev- lenme koşullarının (MK.m124-125-126-127-128; Yön.m14; MK. 129 vd; Yön.m. 15) bulunmadığını anlarsa ya da evlenme izni belgesinin ve- rilmesinden itibaren 6 aydan daha fazla bir süre geçmişse, evlendirme törenini yapmaz. Örneğin evlenmek üzere önüne gelen çocuk yaştaki kişileri MK' nun 124.vd. maddesindeki yaşa dair koşulları sağlamadığın- dan evlendirme işlemini yapamaz. Bu halde, MK. 143 gereği aile cüzda- nı gösterilmeden evlenmenin dini töreni de yapılamayacaktır<sup>15</sup>. Müftü

<sup>15</sup> Keza evlenmenin geçerli olması için dini törenin yapılması gereklilik de arz etmez.

ya da imam, dini nikah da bu halde kıyamaz. Ancak nikah kıyma şartları bulunmamakla beraber kıymış ise, kanuna aykırı davranmış olacaktır. Anayasa Mahkemesi 2015/51 sayılı kararıyla bu konuda cezai yaptırım getiren CK'nun 230.madde VI. fıkrasını iptal etmiş olduğundan ve dört yıl geçtiği halde bu konuda yasal düzenleme de getirilmediğinden olsa olsa görevi kötüye kullanma suçunun işlenmiş olabileceği düşünülmelidir. Kaldı ki bunun tespiti de kolay olmayacaktır. Zira resmi nikahla ilgili tutulan evlenme kütükleri gibi dini nikah ile ilgili dini nikah kütüğü tutulmasına dair Yönetmelikte düzenleme de bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun mutlaka giderilmesi gerekir. Yönetmeliğin 53.maddesinde<sup>16</sup> üç yılda bir denetim yapılacağından söz edilmekte ve Bakanlıkça görevlendirilecek yetkililer ve mülkiye müfettişleri, bütün evlendirme daire ve memurlarını, valiler ve kaymakamlar, il ve ilçe nüfus müdürleri, belediye başkanları, il ve ilçe müftüleri, ilgili evlendirme daire ve memurlarını denetlemeye yetkilidir” denilmektedir.

Bir temel hak olan eğitim hakkını dolaylı da olsa sınırlandırma olasılığı olan hatta ortadan kaldırma olasılığı taşıyan din görevlilerinin nikah kıyması bağlamında MK. m. 143'te çerçevesi çizilmiş alan içinde ve anlamında yetkili olmak durumunda buldukları gözden kaçmamalıdır. Yönetmelik hükümlerinin de bu çerçeveyi aşması mümkün değildir. Aksi takdirde normlar hiyerarşisi bozulmuş olur. MK. m. 143'ten de açıkça anlaşılacağı üzere resmi nikah yeterliliği (yaş- ayırtım gücü vs.) bulunmayan çocuklar, resmen evlendirilemeyecekleri gibi-aile cüzdanı gösterilmeden dini tören yapılması da mümkün olmadığına göre- dini olarak da evlendirilemezler. İmam önüne evlenmek için en erken 17 yaşını tamamlayan<sup>17</sup>lar gidebilecek ve imam da bu yaş altında olanların medeni nikahını kıymayacaktır. Ancak aksine bir davranış sergilediğinde bunun tespiti hiç de kolay değildir. Yönetmeliğin 6.maddesi gereğince evlenme kütüğü ve dosyaların denetime hazır bulundurulması yükümlülüğü ve 53.madde çerçevesinde her evlendirme memurluğu 3 yılda bir denetlenir hükmü yararlanabilir düzenlemeler olmakla beraber; yeterli

<sup>16</sup> 2017/11079 karar sayısıyla 28.11.2017'den itibaren bazı maddelerde ekleme ve değişiklikler Cumhurbaşkanlığınca yapılmıştır.

<sup>17</sup> Ki Çocuk Hakları Sözleşmesine göre çocuk sayılan

değildir. Bu konudaki kafa karışıklığının önlenmesi bakımından Evlendirme Yönetmeliğinin 23.maddesinde, “Evlendirme memuru, dosyayı incelemesi sonucunda 15 inci maddede sayılmış bulunan evlenme mainerinden herhangi birini tespit ettiği takdirde evlenme yapmayı reddeder. Bu hususu gerekçeli ve yazılı olarak taraflara derhal duyurur”. cümlesinden sonra gelmek üzere Yönetmeliğın 14.maddesinde belirtilen yaş koşulu da belirtilerek “yaş koşulunu sağlamayan kızın medeni nikahla evlenemeyeceğı, aile cüzdanı olmayan bu kızın dini nikahla da evlendirilemeyeceğı ( MK.m. 143 gereğı)” açıkça yazılmalıdır. Evlendirme memurlarının bu bağlamda Bakanlıkça evlendirme yetkisi verilmiş müftü ve imamların aksine davranışı, MK. m. 140 ve 143 bağlamında kanuna aykırı olacak ve kanımızca görevi kötüye kullanma suçu olacaktır. Kanımızca Anayasa Mahkemesinin iptal ettiğı CK.m.230/VI çocuk yaştaki evlendirmelerin önlenmesine yönelik olarak kaleme alınacak şekilde tekrardan yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Cezası da caydırıcılık taşıyacak mahiyette öngörölmelidir.

Esasen bu konuda uluslararası andlaşmalar dolayısıyla yükümlölük altında bulunan TC Devletinden, biran önce “laik sosyal bir hukuk devleti niteliğı” ne de uygun düşecek şekilde “çocuk yaştakilerin medeni nikahla evlenmesi yasak olduğı gibi dini nikahla da evlendirilmelerini de önleyecek; aksine davranışa cezai yaptırım öngören yasal düzenlemeler” getirmelidir. Bu gerçekleşene kadar yargı organları önünde MK. m. 140 ve 143’ü ihlal eden kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma suçundan yargılanarak ceza almaları söz konusu olabilecektir.

Bugün medeni nikah yaşı tutmayan ve dini nikah ile evlendirilerek aile sahibi olan ve eğitim hayatından uzaklaşırılan 13-14-15 yaşlarındaki kız çocuklarının annelik gibi toplumsal bakımdan son derece önemli bir görevi yerine getirebilme kapasiteleri de bulunmadığı düşünöldüğünde sosyolojik açıdan ciddi bir problemle karşı karşıya olduğumuz anlaşılır. Yaş koşulu sebebiyle medeni nikahla evlendirilmesi mümkün olmayan (MK.m.140, 124 vd.) kız çocuklarının dini nikahla evlendirilerek( MK. m. 143’e aykırı olarak) eğitim hayatının dışına itilmesinin önlenmesi, TC. Devletin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan

bir yükümlülüğüdür. Kız çocuklarının bu şekilde eğitim hayatlarının sonlandırılmasını önleyecek yasal düzenlemelerin biran önce hayata geçirilmesi beklenmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, 2015/51 sayılı kararıyla Ceza Kanununun 230/ V ve VI. fıkralarının iptal edilmiş olması da, maalesef TC Devletinin Çocuk Hakları Sözleşmesi dolayısıyla altına girdiği okul terk oranlarının düşürülmesi konusundaki yükümlülüğünün ve Anayasa m.42 ile düzenlenmiş bulunan kız ve erkek çocuklar için aynı yani eşit olan eğitim hakkının kız çocukları bakımından yaşama geçirilmesinde karşı karşıya bulunulan sıkıntılı durumun biran önce giderilmesi için üzerine düşeni yapma gerekliliğini göz ardı ettiğini düşündürmektedir.

Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören başlıklı 230.madde gereğince “Aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilmekteydi. Ancak medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmaktaydı. Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilmekteydi” Anayasa Mahkemesinin 2015/51 sayılı iptal kararına söz konusu hükümler iptal edildiği için bugün CK. m. 103 ve 104’ten istifade edilerek bu çerçevede bu türden evlilikler önlenmeye çalışılmaktadır.

Çok küçük yaştaki çocuklarını dini nikahla evlendiren ve bu suretle eşinin onunla cinsel ilişkiye girmesine rıza gösteren ana- baba da 103/2’den ötürü cezalandırılır<sup>18</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra, kız çocuklarının dini nikah kıyılarak evlendirilmeleri, eğitim haklarının kısıtlanması, 4+4+4 eğitim sisteminin de bir ölçüde desteğiyle çok daha kolay hale gelmiştir. Evlendirme Yönetmeliği ile Bakanlığın müftülüklerle de evlendirme yetkisi verme imkanına sahip kılınmış olması, halkta müftü ya da imamın her halükarda en azından dini nikah kıyacağı beklentisinin oluşmasına zemin hazırlamıştır. Oysa

<sup>18</sup> TEZCAN, D./ ERDEM, M.R./ÖNKOL, M. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.Bası .420

kanunen bunun mümkün olmadığından<sup>19</sup> şüphe duyulamaz. Ancak aksine davranışa uygulanacak yaptırım yokluğu ve medeni nikah koşullarını sağlamayanlara dini nikah kıyılmayacağına Evlendirme Yönetmeliğinde açıkça ifade edilmemiş olması ve sosyo-kültürel yapımızdan kaynaklanan ve kız çocuklarını eğitim hakkından mahrum bırakan bir sıkıntılı sosyolojik ve hukuki gerçeklikten söz edilebilir.

Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında artık CK. m. 230/VI iptal edildiği için özel bir cezai yaptırım bulunmamaktadır<sup>20</sup>. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilmekteydi. Esasen bu da güçlü bir yaptırım değildi. Ancak bugün bu yaptırım da bulunmamaktadır. Eylem en azından idari bakımdan disiplinler yaptırım uygulanabilen bir durum olarak (MK. m. 143/2'deki açık kuralın ihlali) değerlendirilmelidir. Ayrıca kamu görevlileri işlerini kanun çerçevesinde ifa ile yükümlüdür. Açık yasal düzenlemeye rağmen bunun ihlalinin esasen görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Son değişikliklerle görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetine sebebiyet vermiş olması veya kamunun zararına sebep olması ya da kişilere haksız kazanç sağlanmış olması halinde oluşacağı belirtilmiştir. Öğretide, Artuk- Gökçen ve Yenidünya tarafından “ TCK'nun 257.maddesindeki suçun oluşması, kamu görevlisinin kamu görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinden, kişilerin mağdur olması veya kamunun zarar görmesi ya da kişilere haksız kazanç sağlanmasına bağlıdır. Bu sonuçları doğurmayan norma aykırı davranışlar suç kapsamında değerlendirilemez” şeklindeki değerlendirmelerine karşın kanımızca burada evlendirilen küçük yaşta kız çocuğu bakımından zarar ortaya çıktığı gibi, bu gibi haller kamunun da zarar görmesini (zira eğitim hakkından ve iş hayatına dahil olmaktan alıkonan küçük yaşta kız çocuklarının annelik görevlerini ifası da maalesef beklenen ölçünün altında kalabileceğinden) ifade eder.

<sup>19</sup> Bkz. Yuk.s.9

<sup>20</sup> Eleştirel bakış için bkz. TEZCAN, D./ ERDEM, M.R./ÖNKOL, M., s. 953-956, özellikle s. 956

MK. m. 143/II “Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz” ifadesinin nikah kıymak görevi, Bakanlıkça kendilerine verilebilen müftü, imam gibi görevliler bakımından da görevinin gereği uyulması gereken bir kanun hükmü olduğu unutulmamalıdır. Buna uyulmamış olmasının özellikle dini nikahla evlendirilerek eğitim hakından mahrum bırakılan 13-14-15 yaşlarındaki çocuklar bakımından onların mağduriyetini<sup>21</sup> sonuçlandırdığından şüpheye düşülemeyeceği gibi kamunun da zarar gördüğü düşünceleriyle görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğinin kabulünün isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Çocuk gelinler, kız çocuklarının çoğu kez eğitim ve sağlık haklarını ihlal eden bir durumu ifade eder<sup>22</sup>. Erken yaşta yapılan evliliklerin çoğu da zorla evliliktir. Anayasa Mahkemesi 17. maddenin maddi boyutuna ilişkin olarak, mevzuatın çocukları korumada yeterli olup olmadığını da değerlendirmiş ve bu hususta bir eksiklik bulunmadığını belirlemiştir Kız çocuğu şüpheliyle evlendirildiğinden on altı yaşında hem okuldan hem de işten ayrılmak zorunda kalmış, üstelik de alenen düğünle evlendirilmiştir. Özellikle on altı yaşında bir kız çocuğunun okuldan ayrılmış olması, ortada zorla evlendirmenin bulunup bulunmadığı konusunda devlet yetkilileri tarafından bir inceleme yapılmasını gerektiren bir husustur. Türk Ceza Kanunu’nda zorla evlilik açıkça bir suç olarak düzenlenmemekle birlikte, bu durum TCK’da özgürlükten mahrum bırakma, insan ticareti ve cinsel saldırı/cinsel istismar gibi hükümler dahilinde değerlendirilmektedir. (TCK m. 102,103,105 ve 109). GREVIO’nun Ekim 2018 tarihli Türkiye’ye ilişkin değerlendirme raporunda, 15 yaşın üzerindeki çocukların cinsel istismarına ilişkin 103. maddede bazı değişikliklerin yapılması önerilmektedir. Buna göre “15 yaşın üzerinde bir çocukla yapılan cinsel eylemler “güç, tehdit, aldatma veya mağduru istekliliğini etkileyecek herhangi bir başka yöntem kullanımı” olduğu takdirde cinsel istismar oluşturur. Bu nedenle, 15 yaşın üzerinde bir çocuğa karşı cinsel istismarın tanımı cebir kullanımı gerektirmesine rağmen bu

<sup>21</sup> Kişi mağduriyeti için bkz. TEZCAN, D./ERDEM, M.R./ÖNKOL, M. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.Bası, Ankara 2017, s. 1048 vd.

<sup>22</sup> DÜNDAR SEZER, T.s.287

durum İstanbul Sözleşmesi'nin cinsel şiddetin sadece özgürce verilen rızanın olmamasına dayandırılması gerekliliğinden ayrılmaktadır<sup>23</sup>. Ayrıca, 15 yaşın üzerindeki çocuklara karşı cebir kullanımı olmaksızın yapılan cinsel şiddet, TCK'nın 18 yaşından küçük çocuklarla cinsel ilişkiyle ilgili 104. maddesi incelendiğinde farklı hükümlere de yer verdiği görülmektedir. TCK'nın 103. maddesi cinsel şiddeti ele alırken, 104. maddesi sadece 18 yaşın altında güç kullanımı olmaksızın meydana gelen her türlü cinsel ilişkiyi hedef almaktadır. Bunun, mağdurun cinsel faaliyete özgürce rıza göstermediği durumda, cebir kullanımı olmasa bile meydana gelebilecek cinsel şiddetin suç sayılmasını ikame ettiği düşünülemez." Bu bağlamda, GREVIO<sup>24</sup>, Türk makamlarını: a. 15 yaşından büyük çocuklara yönelik cinsel istismarla ilgili mevzuatını İstanbul Sözleşmesi'nde tecavüz dahil kişinin rızası olmadan gerçekleştirilen cinsel nitelikli her türlü eylemin suç sayılması gerekliliğini göz önünde bulundurarak değiştirmeye; b. Kız çocuklarına yönelik cinsel şiddete ilişkin ceza hükümlerinin mahkemeler tarafından nasıl uygulandığına dair çalışma gerçekleştirmeye ısrarla teşvik etmektedir<sup>25</sup>. Evlenme yaşı, onyed, olağanüstü durumlarda hakim kararı olmak koşuluyla on altı olarak öngörülmüştür. Oysa BM Çocuk Hakları Komitesi ve CEDAW Komitesinin tavsiye kararlarında, ısrarla evlilik yaşı on sekiz olarak devletlere tavsiye edilmektedir. Sözleşmeler bu genel tavsiyeler ışığında yorumlanmak durumundadır. Uygulamada on yedi yaşın altında da pek çok kız çocuğu evlendirilmekte, resmi nikah olmadan evlendirilen onbeş yaş üzeri çocuklarda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında, sadece şikayet olursa yaptırım öngörülmektedir. Kanaatimizce erken evliliklerin önlenmesi için öncelikle Medeni Kanun'da evlilik yaşının genel tavsiyelere paralel biçimde on sekiz yaş olarak kabul edilmesi gereklidir. Olağanüstü durum ve önemli bir sebepten dolayı on yedi ya da

<sup>23</sup> DÜNDAR SEZER, T. s.287, dn. 1164...

<sup>24</sup> GREVIO bir yargı organı değildir; Sözleşmenin uygulanmasını denetlemek üzere kurulan bağımsız uzman bir organdır. İstanbul Sözleşmesi'nin denetim organı olan GREVIO, bir uzmanlar grubu olup, BM Sözleşmelerinin denetim organları gibi, bir komite ya da komisyon olarak dahi adlandırılmamıştır(DÜNDAR SEZER, s. 114)

<sup>25</sup> bkz. GREVIO Değerlendirme Raporu (Türkiye), p. 231, 234(DÜNDAR SEZER, s. 288, dn. 1164'ten naklen)

on altı yaş için hakim kararıyla evliliğe izin verilmesi kabul edilebilmekle birlikte, mahkemelerin olağanüstü durum ve önemli sebep durumunu dar yorumlaması da gereklidir<sup>26</sup>.

### KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
Ana.	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
dn.	: dipnot
ESKHK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHUS	: Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi
GGASS	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
GREVIO	: Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev içi Şiddete Karşı Eylem Uzman Grubu
ILO	: Uluslararası Çalışma örgütü
MK.	: Medeni Kanun
p.	: Page
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Kurumu
UNICEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yön.	: Yönetmelik

<sup>26</sup> SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. "Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol" ( Prof. Dr. AYDIN ZEVKLİLER' e Armağan, 2013, C.III, s. 2181 vd.)



## **KAYNAKÇA**

**AKYÜZ, E.** : Eğitimin Hukuki Temelleri, Eğitim Bilimine Giriş, Ed: Şule Erçetin - Necmettin Tozlu, Ankara 2009

**ALTUNYA, N.** : Eğitim Hakkı, Türkiye Mühendislik haberleri Ağustos 97, s. 59 vd.

**ÇALLI, Y.** : Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı, Ankara 2009

**DÜNDAR SEZER, T.** : İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Ankara 2019.

**OKÇU, D.** : “Eğitim Hakkı ve Tarihsel Gelişimi” Yüzüncü yıl Üni. Eğitim Fakültesi Dergisi Haziran 2007, C.IV, S.1, s. 49 vd.

**SUNGURTEKİN ÖZKAN, M.** : “Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol”( Prof. Dr. AYDIN ZEVLİLİLER’ e Armağan, 2013, C.III

**TEZCAN, D./ ERDEM, M.R./ÖNKOL, M.** : Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.Bası . Ankara 2017.

Uluslararası Hukukta Eğitim Hakkına Erişim,(Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi İstanbul 2009) Eğitim Reformu Girişimi.

■ Dr. Metin BAYKAN\* ■  
Arş. Gör. Lokman YENİAY\*\*

## ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU BAĞLAMINDA SPOR TAHKİM KURULLARININ KARARLARI

DECISIONS OF SPORT ARBITRATION COMMITTEES IN THE CONTEXT OF INDIVIDUAL APPLICATION  
TO TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

### ÖZET

Anayasa'nın 148'inci maddesinde kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden kamu gücü müdahalelerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilecekleri düzenlemektedir. Öte yandan Anayasa'da kamu gücü kavramına bir istisna getirilmemesine rağmen 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi Anayasa'nın yargı denetiminin dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yolunu kapatmıştır. Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden bir tanesi de 59'uncu maddede hükme bağlanan spor alanındaki tahkim kurullarının sporun yönetimine ve disiplinine ilişkin almış olduğu kararlardır. Anayasa Mahkemesi bu hükümleri kistas olarak spor aktörlerinin spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar aleyhine hak ihlali iddiasıyla yaptığı başvuruları konu bakımından kabul edilemez bularak reddetmektedir. Bu çalışmada spor tahkim kurullarının hukuki niteliği, verdikleri kararların bireysel başvuruya konu edilebilirlik bakımından Anayasa'nın 59'uncu maddesi bağlamındaki istisna içerisine girip girmediği ve 6216 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı hususları ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, spor tahkim kurulları, kamu tüzel kişiliği, spor federasyonları.

### ABSTRACT

It is stated in Article 148 of Turkish Constitution that individuals can apply to Turkish Constitutional Court against interventions realised by public power in violation of their fundamental rights and freedoms. On the other hand, although there is no exception to the concept of public power in the Constitution, Article 45 of the Law Numbered 6216 has closed the individual remedy against the proceedings that the Constitution has left out of judicial review. One of the procedures which the Constitution excludes from judicial review is the decisions taken by the arbitration committees in the field of sports, which are stipulated in Article 59, regarding the management and discipline of sports. On the basis of these provisions, the Constitutional Court rejects the applications of the sports actors with the allegations of infringement of rights against the decisions given by the sports arbitration committees, which they deem to be unacceptable. In this paper, the legal statute of sports arbitration committees, whether their decisions are subject to the exception within the context of Article 59 of the Constitution in terms of the applicability of the individual applications and the issues of non-compliance with the Law Numbered 6216 will be discussed.

**Keywords:** Constitutional court, individual application, sport arbitration committees, public legal entity, sports federations

\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, metinbaykan38@gmail.com

\*\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, lokmanyeniay@gmail.com

## GİRİŞ

Günümüzde spor faaliyetlerinin ekonomik boyutunun büyümesi ve artık sporun bir meslek haline gelmesi, bu faaliyetin profesyonelleşmesine yol açmıştır. Bu profesyonelleşmenin bir ayağının da hukuk vasıtasıyla olacağı aşikardır. Zira sporun bizatihi kendisi kurallarla anlam kazanan bir faaliyet olduğu gibi sporcular, antrenörler, kulüpler, menajerler, federasyonlar vb. spor aktörlerinin birbiri ve devlet arasındaki yatay ve dikey ilişkileri de sporun hukukunun oluşmasına sebebiyet veren dinamiklerdir. Bununla birlikte günümüzde spor hukuku; Medeni Hukuk, Ceza Hukuku veya Anayasa Hukuku gibi kendine özgü kuralları ve hatta mevzuatı olan bir hukuk dalı değildir. Öte yandan sporun kendine özgü niteliği ve sportif uyumsuzlukların oldukça hızlı bir şekilde çözüm gerektiriyor olması, bu alandaki yargılamaların olağan yargıdan farklılaştırılması ihtiyacını gündeme getirmiştir. Dolayısıyla günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde sportif uyumsuzlukların olağan yargı organlarının görev alanı dışına çıkartılarak tahkim mekanizmasıyla halledilmesi yönünde bir gelişim söz konusu olmuştur. Öyle ki bu yöndeki gelişim; spor hukuku alanında devletin hukukundan bağımsız usuli ve maddi hukuk kurallarının ve yargılama mekanizmalarının geliştiği neredeyse paralel bir hukuk dünyasının oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Türkiye'deki spor hukukunun mevcut yapısı da bu açıklamalardan vareste değildir. Özellikle 2011 yılında, Anayasa'nın 59'uncu maddesinde yapılan değişiklikle spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı yargı yolunun kapatılmış olması ve fakat söz konusu spor tahkim kurullarının olağan tahkimden ayrılan yapısı, Türkiye'de de spor hukuku bakımından paralel bir hukuk ortaya çıkarmıştır. Bu minvalde spor alanındaki uyumsuzlukları çözmekle görevli federasyon organları ve tahkim kurullarının verdikleri kararların özellikle insan hakları denetiminden geçememesi önemli sorunlardan biridir. Bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin spor tahkim kurullarının kararlarına karşı yapılan bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bularak reddetmesi, sorunu daha da büyütülmektedir. Zira spor alanındaki aktörlerin eylem, işlem ve ihmallerinden dolayı, ayrımcılığa tabi tutul-

mama hakkından ifade hürriyetine, mülkiyet hakkından adil yargılanma hakkına varıncaya kadar bir dizi temel hak ve hürriyetin ihlali sıklıkla söz konusu olabilmektedir. Özellikle federasyonların sadece bireysel işlem değil talimat ve statü gibi adlar altında çeşitli düzenleyici işlemler de yapabileme yetkilerinin olduğu düşünüldüğünde durumun vahameti daha da görünür olmaktadır. Bu durum, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması açısından negatif bir durum yarattığı gibi bazı işlem ve kararların yargı denetimi dışında bırakılması sonucunu doğurduğundan hukuk devleti ilkesini sekteye uğratan bir istisnai duruma da yol açmaktadır. İşte bu çalışmada, spor alanındaki insan hakları ihlallerinin çözülebilmesi amacıyla spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı incelenmeye çalışılacaktır.

## I. Genel Olarak Bireysel Başvuru ve Spor Tahkim Kurulları

12.09.2010 tarihli anayasa değişikliğine kadar anayasa yargısı sistemimizde, temel haklarının ihlal edilmesi durumunda bireylerin doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmalarına olanak veren bir dava çeşidi bulunmamaktaydı. Bu tarihte yapılan halkoylamasına sunulularak kabul edilen 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikle, insan haklarının evrensel ilkelele uyumlu ve etkin şekilde korunmasının temini amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı getirilmiştir. Anayasa'nın geçici 18'inci maddesinde bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemelelerin iki yıl içinde tamamlanacağı hükme bağlanmış ve bunun akabinde 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 76'ncı maddesinde ise bireysel başvuruyu düzenleyen hükümlerin 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği ifade edilmiş ve o tarihten bu yana da Anayasa Mahkemesi'nce binlerce bireysel başvuru karara bağlanmıştır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 30 Haziran 2019 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'ne toplamda 233.330 bireysel başvuru yapılmış ve Mahkeme bunlardan 186.701 tanesini karara bağlamıştır. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/istatistikler/bireysel-basvuru/> (Erişim Tarihi: 04.08.2019).

6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin birtakım sınırlandırmalar getirilmiş ve hangi tür işlemlerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "(y)asama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz." İlgili maddede, Anayasa tarafından yargı denetimine kapatılan işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. İşte Anayasa Mahkemesi'nin spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılamayacağı içtihadı, 6216 sayılı Kanun'un bu hükmüne dayanmaktadır. Zira Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı hususlardan birisinin de spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar olduğu kabul edilmektedir. Anayasa'nın 59'uncu maddesine göre; "(...) spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."

Anayasa Mahkemesi, zikredilen bu hükümleri gerekçe göstererek spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı yapılan bireysel başvuruları kategorik olarak reddetmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları incelendiğinde, 59'uncu maddenin getiriliş amacına yönelik tarihsel (sübjektif) metotla bir tartışma yürütmeyip salt lafzi bir yorumla bu kararları aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılamayacağına yönelik bu içtihadı, spor alanındaki çok sayıda hak ihlalinin bir nevi çözümsüz kalmasına sebebiyet vermektedir. Zira Anayasal hükümlere göre bu kurullar tarafından verilen kararların mahkemeler tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların bireysel başvuruya da konu edilemeyeceğinin kabul edilmesi durumunda, öngörülen sistemin hukuk devleti denizinde, dışarıdan müdahalenin mümkün olmadığı bağımsız bir adacık meydana getirdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru

ru yapılıp yapılamayacağını tespit edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması ile hukuk devleti ilkesi bakımından son derece önemlidir. Bu açıdan Anayasa'nın 59'uncu maddesinden ne kastedildiğinin daha derinlemesine irdelenmesi ve tali kurucu iktidarın niyetinin, spor uyuşmazlıklarını hızlı bir şekilde çözme pahasına bu alandaki hak ihlallerini Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamının dışına çıkarmak mı olduğunun ele alınması gerekmektedir.

İfade etmek gerekir ki spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların konu bakımından inceleme alanında olup olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu içtihadı kararlardaki gerekçeler doyurucu olmadığı gibi eleştiriye de açıktır. Bundan dolayı çalışmamızda, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların bireysel başvuruya konu olabilip olamayacakları tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmamızda öncelikli olarak spor tahkim kurullarının yargı denetimine kapalı olmayan, dolayısı ile kendisine karşı bireysel başvuru yapılması önünde bir engel olmadığını düşündüğümüz işlemleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu tespitten sonra yargı yoluna kapalı spor tahkim kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı, özellikle iki kabul edilebilirlik kriteri dikkate alınarak incelenecektir. Bu kabul edilebilirlik kriterlerinden birincisi spor tahkim kurullarının ve bağlı oldukları örgütlerin bir kamu gücü olup olmadığı, ikincisi ise 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "*(a)nayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*" hükmü karşısında bu kurulların kararlarının konu bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine girip girmediğidir.

## II. Spor Federasyonlarının Yargı Denetimine Kapalı Olmayan İşlemleri

Spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı incelenirken öncelikli olarak bu tartışmanın spor tahkim kurullarının hangi işlemleri bakımından geçerli olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Biz çalışmamızda spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlardan sadece "*spor faaliyetlerinin yönetimine ve*

*disiplinine*” ilişkin olanların bireysel başvuruya konu olabileceğini tespit etmeye çalışacağız. Zira 1982 Anayasası açık bir şekilde, spor faaliyetlerinin sadece yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlara karşı zorunlu tahkime başvurulabileceğini ve tahkim kurulu tarafından verilen bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını hüküm altına almıştır. Anayasa’nın bu hükmüne göre, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olmayan kararlarına karşı herhangi bir tahkim zorunluluğu olmadığı gibi bu kararlara karşı yargı mercilerine başvurulmasını engelleyen Anayasal bir hüküm de bulunmamaktadır. Bundan dolayı spor federasyonlarının yönetim ve disipline ilişkin olmayan kararlarına karşı yargı organlarına başvuru imkanının kanuni düzenlemelerle yasaklanması, Anayasa’nın 59’uncu maddesine aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında, spor federasyonları tarafından verilen kararlardan sadece spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olanlara karşı yargı mercilerine başvurulmasının yasak olduğu gerekçesiyle Türkiye Futbol Federasyonu tarafından alınan bütün kararlara karşı tahkime gidilmesini zorunlu kılan ve bu kararlara yargı yolunu kapatan kanun hükmünü iptal etmiştir<sup>2</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararından da anlaşılacağı üzere, spor federasyonları tarafından verilen kararların spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olanlar ile olmayanlar, yani yargı denetimine kapalı olanlar ve olmayanlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulması gerekmektedir<sup>3</sup>. Böyle bir ayrımın yapılması konumuz bakımından son derece önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi’nin spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılamayacağı içti-

<sup>2</sup> AYM, 18.01.2018, E.2017/136, K.2018/7.

<sup>3</sup> Biz her ne kadar spor federasyonları tarafından verilen kararlar arasında böyle bir ayrım yapılması gerektiğini düşünsek de bu ayrımın nasıl yapılacağı önemli bir sorundur. Spor federasyonları tarafından verilen kararların bu şekilde ikili bir ayrıma tabi tutulması gerektiğini savunan UZ da “*bu konuda etrafını cami-ağyarını mani bir tespitin yapılabilmesi*”nin oldukça güç olduğunu ifade etmektedir. UZ Abdullah “Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.13, Isparta, 2011, s.288. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıda zikrettiğimiz kararında her ne kadar spor federasyonlarının sadece spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkime gidilebileceğini ifade etmiş de spor federasyonları tarafından verilen bir kararın spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin olup olmadığının nasıl tespit edileceğine ilişkin bir açıklama yapmamıştır.

hadının temelini, bu kararlara karşı yargı yolunun Anayasa tarafından kapatılmış olması oluşturmaktadır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anayasa spor federasyonları tarafından verilen kararların tamamına karşı değil sadece spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olan kararlarına karşı yargı yolunu kapatmaktadır. Öyle ise spor federasyonları tarafından verilen ve spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olmayan kararlara karşı yargı yolu kapatılamayacağından, bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı noktasında bir tartışmanın da olmaması gerekmektedir. Bundan dolayı biz çalışmamızın geri kalan kısmında spor federasyonları tarafından verilen kararlardan sadece spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin olanlara karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağını inceleyeceğiz.

### III. Spor Tahkim Kurulları Bir Kamu Gücü müdür?

Anayasanın 148'inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvuruya konu hakkın “*kamu gücü*” tarafından ihlal edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın bu hükmüne göre kamu gücü tarafından gerçekleşmeyen bir hak ihlali dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması mümkün değildir. Bundan dolayı, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağını tespit edebilmek için öncelikli olarak spor tahkim kurullarının kamu gücü olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki yargı yolu açık olan hak ihlallerine karşı yapılan bireysel başvurularda, başvuruya konu hakkın kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğine ilişkin önemli bir sorun meydana gelmemektedir. Zira bu durumda hak ihlaline karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Yani yargı yolu açık olan bir hak ihlaline karşı iç hukuk yollarını tüketmeksizin bireysel başvuru yapılabilmesi mümkün değildir. İç hukuk yolları tüketilerek yapılan bireysel başvurularda ise hak ihlali, esas itibarıyla, bir kamu gücü yetkisi olduğu hususunda tartışma bulunmayan mahkeme kararı aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bundan dolayı yargı



yolu açık olan bir hak ihlaline karşı yapılan bireysel başvuruda tespit edilmesi gereken husus; ihlalin kamu gücü tarafından gerçekleşip gerçekleşmediği değil iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğidir. Tüketilmesi gereken iç hukuk yolları tüketilerek yapılan bir bireysel başvuruda iddia edilen hak ihlali, her hal ve şartta kamu gücü tarafından gerçekleşmektedir. Ancak spor tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı başka bir yargı merciine başvurmak mümkün olmadığından, hak ihlalinin yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir mahkeme kararı ile, yani kamu gücü olup olmadığı noktasında tartışma olmayan bir organ aracılığı ile gerçekleşmesi söz konusu değildir. Bundan dolayı spor tahkim kurullarının kamu gücü olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir<sup>4</sup>. Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle spor alanındaki tahkim kurullarının yapısına kısaca göz atmakta fayda vardır.

Türkiye’de, spor alanında faaliyet göstermekte olan iki Tahkim Kurulu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’la özerk olarak kurulan, tüzel kişiliğe sahip ve özel hukuk hükümlerine tabi olan Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu, ikincisi de futbol dışında kalan diğer spor dallarına ait federasyonlarla ilgili olarak şu anda Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesinde olan Tahkim Kurulu’dur. Aslında bu ikinci tahkim kurulu yakın zamana kadar Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan bir kuruldur. Ancak 703 sayılı KHK’nın 12’nci maddesi ile Spor Genel Müdürlüğü lağvedilmiştir. Aynı kararnamede Müdürlük bünyesindeki Tahkim Kurulu üyelerinin görev süresinin de kararnamenin yürürlüğe girmesiyle sona ereceği ancak Bakanlık tarafından yeni atamalar yapıncaya kadar mevcut kurullar ile bu kurulların üyelerinin

<sup>4</sup> Pozitif düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, bir kabul edilebilirlik kriteri olarak kamu gücü şartının, esas itibarıyla sadece spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar bakımından tartışılabileceğini ifade etmek gerekir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere yargı yolu kapalı olmayan hak ihlallerinde, kamu gücü kriteri bakımından tartışmalı bir hususun ortaya çıkması fiilen mümkün değildir. Bu durumda bu kriterin sadece yargı yolu kapalı hak ihlalleri bakımından tartışılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aşağıda da ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, Anayasa’nın yargı yoluna kapattığı işlemler arasında da spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar dışında, kamu gücü olup olmadığı tartışmalı olan kararlar bulunmamaktadır. Bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğinin kabul edilmesi durumunda kamu gücü kriteri bakımından tartışmalı bir husus ortaya çıkmamaktadır. Anayasada işlemlerine karşı yargı yolu kapatılan organlardan hukuki niteliği, yani kamu gücü olup olmadığı tartışmalı yegâne organın spor federasyonları ile spor tahkim kurulları olduğu ifade edilebilir.

başkan ve üyelerinin görevlerini yürütmeye devam edecekleri düzenleme altına alınmıştır<sup>5</sup>.

TFF Tahkim Kurulu, TFF'nin yetkili kurullarının verdiği kararların itiraz mercii iken Bakanlık bünyesindeki Tahkim Kurulu ise TFF dışındaki diğer federasyonların yetkili kurullarının verdiği kararları incelemektedir. Bu sebeple spor tahkim kurullarının kamu gücü olup olmadığı tespit edilirken spor federasyonlarının hukuki niteliklerinin de tespit edilmesinde fayda vardır. Bu noktada öncelikli olarak spor federasyonlarının “*kamu tüzel kişisi*” mi yoksa “*özel hukuk tüzel kişisi*” mi olduklarının tespit edilmesi yerinde olacaktır<sup>6</sup>.

TFF haricindeki spor federasyonlarının hukuki niteliği konusunda söylenecekler daha nettir. Bu federasyonları düzenleyen 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu'nun Ek 9'uncu maddesinde her ne kadar “*bağımsız spor federasyonları*” kavramı kullanılıp bu federasyonların “*özel hukuk hükümlerine tabi*” olduğu belirtilse de kanımızca bu hususlar bu federasyonların özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Zira idare hukuku doktrininde ve yargı kararlarında kabul edilen görüşe göre, kamu tüzel kişiliği ile özel hukuk hükümlerine tabi olma arasında mutlak bir paralellik söz konusu değildir. Yani bir tüzel kişiliğin özel hukuk hükümlerine tabi olması, mutlak olarak o tüzel kişiliğin özel hukuk tüzel kişisi olması sonucunu doğurmamaktadır. Türk idare hukukunda özel hukuk hükümlerine tabi kamu tüzel kişilerinin de olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4'üncü maddesinde, kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açık bir şekilde hüküm altına alınma-

<sup>5</sup> Belirtmek gerekir ki; bu makalenin yazıldığı tarih itibarıyla 703 sayılı KHK'da mezkûr kurullara atama yapmak için öngörülen 3 aylık süre dolmasına rağmen bu kurulların özel olarak da Tahkim Kurulu'nun teşekkülü halen tamamlanmadığı için futbol haricindeki spor federasyonlarının organlarının işlemlerine karşı başvuru yapılacak bir merciin yokluğu büyük bir karmaşaya yol açmaktadır. Aslında bu durum dahi spor alanındaki hukuki ihtilaflara ilişkin öngörülen zorunlu tahkim uygulaması ve bu tahkimin kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasının ortaya çıkardığı sorunlara bir örnektir.

<sup>6</sup> Kamu tüzel kişiliği kavramı, idare hukukunun önemli tartışma konularından biridir. Ancak biz bu çalışmada, çalışmanın hacmini genişleteceği için kamu tüzel kişiliği ile alakalı ayrıntılı bir inceleme yapmayıp bu kavrama sadece kamu gücü boyutu ile değineceğiz.

sına rağmen Türk hukukunda bunların kamu tüzel kişisi olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

Ayrıca 3289 sayılı Kanun'un Ek 9'uncu maddesine göre bu federasyonların malları devlet malı hükmünde olup haczedilememekte, tüzel kişiliği sona eren federasyonların malvarlıkları da Gençlik ve Spor Bakanlığı'na devrolmaktadır. Ayrıca federasyon faaliyetlerinde görevli bulunanlar, görevleriyle ilgili olarak işlemiş oldukları suçlar bakımından kamu görevlisi sayılmaktadırlar. Üstelik yine Ek 9'uncu maddeye göre Gençlik ve Spor Bakanlığı'na federasyonlar üzerinde kapsamlı bir denetim yetkisi verilmektedir. Sadece özel hukuk tüzel kişilerinde olması mümkün olmayan bu özellikler bile futbol haricindeki spor federasyonlarının kamusal niteliğinin ağır bastığını ve bu yüzden birer kamu tüzel kişiliği olduğunu söylemek için yeterlidir. Nitekim doktrinde de futbol dışındaki spor alanlarında faaliyet gösteren federasyonların hukuki niteliğine ilişkin çok fazla bir tartışma yer almamaktadır.

TFF'nin hukuki niteliği ise daha tartışmalıdır. 1938 ila 1988 yılları arasında Beden Terbiyesi ve Spor Müdürlüğü'ne bağlı bir teknik organ olan TFF'nin yapısı bu yıllardan sonra kuruluş kanununda yapılan çok sayıda değişiklikte tedrici olarak devletten özleştirilmeye çalışılmıştır<sup>8</sup>. 1988 yılında kabul edilen 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile TFF'nin "özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip" bir kuruluş olduğu vurgulanmıştır. 1992 yılında kabul edilen 3813 sayılı Kanun ise TFF'nin özel hukuk hüküm-

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, kamu iktisadi teşebbüsleri ile alakalı vermiş olduğu bir kararda şu açıklamaları yapmıştır: "Kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı KHK'nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticari esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişileridir. Kamu iktisadi teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticari ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadi teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü kamu idareleri ve idari kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedirler". E.1994/70, K.1994/65-2, 22.12.1994.

<sup>8</sup> Aslında bu özleştirme çabası TFF'nin üyesi olduğu uluslararası futbol federasyonları olan UEFA ve FIFA'nın normları ve Türkiye'den talepleri doğrultusunda gerçekleştirilmiştir. Örneğin FIFA Statüsü'nün 15. maddesine göre üye federasyonlar devletten bağımsızlığını sağlamış olmalıdır. Keza UEFA Statüsü'nün 7. maddesine göre de üye federasyonlar işlerini bağımsız olarak yönetmek ve yürütmeye organlarının oluşumunu serbestçe belirlemek zorundadır. Bu kurala uymamanın yaptırımı UEFA tarafından tanınmaktır.

lerine tabi olması niteliğinin yanına “özerklik” terimini de eklemiştir. 2007 yılında kabul edilen 5719 sayılı Kanun ve 2009 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan 5894 sayılı Kanun sayesinde ise spordan sorumlu olan Devlet Bakanı'nın ve Başbakan'ın gerek TFF kurullarının oluşumundaki gerekse TFF'nin denetimindeki yetkileri kaldırılarak özerkliğin maddi anlamda da sağlanmasına yönelik adımlar atılmıştır. İşte bütün bu değişikliklerden sonra öğretilerde birçok yazar ve TFF'nin bizzatı kendisi bu kuruluşun artık bir özel hukuk tüzel kişiliği veya kendine özgü atipik bir yapılanma haline geldiğini belirtmektedirler<sup>9</sup>.

Kanaatimizce bütün bu değişikliklere rağmen TFF'yi halen bir kamu tüzel kişiliği olarak kabul etmek gerekir. Bunun birçok gerekçesi vardır. Öncelikli olarak özel hukukun temel esası serbestlik ve eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Oysa 5894 sayılı Kanun ile kurulan TFF, Türkiye'de futbol alanında profesyonel olarak faaliyette bulunmak isteyen spor aktörlerinin lisans ve tescil işlemleri için tekel niteliğinde olan bir kuruluştur<sup>10</sup>. Futbolu düzenleyen münhasır teşkilat olarak TFF, kendisine mevzuatla verilmiş resmi görevleri yerine getirmektedir. 5894 sayılı Kanun'un birinci ve üçüncü maddesiyle Türkiye'deki her türlü futbol faaliyetini yürütmek, düzenlemek ve denetlemek; futbol sporunu milli ve milletlerarası kurallara göre teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek yetkisi ve görevi TFF'ye verilmiştir. Üstelik ilgili kanun hükümlerinin yazılışından ve ortaya çıkan tekellik özelliğinden dolayı bu yetkilerin bir kamu hizmeti olarak TFF'ye verildiği çıkarımında bulunulabilir. Öyle ki 5894 sayılı Kanun bu şekilde yürürlükte kaldığı sürece Türkiye'de futbol sporu alanında alternatif bir federasyon kurmanın olanağı yoktur<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Bkz. ERTAŞ Şeref/PETEK Hasan, Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.225 vd.; GÜRAN Sait “Türkiye Futbol Federasyonu'nun İdare Hukuku İle İlişkisi”, (in) Rona Serozan Armağanı, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.1914 vd.; GÜLŞEN Recep, Spor Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.37; YAŞAR Duygu “FIFA ve UEFA Düzenlemeleri Doğrultusunda Üye Federasyonların ve Özel Olarak Türkiye Futbol Federasyonu'nun Hukuki Yapısı”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s.33-34.

<sup>10</sup> Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın 11'inci maddesine göre; “Bir futbolcunun, bir kulüpte profesyonel veya amatör olarak oynayabilmesi için bağlı olduğu kulübü adına TFF nezdinde tescil edilmiş olması zorunludur”.

<sup>11</sup> Aslında bu durum karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde genel durumdan bir sapmadır. Örneğin, TFF'nin

Şayet bir kişi futbol endüstrisi içerisinde oyuncu, hakem, kulüp, antrenör gibi sıfatlarla yer almak isterse TFF'nin münhasır yetkisini kabul etmek zorundadır. Bu nedenle de futbola katılım, gerçek bir “karşılıklı mutabakat” a izin vermeyen, tabiri caizse ya sev ya terk et düzenidir<sup>12</sup>.

Ayrıca Anayasa'nın 59'uncu maddesiyle TFF'nin yetkili kurullarının verdiği kararlara karşı zorunlu tahkim uygulamasının getirilmesi ve tahkim kurulunun vermiş olduğu kararlara karşı yargı yolunun kapatılıyor oluşu da TFF'yi özel hukuk tüzel kişilerinde olmayan bir özelliğe büründürmektedir. Zaten TFF'yi özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmek Türk hukuku bakımından başka sorunlara da kapı aralayacaktır. Şöyle ki bu organın bir an için özel hukuk tüzel kişisi olduğunu düşünmemiz durumunda 5894 sayılı Kanun'un kendisi anayasaya aykırı hale gelecektir. Zira Anayasa'nın 10'uncu maddesine göre; “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Oysa 5894 sayılı Kanun ile TFF'ye futbol alanında tekel niteliğinde bir imtiyaz verilmiştir. Başka federasyonların veya özel kişilerin yapamayacağı bir imtiyaz sadece TFF'nin elindedir. TFF'nin özel hukuk kişisi kabul edilmesi durumunda kendisine bu şekilde tanınan bir imtiyaz Anayasa'ya aykırı hale gelecektir. Bundan dolayı futbolla ilgili işlerin münhasıran TFF'nin imtiyazına verilmesi, ancak bu kurumun kamusal bir iş yaptığı ve kamusal nitelikte bir güç olduğunun kabulüne bağlı olarak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olmaktan kurtulur<sup>13</sup>.

Bu noktada bir hususun üzerinde özellikle durmak gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özel hukuk ilişkilerinde kural olarak

---

üye olduğu UEFA ve FIFA, İsviçre Medeni Kanunu hükümlerine tabi dernek şeklinde tüzel kişiliğe sahip bir özel hukuk tüzel kişisidir. Almanya'daki futbol faaliyetlerini yürütmek üzere kurulan Alman Futbol Konfederasyonu Alman Medeni Kanunu (BGB) § 21 kapsamında tescilli bir dernektir.

<sup>12</sup> GEMALMAZ Burak “Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s.132.

<sup>13</sup> Aynı yönde Bkz. AYANOĞLU Taner “Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yapısı ve Statüsü”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s.39, (“TFF'nin Yapısı”).

tarafının eşitliği ve irade serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu ilke, bir özel hukuk işleminin muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurabilmesi için muhatabın rızasını gerekli kılmaktadır. Oysa gerek TFF gerekse de TFF dışındaki spor federasyonları tarafından spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin verilen kararlarda, özel hukuk işlemleri için gerekli olan bu özellikler yer almamaktadır. Spor federasyonları tarafından verilen bu kararların muhatapları üzerinde hukuki sonuç doğurabilmesi için, muhatapların bu konuda rızalarına gerek yoktur. Kararlar, muhataplarının rızalarına ihtiyaç duymaksızın hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, spor federasyonlarının, muhatabının rızasına ihtiyaç duymaksızın hukuki sonuç doğuran işlem yapma yetkisi anlamına gelen ve idari işlemlerin en tipik özelliği olarak kabul edilen icraîlik yetkisi ile donatıldığı görülmektedir. Sadece bu durum bile, spor federasyonlarının kamu tüzel kişisi, spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin kararların da idari işlem niteliğinde olduğunu tespit etmek için yeterlidir<sup>14</sup>.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde hem TFF'nin hem de TFF dışındaki diğer spor federasyonlarının birtakım kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatılmış oldukları ve bundan dolayı da bu federasyonların birer kamu tüzel kişisi oldukları ifade edilebilir. Dolayısı ile bu federasyonları Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizmasının bir ön şartı olarak "*kamu gücü*" olarak konumlandırmak gerekmektedir<sup>15</sup>.

Biz her ne kadar spor federasyonlarının birer kamu tüzel kişisi, dolayısı ile **organik bakımdan** birer kamu gücü olduklarını düşünsek de aslında bu federasyonların özel hukuk tüzel kişisi olduklarının kabul edilmesi durumunda bile bireysel başvuru bakımından değişen bir du-

<sup>14</sup> ÖZTÜRK K. Burak "İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu", (in) Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s.613.

<sup>15</sup> Aslında bu yöndeki bir tespit insan haklarının ihlali denetimini yapmakta olan çeşitli organlar önüne spor alanındaki hak ihlallerini taşıyabilmek açısından da önemlidir. Zira gerek TFF'nin gerekse diğer spor federasyonlarının işlem ve kararlarının zorunlu tahkim uygulaması haricinde yargı yollarına kapalı olduğu düşünüldüğünde, bu ihlallerin giderimi maksadıyla Anayasa Mahkemesi veya Kamu Denetçiliği gibi kurumlar önünde hak arayabilmenin ilk koşulu bu Federasyonların kamu gücü niteliğinin kabulüne bağlıdır.

rum olmayacaktır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu federasyonlar, ister kamu tüzel kişisi isterse de özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilsin, birçok kamu gücü ayrıcalıkları<sup>16</sup> ile donatılmıştır. İlgilileri hakkında tek yanlı işlem yapma yetkisi, kararlarına karşı tahkim kuruluna zorunlu başvuru, ilgili spor alanında faaliyet göstermek isteyenlerin bu federasyonlara başvurmalarının zorunlu olması gibi unsurların tamamı kamu gücü kullanma yetkisine örnektir. Yukarıda, özel hukuk hükümlerine tabi olmanın, bir tüzel kişiliğin hukuki niteliğini belirlemeye tek başına yetmediğini ve bir kamu tüzel kişisinin de özel hukuk hükümlerine tabi olabileceğini ifade etmiştik. Aynı şekilde bir özel hukuk tüzel kişisinin de üstlenmiş olduğu kamu hizmeti faaliyeti çerçevesinde, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak işlem yapması mümkündür. Yani bu federasyonların özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi, faaliyetlerini kamu gücüne dayanarak gerçekleştirmelerine engel teşkil etmemektedir.

Bu noktada spor federasyonlarının ve bu federasyonlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuki niteliğine ilişkin Fransız hukukunda kabul edilen görüş dikkat çekicidir. Fransız hukukunda spor federasyonları, özel hukuk tüzel kişisi olduğu hususunda tartışma olmayan dernek statüsünde kurulmasına rağmen, bu federasyonların ilgilileri üzerinde hukuki sonuç doğuran tek yanlı işlemlerinin idari işlem olduğu kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Fransız hukukunda spor federasyonlarının hukuki niteliğine ilişkin kabul edilen bu durum da göstermektedir ki bu federasyonlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetin kamu gücü niteliğinde olup olmadığı ile federasyonların kamu tüzel kişisi olması arasında mutlak bir paralellik olması zorunlu değildir. İşte bundan dolayı bu federasyonlar tarafından verilen kararların, federasyonların kamu tüzel kişisi mi yoksa

<sup>16</sup> Doktrinde şu hususların kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir: Tek yanlı işlemler yapma yetkisi; Re'sen icra yetkisi; Hukuka uygunluk karinesi; Kamu malı statüsü; Mallarının haczedilemezliği; Personelinin kamu görevlisi sayılması; Zorunlu üyelik; Zorunlu aidat; Vergi muafiyeti vs. Ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.51-55.

<sup>17</sup> ÖZTÜRK, s. 613-614.

özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu tartışmasından bağımsız olarak, **maddi bakımdan** kamu gücü olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>18</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki biz her ne kadar spor federasyonlarının kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu tespitinin, bu federasyonlar tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı bakımından öncelikli bir öneme sahip olmadığını düşünsek de bu tespitin yapılması, federasyonların kendilerinin bireysel başvuru yapabiliyor yapamayacakları bakımından son derece önemlidir. Zira 6216 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapabilmesi mümkün değildir<sup>19</sup>. Buna göre, spor federasyonlarının özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi durumunda bireysel başvuru yapabileceklerinin de kabul edilmesi gerekirken kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmeleri durumunda bireysel başvuru yapabilmeleri mümkün olamayacaktır.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde gerek spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar, gerekse de bu kararlara karşı yapılan itirazlar neticesinde spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların bireysel başvuru bağlamında birer kamu gücü niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

#### **IV. Spor Tahkim Kurullarının Kararları Konu Bakımından Anayasa Mahkemesi'nin Denetiminde midir?**

Yukarıda, spor federasyonları ve spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların, bireysel başvuru bağlamında hem maddi bakımdan hem de organik bakımdan birer kamu gücü olduğunu ifade etmiştik.

<sup>18</sup> Spor federasyonlarının hukuki niteliğini dikkate almaksızın bu federasyonlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetin bireysel başvuru bağlamında kamu gücü olarak kabul edilmesi, bireysel başvuruya ilişkin kamu gücü şartına fonksiyonel bir anlam yüklenilmesi sonucunu doğurmaktadır. Kanımızca da bireysel başvuru şartı olarak kamu gücü kavramından anlaşılması gereken, bu kavramın organik değil fonksiyonel anlamıdır.

<sup>19</sup> Konuyla ilgili AYM'nin örnek kararları için Bkz. B.No: 2012/22, 25.12.2012; B.No: 2012/1327, 12.02.2013; B.No: 2012/743, 05.03.2013.



Ancak bu kararların kamu gücü olarak kabul edilmesi tek başına, bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesi için bu kararların konu bakımından da Anayasa Mahkemesi'nin denetimi kapsamında yer alması gerekmektedir. Bundan dolayı, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların, bireysel başvurunun konu bakımından yetki şartını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda konu bakımından yetki meselesi incelenirken bireysel başvuruya konu olabilecek hak ve özgürlükler ile bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlar ele alınmaktadır. Anayasanın 148'inci maddesindeki formülasyona göre bireysel başvuruya konu olabilecek hak ve özgürlükler Anayasa'da güvenceye alınmış temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamında olan herhangi bir hak ve özgürlük türüdür. Başka bir deyişle Anayasa veya AİHS'in keşif alanında olmayan hak ve özgürlüklerden birinin ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapılamayacaktır. Böyle bir hak kamu gücü tarafından ihlal edilse bile başvuru “konu bakımından yetkisizlik” gerekçesiyle reddedilecektir<sup>20</sup>.

Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.” Dikkat edilecek olursa mezkûr maddede bireysel başvuru konusu yapılamayacak hak türleri değil bazı işlem ve karar çeşitleri sıralanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakılan bu işlem ve kararlara dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hükümden çıkan sonuç, kamu gücünün her türlü müdahalesine karşı bireysel başvuru yoluna gitmenin mümkün olmadığıdır. Buna göre bireysel başvuru konusu olamayacak işlem ve kararları dört grupta ele alabiliriz: (1) Yasama işlemleri; (2) Düzenleyici

<sup>20</sup> BAYKAN Metin, Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Trabzon, 2017, s.115.

idari işlemler; (3) Anayasa Mahkemesi kararları; (4) Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler<sup>21</sup>.

Çalışmamız bakımından önem arz eden hüküm de Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağını ifade eden kanunun bu hükmüdür. Zira Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kabul edilen hususlardan biri de Anayasa'nın 59'uncu maddesine göre spor tahkim kurullarının vermiş olduğu kararlardır<sup>22</sup>.

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki kanımızca bu kanun maddesi açıkça Anayasaya aykırıdır. Anayasa koyucununun 148'inci maddenin üçüncü fıkrasında "*kamu gücü tarafından ihlal*" olgusundan bahsettiği ve spor federasyonlarının bir kamu gücü olduğu düşünüldüğünde, kanunun Anayasanın belirlediği ihlal fiilini Anayasaya aykırı bir biçimde daralttığı söylenebilir<sup>23</sup>. Bireysel başvuru yoluna gitmenin bir hak olduğu düşünüldüğünde bu orantısız sınırlandırmanın, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ölçülülük ilkesine uygun olmadığı açıktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin mezkûr hükmünü iptal etmesi durumunda yargı yolu kapalı işlemlere karşı artık bireysel başvuru yasağından söz edilemeyeceği için sorun ortadan kalkacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi, mezkûr hüküm yürür-

<sup>21</sup> BAYKAN, s.124.

<sup>22</sup> İlgili kanun hükmü, anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağını hüküm altına almakla birlikte Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin neler olduğuna ilişkin ne Anayasada ne de kanunlarda açıkça ve sınırlı sayıda yazılmış bir hüküm bulunmamaktadır. ŞİRİN Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku – Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, 2018, s.116, ("*Başvuru Usul Hukuku*") Bu konuda bir yorum yapılması gerektiğini belirten yazar şu hususların "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*" kategorisini oluşturduğunu ifade etmektedir: -Yüksek Askerî Şûra'nın terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları; -Olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararname; -Yüksek Seçim Kurulu Kararları; -Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları; -(Spor-da) Tahkim Kurulunun kararları. Ayrıntılı bilgi için Bkz: a.g.e.: s.117 vd.

<sup>23</sup> ŞİRİN Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.279, ("*Anayasa Şikayeti*"); KARAMAN Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.202; KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.110; SAĞLAM Fazıl "*Anayasa Şikayetinin Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*", (in) Demokratik Anayasa (Der: GÖZTEPE Ece/ÇELEBİ Aykut), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.446 vd.; GÖREN Zafer, Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.26.

lüğe girdiği tarihlerde açılan iptal davasında, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin düzenlemede Anayasa'ya herhangi bir aykırılık görmemiştir<sup>24</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin soyut norm denetimi şeklinde vermiş olduğu bu içtihadını spor tahkim kurullarının kararlarına karşı yapılan bir bireysel başvuruda somut norm denetimi yaparak 45'inci maddenin mezkûr hükmünü iptal etmek suretiyle her zaman değiştirebileceği kanaatindeyiz<sup>25</sup>.

Her ne kadar biz bu kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu düşünsek de Anayasa Mahkemesi bu hususla ilgili önüne gelen bireysel başvuruları, bu kanun hükmünü gerekçe göstererek kategorik olarak reddetmekte ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermektedir<sup>26</sup>. Ancak kanaatimizce 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin yürürlükte kaldığı mevcut durumda dahi Anayasa Mahkemesi'nin spor tahkim kurullarının kararlarına karşı yapılan bireysel başvuruları kabul edebilmesi yine de mümkündür. Çalışmamızın bu bölümünde, yukarıda zikrettiğimiz yasal düzenlemeler karşısında, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvurunun mümkünlüğünü incelemeye çalışacağız.

Spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların konu bakımından Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına girip girmediği tespit edilip incelenmesi gereken ilk konu, 6216 sayılı Kanun'un 45'inci mad-

<sup>24</sup> E. 2011/59, K. 2012/34, 01.03.2012.

<sup>25</sup> Anayasa Mahkemesi'nin incelemekte olduğu bir bireysel başvuru dosyası esnasında 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi hükmünü iptal etmesinin mümkünlüğü konusunda Bkz. BAYKAN, s.131 vd.

<sup>26</sup> "Anayasa koyucu, 17/3/2011 tarihli ve 6214 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la Anayasa'nın 59. maddesinde değişikliğe giderek spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceğini, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğunu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını hüküm altına almıştır. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 59. maddesinde spor tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Başvuru, Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezasına ilişkindir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca bu konuda bireysel başvuruda bulunulamaz". B. No: 2012/620, 12.02.2013; Aynı yönde Bkz. B. No: 2013/850, 19.12.2013; B. No: 2013/8256, 07.04.2014; B. No: 2014/4549, 22.02.2017.

desinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Anayasa’nun yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların bu kanun hükmü kapsamında olup olmadığıdır. Yani spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların bireysel başvuruya konu edilebilip edilemeyeceği tespit edilirken; a) “*anayasa’nun yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ifadesinde geçen “*işlemler*” kavramının, “*yargısal*” işlemleri de içine alacak şekilde bütün hukuki işlemleri mi yoksa sadece “*idari*” işlemleri mi kastettiği ile b) spor tahkim kurulu tarafından verilen kararların yargısal bir işlem mi yoksa idari bir işlem mi olup olmadığı hususlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu şekilde bir inceleme yapmaksızın, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı yapılan bireysel başvuruları kategorik olarak konu bakımından yetkisizlik gerekçesi ile kabul edilemez bulmaktadır. Kanımızca, aşağıda da ayrıntılı bir şekilde açıklamaya çalışacağımız üzere, anayasa’nun yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler kavramının sadece idari işlemleri kastettiğinin ve spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların idari değil fakat yargısal nitelikte olduğunun kabul edilmesi durumunda, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesinin önünde herhangi bir engel kalmayacaktır.

Bu bağlamda öncelikli olarak, “*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ifadesinde geçen “*işlemler*” kavramının ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kanımızca 6216 sayılı Kanun’un 45’inci maddesinde geçen bu kavramın yargısal kararları da içine alacak şekilde yorumlanması mümkün değildir. İlgili kanun hükmünde geçen işlemler kavramı ile kastedilenin olsa olsa “*idari işlemler*” olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani işlemler kavramının yargısal işlemleri de içine alacak şekilde yorumlanması durumunda, kanunda yer alan ifadeden “*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı yargısal işlemler*” anlamı çıkmaktadır ki bu anlamın kabul edilmesi mantıken mümkün değildir. Zira yargısal bir işlemin yargı denetimi dışında bırakılabilmesinden bahsedilemez. Öyle ise ifadede geçen işlemler kavramı ile kastedilenin sadece idari işlemler olduğunun ve yargısal işlemlerin bu madde kapsamında

değerlendirilmesinin mümkün olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir<sup>27</sup>.

Böyle bir çıkarım, hak temelli yorum veya istisnalar dar yorumlanır şeklindeki kamu hukukuna içkin yorum ilkeleriyle de uyumludur. Şöyle ki kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahil durumda olan her türlü kamu gücü işlem, eylem ve ihmalinin bireysel başvuru konusu yapılabileceği kural olarak kabul edilecek olursa, 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi hükmü bu kuralın bir istisnası niteliğinde olacaktır. Şu hâlde bu istisna hükmünü dar yorumlayarak madde metninde kastedilenin yargısal işlemler değil yalnız idari işlemler olarak yorumlanması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun aynı zamanda bir hak olduğu düşünüldüğünde hak temelli yorum da bunu gerektirmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Sayıştay tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul ederken de yukarıda ifade etmeye çalıştığımız yoruma benzer bir yorum geliştirerek hareket etmektedir. Zira Anayasa'nın 160'uncü maddesi, Sayıştay tarafından verilen kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağını hüküm altına almıştır. Anayasa'nın bu açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ın bir mahkeme olduğunu ve kararlarının yargısal nitelikte olduğunu kabul ederek Sayıştay tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmektedir<sup>28</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceğine ilişkin bu içtihadı konumuz bakımından oldukça önemlidir. Zira 1982 Anayasası spor tahkim kurulu kararlarına karşı olduğu gibi Sayıştay tarafından verilen kararlara karşı da yargı yolunu kapatmış, Sayıştay kararlarına karşı idari yargı organlarına başvurulamayacağını hüküm altına almıştır. Anayasa'nın bu açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi, Sayıştay tarafından verilen kararların yargısal nitelikte ol-

<sup>27</sup> Aynı yönde Bkz, KILIÇ Ayhan "Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.3, 2013, s.69.

<sup>28</sup> B.No: 2012/615, 21.11.2013; B.No: 2013/3228, 10.12.2015. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise Sayıştay'ı "yargısal sonuçlu kararlar veren hesap mahkemesi" olarak tanımlamaktadır., E.2011/21, K.2013/36, 28.02.2013.

duğundan hareketle, bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadına göre, bir işleme karşı yargı yolunun anayasa tarafından kapatılmış olması tek başına, o karara karşı bireysel başvuru yapılamayacağı anlamına gelmemekte, kararın hukuki niteliği de önem arz etmektedir.

Ancak ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi Sayıştay tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğini her ne kadar kabul etse de Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağını kabul etmektedir.<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağı içtihadının temel dayanağı ise 1982 Anayasası'nın Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başka bir mercie başvuruyu yasaklamış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Yüksek Seçim Kurulu yargısal değil idari nitelikte bir organdır ve vermiş olduğu kararlar yargısal nitelikte değildir<sup>30</sup>.

6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde geçen “*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ifadesinden sadece idari işlemlerin kastedildiğinin kabul edilmesi durumunda, bu hükmün spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılmasına engel teşkil edip etmediğinin tespit edilebilmesi için bu kararların hukuki niteliğinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Zira bu kurulların tahkim olarak adlandırılmasından hareketle gerçekleştirmiş oldukları faaliyetin “*yargısal*” bir faaliyet olduğunun iddia edilmesi mümkün olduğu gibi tahkim kurullarına yapılan itirazların idari başvuru niteliğinde olduğunu ve bu kurulların yürütmüş olduğu faaliyetin “*idari işlev*” kapsamında olduğunun kabul edilmesi de mümkündür<sup>31</sup>. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde; spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların idari işlev kapsamında olduğunun kabul edilmesi durumunda bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılması mümkün değilken yargısal

<sup>29</sup> B.No: 2015/8818, 14.07.2015; B.No: 2015/6723, 14.07.2015; B.No: 2015/8764, 18.11.2015, pr.27.

<sup>30</sup> Biz her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağı içtihadının isabetli olduğunu düşünmesek de yüksek mahkemenin bu içtihadını dayandırdığı argüman, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların yargısal bir karar olarak kabul edilmesi durumunda bireysel başvuru bakımından bir engel kalmayacağı görüşümüzü desteklemektedir.

<sup>31</sup> ÖZTÜRK, s.615.

olduğunun kabul edilmesi durumunda bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesinin önünde bir engel bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceğine ilişkin içtihadının spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar bakımında da kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Doktrinde her ne kadar spor tahkim kurulları tarafından yürütülen faaliyetin yargısal değil fakat idari işlev kapsamında olduğunu savunan yazarlar<sup>32</sup> olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) de yargısal işleve ilişkin kriterleri dikkate alındığında, spor tahkim kurulları tarafından gerçekleştirilen faaliyetin yargısal bir faaliyet olarak kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira AİHM'in yargısal işleve ilişkin içtihatları incelendiğinde, organik kriterden ziyade maddi kriterin ön plana çıkarıldığı ve bir uyumsuzluğun kanunla kurulan tarafsız bir organ tarafından karara bağlanma faaliyetinin yargısal faaliyet olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>33</sup>. Nitekim AİHM, TFF Tahkim Kurulu tarafından verilen bir karara karşı yapılan bir başvuruda, TFF Tahkim Kurulu'nu mahkeme olarak kabul etmiştir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> AYANOĞLU Taner, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.74, Ankara, 2008, s.71, ("*Tahkim Kurulu*"); ÖZTÜRK, s.621; UZ, s.274.

<sup>33</sup> Batı dillerinde mahkeme kavramına karşılık "*court*" ve "*tribunal*" olmak üzere iki farklı kavram olduğunu ifade eden KILIÇ; court kelimesinin dar ve teknik anlamda mahkemeyi, tribunal kelimesinin ise belli bir sorunu karar bağlamak üzere görevlendirilmiş herhangi bir kurul anlamına geldiğini ve ister court ister tribunal olsun her iki durumda da verilen kararın yargısal olduğunu belirttikten sonra AİHM'in mahkeme kavramını, kararı veren merciin iç hukukta mahkeme (court) olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bakmaksızın, icra ettiği fonksiyonu dikkate alarak açıkladığını ifade etmektedir. KILIÇ, s. 58-59. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşmenin 6'ncı maddesinde geçen mahkeme kavramını içtihatlar yoluyla geliştirdiği kriterlere göre değerlendirdiğini ifade eden GÜNDOĞDU da "*kendi görev alanına giren uyumsuzlukları belirli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak çözen, kanunla kurulmuş*" mercileri mahkeme olarak kabul ettiğini ifade etmekte ve iç hukukta kararlarının niteliği tartışılmalı olan TFF Tahkim Kurulu'nun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*" bağlamında bir mahkeme olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. GÜNDOĞDU Fatih "TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.140, Ankara, 2019, s.160 vd.

<sup>34</sup> Kolgu – Türkiye, 2935/07.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda; TFF Tahkim Kurulu'nun "*hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığı, yargı işlevi yerine getiren bir kurul*" olduğunu ifade etmiştir<sup>35</sup>. Bir başka kararında ise Anayasa Mahkemesi yargısal faaliyeti; "*kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargı-lama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti*" şeklinde tanımlamıştır<sup>36</sup>. Dikkat edileceği üzere Anayasa Mahkemesi yargısal faaliyete ilişkin bu tanımında, organik kriterden ayrılarak maddi kriteri ön plana çıkarmış ve bir işlemin yargısal işlem olarak kabul edilebilmesi için işlemi gerçekleştiren organın mahkeme olması gerektiğine ilişkin organik kriteri kullanmamıştır<sup>37</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yargısal faaliyet kavramına ilişkin bu tanımında yer alan ifadelerin tamamı, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar bakımından da geçerlidir<sup>38</sup>. Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde, 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde geçen "*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı iş-lemeler*" ifadesi ile kastedilenin idari işlemler olduğunun ve spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların yargısal nitelikte olduğunun kabul edilmesi durumunda, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesinin önünde, konu bakımından yetki şartına ilişkin bir engelin kalmadığının da kabul edilmesi gerekmektedir.

<sup>35</sup> E.2010/61, K.2011/7, 06.01.2011.

<sup>36</sup> E.2012/102, K.2012/207, 27.12.2012.

<sup>37</sup> Anayasa'da yargısal işlevin ne olduğuna ilişkin bir tanım yer almasa da 9'uncu maddede bu yetkinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın bu hükmünden yargısal işlev için asıl ayırt edici özelliğin organik kriter olduğu ve yargı yetkisinin mahkemeler dışında kullanılmasının mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararda, yargı yetkisinin kullanılabilmesi için mahkeme şartını aramamış, yetkinin kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir kuruluş tarafından kullanılmasını yeterli görmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanacak organa ilişkin bu kriteri dikkate alındığında, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların da yargısal bir faaliyet olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira gerek 3289 sayılı Kanun'un ek 9'uncu maddesinde futbol haricindeki spor dallarının nihai yargısal denetim organı olan tahkim kurulunun gerek de 5894 sayılı TFF Kanunu'nun 6'ncı maddesinde TFF Tahkim Kurulu'nun bağımsız ve tarafsız olacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun yargı işlevi yerine getiren bir kurul olduğunu ifade etmişse de Anayasa değişikliği öncesinde vermiş olduğu bir başka kararda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan tahkim kurullarının idari bir merci ve kararlarının yargısal değil idari nitelikte olduğunu ifade ederek, bu tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı yargı yolunu kapatan yasal düzenlemeyi iptal etmiştir. E.2006/118, K.2009/107, 02.07.2009.



Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi, -Sayıştay tarafından verilen kararlar hariç- gerek spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar olsun gerekse de Anayasa'nın kararlarına karşı yargı yolunu kapattığı diğer organlar tarafından verilen kararlar olsun, bu şekilde bir inceleme yapmaksızın kategorik bir içtihat geliştirmiştir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da yargı organlarına başvurulamayacağı belirtilen kararlara ilişkin bu içtihadının kabul edilmesi mümkün değildir. Anayasa'da bir organın kararlarının kesin olduğunun ve bu kararlara karşı başka yargı merciine başvurulamayacağı belirtilmiş olması tek başına bu kararların 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde yer alan "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*" kapsamında olduğu anlamına gelmemektedir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir bireysel başvuru kararında yer alan karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere; "*Yargıtay'ın ve Danıştay'ın temyiz (ve karar düzeltme) üzerine vermiş oldukları kararlara karşı, bu kararlar kesin olduğundan, başka gidilecek bir yargısal yol bulunmamasına rağmen, bireysel başvuruda bulunulabilmektedir*"<sup>39</sup>. Yargıtay ve Danıştay tarafından verilen kararların kesin olması ve bu kararlara karşı başka bir yargı merciine başvurunun mümkün olmaması, bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılmasına engel değildir. Çünkü Yargıtay ve Danıştay tarafından verilen kararlar idari değil yargısal niteliktedir. Aynı şekilde, spor tahkim kurulları tarafından verilen ve kendisine karşı başka bir yargı merciine başvurulması mümkün olmayan kararların da yargısal nitelikte olduklarının kabul edilmesi durumunda bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesinin önünde bir engel olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Biz her ne kadar spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların yargısal nitelikte olduğu gerekçesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde yer alan "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*" kapsamında olduğunu düşünmesek de bu kararların idari işlem olarak kabul edilmesi durumunda dahi bu kararlara karşı bireysel başvurunun mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Kanaatimiz-

<sup>39</sup> B.No: 2013/7582, 11.12.2014. Erdal Tercan'ın karşı oyu.

ce spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların idari işlem olarak kabul edilmesi durumunda dahi bu kararlara karşı bireysel başvuru yapılması yine de mümkündür. Zira Anayasa'nın 59'uncu maddesi ile kapatılan yargı yolu, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu değil derece mahkemelerine -bidayet mahkemelerine- yapılacak başvurulardır. Bu sonuca iki gerekçeyle varabiliriz. Evvela 59'uncu maddenin gerekçesi, yani tali kurucu iktidarın koyduğu hükmün tarihsel yorumundan bu sonuca varılabilir. Sözel yorumun pek çoğu oldukça soyut, kısa, öz ve genel nitelikte formüle edilen anayasa metinlerinin anlamını açıklamakta yetersiz kaldığı veya tereddüde düşüldüğü noktalarda tarihsel yorum da en az sözel yorum kadar değer kazanır. Bir kanun hükmünün anlamının belirlenmesinde hazırlık çalışmalarına başvurulması, yani tarihsel yorum yönteminden yararlanılması öteden beri genel kabul gören bir anlayıştır<sup>40</sup>. Özellikle **yetki düzenine** ilişkin hususlarda anayasal hükümlerin anlamı konusunda kuşku duyulduğunda tarihsel yorum daha değerli hale gelmektedir<sup>41</sup>.

Anayasa'nın 59'uncu maddesinde değişiklik yapan 6214 sayılı Kanun'un gerekçesinde "zorunlu Tahkim Kurullarının kararlarının kesin olduğu, bu kararlara karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamayacağı, bu kararların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla tespit, iptal ve tazminat davası açılması mümkün olmadığı vurgulanarak yeniden yazılmıştır" denilmektedir. Görüldüğü gibi anayasa koyucu 59'uncu madde hükmünün Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya engel olmadığını aynı cümle içerisinde aslında iki kez teyit etmektedir. Öncelikle tahkim kurullarının kararlarının kesinliğinden *istinaf, temyiz, karar düzeltme* gibi kanun yollarına başvurulamayacağını kastetmektedir. Daha sonra ise açılmayacak davalar arasında *tespit, iptal ve tazminat* davalarını saymaktadır. Anayasa'da ilgili düzenlemenin yapıldığı tarihte bireysel başvuru mekanizmasının artık anayasal bir kurum olduğu düşünüldüğünde şunu söyleyebiliriz ki, şayet anayasa koyucu tahkim kurullarının kararlarının kesinliğinden bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceğini de kastetseydi buna değişiklik gerekçesinde mutlaka yer ve-

<sup>40</sup> METİN Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008, s.20.

<sup>41</sup> Bkz. BERKA Walter: Lehrbuch Verfassungsrecht, Springer Verlag, Wien, 2005, s.23.

rirdi. Ancak anayasa koyucu, Anayasa'nın ne 59'uncu maddesinde ne de 59'uncu maddenin gerekçesinde, tercihinin bu yönde olduğuna ilişkin bir ifadeye yer vermemiştir.

Aslında anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu kabul etmek 59'uncu maddedeki düzenlemenin getiriliş amacına da uygundur. Zira bu düzenlemeye ihtiyaç duyulmasındaki esas sebep, sporun kendine özgü yapısı gereği sporun yönetiminin, disiplin yargılamasının ve bu yargılamanın denetiminin süratli bir şekilde gerçekleşmesinin spor faaliyetlerinin icra edilmesi için olmazsa olmaz özellikte bulunmasıdır. Öyle ki spor faaliyetlerinin her hafta ve hatta bazen daha kısa süreli aralıklarla icra ediliyor olması uzun zamana yayılan bir yargısal denetime müsaade etmemektedir. Yargılamanın muhtaç olduğu süre dikkate alındığında klasik dava yöntemi, bu alanın ihtiyaçlarının ivedilikle sonuçlandırılması ilkesiyle bağdaşmaz. İşte spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru denetimine açılması bu amaçla uyumsuzluk göstermez. Zira Türk bireysel başvuru mekanizmasının özelliği gereği, kamu gücünün bir müdahalesine yönelik Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun kural olarak icrayı durdurucu bir niteliği yoktur<sup>42</sup>. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bir başvurunun anayasa koyucunun amacına ters düşeceği iddia edilemez<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Anayasa'nın 59'uncu maddesinde yapılan değişikliğin başlıca amacının, disiplin meselelerinin yargıya intikal ettirilerek sürüncemede bırakılmasını önlemek olduğunu ifade eden ERGÜL de bireysel başvurunun kapsam ve amacının disiplin uyumsuzluklarını tüm maddi unsurlarıyla değil sadece temel hak ve özgürlükler yönünden ele almak olduğunu ve bundan dolayı da 59'uncu maddedeki yasağın sadece uyumsuzluğun tüm maddi unsurlarıyla denetime tabi tutulacağı bir yargısal denetimi yasakladığını, buna karşılık temel hak ve özgürlük ihlallerinin incelendiği bireysel başvuru incelemesini yasaklamadığını kabul etmenin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. ERGÜL Ozan "Sporda Zorunlu Tahkim – Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemler' Dar Yorumlamak Mümkün Değil Mi?", Anayasa Yargısı Dergisi, S.32, 2015, s.77-78.

<sup>43</sup> Günümüzde yasa koyucunun iradesini esas alan subjektif tarihi yöntemden ziyade objektif tarihi yönetime ağırlık verildiği görülmektedir. Buna göre yasa kuralları yorumlanırken tarihi koşullar yanında pratik hayat ve günün koşulları da dikkate alınmaktadır. Yasalarda yer alan kuralların toplumun gereksinimlerini karşılayacak, toplumsal ve teknik gelişmelere cevap verecek şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. METİN, s.22. Bu açıdan norm ne kadar yeni ise tarihsel yorum potansiyel olarak o kadar etkili olma olasılığına sahiptir. Normun yapılış tarihi ile yorum arasındaki zaman aralığının kısalığı, normun nesnel amacı ile tarihsel norm koyucunun iradesini birbirine yaklaştırabilir. ODER Bertil Emrah: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.85. Tarihsel yorum ile teleolojik yorum ilişkisini güçlendirip iki yorum teorisini birbiriyle uyumlaştıran bu

## SONUÇ

Spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı, Türk Anayasa Hukuku bakımından önemli bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili içtihadı, bu kurullar tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılamayacağı yönündedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadının temel dayanağı ise, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağını hüküm altına alan 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesidir. İlgili kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tartışması bir yana, bu kanun hükmü karşısında dahi spor tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabileceğini iddia etmek kanımızca mümkündür. Bu noktada öncelikli olarak spor tahkim kurullarının bireysel başvuru bağlamında kamu gücü olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde geçen "işlemler" ifadesi ile kastedilenin idari işlemler, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların ise idari değil fakat yargısal bir işlem olduğunun kabul edilmesi durumunda, spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılmasının önünde pozitif hukuk bakımından bir engel kalmayacaktır. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel yorum metodunu benimseyerek geliştireceği içtihat da Türk hukukundaki bu önemli sorunun ortadan kalkmasına kapı aralayabilecektir.

---

teori açısından Anayasanın 59. maddesi yorumlandığı vakitte yukarıda yaptığımız yorum kabul edilebilir görünmektedir. Zira Anayasanın 59. maddesinin kabulünden bu yana spor hukukunu köklü bir şekilde değiştirecek kadar anlayış değişikliği olmamış diğer bir deyişle maddenin kabulünden bu yana çok fazla bir zaman geçmemiştir. Dolayısıyla Anayasa koyucunun iradesinin günümüzdeki spor hukuku telakkileriyle hala uyumlu olduğu, yani objektif tarihi yönetime göre de hala geçerli olduğu söylenebilir.

## KAYNAKLAR

**AYANOĞLU Taner** “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Yapısı ve Statüsü”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, (“*TFF’nin Yapısı*”).

**AYANOĞLU Taner**, “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.74, Ankara, 2008, (“*Tahkim Kurulu*”).

**BAYKAN Metin**, Anayasa Mahkemesi’ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Trabzon, 2017.

**BERKA Walter**, Lehrbuch Verfassungsrecht, Springer Verlag, Wien, 2005.

**ERGÜL Ozan**, “Sporda Zorunlu Tahkim – Bireysel Başvuru İlişkisi: ‘Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri’ Dar Yorumlamak Mümkün Değil Mi?”, Anayasa Yargısı Dergisi, S.32, Ankara, 2015.

**ERTAŞ Şeref/PETEK Hasan**, Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

**GEMALMAZ Burak**, “Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.

**GÖREN Zafer**, Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

**GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

**GÜLŞEN Recep**, Spor Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

**GÜNDOĞDU Fatih**, “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamından Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.140, Ankara, 2019.

**GÜRAN Sait**, “Türkiye Futbol Federasyonu’nun İdare Hukuku İle İlişkisi”, (in) Rona Serozan Armağanı, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

**KANADOĞLU Korkut**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**KARAMAN Ebru**, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

**KILIÇ Ayhan**, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.3, 2013.

**METİN Yüksel**, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008.

**ODER Bertil Emrah**, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

**ÖZTÜRK K. Burak**, “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, (in) Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011.

**SAĞLAM Fazıl**, “Anayasa Şikayetinin Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, (in) Demokratik Anayasa (Der: GÖZTEPE Ece/ÇELEBİ Aykut), Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

**ŞİRİN Tolga**, Bireysel Başvuru Usul Hukuku – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, 2018, (*“Başvuru Usul Hukuku”*).

**ŞİRİN Tolga**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, (*“Anayasa Şikayeti”*).

**UZ Abdullah**, “Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.13, Isparta, 2011.

**YAŞAR Duygu**, “FIFA ve UEFA Düzenlemeleri Doğrultusunda Üye Federasyonların ve Özel Olarak Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Yapısı”, (in) Sporda Hak İhlalleri ve Denetim-Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.

Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ\*

## İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ÇALIŞAN SAĞLIĞI AÇISINDAN DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ: TELAFİ Mİ, KORUMA MI?

OBLIGATIONS OF THE STATE ABOUT WORKERS' HEALTH IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS;  
COMPENSATION OR PROTECTION

### ÖZET

Dünyada ve Türkiye’de çalışanlar iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu yaşamını kaybetmekte ya da engelli olmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği kurallarının iyi uygulanması halinde büyük ölçüde engellenebilecek olan bu durum, bireysel zararların hukuken telafisi yolu ile karşılanmaya çalışılmaktadır. Ancak ölüm ya da bedensel bütünlüğün bozulması, maruz kalan kişi açısından telafisi imkânsız bir yaşam hakkı ihlali oluşturmakta ve Devletin uluslararası sözleşmelerle taahhüt ettiği Anayasal yükümlülükleri gereği öncelikle bu durumu engellemesi gerekmektedir. Bu çalışmada yazılı kaynakların taranması ve içerik analizi yöntemi ile çalışan sağlığının insan hakları ile ilişkisi içinde önemini hatırlatmak ve devletin hukuksal sorumluluğunu vurgulamak amaçlanmıştır. Bu amaçla, temel haklar kapsamında Devletin çalışan sağlığını yerine getirme yükümlülüğünün, Türk hukukunda uluslararası ve Anayasal hukuksal dayanakları öz olarak hatırlatıldıktan sonra, örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri üzerinden “çalışanların yaşamlarını koruma” yerine “telafî” ağırlıklı mevcut uygulamanın yeterliliği tartışılmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu uğranılan zararın telafisi yerine, yaşam hakkı kapsamında çalışan sağlığının Devletçe korunması gereği, öneriler ışığında vurgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, çalışan sağlığı, Devletin yükümlülükleri, Yaşam hakkı, sosyal haklar.

### ABSTRACT

Workers die or disabled because of occupational accidents and illnesses in the world and Turkey. The damages are tried to be personally reimbursed by law even though this situation could be prevented by good occupational health and safety practice. Yet death and impaired bodily integrity are both irreparable consequences of violation of “right to live” for the person who is the subject of them, and should be prevented by the state according to the legal obligations regulated by International conventions and the Constitution. In this study, it is aimed to remind the importance of the workers’ health regarding to human rights and emphasize the legal responsibility of the state about it, by using the methods of review of the written sources and content analysis. At first, it is tried to recall the legal basis of the responsibility of the State according to the international and Constitutional provisions in Turkish law, about protecting the workers’ health within the context of the basic rights in sum, and then to examine the adequacy of the current practice based on mainly reparation of the personal damages instead of protection of the lives of the workers’ considering the precedents of European Human Rights Court and Turkish Constitutional Court, to that end. Legal obligation of the State to protect the workers’ life instead of the compensation after the death or injury due to occupational accident or illnesses is underlined as a duty of the State within the scope of “right to live” with proposals in conclusion.

**Keywords:** Constitution-making, Constitution-making in Azerbaijan, The Constitution of Azerbaijan Soviet Socialist Republic, The Constitution of Azerbaijan, The Constitution of Nakhchivan Autonomous Republic.

\* Makalemin ilk okumasını yaparak görüşleri ile geliştirmemde katkısı olan Av. Özgür ERBAŞ’a, son halini gözden geçiren Av. Muradiye KAVUT’a teşekkür ediyorum.

\* İzmir Ekonomi Üniversitesi öğretim üyesi.



## GİRİŞ

İş kazası ve meslek hastalıkları sonucu ölüm ve engellilik, sanayileşmenin başlangıcından bu yana insanlık ailesinin çözüm üretilmeye çalışılan en önemli sosyal sorunlarından birisi olmuştur. Sosyal haklar düşüncesi ve sosyal devlet anlayışının gelişmesi ile birlikte, bilim ve teknolojinin de desteği ile işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması yolunda olumlu adımlar atılmıştır. Ancak son on yıllarda bu durumun tersine bir süreç yaşandığı gözlenmektedir. Bangladeş'te 24 Nisan 2013'de meydana gelen en az 1,132 kişinin öldüğü, 2,500'den fazla kişinin yaralandığı Rana Plaza felaketi/iş kazası<sup>1</sup> ve Türkiye'de 13 Mayıs 2014'de meydana gelen en az 301 kişinin öldüğü Soma Maden felaketi/iş kazası<sup>2</sup>, iki bilinen örnek olarak, durumun vahametini hatırlamak açısından yeterli sayılabilir<sup>3</sup>.

İçinde yaşadığımız 21.yüzyılda bilim ve teknolojinin ulaştığı ilerleme düzeyi, insanlara internet vasıtası ile bilgiye kolaylıkla erişim ve teknolojiyi her alanda kullanarak yaşamı kolaylaştırma olanaklarını sağlıyor. Ekonomide gerek sözleşme yapma gerek ödeme/lojistik/ulaşım/teslimat açılarından sağladığı kolaylıklar, dış kaynak kullanımı (outsourcing) olarak ifade edilen taşeronlaşma/alt işveren ve hatta bağımsız işverenler vasıtası ile farklı coğrafyalarda mal ve hizmet üretimini, önceki yüzyıllara nazaran daha da mümkün kılıyor. Bu durum, 2000'li yıllardan başlayarak süregelen küresel ekonomik krizin etkisi ile artan rekabetin sonucu olarak, hammadde ve iş gücü sağlama açısından, mal ve hizmet üretimi zincirinde her bir parça için en ucuz işgücü sunan yeri bulup kullanma noktasında ülkeler ve şirketlerin tercihlerini belirliyor<sup>4</sup>. Küre-

<sup>1</sup> "The Rana Plaza Accident and its aftermath", [https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS\\_614394/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm), erişim tarihi 06.08.2109.

<sup>2</sup> "Working together to promote a safe and healthy working environment", International Labour Conference 106<sup>th</sup> Session, 2017, s.4,92. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_543647.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_543647.pdf), erişim tarihi 06.08.2019.

<sup>3</sup> Servet Yanatma. "Soma dünyada son 50 yılın en ölümcül 2. maden kazası". <https://tr.euronews.com/2019/05/13/soma-dunyada-son-50-yilin-en-olumcul-2-maden-kazasi>, erişim tarihi 06.08.2019.

<sup>4</sup> Hasan Bakır, "Neo-Liberalizm, Küresel Kriz ve Emek Piyasasında Yaşanan Dönüşümler; Güney Avrupa Bağlamında bir Değerlendirme", AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2018, Cilt:18, Yıl:18, Sayı: 3, 18: 1-30, s.2-4. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/554047>, erişim tarihi 07.08.2019.

selleşme sürecinde işgücü piyasalarının karşılıklı bağımlılığı olarak ifade edilen bu durumun gerek gelişmiş gerek gelişmekte olan ülkelerde emeğin toplu pazarlık ve örgütlenme haklarını olumsuz etkilediği<sup>5</sup>, güvencesiz, atipik ve eğreti çalışma biçimlerinin artmasına, çalışan sağlığının korunmasında devlet denetiminin somut ifadesi olan iş teftişinin ise azalmasına yol açtığı tespit ediliyor<sup>6</sup>. Her yıl 2.78 milyon kişinin iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölümüne, ek olarak ölümlü olmayan ancak 4 günden çok iş günü kaybı ile sonuçlanan 374 milyon işle ilgili yaralanmalara ve ekonomik olarak tahminen gayrisafi yurtiçi hasılının %3,94'ünün kaybına neden olanın kötü iş sağlığı ve güvenliği uygulaması olduğu belirtiliyor<sup>7</sup>. Bu tespit, iş sağlığı ve güvenliğinin doğru uygulanmasının sağlanması halinde, insan ve çevre sağlığını yok sayan bu sürecin düzeltilebileceği anlamına geliyor. Dünyada ve Türkiye'de iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi için iş sağlığı ve güvenliği çalışmalarının, tıp ve mühendislik başta olmak üzere birçok alanda sürmesine ve hukuki düzenlemeler yapılmasına rağmen azalmaması, uygulamanın etkin sağlanamadığını gösteriyor. Oysa Türkiye'de de önemli bir sosyal sorun olan ölümlü ve ağır yaralı iş kazalarının %98 oranında engellenmesi ve yeterli düzeyde tanı dahi konulmadığı düşünülen meslek hastalıklarının gerekli çalışmalar yapıldığında önüne geçilebilmesi mümkün bulunuyor<sup>8</sup>. İş kazalarına neden olan ihmaller ve meslek hastalıkları ile sonuçlanan maruziyetlerin, iş sağlığı ve güvenliği kadar çevre sağlığı açısından da olumsuz etkilerinden söz etmek abartılı sayılmamalı, çünkü çalışanın ölümünü veya engelli hale gelmesini göze alan, rekabeti önceleyen ve her koşulda daha fazla kar güdüsü ile üretim

<sup>5</sup> Zeki Erdut, Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, Dokuz Eylül Yayınları, Ocak 2002, s.19-29.

<sup>6</sup> ILO, Labour Administration and Inspection, <https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/lang-en/index.htm>, erişim tarihi 05.08.2019.

<sup>7</sup> ILO, Safety and Health at Work, <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang-en/index.htm>, erişim tarihi 05.08.2019.

<sup>8</sup> Emine Demirel Top, Nil Yapıcı, Çağatay Çetinkaya. "Comparison of Fatal Occupational Accidents Statistics in Turkey with Some European Countries", International Journal of Scientific and Technological Research [www.iiste.org](http://www.iiste.org) ISSN 2422-8702 (Online) Vol 4, No.6, 2018; 107-119, s.118, <https://www.iiste.org/Journals/index.php/JSTR/article/view/43642/44975>, erişim tarihi 01.08.2019; Ebrar Zeynep İlman. "Türkiye'de Meslek Hastalıkları", Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, C.1, S.1, 2015, [www.saysad.org](http://www.saysad.org);21-36,s.21. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/153587>, erişim tarihi 01.08.2019.

için kullanılan araç, gereç, malzeme ve yöntemler çevre sağlığına da zarar veriyor.<sup>9</sup> Dolayısı ile sadece çalışanların değil, onlardan öte geleceğimizin ve hepimizin yaşam ve sağlığını yok sayan tehlikeli bir durumla karşı karşıyayız. Çevresel etkileri ile birlikte çalışan sağlığının, bağımlı çalışan işçiler ve diğerleri kadar, hepimizi, geleceğimizi ilgilendiren bir sorun olarak gündemimizde olması gerekiyor.

İş ve işyeri sağlık ve güvenlik koşullarının sağlanmaması hali, sağlık yaşamın kaynağı olduğundan, en olağanüstü durumda dahi dokunulmaz ve devredilemez, en temel “çekirdek” insan hakkı; yaşam hakkının tehdit altında olması anlamına geliyor. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu her ölüm veya vücut bütünlüğünün bozulması hali, devletin düzenleme, denetleme ve yargı yolları ile güvence altına almakla yükümlü olduğu yaşam hakkını koruma, bu alanda görevlerinin etkili olarak yerine getirilip getirilmediğinin sorgulanmasını gerektiriyor. Uluslararası belgelerde de düzenlenen Anayasal temel haklarımızla ilişkisi içinde konuyu kavramak ve uygulamada çalışan sağlığını tüm boyutları ile öncelikle gelişmesini sağlamak, aslında kendimizi ve evreni korumanın da ön koşulu olarak görünüyor. Bu açıdan yargıya intikal etmiş, ölümlü ya da ağır yaralamalı bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu uğranılan ve gerçek anlamda geri döndürülmesi imkânsız zararın, bireysel telafisinden öte, tüm çalışanların işle ilgili sağlığının korunmasının yaşam hakkı kapsamında devletin yükümlülüğü olduğunu hatırlamak ve vurgulamak gerekiyor.

Yazılı kaynakların taranması ve içerik analizi yöntemi ile yapılan bu çalışmada, çalışan sağlığının Türk hukukunda insan hakları ile ilişkisi içinde önemini hatırlatmak ve devletin hukuksal sorumluluğunu vurgulamak amaçlanmıştır. Bu amaçla, öncelikle iş hukuku kapsamında temel haklarla ilişkisi içinde, adlandırılması işçi sağlığı ve iş güvenliğinden iş

<sup>9</sup> “Creating Safe and Healthy Workplaces for All”, International Labour Organization. Report prepared for the G20 Labour and Employment Ministerial Meeting Melbourne, Australia, 10-11 September 2014, [http://www.g20.utoronto.ca/2014/ILO-safe\\_and\\_healthy\\_workplaces.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2014/ILO-safe_and_healthy_workplaces.pdf); Chris Laszcz-Davis. “The OSH Challenge: Understanding Our Emerging World and its Workforce Development Needs”, Statement, 23 March 2019. [https://www.ilo.org/safework/events/safeday/33thinkpieces/WCMS\\_678736/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/events/safeday/33thinkpieces/WCMS_678736/lang-en/index.htm). Erişim tarihi 06.08.2019.

sağlığı ve güvenliğine değişen çalışan sağlığının önemi, uluslararası ve Anayasal hukuksal dayanakları ile hatırlatılacaktır. İkinci bölümde, çalışan sağlığı açısından insan hakları bağlamında devletin yükümlülüklerine değinildikten sonra uygulamadan örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri, devletin hakkın uygulanmasını sağlama yükümlülüğü temelinde, “koruma” yerine “telafi” esaslı mevcut uygulamanın yeterliliği açısından tartışılmaya çalışılacaktır. İlk bölümde terminolojik olarak kullanımın süreç içinde değişimine kısaca değinilen “işçi sağlığı ve iş güvenliği” ve “iş sağlığı ve güvenliği” ile “çalışan sağlığı” ibareleri, bu çalışmanın tamamında çalışanların işle ilgili yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlardan korunmasını ifade etmek için aynı anlamda kullanılmıştır. Birçok açıdan farklı kaynaklar çerçevesinde daha geniş ele alınması mümkün olan çalışan sağlığı, bu çalışmada Türk hukukunda iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ile ilgili Devleti yükümlü kılan temel hukuksal kaynaklar ile örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ile sınırlı tartışılmıştır. Sonuç olarak, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu uğranılan zararın bireysel telafisi yerine, yaşam hakkı kapsamında çalışan sağlığının Devletçe korunması bakış açısı ile, mevcut uygulama irdelenmeye çalışılacaktır.

## 1. İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA İŞÇİ/ÇALIŞAN SAĞLIĞI VE İŞ GÜVENLİĞİ

### a. Çalışan Sağlığı, İş Hukuku ve İnsan Hakları

Türk hukuk terminolojisinde, çalışma ile ilişkisi içinde insanın sağlığının korunması ve güvence altına alınması ile ilgili alanın nasıl adlandırılacağı konusunda fikir birliği tam olarak sağlanamamıştır. İşverenle olan iş sözleşmesi temelinde, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, ücret karşılığı bağımlı çalışan olarak tanımlanan işçinin, iş ilişkisinde sağlığının korunması, 2000’li yıllara kadar “işçi sağlığı” olarak ifade edilmekteydi İş güvenliği ise, Anayasa Mahkemesi tarafından: “İşyerinde çalışanların işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemeleri için alınması gerekli ruhsal,

teknik ve tıbbi önlemleri almaya yönelik sistemli çalışmalar” olarak tanımlanmaktaydı.<sup>10</sup> İşçinin sağlığının korunması ile iş güvenliğinin sağlanmasına yönelik sosyal hukuk alanı, “işçi sağlığı ve iş güvenliği” olarak adlandırılmakta idi<sup>11</sup>.

Türk hukuk mevzuatının Avrupa Birliği hukuku ile uyumlulaştırılması sürecinde, “iş sağlığı ve güvenliği” ibaresinin tercih edilmesi, sağlığı korunacak özneyi odağına almadığı ve belirsizleştirdiği<sup>12</sup>, işçinin sağlığı yerine işin sürekliliğini amaçladığı düşüncesi ile eleştirildi, alanda çalışan bir kısım kişi ve kurumlarca benimsenmedi<sup>13</sup>. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun, Avrupa Birliği’nin 89/391 Çerçeve Direktifi temelinde, konu ile ilgili temel düzenleme olarak 2012’de yürürlüğe girmesi sonrasında, hukuk öğretisinde genel olarak “iş sağlığı ve güvenliği” kullanılmaya başlandı. Kanunun adı ve birinci maddesinde, “işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek” olarak ifade edilen amacı çerçevesinde, bu hukuk alanının adının “iş sağlığı ve güvenliği hukuku” olarak genel kabul gördüğü söylenebilir<sup>14</sup>. Ancak işle ilgili öncelikle korunması gerekenin bağımlı çalışan işçi olması ve bizzat işçinin sağlık ve güvenliğinin tehdit altında olması sebepleri ile işçi sağlığı ibaresinin kullanımı da anlamlıdır ve öğretilerde birçok iş hukukçusu tarafından halen tercih edilmektedir<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi 1988/51 E., 1989/18 K. sayılı ve 2.5.1989 günlü kararı, aktaran İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar, Alanı ve Sınırları”, Anayasal Sosyal Haklar (Editör:İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012;15-35, s.18.

<sup>11</sup> Örnek, Yusuf Alper, “Bazı Ülkelerde İşçi Sağlığı-İş Güvenliği Uygulamaları ve Türkiye’deki Uygulama ile Karşılaştırılması”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 1988;83-101. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/9611>, erişim tarihi 05.08.2019.

<sup>12</sup> Murat Özveri, İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri, Birleşik Metal İş Yayınları, İstanbul 2015, s.15.

<sup>13</sup> Oğuz Topak, “İşçiden İş Kavramına Geçiş ve Değişikliğin Gizli İdeolojisi”. TTB Mesleki sağlık ve Güvenlik Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 7-12; <https://calismaortami.fisek.org.tr/>; <https://www.genelis.org.tr/isci-sagligi,3,2704>; <https://www.mmo.org.tr/kitaplar/isci-sagligi-ve-guvenligi-oda-raporu-vb>.

<sup>14</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.863-930; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

<sup>15</sup> Murat Özveri, “Türkiye’de Meslek Hastalıkları Alanında Yaşanan Hukuki Açmazlar”. Çalışma ve Toplum, 2018/2, s.749-786.

Çalışma ile ilgili sağlığın korunması, Devletin sağlamakla yükümlü olduğu dokunulmaz ve devredilmez bir hakkın konusu olması sebebiyle, kendi adına bağımsız çalışanlar açısından dahi emredici hükümlerle düzenleme yetkisi ve yerine getirme yükümlülüğü bulunan bir alandır. Günümüzde alışlagelmiş iş ilişkisinin sınırlarını zorlayan, esnek ve güvencesiz bağımlı çalışma modellerinin her geçen gün çeşitlenerek gündeme gelmesi ve ayrıca Türk hukukunda “memur” statüsü ile işvereni devlet olan çalışanların bulunması karşısında, işçi yerine “çalışan sağlığı” olarak ifade edilebileceği, hatta “mesleki sağlık ve güvenlik” ibaresinin uluslararası alan adının çevirisi olarak, aynı anlamda kullanılabileceği düşüncesindeyim.

Çalışan sağlığı ile amaçlanan, kişinin ölümü ya da beden bütünlüğünün bozulması/engelli olmasına neden olan iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesidir. Gerçekte iş ve işyerinin sağlıklı ve güvenli kılınması anlamında çalışan sağlığının, sadece fiziksel ve ruhsal koşulların değil, iş organizasyonunun da bu amaca yönelik yapılandırılmasını gerektiren, en geniş anlamda iş hukukunu bir bütün olarak kapsayan bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. İnsani olmayan fazla çalışma sürelerinin dikkat derecesini etkileyerek iş kazasına neden olması, dinlenme hakkı kullandırılmayan çalışanın ruh sağlığının bozulması ya da ücretin yeterli olmaması sonucu geçimini sağlayamayan çalışanın intihara sürüklenmesi gibi olaylar göz önüne alındığında, varlık sebebi iş ilişkisinde işverene göre ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan işçinin haklarının korunması olan iş hukukunun tüm kural ve kurumlarının gerçekte çalışan sağlığı kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. Bu çalışmada “işçi sağlığı ve iş güvenliği”, “iş sağlığı ve güvenliği” ile “çalışan sağlığı” ibareleri, aynı anlamı ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Bu noktada korunan çalışanın insan olarak varlığı, kişiliği ve onuru olmakla, çalışan sağlığı ve en geniş anlamda kapsadığı ve kapsamında olduğu iş hukuku, insan hakları hukuku ile doğrudan ilişkilidir. İnsanın en temel hakkı olan yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası, olmazsa olmaz koşulu olarak ifade edilen temel bir sosyal hak olarak sağlık hakkı, herkesin en yüksek düzeyde sağlık standartlarına sahip olma, bu bağlamda

sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkını kapsamaktadır<sup>16</sup>. Yetişkin hemen her insanın, yaşamının üçte birini geçirdiği işyeri ve/veya işle ilgili sağlık ve güvenliğinin sağlanması, en temel hak olan yaşam hakkının gerçekleşebilmesi, hayatta etkin kılınabilmesi için zorunludur. Bu sebeple, iş hukuku kapsamında çalışan sağlığı kuralları ve uygulaması, yaşam hakkı ve onun olmazsa olmaz koşulu olan sağlık hakkının yerine getirilebilmesi açısından önemlidir. İş ve işyeri koşullarının sağlıklı ve güvenli kılınmasını sağlayacak mühendislik ve tıp başta olmak üzere tüm alanlarda yürütülecek bilimsel çalışmaların yanı sıra, bu çalışmaların sonuçlarının uygulanmasını zorunlu kılacak hukuk kuralları ve kural-ların yaşama geçirilmesi için etkili bir kamusal organizasyon ile iş teftişi ve yargı denetimini sağlamak devletin yükümlülüğüdür.

## **b. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Çalışan Sağlığı**

İnsanın hukuki kişiliğinin tanınması, maddi ve manevi varlığını güvenlik içinde geliştirme, özgürce yaşama hakkının iktidar tarafından tanınması ve devlet gücünün uygulama sınırları olarak kabulü ile insan haklarından söz etmek mümkün olmuştur. Doğal hukuk doktrininden esinlenen 1766 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile bireyi devlete karşı koruyan, kişi güvenliği ve özerkliğini ve siyasal yaşama katılmasını sağlayan ve günümüz Anayasalarında “kişi hakları” ve “siyasal haklar” başlıkları altında düzenlenen birinci kuşak klasik haklar güvence altına alınmış, devlete bu özgürlükleri tanıma ve karışmama, yanı sıra üçüncü kişilerin karışmalara karşı garanti altına alma görevi verilmiştir<sup>17</sup>. Bu hakların en başta geleni yaşam hakkıdır. Günümüzde geçerli uluslararası belgelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2.maddesi 1.fıkra ilk cümlesi ile düzenlendiği hali ile olağanüstü hallerde dahi askıya alınmasına izin verilmeyen temel hüküm olarak herkesin yaşam hakkının yasa ile korunacağı esası, kişi güvenliğini sağlayacak biçimde devlet gücünün kullanım sınırlarını düzenlemekte-

<sup>16</sup> Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.206-207.

<sup>17</sup> Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.25-29.

dir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, devletin herkesin yaşama hakkını gerek devletin kolluk kuvvetleri, gerek üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğü önemle vurgulanmaktadır; “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, yaşam hakkını güvence altına alan ve ölüm cezası verilmesinin haklı olabileceği koşulları belirleyen 2. maddesi, Sözleşme’nin, askıya alınmasına izin verilmeyen en temel hükümleri arasında yer almaktadır... İşkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini vurgulamaktadır*”<sup>18</sup>

Yaşama hakkının kapsamı açısından, öldürülmeme ve kötü muamele görmeme ile sınırlı düzenlenmesinin yeterli olmadığı 19.yüzyılda sanayileşme ile ortaya çıkan ücretli ve bağımlı çalışma olgusunun, kadın ve çocuklar dâhil tüm işçilerin yaşam haklarını olumsuz etkilemesi ile anlaşılmıştır. Sözleşme serbestisi içinde, geçimlerini sağlamak için çalışmaktan başka çaresi olmayan yoksullar, işverenlerinin ortaya koyduğu koşulları kabul ederek, çok uzun sürelerle ve düşük ücretlerle, sağlıksız ortamlarda çalışmışlar ve ülkelerin gelecek nesillerinin varlığını tehdit edecek kadar çok ölüm ve engellilik ile sonuçlanan iş kazaları ve meslek hastalıkları ile karşılaşmışlardır. Bu duruma karşı verdikleri mücadele sonucunda devletlerin sosyal niteliğinin ortaya çıkması, iş ilişkisinde güçsüz olan işçinin korunmasına yönelik asgari çalışma koşullarının düzenlenmesi için devletin müdahalesi ile başlamış, iş hukuku olarak gelişecek bu alan, sosyal devlet ya da refah devleti anlayışının temelini atmıştır.<sup>19</sup> Zaman içinde dezavantajlı kesimlerin desteklenmesi ve çevrenin korunması açılarından devleti görevli kılmaya kadar genişleyen, temel hakların yaşama geçirilmesi için sosyal ve ekonomik hakların tanımlanması sürecini başlatan, işçinin korunması ihtiyacının ortaya çıkmasıdır.<sup>20</sup> Bu süreçte gelişen sosyal haklar, devlete bir hizmet sunma, güçsüz lehine kural koyma, uygulama ve denetleme görevleri yüklemiştir.

<sup>18</sup> Makaratzis / Yunanistan, 20 Aralık 2004 tarihli Büyük Daire kararı, § 56, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/hayat/Right%20to%20life%20\(Ya%C5%9Fam%20Hakk%C4%B1\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/hayat/Right%20to%20life%20(Ya%C5%9Fam%20Hakk%C4%B1).pdf), erişim tarihi 01.08.2019.

<sup>19</sup> Özge Yücel Dericiler, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.26; Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul 1978, s.70.

<sup>20</sup> Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.25.



Ulusal Anayasalarda daha önce düzenlenmiş olmakla birlikte, küresel ölçekte klasik hakların yanı sıra sosyal hakların ilk olarak 1948’de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile tanımlandığını söyleyebiliriz<sup>21</sup>. Bildirinin, tavsiye niteliği taşıdığı, herhangi bir denetim mekanizmasına yer verilmediği ve hukuki bağlayıcılığının bulunmadığı değerlendirilmekle birlikte, uluslararası ve ulusal düzeyde siyasi ve moral etkisi önem taşımaktadır<sup>22</sup>. Bildirgenin önsözünde; tüm insanların sahip olduğu onurun ve eşitliğinin korunmasında devredilemez haklarının tanınmasının özgürlük, adalet ve dünya barışının temeli olduğu belirtilmektedir. İnsanlık vicdanını isyana sevk eden vahşiliklerin sebebi olarak insan haklarının tanınmaması ve hor görülmesi gösterilmekte, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların, içinde söz ve inanma özgürlüklerine sahip olacakları bir dünya amacı, insanın ana hakları, kişilik, onur ve değeri ile kadın ve erkek eşitliği yanı sıra sosyal ilerleme ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi hayat şartlarını kurma kararı ilan edilmektedir<sup>23</sup>. Bu açıdan önsöz ile yoksulluktan kurtulma, sosyal ilerleme ve daha iyi hayat şartlarının özgürlüklerin ön koşulu olarak amaçlar arasında sayılması, insan hakları anlayışının özgürlüklerden öte, ekonomik ve sosyal hakları kapsayacak şekilde ele alındığının ifadesidir. Beyanname maddelerinde, kişi hak ve özgürlükleri yaşam hakkından başlayarak düzenlenmekte, ardından siyasal haklar ve “sosyal güvenlik” ile başlayarak devam eden ekonomik ve sosyal haklar yer almaktadır.

Bir bütün olarak insan haklarının amacı, insan onurunun korunması ve kişi olarak varlığına saygı duyulmasıdır. İnsan haklarının, metodolojik ve tarihsel açıdan klasik haklar ve sosyal haklar olarak ayrılmasının, amaçları ve özü açısından bir önemi bulunmamaktadır. Kişisel ve siyasal hakların korunması ve yaşama geçirilmesi için, sosyal ve ekonomik hakların güvence altına alınması gereklidir. *Kişi hak ve özgürlükleri ile siyasal hakların sağlıklı ve yeterli ölçüde kullanılabilmesi sosyal hakların varlığına bağlıdır*<sup>24</sup>. Toplumun ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz bireylerinin,

<sup>21</sup> Umüt Omay, Sosyal Haklar Kısa ve Eleştirel Bir Bakış, Beta İstanbul 2011, s.8.

<sup>22</sup> Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.77.

<sup>23</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>

<sup>24</sup> Ali Güzel, “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, Anayasal Sosyal Haklar (Editör:İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012;279-289, s.279.

sosyal ve ekonomik hakları olmaksızın, kişisel ve siyasal haklarını bilinçli ve özgürce kullanmaları mümkün değildir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde “*insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı*” olarak ifade edilen bu temel ilke, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 4 Aralık 1950 yılındaki bildiriminde “*kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yakın ilişkili ve birbirine bağlı haklar*” olduğu ve “*ekonomik, siyasal ve kültürel haklardan yoksun olan insanın Evrensel Beyanname 'de öngörülen özgür insan olamayacağı*” şeklinde ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır<sup>25</sup>

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 23.maddede düzenlenen “*çalışma hakkı*” kapsamında, işini serbestçe seçme, adil ve elverişli çalışma şartları, işsizlikte korunma yanı sıra “*eşit işe eşit ücret*”, işçinin kendisine ve ailesine insan onuruna yakışır bir yaşam sağlayacak düzeyde ve sosyal koruma ile desteklenen adil ve elverişli bir ücret ile sendikalar vasıtasıyla örgütlenme ve çıkarlarını koruma hakları, 24.maddede “*dinlenme hakkı*” kapsamında, eğlenme, çalışma sürelerinin uygun ölçüde sınırlandırılması ve ücretli tatil hakları belirtilmektedir. Bu maddelerin kapsamında yer alan hakların tamamı, geniş anlamda çalışanın sağlığının korunması açısından elzemdir, dar anlamda ise adil ve elverişli çalışma şartları sağlanması hedefinin, iş sağlığı ve güvenliğini ifade ettiği söylenebilir.

Nitekim evrensel düzeyde sosyal haklarla ilgili ikinci önemli belge olan Birleşmiş Milletlerin 16 Aralık 1966'da kabul ettiği ve Türkiye'nin 2003'de usulüne uygun yürürlüğe koyarak iç hukukunun bir parçası haline getirdiği ‘Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin “Adil ve Uygun İşte Çalışma Şartları” başlıklı 7.maddesi (b) bendi ile “Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları” özellikle güvence altına alınmıştır<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Gülmez, Mesut, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE.), Ankara 1993, s. 20-21'den aktaran Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”.TBB Dergisi, Sayı 77, 2008;123-166, s.127.

<sup>26</sup> <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/3507--Ekonomik,-Sosyal-ve-Kulturel-Haklara-Iliskin-Uluslararası-Sozleşme.pdf>

Sosyal haklar ve bu bağlamda çalışan sağlığı ve iş güvenliğinden söz edildiğinde, uluslararası düzeyde Birleşmiş Milletlerin çalışma ve sosyal adalet alanlarında uzman kuruluşu, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşme ve tavsiye kararlarına da değinilmesi gereklidir. ILO, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde devletin işçi lehine müdahalesinin ifadesi iş hukukunun sosyal tarafları kabul edilen işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinden oluşan üçlü bir yapı temelinde, çalışma hayatına ilişkin standart belirleme ve çalışma hayatını düzenleme işlevlerini sözleşmeler ve tavsiyeler yolu ile kural koyarak, denetim mekanizmaları ve teknik yardım yoluyla uygulanmasını sağlayarak yerine getirmeye çalışmaktadır<sup>27</sup>. ILO'nun en önemli etkinlik alanlarından birisi, çalışanın işle ilgili yaşam ve sağlığının korunmasına yönelik iş sağlığı ve güvenliğidir.<sup>28</sup> ILO'nun çalışma koşulları ile ilgili sözleşme ve tavsiye kararları, bu kapsamda işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda genel kuralları içeren "31,97,112,164 ve 176 sayılı tavsiyeler ile 155 ve 183 sayılı sözleşmeler" yanı sıra, özel tehlikelere karşı koruma düzenleyen sözleşme ve tavsiyeleri, alanla ilgili uluslararası hukuk kaynakları arasında kabul edilmektedir<sup>29</sup>. İşçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin 1981 tarih ve 155 sayılı ILO sözleşmesini onaylayan devletler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda uygun bir ulusal politikayı uygulamaya koymak ve düzenli olarak gözden geçirme taahhüdü altındadırlar<sup>30</sup>. ILO'nun 1985 tarihli ve 161 Nolu İş Sağlığı Hizmetleri Sözleşmesi ile 2006 tarihli ve 187 Nolu İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi ile 197 sayılı Tavsiye Kararınının, 155 sayılı temel sözleşmenin geliştirilerek uygulanması anlamında önemine ayrıca değinmek gereklidir<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Mesut Gülmez, Uluslararası Sosyal Politika, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara 2000, s.59-129; Özge Yücel Dericiler, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.184-185.

<sup>28</sup> Zeki Erdut, Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, Dokuz Eylül Yayınları, Ocak 2002, s.64.

<sup>29</sup> Mesut Gülmez, Uluslararası Sosyal Politika, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara 2000, s.145.

<sup>30</sup> Zeki Erdut, Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, Dokuz Eylül Yayınları, Ocak 2002, s.64.

<sup>31</sup> Derya Koçak, Deniz Boz Eravci, Burak Ayan, Elif Çelik, Özge Akaner (Yayına hazırlayanlar) İş Sağlığı ve Güvenliği İle Standartları Sağlıklı ve Güvenli Bir Çalışma Ortamının Geliştirilmesi (ILO standards on oc-

Bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi'nin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı kapsamında yer alan sosyal haklar arasında “adil ve uygun çalışma koşulları” başlığı altında çalışan sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili hükümler düzenlenmektedir. Türkiye'nin üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi'nin sosyal hakları düzenleyen belgesi olan GGASS, 3 Mayıs 1996 tarihinde imzaya açılarak 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye'de 1 Ağustos 2007 tarihinde iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. GGASS'nın başlangıç kısmında ifade edildiği üzere, Avrupa Konseyine üye Devletlerin halklarına, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi ile 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzaya açılan Ek Protokollerde belirtilen sivil(klasik/kişi hakları) ve siyasi özgürlükleri ve yine 18 Ekim 1961 tarihinde Torino'da imzaya açılmış olan Avrupa Sosyal Şartı ve buna ek Protokoller ile yaşam standartlarını ve sosyal refah düzeyini yükseltmek için düzenlenen sosyal hakları sağlamayı kabul ettiklerini dikkate alarak, 1961'den sonra ortaya çıkan sosyal gelişmeler ve ihtiyaçları gözetenek yeni hakların eklenmesi ile düzenlenen GGASS içeriği ile ilgili mutabık kaldıkları belirtilmektedir<sup>32</sup>.

GGASS'nın, kendisinden önceki uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeleri, en güncel biçimde kapsamlı tanımlayan “Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı” başlıklı 3.maddesinde;

*“Akit Taraflar, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere;*

*1- İş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamı hakkında tutarlı bir ulusal politika oluşturmayı, uygulamayı ve bunu belli aralıklarla gözden geçirme-*

cupational safety and health. Promoting a safe and healthy working environment. Report III (Part 1B), International Labour Conference, 98th Session, 2009, Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre), ÇASGEM Yayını, Ankara 2018, s.XII.. <http://www.casgem.gov.tr/dosyalar/yayinlar/582/dosya-582-4752.pdf>, erişim tarihi 07.08.2019.

<sup>32</sup> <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sarti/>, erişim tarihi 07.08.2019.

yi, bu politikanın temel hedefi, iş güvenliği ve iş sağlığını iyileştirmeyi ve özellikle çalışma ortamının doğasından kaynaklanan tehlike sebeplerini en aza indirmek yoluyla, çalışma sırasında ortaya çıkan ya da bununla bağlantılı olan hastalıkları ve kazaları önlemeyi;

2- Güvenlik ve sağlık alanlarında yönetmelikler hazırlamayı;

3- Denetim yoluyla bu yönetmeliklerin uygulanmasını sağlamayı;

4- Tüm çalışanlar için, aslen koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip iş sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesini desteklemeyi; taahhüt ederler” hükmü yer almaktadır<sup>33</sup>.

Bir diğer uluslararası belge olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’da, kişi özgürlükleri, siyasal ve sosyal temel hakları bir arada düzenlemekte, “adil ve uygun çalışma koşulları” başlıklı 31.madde, “dayanışma” ana başlığı altında yer alan sosyal haklardan birisi olarak düzenlenmektedir<sup>34</sup>. Türkiye, Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte, Avrupa hukuku bir bütün olarak denetim organları tarafından göz önüne alındığından, GGASŞ’nın denetim organı Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ve özellikle bireysel başvuru yoluyla AİHM yargılamalarında dikkate alınabilecek standartlar arasında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın içerdiği hükümler de önem taşımaktadır.

İnsan onurunun korunması, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için öncelikle sağlıklı ve güvenli koşullarda yaşamasının güvence altına alınması gerektiği uluslararası hukukta kabul gören temel bir ilke, bir gerçektir. Türkiye, usulüne uygun onaylayarak iç hukukunun bir parçası haline gelen tüm bu uluslararası belgelerde yer alan, en güncel hali ile tam metni yukarıya alınan GGASŞ’nın “Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı” başlıklı 3.maddesi içeriğindeki taahhütlerini

<sup>33</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>, erişim tarihi 01.08.2019.

<sup>34</sup> Mustafa Alp, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 6, Sayı : 1, 2004, s.1-41, s.4. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 07.08.2019.

yerine getirmekle yükümlüdür. Bağımlı çalışanlar ve hatta tüm çalışma yaşamındaki nüfus açısından, yaşamının üçte birini geçirdiği işyeri ve işle ilgili sağlık ve güvenliğin sağlanması, devletin sadece uluslararası sözleşmeler ile taahhüt altına girdiği bir yükümlülük değil, çağdaş anlamda hizmet örgütü vasfı nedeniyle varlık sebebi olmaktadır.

### c. Anayasa'da Çalışan Sağlığı ve İş Güvenliği

Devlet çalışanların sağlığını ve iş güvenliğini, uluslararası belgeler ve Anayasal hükümler çerçevesinde sağlamakla yükümlüdür. Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa'nın 2.maddesinde sosyal bir devlet olarak tanımlanmaktadır. Anayasa'nın 5.maddesinde; "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın, devletin temel amaç ve görevlerinden olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısım, Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17 madde 1.fıkrasında; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu maddede düzenlenen yaşam hakkının hayata geçirebilmesinin ön koşulu, en temel sosyal hak olan "sağlık hakkı" ise, "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde, "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56.maddede yer almaktadır. Bu maddede; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği hükmü yer almaktadır.

Çalışma ile ilgili hükümler, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı altında ayrıca özel olarak düzenlenmektedir. Bu kapsamda; "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49.maddede Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışan-

ları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50.maddede; kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu ve ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Sosyal güvenlik hakkını düzenleyen Anayasa'nın 60.maddesi, sosyal koruma ve iş kazası ve meslek hastalığı halinde sağlık ve gelir güvencesi oluşturma anlamında devlete görev vermektedir.

Öğretide belirtildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliğinden, Anayasa'da açıkça söz edilmemekle birlikte, ilgili maddeler bu ödevi devlete yüklemektedir. Çalışma hakkı; sadece bir işe sahip olmakla sınırlı değil; iş güvenliği, işyerinin sağlıklı olması, çalışan çocuk, kadın ve gençlerin özel olarak korunması, ücretli tatil ve dinlenme, yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılma gibi çalışma ortam ve koşullarının sağlıklı ve güvenli olmasını sağlayacak birçok hakkı kapsayan nitelikte anlaşılmalıdır<sup>35</sup>. Devletin iş sağlığı ve güvenliğini tüm çalışanlar için sağlamak amacıyla kural koyması; etkili bir iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı oluşturması, gerekli gözetim ve denetimi sağlayacak organizasyonu oluşturması; güçlü bir iş teftiş örgütü (kurumu) kurması ve mevzuatın etkin uygulanmasının güvencesi olarak hukuki, idari ve cezai yaptırımların uygulanmasını sağlaması gerekmektedir<sup>36</sup>.

Anayasa'nın Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları, başlıklı 65.maddesi ile devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, insan hakları hukuku çerçevesinde sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması, demokratik toplum ve

<sup>35</sup> İbrahim Ö.Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar, Alanı ve Sınırları”, Anayasal Sosyal Haklar (Editör: İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012; 15-35, s.18.

<sup>36</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.865.

laik cumhuriyet gereklerine aykırı olmaması, hakkın özüne dokunmaması ve ölçülülük ilkesini zedelememesi gerekmektedir<sup>37</sup>. Çalışanın işle ilgili sağlık ve güvenliğinin korunması, insan hakları hukuku açısından olağanüstü koşullarda dahi dokunulamaz ve devredilemez çekirdek hak “yaşam hakkı” ile doğrudan ilgilidir. Yargı kararlarında, yaşam hakkı ile doğrudan ilişkilendirilebilen sosyal haklarla ilgili 65.maddenin ileri sürülemeyeceğine hükmedilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir davada devletin sosyal haklardan doğan ödevlerinin sınırını gösteren 65. madde hükümlerinin, sağlık hakkının yalnızca 56. maddede getirilen sağlık hizmetleri bakımından uygulanacağına; sağlık hakkının 17. maddede korunan değerlerle ilgili boyutunda 65. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir<sup>38</sup>. Dolayısı ile Anayasa 65.maddenin, çalışanın hayatının ve vücut bütünlüğünün korunması anlamında “iş sağlığı ve güvenliği” açısından Devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak ileri sürülmesi mümkün olmasa gerektir.

Anayasa'nın “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90.madde hükmü, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında, Türkiye'nin onaylayarak uygulama taahhüdü altına girdiği sözleşmelerin ve belgelerin iç hukukta uygulanmasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Bu maddede; usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacağı açıkça düzenlenmektedir. Her durumda, sağlıklı ve adil çalışma koşulları kapsamında devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi, yaşam hakkı ile ilişkisi içinde zorunlu bulunmaktadır.

<sup>37</sup> Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.91-104.

<sup>38</sup> Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 69, No. 1, 2014, s. 165 – 188, s.170. (Örnek olarak AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T.16.07.2010)



## 1. TEMEL HAKLARLA İLGİLİ DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE UYGULAMADA ÇALIŞAN SAĞLIĞI

### a. Genel olarak Temel Haklarla İlgili Devletin Yükümlülükleri ve Çalışan Sağlığı

Günümüzde özellikle Birleşmiş Milletler sisteminde esas alınan üçlü tipolojiye göre; devletlerin insan hakları ile ilgili olarak, hakkın varlığına saygı gösterme, hakkı koruma ve hakkın gereğini yerine getirme olarak ifade edilen üç tür yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Devletin hakkın varlığına saygı gösterme yükümlülüğü, bireyin özgürlüklerine müdahale etmemesini, koruma yükümlülüğü, bireyin haklarına üçüncü kişilerce yapılacak müdahalelerin devlet tarafından önlenmesini ve yerine getirme yükümlülüğü, bireyin kendi çabaları ile güvence altına alamayacağı ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak üzere devletin gereklilikleri yerine getirmesi olarak kısaca açıklanmaktadır. Avrupa Konseyi sisteminde ise, özellikle AIHM'nin değerlendirmelerinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinden yola çıkılarak değerlendirme yapıldığı belirtilmektedir.<sup>39</sup> Devletin karışmama ve 3.kişilerin müdahalesini engelleme görevleri “negatif yükümlülükleri” olarak değerlendirilirken, hakkın uygulanmasını sağlamak amacıyla kural koyma ve korumanın yeterli olmadığı, yönetsel açıdan uygulanması için organizasyon, etkin idari ve yargısal denetimle yerine getirilmesi için görevli olduğu, sosyal haklar vasıtası ile ancak kişi hakları ve siyasal özgürlüklerin uygulanabildiği konularda görevleri “pozitif yükümlülük” olarak nitelendirilmektedir.

Devletlerin sosyal haklarla ilgili yükümlülükleri, öğretide yine bu çerçevede; saygı gösterme, koruma ve sağlama/yerine getirme olarak tanımlanmaktadır. Devletin sosyal hakka saygı göstermesi, yasal olarak tanınmasını ve ihlal etmekten kaçınmasını/ihlallere karşı idari ve yargısal denetim ile güvence altına almasını gerektirir. Sendika kurma ve üye olma hakkı, devletin saygı gösterme yükümlülüğünü doğuran sosyal

<sup>39</sup> Özge Yücel Dericiler, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.131-132.

hakka örnek olarak gösterilmektedir. Koruma yükümlülüğü, temel hak-tan yararlanan kişi ya da kişi grubunun başka bir kişi grubu karşısında zayıf olması halinde, bu daha güçlü üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere karşı güvence altına alınması görevini ifade eder. İş hukuku bir bütün olarak, devletin işveren karşısında ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan işçinin korunması için yasal düzenleme yapması ve uygulanmasını sağlaması gereken bir alan olarak örnek verilmektedir. Devletin yerine getirme/sağlama yükümlülüğü, bireyin haklarını kendi iradesi ve gücüyle gerçekleştiremediği durumlarda zayıf olanı koruyarak ve onunla dayanışmak suretiyle, fırsat eşitliği ve sosyal adaleti sağlayabileceği alanlarda ortaya çıkacaktır. Bir sosyal hakkın bu yükümlülüklerden sadece birini gerektirebileceği gibi, tek bir sosyal hakkın aynı anda üç yükümlülüğü de doğurmasının mümkün olduğu, Avrupa Birliği temel sosyal hakları ile ilgili dayanışma bölümünü hazırlayan Braibant/Meyer modelinin de bu üç farklı yükümlülük görüşünü benimsediği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

İş hukukunun bağımsız bir hukuk alanı olarak varlık nedeni, iş sözleşmesi/ilişkisinde işveren tarafından ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan işçinin korunmasıdır<sup>41</sup>. Sosyal devlet anlayışı içinde, gerek işçi lehine asgari koşulların düzenlenmesi, gerek denetimi ve uygulanmasının sağlanması anlamında devlet müdahalesinin temel olduğu ve devletin sosyal taraflar arasında sayıldığı hukuk alanıdır. Bu kapsamda iş sağlığı ve güvenliği olarak ifade edilen, çalışanın sağlığının iş ilişkisinde korunması, devletin yaşam hakkının gereğini işle ilgili yerine getirmesi anlamındadır. Devletin iş sağlığı ile ilgili yükümlülükleri, yaşam hakkına saygı koruma ve gereğini yerine getirmenin doğrudan bir sonucu ve gereğidir. Devlet bu yükümlülüklerini, işle ilgili olarak kural koyma, organizasyon oluşturma ve etkin idari ve yargısal denetim yolu ile sağlamak zorundadır. İdari denetimin, Türk hukukundaki adı ile iş teftişinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile esin kaynağı 89/391 sayılı Avrupa Bir-

<sup>40</sup> Mustafa Alp, "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 6, Sayı : 1, 2004, s.1-41,s.13. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 07.08.2019, s.13-15.

<sup>41</sup> Gaye Burcu Yıldız, "İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2; 733-748, s.734. <http://www.calismatoplum.org/sayi57/yildiz.pdf>, erişim tarihi; 01.08.2019.

liği Çerçeve Direktifi ile sağlanmaya çalışılan “önleme” amacını yerine getirecek etkinlikte olması zorunludur. Çünkü her ne kadar yargısal denetimin, tekrar aynı hatalara düşmeme doğrultusunda sadece işverenlere değil, devlete de yol gösterici ve caydırıcı niteliği bulursa da konusu olan ölüm ya da beden bütünlüğü bozulmasının öznesi kişiyi canlandırma ya da sağlıklı kılma gücü bulunmamaktadır. İş kazalarının ya da meslek hastalıklarının telafı ya da tazmini, o kaza veya meslek hastalığına uğramış ve yaşamını yada bedensel bütünlüğünü kaybetmiş çalışanlar açısından, hayata ve sağlığa yönelen iş ve işyeri ile ilgili risklere karşı koruma ve önleme işlevine sahip değildir<sup>42</sup> Bu sebeple, önlemeye yönelik organizasyon ve etkin idari denetim yaşam hakkının korunması için zorunludur ve yargısal pratiğin de “telafı” den öte “caydırıcılığı”, dolayısı ile yine yaşam hakkını güvence altına almayı sağlayacak etkinlikte olması gerekir.

### **b. Örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Işığında Yaşam Hakkının Kapsamı, Devletin Yükümlülükleri ve Çalışan Sağlığı**

Türkiye'nin usulüne uygun kabulü ile iç hukukunun bir parçası olan, kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak anılan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi (AİHS)'nin içerdiiği hakların Devletlerce uygulanmasının etkinliği, sözleşme çerçevesinde bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yargısal denetimine tabidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, sözleşme kapsamındaki kişi haklarının gerçekleştirilmesi için gerekli sosyal haklar açısından GGASS'na, ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Birliği belgelerine referans yapılabilmekte<sup>43</sup>, bu açıdan

<sup>42</sup> Annie Thebaud-Mony, Çalışmak Sağlığa Zararlıdır (Fransızca'dan Çeviren: Ayşe Güren), Ayrıntı Yayınları, 2012 İstanbul, s.257.

<sup>43</sup> Luis Jimena Quesada, “Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması” (Çeviren: İbrahim Ö. Kaboğlu), Anayasal Sosyal Haklar (Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012;65-71, s.68: “Şart'ın öngördüğü veya alınmasını öngördüğü önlemler, ulusal mevzuatın öngördüklerinden daha üstünse, o zaman Şart'ı ve Avrupa Komitesi'nin içtihadını –özürlükler lehine olanı- (Favor Libertatis Prensibi) uygulamak gerekir ... Örnek: ... Memurların sendikal hakları ile ilgili Demir ve Baykara Türkiye'ye karşı 2008 tarihli (AİHM, yazarın notu) kararı da, benzer bağlamda Avrupa Sosyal Şartı'nı açıkça dayanak almıştır; itiraz konusu olan Şart hükmü, savunmacı devlet (Türkiye, yazarın notu) tarafından onaylanmadığı halde”

(GGASŞ) bu çalışmanın konusu olan çalışan sağlığı ve genel olarak iş hukuku kapsamındaki haklar açısından Türkiye’de yargı kararlarına etkili olabilmektedir. Öyle ki, Türkiye’nin GGASŞ’nda çekince koyduğu maddeler dahi yargı kararlarında, AIHM’nin kararlarında GGASŞ’ının ilgili hükümlerini uyguladığı gerekçesi ile hukuksal dayanak olarak göz önüne alınabilmektedir<sup>44</sup>.

AIHM, devletçe sağlığın korunmasını AIHS’nin 2.maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında ele almaktadır. Bu değerlendirmenin yapıldığı örnek bir karar, 1993’de İstanbul Ümraniye çöplüğünde meydana gelen metan patlaması sonucu akrabalarının ölmesi ve mülkünün yıkılması ile ilgili ceza davalarında belediye başkanlarının görevi ihmal suçundan para cezasına çarptırılmasını ve hükme bağlanmakla birlikte ödenmeyen tazminatları yeterli bulmayan Öneriyıldız’ın başvurusu ile

<sup>44</sup> Örnek olarak; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 2017/28281 E.-2018/3771 K. Sayılı ve 22.2.2018 tarihli karar gerekçesinde; “Grev hakkı bakımından önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Sosyal Şartı ve denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin yorumudur. Avrupa Sosyal Şartının 6/4. maddesinde “grev hakkı dahil toplu eylem hakkı” düzenlenmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi maddeyi yorumunda: grev hakkının sadece toplu iş sözleşmesi prosedürü sırasında ve bu prosedürle bağlantılı olarak kullanılmayacağını kabul etmektedir. Komiteye göre: toplu iş sözleşmesi prosedürü dışında, işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin bildirildiği dönemde bir grup işçinin bunu önleme veya işten çıkarılanların geri alınması için yaptıkları eylemler toplu eylem hakkı kapsamında yer alır. Belirtmek gerekir ki Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı’nın 5 ve 6. maddelerini onaylamamıştır. Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Türkiye’ye ilişkin kararlarında Şartın ilgili hükümlerini uygulamıştır... AIHM, Türkiye aleyhinde verdiği kararda toplu iş sözleşmesi prosedürü ile bağlantılı olmayan 1 günlük genel grevin Hükümet tarafından yasaklanması ve çalışanlara disiplin cezası uygulanmasının AIHS ve Avrupa Sosyal Şartı ve... ile benimsenen kurallara aykırı olduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak, uluslararası normlar uyarınca; işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını etkileyen veya işyerindeki uygulamalara yönelik olarak kısa süreli, demokratik bir hakın kullanımı niteliğindeki protesto eylemleri toplu eylem hakkına dâhildir. Bu gibi eylemler salt politik nitelikte olmadıkça yasaklanamaz... 08.09.2015 tarihinde iş sözleşmeleri feshedilen Dairemizce de iş sözleşmelerinin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilen... ve... isimli işçilerin işten çıkarılmasını protesto ve işten çıkarılanlara destek olmak için işyerinde bir kısım işçilerin 09.09.2015 günü işi bıraktıkları bu eylemin 11.09.2015 tarihine kadar 3 gün boyunca devam ettiği, davacının da işi bıraktığı ve görevini yapmadığı yönünde tutanak tutulduğu, buna göre davacının da eyleme katıldığı anlaşıldığı her ne kadar işçilerin işten çıkarılan işçilere yönelik dayanışma amacıyla iş yavaşlatabilecekleri, protesto eylemi yapabilecekleri kabul edilse de somut uyuşmazlıkta bunun 3 gün kadar sürdüğü dikkate alındığında eylemin ölçülü kabul edilemeyeceği, işveren açısından haklı fesih imkanı doğduğu ancak işverence eyleme katıldığı kabul edilip sonradan baskıyla eyleme katıldığı söylenerek işe devam etmek isteyen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmediğinin belirtildiği, işverenin eşit işlem borcuna uygun davrandığını somut olarak kanıtlayamadığı, bunun haklı feshi, haksız duruma düşüreceği ancak feshin geçerliliğini etkilemeyeceği anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığı kabulüyle davanın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir” denerek, “ölçülülük” ilkesine aykırılık nedeni ile ret kararı verilmişse de, dayanışma amaçlı grev ve protesto eylemlerinin, ölçülü kabul edildiği takdirde fesih nedeni olamayacağı vurgulanmaktadır(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-28281-k-2018-3771-t-22-2-2018>, erişim tarihi 07.08.2019)

ilgili 2004 yılında verilmiştir<sup>45</sup>. AİHM, Öneriyıldız-Türkiye davasında, benzer başvurulardaki yaklaşımını sürdürerek, 2.maddenin devletlere yetki alanlarında bulunanların yaşamlarını güvence altına almak için uygun adımlar atma konusunda pozitif yükümlülükler getirdiğini yinelemiştir. Kararda; *“Bu yükümlülüklerin kamusal olsun veya olmasın yaşam hakkının tehlikede olabileceği her eylem bağlamında ve özellikle de nitelikleri gereği çok tehlikeli olan çöp toplama alanları gibi endüstriyel faaliyetlerde uygulanabilir oldukları şeklinde yorumlanmaları gerekir”* denmektedir.

AİHM bu kararında, “Tehlikeli eylemler” ile ilgili Avrupa standartlarına atıfta bulunarak, tehlikeli faaliyetler sonucu meydana gelen ölümlerin önlenmesi ile ilgili esasa ilişkin prensipleri ortaya koymuştur. AİHM’e göre: 2. madde uyarınca yaşamı güvence altına almak amacıyla her türlü gerekli adımların atılması yönündeki pozitif yükümlülük, her şeyden önce devletin yaşam hakkını tehlikeye sokan durumlara karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere bir kanuni ve idari yapı oluşturmamasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, söz konusu etkinliğin kendine özgü niteliklerine ve insan hayatı açısından oluşturduğu potansiyel riske uygun olarak etkinliğe ruhsat verilmesini, hazırlanmasını, etkinliğin işletimini, güvenliğini ve denetimini düzenleyen; tüm ilgililerin açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik pratik önlemleri almasını zorunlu hale getiren yönetmelikler hazırlanmasını gerektirmektedir. Bu önlemler arasında, AİHS kurumlarının içtihatları tarafından belirlenen kamunun haber alma hakkına da özellikle önem verilmelidir. İlgili yönetmelikler, söz konusu etkinliğin teknik yönlerini de göz önüne alarak, ilgili süreçteki eksiklikleri ve farklı düzeylerdeki sorumlular tarafından yapılmış olabilecek hataları belirlemeye yönelik uygun süreçler oluşturmalıdır.

AİHM usul açısından ise, 2. maddenin öngördüğü yasal sistemin, bazı asgari standartları karşılayan ve tehlikeli bir etkinliğin can kaybı-

<sup>45</sup> Douwe Korff, Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No.8, Belçika 2006, s.62-64. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitapları/yasam\\_hakki.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitapları/yasam_hakki.pdf), erişim tarihi 01.08.2019.

na yol açması halinde soruşturmanın bulguları çerçevesinde cezaların uygulanmasını sağlayan bağımsız ve tarafsız bir resmi soruşturma usulünü hükme bağlaması gerektiğini belirtmektedir. Bu gibi davalarda, yetkili makamların büyük bir gayretle ve ivedilikle çalışması ve ilk olarak olayın meydana gelme şartları ile denetim sisteminin işleyişindeki aksaklıklar, ikinci olarak da söz konusu olaylar zincirinde herhangi bir şekilde rol oynayan devlet görevlileri ya da makamları saptamak için soruşturma açmaları gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Resmi soruşturma aşamasının ulusal mahkemelerde işlemlerin başlatılmasına neden olduğu durumlarda 2. maddenin şartlarının geniş yorumu ile dava aşaması da dâhil tüm işlemlerin kanun yoluyla hayatı korumaya yönelik pozitif yükümlülüğün şartlarını karşılaması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu gerekliliklerin, hiçbir şekilde 2. maddenin başvurana üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkını verdiği ya da tüm yargılamaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma yükümlülüğü olduğu anlamına gelmediği, ancak diğer taraftan ulusal mahkemelerin hiçbir şekilde hayatı tehlikeye atan suçları cezasız bırakmaması gerektiği de kaydedilmektedir. Halkın güveni ve hukukun üstünlüğüne uyumu sağlamak, yasadışı fiillere hoşgörü ya da katılımı engellemek için bunun şart olduğu, dolayısıyla AİHM'in bu noktada görevinin, kullanılan yargı sisteminin caydırıcı etkisinin ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde bu sistemin oynaması gereken rolün zayıflatılmaması için, ulusal mahkemelerin 2. madde ile öngörülen dikkatli inceleme şartını yerine getirip getirmediğini ve ne kadar getirdiğini belirlemekten ibaret olduğu belirtilmektedir. Bu davaya konu olayın usulü açıdan değerlendirmesinde, Türkiye'deki ceza hukuku prosedürleri tehlikeli faaliyetler ile ilgili olarak yaşam hakkını koruma hususunda teorik olarak yeterli görünmemiş, soruşturmayı yürüten makamların “örnek teşkil edecek bir ivedilikle” hareket etmeleri, özenli davranmaları ve olayla ilgili sorumluları belirlemeleri görülmekle birlikte, cezai yargılamaların kapsamının çok sınırlı tutulması, cezai hükümde yaşam hakkını koruma görevinin yerine getirilmemesinin sorumluluğu tespit edilmeden belediye başkanlarının sadece “görevi ihmal” ile sınırlı yargılanması ve sonuçta çok az para cezasına çarptırılarak cezaların ertelenmesi uygun bulunmamıştır. Sonuç olarak, tehlikeli bir eylemin yü-

rütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak, yaşama hakkının “kanunla” yeterince güvenceye alınamaması ve gelecekte insan hayatını tehlikeye atan benzeri davranışların caydırılmaması nedeniyle AİHS’in 2. maddesinin usulü yönden de ihlalinin söz konusu olduğu değerlendirilmiştir.

AİHM’in bu karar gerekçesi çerçevesinde; Soma Maden Faciası ile ilgili olarak Devlet Denetleme Kurumu raporu ile: “*Aralarında facianın meydana geldiği ocağın da yer aldığı işletmeler, proje aşamasından başlayarak, üretim süreçlerinde iş sağlığı ve güvenliği standartlarına uygun olmayan çok sayıda yanlışlık ve eksiklikle üretimlerini sürdürmüşlerdir. Bu olgu, var olan denetim mekanizmalarının işlev ve etkinlikleri konusunda önemli bir ölçü oluşturmaktadır*” tespiti yapılmasına ve soruşturmayı yürüten Soma C. Başsavcılığı’nın görevlendirdiği ‘Bilirkişi Heyeti Raporu’nda çeşitli nedenlere bağlı olarak denetim sorumlulukları nedeniyle ilgili iş müfettişlerine birçok yönden asli/ tali kusur izafe edilmesi sebebi ile bakanlıktan İş Teftiş Kurulu İş Müfettişleri hakkında “soruşturma izni” istenmesine rağmen, bu istemin Bakanlık tarafından reddedilmesi halinin, devletin yaşam hakkının gereğini yerine getirmede, tehlikeli bir faaliyet olduğu belli olan maden işi ile ilgili çalışan sağlığının korunması açısından, “caydırıcılık” sağlayan etkin bir yönetsel pratik olmadığı sonucuna varılması güç olmasa gerektir. Bu ve benzer kararların ışığında Soma maden faciasında hayatını kaybeden ve yaralananlar açısından idarenin 1. derece sorumlu olduğu Türkiye Barolar Birliği raporunda tespit edilmektedir<sup>46</sup>. AİHM’in bu kararının esas ve usul yönünden ortaya koyduğu prensipler, çalışan sağlığı açısından devletin yükümlülüklerini yerine getirmesinde rehber olarak kullanılabilir niteliktedir.

<sup>46</sup> Av. Serkan Cengiz, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Soma Maden Faciası Raporu, TBB Yayınları:269, s.139(Dipnot 206)Ankara 2014, [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112\\_somamadenfaciasipdf.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112_somamadenfaciasipdf.pdf), erişim t. 01.08.2019.

## c. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Yükümlülükleri ve Çalışan Sağlığı

### 1) Norm Denetimi Kararları:

Anayasa Mahkemesi'nin "hukuk devleti" ilkesi temelinde yasama faaliyetinin Anayasa'ya uygun yerine getirilmesinin güvencesi olarak, norm denetimi işlevi bulunmaktadır. Devletin insan hakları kapsamında çalışan sağlığı ile ilgili yükümlülükleri açısından önem arz eden, sosyal hakların yaşam hakkı kapsamında temel bir kişi hakkı olarak önemine ve bu sebeple Anayasa 65.madde çerçevesinde devletin ekonomik durumu ve mali gücü gerekçeleriyle sınırlandırılmayacağına vurgu yapan üç örnek karar gerekçesi aşağıda özetlenmiştir:

a) Anayasa Mahkemesi 2010/29 E-201/90 K. sayılı dosyada, ana muhalefet partisi TBMM grubu tarafından; 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasını 16.07.2010 günü karara bağlamıştır<sup>47</sup>. Bu kararın; 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, sadece bir kurumla sınırlı meslek icra edebilecekleri hükmünü oy çokluğu ve Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu düşüncesiyle Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptal eden Mahkemenin gerekçesinde, sağlık hizmetlerinin organizasyonu ile ilgili Anayasa'nın 56.maddesi ile görevli kılınan Devlet'in bazı kayıtlar koyabileceği, ancak bu konuda takdir yetkisini kullanırken hekimlik mesleğinin kişilerin yaşam hakkına hizmet eden niteliği sebebi ile 17.maddede düzenlenen kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının gereklerini gözetmesi gereği ifade edilmekte, sağlık hakkının esas olarak temel kişi hakkı olan yaşam hakkı ile ilgili olduğuna hükmedilmektedir.

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi Karar Bankası. anayasa.gov.tr, erişim tarihi 01.08.2019



b) Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin itiraz yolu ile; "17.7.1964 gün ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın "Sağlık yardımlarının süresi" başlıklı 34. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "... 18 aya kadar ..." sözcüklerinin, Anayasa'nın 10. 17. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi" ile başvurusunu, Anayasa Mahkemesi 1990/27 E., 1991/2 K. sayılı ve 17.01.1991 günlü kararı ile kabul etmiştir<sup>48</sup>. Yargıtay 10.Dairesi başvurusunda, Devletin vatandaşın sağlığını koruma görevini 17.madde çerçevesinde üstlenmiş bulunması sebebiyle, 56.madde açısından ileri sürülebilecek 65.maddede yer alan devletin mali gücü kısıtlamasının burada söz konusu olamayacağı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde; Anayasa'nın 17. maddesinin ilk tümcesinin "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..." olduğu, "Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı"nın, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardan olduğu ve bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılmasının devlete ödev olarak verildiği belirtilmekte; bu bakımdan güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devletin, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacağını; hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunmasının, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşeceğini, bu sebeple; "Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemelerinin "yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi" gerektiği vurgulanmaktadır. Mahkeme; "18 aya kadar ..." sınırlamasının Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğuna, Anayasa'nın 56. maddesinin devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklediğini, devletin kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları ile gerçekleştireceğinin anlaşıldığını ve "Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilirken bu hakkı

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesi Karar Bankası. anayasa.gov.tr, erişim tarihi 01.08.2019.

sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasa'nın 56. maddesine de aykırı" olacağını kaydetmektedir. Anayasa'nın 60. ve 65. maddeleri yönünden ise: "Sosyal güvenliğin, uluslararası hukuk belgelerinde ve çağdaş Anayasalarda "ekonomik ve sosyal haklar" bölümünde düzenlenen temel bir insanlık hakkı olduğunu; itiraz konusu ibarenin bu hakkı *kullanılamaz ve etkisiz kılması sebebi ile* Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan sınırlama ile bir ilişkisinin olamayacağı, Anayasa'nın 60. maddesi ile sosyal güvenliğin kişiler için Devletçe sağlanması gereken bir hak olarak düzenlendiğini, her ne kadar 65. madde ile Devletin bu alandaki görevlerine bazı sınırlamalar getirilmiş olsa da, bu hakkın Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma hakkı" ile çok sıkı bağlantı içinde olması sebebiyle, devletin ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda "yaşama hakkını" ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacağını, bu nedenle Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu "... 18 aya kadar..." sözcüklerine uygulama olanağının bulunmadığı gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bularak oy çokluğu ile iptaline karar vermiştir.

c) Zonguldak 3. İş Mahkemesi'nin itiraz yolu ile Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğünün işverenin işyerinde gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini almaması yüzünden ölen bir işçinin geride bıraktığı kişilere bağladığı gelirin sermaye değerinin faizi ile birlikte alınması istemi ile işverene karşı açtığı davada, davacının dayandığı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrası kuralının Anayasa'nın 2 ve 12 inci maddelerine aykırılığı görüşüyle ve ayrıca dâvada istenilen faiz yönünden de davalı vekilince ileri sürülen davacının gelecek 20 - 30 yıl içinde hak sahiplerine ödeyeceği aylıklar için gelir bağlama tarihinden başlayarak faiz istemesinin Anayasaya aykırılık savının ciddiliği dolayısıyla iptali istemi ile yaptığı başvuruyu 1972/2 E, 1972/28 K. sayılı ve 23.05.1972 günlü kararı ile reddetmiştir<sup>49</sup> Anayasa

<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi Karar Bankası. anayasa.gov.tr, erişim tarihi 01.08.2019.

Mahkemesi'nin bu kararı, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku, özellikle çalışma sağlığının temel hak olan yaşam hakkı ile olan ilişkisi açısından öğreticidir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde; tartışma konusu kuralın, işvereni işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikte korunma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği bulunduğu, bu tedbirin Anayasa'nın herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahip olduğuna ilişkin ve Devletin insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevi veren hükümleri ile, bütün devletlerin görevinin kişinin canının ve sağlığının özellikle başka kişiler yüzünden doğacak her türlü zarardan korunması ilkesine uygun olduğu belirtilmektedir. Devletin sosyal niteliği gereği, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olduğunu, sanayi toplumlarında güçlü kabul edilen işveren karşısında zayıf işçiyi koruma amaçlı ilgili hükmün Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmektedir. *“Tartışma konusu kuralın işveren üzerinde etkili olması sonucu işverenin titizlikle gerekli tedbirleri alması ile işçilerin ölümden hastalık veya sakatlıktan korunmaları halinde topluma yararlı olacağı, aksine bu kural işveren üzerinde etkisiz kalır ve bunun sonucunda işçi ölür, hastalanır, ya da sakatlanırsa, Sosyal Sigortalar Kurumunun hak sahiplerine gelir bağladıktan sonra uğradığı zarardan çok bir parayı işverenden alacaklı gücünü koruması ve sigortadan yararlananlar topluluğuna karşı olan borçlarını eksiksizce ve kolayca yerine getirmesi ile, işçilere yararlı olmasının sağlanacağı ve toplumsal dengenin korunacağına”* hükmedilmektedir. *“Kasıtlı olarak işçiyi zarara sokmuş veya ağır kusuru ile zarara yol açmış bir işverenin yararı karşısında sonucuna katlanma durumunda bulunan işçi topluluğunun ve onların arkasında Sosyal Sigortalar Kurumunun yararının söz konusu olduğu, prim ödemenin kendi kastı veya kusuru ile başkasının ölmesi, hasta yahut sakat olması sonucunda doğan zararlara karşı işvereni tazminat ödeme borcu dışında tutamayacağı, bunun Anayasal kurallara aykırı olacağı”* vurgulanmaktadır.

*“Sigorta primi ödeyerek zararı karşılama yoluna başvuran işverenin işçinin canına veya sağlığına zarar gelmesini önleme ödevinden sanki sıyrılmış sayılması gibi bir izlenim uyandıracak bu (aksi) durumun, Anayasa’nın insan canının ve sağlığının korunmasına ilişkin olan hükümleri ile çelişeceği” ifade edilmektedir.*

Yukarıya alınan Anayasa Mahkemesi karar gerekçeleri, Anayasa’nın 65.maddesi ile getirilen sosyal haklarla ilgili Devletin yükümlülüklerini yerine getirmede, ekonomik durum ve mali gücü ile ilgili kabul edilebilir sınırlamaların; yaşam hakkı kapsamındaki sosyal güvenlik, sağlık ve çalışan sağlığı gibi haklar açısından gerekçe oluşturmayacağını ortaya koymaktadır.

## 2) Bireysel başvurularla ilgili kararlar:

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi’ne ayrıca bireysel başvuruları karara bağlama görevi verilmiştir<sup>50</sup>. Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla herkesin olağan yargı yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne başvurabileceğine ilişkin ek fıkra, Anayasa’nın Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148.maddesine eklenmiştir. Bu şekilde, AİHM’e başvurulmadan önce tüketilmesi gereken olağandışı, ek bir iç hukuk yolu oluşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurularla ilgili karar bankasında, “iş sağlığı ve güvenliği” anahtar kelimesi ile yapılan arama sonucu, 1 Ağustos 2019 itibarı ile 13 adet karar bulunduğu, bu kararlardan telafiden öte, caydırıcılık temelli koruma ve yerine getirme yükümlülüğü ile ilişkilendirilebilecek, devletin idari denetimi anlamında iş teftişinin irdelendiği iş kazası sonucu ölüm nedeniyle açılan iki dava olduğu görülmektedir;

a) Anayasa Mahkemesi’nin Abdülkadir Şimşek ve Diğerleri başvurusu<sup>51</sup> ile ilgili kararına konu olay, sanayi bölgesinde faali-

<sup>50</sup> Anayasa Madde 148, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, erişim tarihi 01.08.2019.

<sup>51</sup> (Başvuru numarası 2014/11868, Karar tarihi 12.06.2018, Resmi Gazete Yayın Tarihi 3.8.2018, sayısı 30498)

yet gösteren iki ayrı işyerinde aynı gün meydana gelen patlamada ihmalleri bulunduğu ileri sürülen kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. 03.02.2011 tarihinde Ankara'da iki ayrı işyerinde meydana gelen patlama ve yangın sonucu başvurucuların yakınlarının aralarında bulunduğu 20 işçi hayatını kaybetmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturması kapsamında, olayların meydana geliş nedeni ve sorumluları ile ilgili bilirkişi raporunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişleri tarafından yapılması gereken iş güvenliği denetimlerinin yapılmadığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının da piyasa denetim ve gözetimi konularında yapması gerekenleri tam olarak yerine getirmediğinin anlaşıldığı, ancak kamu idarelerinin eksikliklerinin patlama ile doğrudan ilgisi olmadığı belirtilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın 24.5.2012 tarihli kararı ile meydana gelen patlama ile denetim görevi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı gerekçesi ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı denetim görevlileri hakkında istenen soruşturma izninin işleme konulmamasına karar verilmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 9/6/2014 tarihinde anılan şikâyete ilişkin olarak atılı suçun işlendiğine dair yeterli ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle itiraz yoluna gidilmeksizin işlemde kaldırma kararı verilmiştir. İtiraz üzerine Danıştay 1.Dairesi'nin şikâyetin işleme konulmasına ilişkin kararın kaldırılması kararı üzerine eski İş Teftiş Ankara Grup başkanı hakkında yapılan ön inceleme sonucu: sözü edilen işyerlerinde 2007 yılından kaza tarihine kadar denetim yapılmadığının anlaşıldığının, ancak 29/6/2011 tarihli bilirkişi heyeti raporunda iş müfettişleri tarafından denetim yapılmamasının olayın meydana gelmesi ile doğrudan bağlantısı olmadığı belirtiltiği, iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli önlemlerin alınmasının öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğu, denetim elemanı sayısı ile mevcut işyerleri sayısı karşılaştırıldığında tüm işyerlerine yönelik kapsamlı ve işlevsel denetim yapılmasına fiilen olanak bulunmadığı, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da şikâyete ilişkin işlemde kaldırma kararı verilmiş olduğu,

olayda görevi kötüye kullanma ya da ihmal suçunun varlığından bahsedilemeyeceği gerekçeleriyle soruşturma izni verilmemesi-ne karar verilmiştir. Danıştay 1.Dairesi, olayla denetim eksikliği arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmaması sebebiyle sorumluluk atfedilemeyeceği gerekçesi ile itirazı reddetmiş, bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde devam eden tazminat ve ceza davalarına değinildikten sonra ulusal ve uluslararası hukukta yer alan düzenlemeler ve yargısal uygulamadan söz edilmekte, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ile herkesin yaşam hakkının yasa ile korunacağı düzenlendiği, AIHM içtihadında devletin yaşam hakkı kapsamında bir olayı etkili soruşturma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edildiği, sadece kamu görevlisinin eylemi veya ihmali sonucu meydana gelen bir ölüm olayında değil, doğal olmayan her ölüm olayında -öldürmeme ya da yaşamı ihlal etmeme yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsa da gerçekleşen ölümün sebebi ve varsa sorumlularını ortaya çıkarmaya yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü olduğunu, kasten gerçekleştirilen ölümlerde etkili bir cezai soruşturma yürütme zorunluluğu bulunmakla birlikte ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini ve buna göre yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmeyeceğini, mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceğini karara bağladığı belirtilmektedir. Sonuç olarak; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile ilgili olarak illiyet rabitası oluşmadığı gerekçesi ile, başvuru ile ilgili kabul edilemezlik kararı verilmektedir.

b) Naziker Onbaşı ve Diğerleri başvurusu<sup>52</sup>, maden kazası sonucu meydana gelen ölüm olayına ilişkin etkili ceza soruşturma-

<sup>52</sup> (Başvuru numarası 2014/18224, Karar tarihi 09.05.2018)

sı yapılmaması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Bu kazada başvuruçuların kardeşi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bağlı bir iktisadi devlet teşekkülü olan TTK'ya bağlı Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesi bünyesinde faaliyet gösteren maden ocağında meydana gelen degaj ve metan gazı zehirlenmesi sonucu hayatını kaybetmiştir. Bu davada da, kasıtlı olan ve olmayan fiil sonucu ölüm ayırımı yapılarak, devletin yükümlülükleri ile ilgili Abdülkadir Şimşek ve Diğerleri kararındaki gerekçeler tekrarlanmakta, ancak devamında kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bilirkişi raporu alınan soruşturma dosyası kapsamında kurumun uzmanlık alanında olan bir işin bu konuda uzmanlığı ya da tecrübesi olmayan bir alt işverene verilmesi, denetimi zorlaştıran ve riski artıran hatalı bir sistem kurulması nedenleriyle TTK Yönetim Kurulu Başkanı ve üyelerinin, olayda sorumlulukları bulunduğu ilişkin birtakım veriler bulunduğu, soruşturma izni verilmemesi kararının bilirkişi raporunda belirtilen “kusur ile degaj/püskürme olayı arasında bire bir illiyet bağı bulunmadığı” yönündeki tespite dayandırıldığının anlaşıldığı belirtildikten sonra, her ne kadar soruşturma izni prosedürünün, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı ileri sürülen iddia ve şikâyetler nedeniyle gereksiz ithamlarla karşılaşmamaları ve bu şekilde kamu görevlerinin aksamaması için ceza soruşturmasına geçilmeden önce bir ön inceleme ve değerlendirme yapılması amacını taşısa da, anılan amacın ötesinde ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin olarak yürütülmesine engel olacak şekilde ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimini oluşturacak şekilde uygu-

lanmaması gerektiğine hükmedilmektedir. Tehlikeli bir faaliyet kapsamında, kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü üzerinde ortaya çıkan risklerin en aza indirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması konusunda sorumluluğu bulunan kişilerin tespit edilebilmesi ve tespit edilen sorumluluklar karşısında devletin göstereceği yargısal tepkinin, benzer olayların yaşanmaması bakımından da önem taşıdığı belirtilmektedir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın sorusu üzerine bilirkişi raporunda idari yetkililerin kusurları ile kaza arasında doğrudan sebep-sonuç ilişkisi bulunmadığına yönelik tespitin soruşturma izni verilmemesine dayanak kabulünün, ceza hukuku anlamında eylem ile sonuç arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının belirlenmesinin ancak yargısal merciler tarafından yapılabileceği ilkesi ve yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu etkili soruşturma yükümlülüğünün sorumluların belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirdiği, kamu makamlarının bilirkişi raporları ile tespit edilen kusurlu davranışlarının bulunduğu somut olayda, tespit edilen kusur ile gerçekleşen netice arasında ceza hukuku anlamında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının ilgili idare kurullarınca karara bağlanarak adli sürecin sona erdirilmesinin etkili soruşturma ilkeleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlaline ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin yaşam hakkının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara Bölge İdare Mahkemesine E.2014/331, K.2014/346 sayılı dosyasına gönderilmesine karar verilmektedir.

Dosya içerikleri karşısında, iddia edilen kusurun nitelik ve ağırlığının farklı olabileceği ve ilk dosyadaki Danıştay ilgili dairesinin itirazın reddi kararı bir yana bırakılır, sadece gerekçeler üzerinden ele alınırsa, iki dosyada varılan kararların uyumlu olmadığı sonucuna varılmaktadır. AİHM'nin Ümraniye kararına referansla, Naziker Onbaşı ve Diğerleri



kararında dayanılan; *“tehlikeli bir faaliyet kapsamında, kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü üzerinde ortaya çıkan risklerin en aza indirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması konusunda sorumluluğu bulunan kişilerin tespit edilebilmesi ve tespit edilen sorumluluklar karşısında devletin göstereceği yargısal tepkinin, benzer olayların yaşanmaması bakımından da önem taşıdığı, yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu etkili soruşturma yükümlülüğünün sorumluların belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmesi, kamu makamlarının bilirkişi raporları ile tespit edilen kusurlu davranışlarının bulunduğu somut olayda, tespit edilen kusur ile gerçekleşen netice arasında ceza hukuku anlamında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının ilgili idare kurullarınca karara bağlanarak adli sürecin sona erdirilmesinin etkili soruşturma ilkeleriyle bağdaşmadığı”* gerekçelerinin, Abdülkadir Şimşek ve Diğerleri başvurusunda ulaşılan sonuca uygun bulunmadığı düşünülmektedir. Naziker Onbaşı ve Diğerleri dosyasında farklı olarak Danıştay kararı ile illiyet rabitası olmadığı sonucuna varılmıştır, ancak ceza soruşturması yapılmamıştır. Aleni bir ceza yargılamasında, tarafların tüm delillerinin toplanması ile ulaşabilecek en azından “caydırıcılık” sonucuna Abdülkadir Şimşek ve Diğerleri dosyasında ulaşamamıştır. Naziker Onbaşı ve Diğerleri ile ilgili yukarıya alınan karar gerekçesi, bu dosyada da kabul edilebilirlik kararı verilmesini gerektirirken, yaşam hakkı ile ilgili Devletin yükümlülükleri açısından idarenin görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğinin, aleni ceza davası yolu ile yargısal denetimi bu şekilde yapamamıştır.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken diğer husus; Abdülkadir Şimşek ve Diğerleri dosyasında, Danıştay tarafından uygun bulunan ön inceleme sonucu soruşturma açılmamasına dair kararın hem gerekçesi hem de bizzat yargılamanın muhatabı olacak idare tarafından verilmiş olmasının hukuk devleti ilkesine uygunsuzluğudur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın ön inceleme kararında; *“iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli önlemlerin alınmasının öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğu, denetim elemanı sayısı ile mevcut işyerleri sayısı karşılaştırıldığında tüm işyerlerine yönelik kapsamlı ve işlevsel denetim yapılmasına fiilen olanak bulunmadığı”*; iş müfettişleri tarafından yapılması gereken iş gü-

venliği denetimlerinin yapılmamış olmasının hukuki/kabul edilebilir gerekçeleri olarak sunulmuştur. İş müfettişi sayılarının çok az, iş teftiş kurulu çalışmalarının yetersiz olması bilinen öğretilerde de eleştirilen bir husustur<sup>53</sup>. Ancak bu konuda görevli idare, dava dosyasına yansıyan tespitleri ile bizzat ve açıkça, uluslararası sözleşmeler ile taahhüt edilen ve Anayasa ile güvence altına alınan, İş Kanunu 91.maddesi ile kendisine verilen görevi ve çalışanların sağlık ve güvenliğinin işle ilgili korunması yükümlülüklerini yerine getirmedeğini kabul etmektedir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işverenin sorumluluğu olmakla birlikte, devletin işverenin bu sorumluluğu yerine getirmesini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Yirmi kişinin ölümü ile sonuçlanan işle ilgili bir patlamanın gerçekleşebildiği derecede tehlikeli iki işyerinin denetlenmemiş olmasının, görevli makamca işverenin esas olarak sorumlu olduğu ve yeterli iş müfettişi olmadığı sebepleri ile açıklanabilmesi ve bu durumun hiçbir etkin mekanizma ile yaptırım altına alınmadığı gibi, soruşturma açılmamasının gerekçesi olarak ileri sürülebilmesi, başlı başına üzerinde durulması gereken bir konudur. Devletin çalışma hayatı ile ilgili mevzuatı denetleme, izleme ve teftiş görev ve yetkisinin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca, ihtiyaca yetecek sayı ve özellikle teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişince yerine getirileceğini hükme bağlayan İş Kanunu'nun 91.maddesinin hayatta karşılığı olmadığını açıkça kabul eden bu anlayışın sorgulanmaması, devletin yaşam hakkı ile ilgili yükümlülükleri çerçevesinde kabul edilebilir bulunmamaktadır. Bu mazeretin Anayasa'nın 65.maddesinde düzenlenen Devletin sosyal hakları ekonomik durumu ve mali gücüne oranlı yerine getirebileceği hükmü ile açıklanması da mümkün değildir. Norm denetimi ile ilgili Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinde hükmedildiği üzere, doğrudan en temel kişi hakkı olan yaşam hakkı kapsamında olması sebebi ile, çalışan/işçi sağlığı ve iş güvenliği konusundaki sosyal haklar, 65.madde sınırlanmasına tabi değildir. Devletin çalışan sağlığı açısından denetim örgütü

<sup>53</sup> Oğuz Karadeniz, "Dünyada ve Türkiye'de İş kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği", Çalışma ve Toplum, 2012/3; 15-75, s. 51; Gaye Burcu Yıldız, "İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2; 733-748, s.744; Fatih Yılmaz, "Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Teftişlerinin İstatistiksel Açısından Değerlendirilmesi", İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Nisan/April 2015, C: 17, S: 2; 76-91, s.88. ISSN: 2148-9874, DOI: 10.4026/1303-2860.2015.0277.x

olan iş teftiş örgütünün faaliyetlerinin, ölümlü ya da engelliğe neden olucu her iş kazası veya meslek hastalığı olgusunda yargısal denetime tabi tutulması, eksiklik ve hataların tespiti ile yinelenmemesi ve dolayısı ile devletin insan hakları ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesi açısından gereklidir. Yargısal denetimin, gelecekte benzer olayların tekrarlanmaması yönünden “caydırıcılık” ve “eksikleri tamamlama ve düzeltme” etkisinden çok, sadece ölüm ya da yaralanmaya yol açan olayla ilgili bireysel zararların parasal/ tazminat ya da faillere etkili cezai yaptırımla “telafi” si ile sınırlı ele alınması, bu alanda yaşam hakkının korunmasının göz ardı edilmesi sonucuna yol açıcı bulunmaktadır.

## SONUÇ

Bu çalışmanın amacı, hukuksal olarak işçi sağlığı ve iş güvenliğinden sorumlu işverenin, bu sorumluluğunu yerine getirmesinden Devletin sorumlu olduğunun hatırlatılmasıdır. Devletin, çalışanların işyerinde ve işle ilgili sağlık ve güvenliğini koruması, en temel insan hakkı olan “yaşam hakkı” ile ilgili hukuksal yükümlülükleri gereğidir. Bu amaçla devletin düzenleme yapma, organizasyon ve denetim yolu ile mevzuatın etkili uygulanmasını sağlama görevleri bulunmaktadır. Türk iş hukuku mevzuatının, genel olarak kurallar açısından, kâğıt üzerinde gerekli güvenceyi sağladığı kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğinin korunmasına yönelik mevzuatın ise düzeltilmesi ve güçlendirilmesi gereken yönleri bulunmakla birlikte<sup>55</sup>, bu hali ile dahi etkin olarak hayata geçirildiğini söylemek mümkün olmamaktadır. Özveri’nin öz ifadesi gibi: “Mevzuat vardır, ancak işçiler iş kazası ve meslek hastalıklarından ölmeye devam etmektedirler<sup>56</sup>. Yargı kararlarına da yansıyan, iş kazası sonucu ölüm ve yaralanma halinde hak arama yollarının bulunmasını ve bu yollarla “telafi” edilmesini yeterli kabul eden

<sup>54</sup> Gaye Burcu Yıldız, “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2; 733-748, s.742-743. <http://www.calismatoplum.org/sayi57/yildiz.pdf>, erişim tarihi; 01.08.2019.

<sup>55</sup> TMMOB Makine Mühendisleri Odası İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Raporu, Yayın No.MMO/689, Güncellenmiş Sekizinci Başka, Ankara 2018, s.22. <https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/ISG%20raporu%202018.pdf>, erişim tarihi 01.08.2019.

<sup>56</sup> Murat Özveri, İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri, Birleşik Metal İş Yayınları, İstanbul 2015, s.60.

anlayışın, bu sonucun değişmemesinde etkili olabileceği düşüncesine katılıyorum. Gerçekte ölen ya da bedensel bütünlüğü bozulan kişi açısından geri döndürülmeyecek “telafi edilemez” zarar söz konusudur. Bu telafi edilemez yaşam hakkı ihlallerinin engellenmesi için, yargı kararlarına dahi yansıyan, çalışan sağlığının sadece işveren sorumluluğunda olduğuna, devletin yeterli organizasyon ve teftiş için kaynak/istihdam sağlama açısından ekonomik durum ve mali gücü mazeret gösterilerek gereğini yerine getirmemesinin kabul edilebilir bulunmasına ilişkin anlayışın terk edilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi karar gerekçelerinde hükmedildiği üzere; yaşam hakkı kapsamında ele alınabilecek sosyal haklar açısından, Anayasa’nın 65.maddesinde sınırlamaların hukuken geçerliliği bulunmamaktadır. Devlet nasıl kişi haklarının korunması için, suç sonucu doğan zararın tazminini değil, esas olarak güvenliği sağlamak için suçu önleme faaliyetini önceliyor/yürütüyor/yürütmek zorunda ise, çalışan sağlığını korumak için de iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını önlemek için iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışma sağlığı için çok yönlü organizasyon yapılması, etkin ve işlevli hale getirilmesi, iş teftişinin her açıdan güçlendirilmesi, ölümlü ve ağır bedensel zarara yol açan iş kazası ve meslek hastalıkları halinde sadece işveren/işyeri değil devletin çalışma sağlığı ile görevli organizasyonunun sorgulanması, denetlenmesi ve “hesap verebilirlik” ilkesine tabi kılınması, Devletin uluslararası sözleşmelerle taahhüt ettiği Anayasal yükümlülükleri gereğidir. Bu yolla ancak sorunların tespiti ve ileriye dönük iyileştirmelerin sağlanması mümkün olabilir. En temel insan hakkı olan yaşamın, işle ilgili ve işyerinde korunmasının işverenin hukuksal sorumluluğunda olması, esas olarak Devletin bu sorumluluğun yerine getirilmesini sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

## KAYNAKÇA

**Alp, Mustafa.** “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004: 1-41.

**Alper, Yusuf.** “Bazı Ülkelerde İşçi Sağlığı-İş Güvenliği Uygulamaları ve Türkiye’deki Uygulama ile Karşılaştırılması”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 1988: 83-101. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/9611>, erişim tarihi 05.08.2019.

**Bakır, Hasan.** “Neo-Liberalizm, Küresel Kriz ve Emek Piyasasında Yaşanan Dönüşümler; Güney Avrupa Bağlamında bir Değerlendirme”, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2018, Cilt:18, Yıl:18, Sayı: 3, 18: 1-30, s.2-4. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/554047>, erişim tarihi 07.08.2019.

**Bulut, Nihat.** Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

**Cengiz, Serkan.** Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Soma Maden Faciası Raporu, TBB Yayınları:269, s.139(Dipnot 206), Ankara 2014. [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112\\_somamadenfaciasipdf.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112_somamadenfaciasipdf.pdf) erişim tarihi 01.08.2019.

**Erdoğan, Gülnur.** “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”.TBB Dergisi, Sayı 77, 2008: 123-166.

**Erdut, Zeki.** Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, Dokuz Eylül Yayınları, Ocak 2002

**Ertürk, Şükran.** İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

**Gülmez, Mesut.** Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE.), Ankara 1993

**Gülmez, Mesut.** Uluslararası Sosyal Politika, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara 2000.

**Güzel, Ali.** “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, Anayasal Sosyal Haklar (Editör:İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012;279-289.

**Ilıman. Ebrar Zeynep.** ”Türkiye’de Meslek Hastalıkları”, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, C.1, S.1, 2015, www.saysad.org;21-36. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/153587>, erişim tarihi 01.08.2019.

**ILO** “Creating Safe and Healthy Workplaces for All”(2014) . International Labour Organization. Report prepared for the G20 Labour and Employment Ministerial Meeting Melbourne, Australia, 10-11 September 2014. [http://www.g20.utoronto.ca/2014/ILO-safe\\_and\\_healthy\\_workplaces.pdf](http://www.g20.utoronto.ca/2014/ILO-safe_and_healthy_workplaces.pdf), Erişim tarihi 06.08.2019.

**ILO** Labour Administration and Inspection, <https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/lang--en/index.htm>, erişim tarihi 05.08.2019

**ILO** Safety and Health at Work, <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm>, erişim tarihi 05.08.2019.

**ILO** “The Rana Plaza Accident and its aftermath”, [https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS\\_614394/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang--en/index.htm), erişim tarihi 06.08.2109.

**ILO** “Working together to promote a safe and healthy working environment” International Labour Conference 106<sup>th</sup> Session, 2017. s.4, 92. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_543647.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_543647.pdf), erişim tarihi 06.08.2019.

**Kaboğlu, İbrahim Ö.** “Anayasa’da Sosyal Haklar, Alanı ve Sınırları”, Anayasal Sosyal Haklar (Edt: İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012: 15-35.

**Karadeniz, Oğuz.** “Dünyada ve Türkiye’de İş kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği”, Çalışma ve Toplum, 2012/3; 15-75.

**Koçak, Derya/Boz Eravci, Deniz/Ayan, Burak/ Çelik, Elif/ Akaner, Özge.** (Yayına hazırlayanlar) İş Sağlığı ve Güvenliği Ilo Standartları Sağlıklı ve Güvenli Bir Çalışma Ortamının Geliştirilmesi (ILO standards on occupational safety and health. Promoting a safe and healthy working environment. Report III (Part 1B), International Labour Conference, 98th Session, 2009, Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre), ÇASGEM Yayını, Ankara 2018, s.XII.. <http://www.casgem.gov.tr/dosyalar/yayinlar/582/dosya-582-4752.pdf>, erişim tarihi 07.08.2019.

**Korff, Douwe.** Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren Özgür Heval Çinar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No.8, Belçika 2006. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitapları/yasamhakkı.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitapları/yasamhakkı.pdf), erişim tarihi 01.08.2019.

**Laszcz-Davis, Chris.** “The OSH Challenge: Understanding Our Emerging World and its Workforce Development Needs”, Statement, 23 March 2019. [https://www.ilo.org/safework/events/safeday/33thinkpieces/WCMS\\_678736/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/events/safeday/33thinkpieces/WCMS_678736/lang--en/index.htm). Erişim tarihi 06.08.2019.

**Omay, Umut.** Sosyal Haklar Kısa ve Eleştirel bir Bakış, Beta İstanbul 2011.

**Özdemir, Erdem.** İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

**Özveri, Murat.** İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri, Birleşik Metal İş Y. İstanbul 2015.

**Özveri, Murat.** “Türkiye’de Meslek Hastalıkları Alanında Yaşanan Hukuki Açmazlar”. Çalışma ve Toplum, 2018/2: 749-786.

**Quesada, Luis Jimena.** “Avrupa Sosyal Şartı’nın İç Hukukta Uygulanması” (Çeviren:İbrahim Ö.Kaboğlu), Anayasal Sosyal Haklar(Editör:İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul 2012;65-71

**Süzek, Sarper.** İş Hukuku, Yenilenmiş 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

**Tanör, Bülent .** Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul 1978.

**Temiz, Özgür.** “Türk Hukukunda Bir Temel Hak olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 69, No. 1, 2014: 165 – 188

**Thebaud-Mony, Annie.** Çalışmak Sağlığa Zararlıdır(Fransızca’dan Çeviren: Ayşe Güren), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012.

**Top, Emine Demirel., Yapıcı, N., Çetinkaya, Çağatay.** “Comparison of Fatal Occupational Accidents Statistics in Turkey with Some European Countries”, International Journal of Scientific and Technological Research www.iiste.org ISSN 2422-8702 (Online) Vol 4, No.6, 2018; 107-119, <https://www.iiste.org/Journals/index.php/JSTR/article/view/43642/44975>, erişim tarihi 01.08.2019



**Topak, Oğuz.** “İşçiden İş Kavramına Geçiş ve Değişikliğin Gizli İdeolojisi”. TTB Mesleki sağlık ve Güvenlik Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004: 7-12.

**Türkiye Barolar Birliği** İnsan Hakları Merkezi Soma Maden Faciası Raporu, TBB Yayınları:269, Ankara 2014, s.116. [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112\\_somamadenfaciasipdf.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112_somamadenfaciasipdf.pdf) erişim tarihi 01.08.2019.

**TMMOB MMO** Makine Mühendisleri Odası İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Raporu, Yayın No. MMO/689, Güncellenmiş Sekizinci Baskı, Ankara 2018, <https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/ISG%20raporu%202018.pdf> Erişim tarihi 01.08.2019.

**Yanatma, Servet.** ”Soma Dünyada son 50 yılın En Ölümcül 2. Maden Kazası”. <https://tr.euronews.com/2019/05/13/soma-dunyada-son-50-yilin-en-olumcul-2-maden-kazasi>, erişim tarihi 06.08.2019.

**Yıldız, Gaye Burcu.** “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2; 733-748. <http://www.calismatoplum.org/sayi57/yildiz.pdf>, erişim tarihi; 01.08.2019

**Yılmaz, Fatih.** “Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Teftişlerinin İstatistiksel Açıdan Değerlendirilmesi”, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Nisan/April 2015, C: 17, S: 2; 76-91, s.88.ISSN: 2148-9874, DOI: 10.4026/1303-2860.2015.0277.x

**Yücel Dericiler, Özge.** Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

■ Av. Erdi YETKİN\* ■

## VINTER VE DİĞERLERİ v. BİRLEŞİK KRALLIK DAVASINDAN GÜNÜMÜZE İNDİRİLEMEZ MÜEBBET HAPİS CEZASI ve UMUT HAKKI\*\*

FROM THE CASE OF VINTER AND OTHERS v. UNITED KINGDOM TO THE PRESENT DAY IRREDUCIBLE LIFE SENTENCE AND THE RIGHT TO HOPE

### ÖZET

Ölüm cezasının kaldırılmasının ardından hukuk sistemlerinde bu cezanın yerine müebbet hapis cezasının ikame edildiği göze çarpmaktadır. İndirilemez bir başka deyişle saliverilme imkanı olmayan müebbet hapis cezasının AİHS m. 3 hükmü ile uyumluluk ilişkisi ise son yıllarda sıkça gündeme gelmektedir. Vinter v. Birleşik Krallık Kararı ile birlikte umut hakkı daha sık tartışılır olmuş ve bu kararlar birlikte AİHM, iç hukuklardaki müebbet hapis cezalarının yasal olarak ve fiilen indirilebilir nitelikte olup olmadığını daha ayrıntılı bir şekilde incelemeye başlamıştır. Trabelsi v. Belçika kararı ile birlikte ise umut hakkı içtihadının suçluların iadesini de etkilediği gözlemlenmektedir. AİHM umut hakkı içtihadı bağlamında; Öcalan 2/Kaytan/Gurban/Boltan v. Türkiye kararlarında Türkiye hakkında ihlal kararları vermiştir. Son örneğini Litvanya’da gördüğümüz üzere Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin mevzuatlarını AİHM’in umut hakkı içtihadı ile uyumlaştırma çabaları da artmaktadır. Bu nedenledir ki Türk ceza hukukundaki koşullu saliverilme yasaklarına dair düzenlemelerin, AİHM içtihatları bakımından yeniden değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Müebbet Hapis Cezası, İndirilemez Müebbet Hapis Cezası, Umut Hakkı, Saliverilme Olasılığı, Cezanın Amacı, Suçluların İadesi

### ABSTRACT

Following the abolition of the death penalty, it is noteworthy that life imprisonment has replaced death penalty in many legal systems. The compatibility between the irreducible life sentence, in other words, life imprisonment without any prospect of release and Article 3 of the ECHR has become a current issue in recent years. The term of “The Right to Hope” has been frequently argued through the Vinter v. United Kingdom decision and following this decision European Court Human Rights has commenced examining in more detail whether life-long sentences are both de jure and de facto reducible in domestic laws. It can be seen through Trabelsi v. Belgium decision that included the extradition of offenders has affected the Court’s case-law on the right to hope. In this context, the Court has ruled against Turkey in the cases of Öcalan N.2/Kaytan/Gurban/Boltan v. Turkey. As we have seen the recent example in Lithuania, the efforts that aimed to adapt legislations of Council of Europe member states to the Court’s case-law on a right to hope are getting raised. Due to these reasons, there is a need to reevaluate prohibitions related to conditional release in Turkish criminal law in consideration of the Court’s case-law.

**Keywords:** Life Imprisonment, Irreducible Life Sentence, The Right to Hope, Prospect of Release, Purpose of Punishment, Extradition.

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi/Avukat, İstanbul Barosu, erdiyettinn@gmail.com

\*\* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı “Ceza Hukukuna İlişkin AİHM ve Bireysel Başvuru Kararları” dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın yayım için düzenlenmiş halidir.

## GİRİŞ

İnsan hakları ve insan onuru kavramları çerçevesinde yaşanan gelişmeler ile çağdaş ceza hukukunda “Hümanizm” ilkesinin benimsenmesi, suç karşılığı öngörülen yaptırımları ve bu yaptırımların infazını doğrudan etkilemiştir. Bilhassa bu etkiyi, başta Avrupa Konseyi’ne üye devletler olmak üzere pek çok ülkede ölüm cezasının ilga edilmesi ya da mevzuatında ölüm cezasına yer veren devletlerde bu cezanın fiilen tatbik edilmemesi bağlamında gözlemlemek mümkündür.

Cezaların; insan hakları fikri ile insan onuru kavramına uygun olması düşüncesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) “yaşayan bir belge olarak” yorumlanması anlayışla birleşince, indirilemez bir başka deyişle salıverilme/serbest kalma umudu olmaksızın infazı ölüncüye değin devam eden müebbet hapis cezası bağlamında da çeşitli tartışmalar ve yargı kararları ortaya çıkmıştır. Bilhassa “Vinter ve diğeri v. Birleşik Krallık Kararı” (Vinter Kararı), AİHM’in konuya ilişkin içtihadı ve bu içtihadın insan hakları düşüncesi ile insan onuru kavramına uygunluğu bakımından son derece önemli bir yere sahiptir.

Çalışmamızda; indirilemez müebbet hapis cezası kavramı, başta Vinter v. Birleşik Krallık kararı olmak üzere özellikle güncel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde ve cezalandırmanın esasına dair günümüz ceza hukukunda kabul edilen görüşler uyarınca ve keza Türk Hukuku ile Anayasa Mahkemesi kararları da irdelenmek suretiyle incelenecektir. Makalemizin sonuç kısmında ise, AİHM’in umut hakkına ilişkin olarak Türkiye hakkında vermiş olduğu ihlal kararları dolayısıyla, umut hakkına dair mahkemenin içtihatları çerçevesinde, hukukumuzda yapılması gerekenlere dair çıkardığımız sonuç ve öneriler belirtilecektir.

Makalemiz içeriğinde ceza, hapis cezası, müebbet hapis cezası kavramlarına temelden karşı olan görüşlere de değinilmektedir. Bununla birlikte çalışmamızın, temelde anılan kavramların tartışılmasından ziya-

de – ki böylesi bir tartışmanın gerekli ve faydalı olacağı kanısındayız – indirilemez müebbet hapis cezası üzerine hukuki bir inceleme olduğunu belirtmek istemekteyiz.

## I. ÇALIŞMANIN ÇERÇEVESİNİ OLUŞTURAN KAVRAMLAR

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 45 hükmünde suç karşılığında uygulanacak cezaların, hapis ve adli para cezası olduğu belirtilmiştir. TCK m. 46 hükmünde hapis cezalarının türleri ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak ifade edilmiştir. TCK m. 47 hükmüne göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam edecek olup bu ceza kanun ve ilgili mevzuatta belirtilecek sıkı güvenlik rejimine göre infaz edilecektir. TCK m. 48 hükmünde müebbet hapis cezasının ise hükümlünün hayatı boyunca devam edeceği belirtilmiştir.

Yukarıda zikredilen kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasının hükümlünün hayatı boyunca devam etmesi esası belirlenmiştir. Bu iki ceza türü arasındaki fark ise, infazın sıkı güvenlik rejimine göre gerçekleşip gerçekleşmemesi noktasındadır. Bununla birlikte her ne kadar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezası kural olarak hükümlünün hayatı boyunca devam edecek olsa da çeşitli mekanizmalar vasıtasıyla bu cezalara mahkûm olanlara erken tahliye imkânı tanınmaktadır. Türk Hukuku bakımından bu noktada ilgili kurum, koşullu salıverilmedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (İnfaz Kanunu) m. 107 hükmünde düzenlenen koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için Kanunda belirlenen infaz süresi iyi halli olarak geçirmelidir. Bu bağlamda İnfaz Kanunu m. 107 hükmünde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezası mahkûmlarının koşullu salıverilmeden yararlanmaları için infazı gereken süreler de belirtilmiştir.

Ölüm cezasının kaldırılma eğilimi ile birlikte, ağır olarak kabul edilen çeşitli suçlardan mahkûm olanlara erken tahliye olanağının tanın-

madığı düzenlemeler yaygınlaşmıştır. Böylelikle belirli suçları işleyen müebbet hapis cezası mahkûmlarının cezası, hayatları boyunca devam edecektir. Dolayısıyla cezadan indirim yapılmaya olanağı mevcut değilse müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatının sonuna kadar devam edecek, bu mahkûmların salıverilme imkânı olmayacaktır.

Müebbet hapis cezasının hükümlünün hayatı boyunca devam etmesi çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır. İndirilemez<sup>1</sup> müebbet hapis cezası, azaltılamaz müebbet hapis cezası<sup>2</sup>, indirimsiz müebbet hapis cezası<sup>3</sup>, salıverilme yolu kapalı müebbet hapis cezası<sup>4</sup>, tahliye umudu olmayan hapis cezası<sup>5</sup>, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının kesintisiz infazı<sup>6</sup>, infazı ölüncüye kadar sürecek müebbet hapis cezası<sup>7</sup>, şartla tahliye olanağı bulunmayan/şartla salıvermesiz müebbet hapis cezası<sup>8</sup> tanımlamaları bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Çalışmamızda “İndirilemez Müebbet Hapis Cezası” terimini tercih ettik. Zira TCK m. 47 ve 48 hükümlerinde de belirtildiği üzere müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam edecek ceza anlamına gelir. Buna karşın ceza hukuku ile insan hakları hukukunun geldiği aşama itibariy-

<sup>1</sup> AİHM kararlarında da “irreducible” kelimesinin sıklıkla kullanıldığı göze çarpmaktadır. Konuya dair bilgi notu, meseleye dair İngilizce terminoloji bakımından fikir verici olabilecektir. [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_sentences\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_sentences_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019. Fahrettin Kıdıl, “Cezalandırmanın Amacı ve Umud Hakkı Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:138, 2018, s. 63 -67.

<sup>2</sup> Pınar Dikmen, “Umud Hakkı Kapsamında Güncel Gelişmeler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, 2015, s. 195-209.

<sup>3</sup> Mehmet Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:115, 2014, s. 13-36; Efser Erden Tütüncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gurban/Türkiye Kararına İlişkin Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, Sayfa: 615-630.

<sup>4</sup> Güneş Okuyucu Ergün, “AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2013, s. 56-57;

<sup>5</sup> İdil Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

<sup>6</sup> Derya Altınok Vilemin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezalarının Kesintisiz İnfazının İşkence Yasası Açısından İncelenmesi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

<sup>7</sup> Mustafa Günebakan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Umud Hakkı, T.C. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

<sup>8</sup> Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul, Legal, 2010, s. 179, 183.

le müebbet hapis cezası mahkûmlarının da cezalarının belirli bir süresi infaz edildikten sonra tahliye olmaları mümkün görünmektedir. Hal böyle iken cezanın indirilmesinden bahsedebiliriz. Ancak çalışmamızın konusu olan müebbet hapis cezasının bu türünde ise tahliye imkânı söz konusu değildir, müebbet hapis cezası hayat boyu devam edecek ve indirilmeyecektir. Dolayısıyla müebbet hapis cezasının anlamı itibariyle hayat boyu cezadır ve fakat bugün gelinen aşamada kural olarak erken tahliyenin mümkün olması esastır. Ancak bazı mahkûmlar cezanın indirilmesi imkânından yararlanamamaktadırlar. Hal böyle iken kavramsal olarak müebbet hapis cezasının indirilememesinden bahsetmek, bizce daha yerindedir.

En nihayetinde umut hakkı ise, müebbet hapis cezası mahkûmunun bir gün salıverilme, tahliye olma ihtimalini ifade etmektedir. Ancak umut hakkı, muhakkak her hükümlünün bir gün salıverileceği anlamına gelmemektedir. Yazımızın içeriğinde de ayrıntısıyla belirtilecek olduğu üzere esas olan, kategorik olarak tahliye olanağının mahkûmun elinden alınmamasıdır. Bir başka deyişle müebbet hapis cezasının indirilip indirilmeyeceği, infazın belirli bir sürecinden itibaren çeşitli usuli güvencelerle birlikte değerlendirme konusu yapılmalıdır. Dolayısıyla umut hakkı, müebbet hapis cezası mahkûmunun infazın belirli bir aşamasında, belirli usuli güvenceler dâhilinde müebbet hapis cezasının indirilip indirilmeyeceği noktasında inceleme yapılmasına ve ilgili koşulları sağlamakta ise cezasının indirilmesine dair sahip olduğu haktır.

## II. BİR CEZA TÜRÜ OLARAK MÜEBBET HAPİS CEZASI

İndirilemez müebbet hapis cezasının AİHS sistemi ile bağdaşır olup olmadığı noktasında, Vinter Kararı son derece önemli bir yere sahip olup konunun bilhassa bu karardan sonra gerek kamuoyunda gerekse de yazında daha geniş şekilde ele alındığına tanık olunmaktadır<sup>9</sup>. Bu

<sup>9</sup> Örneğin yararlandığımız kaynakların birçoğunun tarih itibariyle Vinter Kararı'nın karar tarihi olan 2013 Temmuz'dan sonra yayımlandığına dikkat çekmek istemekteyiz. Keza eserlerin içeriğinde de Vinter Kararına geniş bir şekilde yer verildiği gözlemlenmektedir. Yine belirtmek gerekir ki umut hakkına yönelik ilginin ülkemizde son yıllarda önemli ölçüde arttığına dair önemli bir gösterge de 2014 yılından itibaren umut hakkına dair 3 yüksek lisans tez çalışması yapılmış olmasıdır.

çerçevede özellikle Vinter Kararı ve bu kararın etkileri ayrıntılı şekilde çalışmamızda inceleyeceğiz. Bununla birlikte Vinter Kararı başta olmak üzere AİHM kararlarına değinmeden önce bir ceza türü olarak müebbet hapis cezasının; ceza kavramıyla ilişkisi, milletlerarası hukukta ve mukayeseli hukuktaki yeri ve cezalandırmanın amaçlarına uygunluğu bakım-larından genel hatlarıyla ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

### A. Ceza Kavramı Çerçevesinde Müebbet Hapis Cezası

Ceza hakkında doktrinde, bir suç karşılığında uygulanan yaptırım<sup>10</sup>, fiile uygun olan fenalığın uygulanması<sup>11</sup>, kanunda unsurları belirtilen ve suç olarak kabul edilen davranışı gerçekleştirene karşı uygulanan ceza hukuku yaptırımı<sup>12</sup> gibi bazı noktalarda benzeşen ve fakat farklılıkları da içeren pek çok tanım bulunmaktadır<sup>13</sup>. Teorik anlamda konu ele alındığında, günümüzde insan topluluklarının teşkilatlanma biçimi olan devletin cezalandırma yetkisi başlı başına tartışma konusudur<sup>14</sup>. Keza cezanın, uygulamada cezalandırmanın amaçlarını hangi ölçüde karşıladığı da üzerinde sıkça durulan bir meseledir. Dolayısıyla ceza kavramına ve cezalandırmaya yönelik olarak gerek teorik gerekse de uygulama temelinde ciddi eleştiriler söz konusudur<sup>15</sup>. Bununla birlikte, her ne kadar teorik temeli ve faydaları tartışmalı olsa da günümüz toplumlarının mevcut sosyal düzenlerinin devamında ceza kavramının önemli bir rol oynadığı açıktır<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 87.

<sup>11</sup> Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 39. Demirbaş'ın ceza kavramına dair daha ayrıntılı olan tanımını için aynı eser s. 67.

<sup>12</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 34.

<sup>13</sup> Çeşitli ceza tanımları için bkz: Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 31-34; Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 11-12.

<sup>14</sup> Cezalandırma yetkisinin kaynağına dair görüşler için bkz: Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 37 -41; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 31-35.

<sup>15</sup> Bu eleştiriler içerisinde "Toplumsal Savunma" hareketinin bilhassa önem arz ettiğini belirtmek gerekmektedir. Toplumsal savunma hareketine göre ceza, toplumun bütününe iyileştirilmesi hedefini yerine getirmekten uzak olup cezanın yerine önleyici, eğitici toplumsal savunma önlemlerinin geçmesi daha uygun olacaktır. Filippo Gramatica, Toplumsal Savunma İlkeleri, 2. Baskı, Çev: Sami Selçuk, Ankara, İmge, 2005, s. 58 – 62.

<sup>16</sup> İhtilafların olmadığı ve normatif düzenin ihlal edilmediği bir toplumun; ya herkesin rasyonel olduğu ya

Günümüzde özgürlüğe ve malvarlığına yönelik cezalar, en yaygın ceza biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>. Özgürlüğe yönelik cezalar<sup>18</sup> arasında da yaygınlık ölçütüne göre, hapis cezasının ayrı bir yeri bulunmaktadır. Özellikle de insan hakları düşüncesinin ve insan onuru kavramının gelişimiyle birlikte bedensel cezanın, insan haklarına aykırı olduğu düşüncesi yaygınlaşmış ve bedensel cezanın uygulama alanı en azından çağdaş ceza hukuku ile insan hakları hukuku prensiplerine bağlı ülkelerde büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte hapis cezasının, yaptırım türleri içerisinde tarihin her döneminde aynı baskınlığa sahip olduğunu düşünmek yanılığlı bir düşünce olacaktır. Dahası bir ceza türü olarak hapis cezasının ortaya çıkıp gelişmesinin tarihi görece yakın tarihlerdir<sup>19</sup>. Yine belirtmek gerekir ki hapis cezasının yaygınlaşmasından önceki dönemde bedensel cezalar yaygındır ve hayli sert<sup>20</sup> cezalara rastlanılmaktadır<sup>21</sup>/<sup>22</sup>. Ceza hukuku alanında Aydınlanma Dönemi'nden itibaren ortaya çıkan değişim ve gelişim ile birlikte hapis cezası da bedensel cezanın yerini almaya ve cezanın, azap çektirme ile seyirlik unsur olma nitelikleri ortadan kalkmaya başlamıştır<sup>23</sup>. Bir başka

da herkesin emirlere koşulsuz itaat ettiği bir toplumu gerektirdiği, tarihte ne herkesin rasyonel olduğu ne de herkesin mutlak bir şekilde normlara itaat ettiği bir toplumun görüldüğü ve dolayısıyla cezanın zorunlu olduğu görüşü hakkında bkz: Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 34-35.

<sup>17</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 79.

<sup>18</sup> Hapis cezasının dışında, sürgün, belirli faaliyeti yapmaktan ya da belirli yere gitmekten men edilme, ev hapsi, toplum içinde izleme de özgürlüğe yönelik cezalar arasında sayılmıştır. Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 80, 101.

<sup>19</sup> Hapis cezasının bağımsız ve baskın ceza türü haline gelme tarihi olarak 18. Yüzyıl gösterilmektedir. Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 100.

<sup>20</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki cezalar bağlamında gerçekleşen değişim, niceliksel değil niteliksel bir başka deyişle daha az ceza değil "daha iyi" cezalandırma biçiminde teşhis edebilir ki cezanın özellikle iktidar olgusuyla yakın ilgisi ve daha ince teknikler kullanarak iktidar olgusunun devamına hizmet eder yönü bu bakımdan düşünölmeye değerdir. Bkz: aynı yönde Aydınöglü, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 2.

<sup>21</sup> Hapsetme kavramı ve hapishane hakkındaki eseri ile bu konudaki en önemli çalışmalardan birinin altına imza atan Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu adlı eserinin başlangıcında 1757 yılında Kral'ı öldürmekten suçlu bulunan bir kişinin infazına dair ayrıntıları paylaşmaktadır ki bu başlangıç cezanın sert niteliği hakkında en sık referans olarak gösterilen örnektir. Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, 7. Baskı, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge, 2017, s. 33-37.

<sup>22</sup> Örneğin farklı toplumlarda Fransız Devrimi'ne kadarki süreçte devlete karşı suçlara uygulanan cezalar için bkz: Erdi Yetkin, Türk Ceza Kanunu'nda Hükumete Karşı Suç, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2018, s. 19-26.

<sup>23</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 39-41.



değişle bedenın azap çekmesi ve bu azabın teşhirinin yerini bedenın tutulması almıştır<sup>24</sup>. Ölüm cezası – indirilemez müebbet hapis cezası bağlamında yaşanan değişimi ise, suçlunun yok edilebilir/harcanabilir bir hayatın taşıyıcısı olmasından ziyade düzeltilebilir bir hayatın taşıyıcısı olduğu kabulüyle belirtebiliriz<sup>25</sup>.

Giderek yaygınlaşıp neticede baskın ceza türü haline gelen hapis cezasının da lehinde ve aleyhinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Hapis cezasının lehinde olan görüşleri kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Hapis cezası, cezalandırmanın amaçlarını gerçekleştirmeye en uygun ceza türüdür. Hapis cezası, cezanın orantılı olması gereğini sağlamakta ve suçlunun ıslah olup yeniden sosyalleşmesine<sup>26</sup> hizmet edebilecek niteliktedir. Genel itibarıyla de cezanın işlevlerinin tümü hapis cezasında bulunmaktadır.

Hapis cezasına karşıt görüşlere göre ise; hapis cezası, kişinin özgürlük kaynaklı haklarının kullanımını olanaksız kılar, hapis cezasının genel önleme ve özel önleme amaçlarını gerçekleştirdiği düşüncesi yanlış bir savdır<sup>27</sup>, hapis cezası devlet için masraflıdır ve hapsedme esasen suçlu dışındaki kişilerin de – bilhassa yakın çevre – cezalandırılması anlamına gelmektedir<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 42.

<sup>25</sup> Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 29.

<sup>26</sup> İnfazın amacı olarak ıslah, iyileştirme, rehabilitasyondan ziyade yeniden sosyalleştirme kavramının kullanılması gerektiği, hükümlünün eğitiminin değil yeniden topluma kazandırılmasının temel olduğu belirtilmiştir. Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 42. Keza İnfaz Kanunu'nun infazda temel amacı düzenleyen 3. maddesinde "yeniden sosyalleşme" terimi kullanılmıştır. Bununla birlikte İnfaz Kanunu'nda iyileşme, iyileştirme, rehabilitasyon kelimelerine de yer verilmiştir. Yeniden sosyalleşme terimi, amaca daha uygun görüldüğünden daha sık şekilde kullanılabilir. Bununla birlikte yeniden sosyalleşmenin kendiliğinden değil kimi yöntemlerle iyileştirme suretiyle sağlanmaya çalışıldığı da açıktır. Bu nedendir ki çalışmamızda genel olarak literatürümüzde yer ettiği haliyle "ıslah" kelimesini de kullanmış bulunmaktayız.

<sup>27</sup> Örneğin Gramatica, ceza korkusunun kötü eyleme karşı psikolojik baskı, karakter değişimini sağlayan acı ve negatif özel önleme faydalarına dikkat çekildiğini belirtmektedir. Akabinde ise yazara göre herhangi bir önleme başvurmak suretiyle de aynı amaçlara ulaşılması mümkündür. Bunun da ötesinde yazara göre "cezanın bu etkileriyle övünmek, bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önleme ya da hastalığı iyileştirme yöntemleri yerine, hastanın öldürülmesini yeğlemek olacaktır". Gramatica, Toplumsal Savunma İlkeleri, s. 62.

<sup>28</sup> Hapis cezası taraftarlarının ve karşıtlarının her bir gerekçesinin ayrıntıları hakkında bkz: Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 151-158.

Yukarıda zikredilen görüşler ışığında hapis cezası bizatihi tartışmalı iken hapis cezasının en katı türü olan müebbet hapis cezasının da birçok tartışmayı bünyesinde barındırması pek tabiidir. Müebbet hapis cezasına yönelik tartışmaların ise temelde iki görüş çerçevesinde cereyan ettiği görülmektedir. Bu görüşlerden ilkinde göre, müebbet hapis cezası varlığı ve niteliği itibarıyla insan haklarına aykırı olduğundan ilga edilmesi gerekirken diğer görüş uyarınca müebbet hapis cezası ilga edilmemeli ve fakat bu cezanın infazı, cezalandırmanın amaçlarına ve bilhassa hümanizm ilkesine uygun olmalıdır<sup>29</sup>.

Bu noktada müebbet hapis cezasının ilgasını savunan görüşlerin gerekçelerine baktığımızda karşımıza şu tablo çıkmaktadır: Bu görüş taraftarlarınca müebbet hapis cezasının, cezalandırmanın amaçlarını gerçekleştirmekten uzak olduğu ileri sürülmektedir. Zira müebbet hapis cezası, suçlunun ıslahı ile ilgilenmeyip mutlak kefarete düşüncesine dayanmaktadır. Keza müebbet hapis cezasında cezanın özel önleme amacının önemi bulunmazken bu cezanın genel önleme konusundaki etkisi de hayli tartışmalıdır. Bir diğer eleştiri kaynağı, müebbet hapis cezasının, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine aykırılığıdır. Çünkü müebbet hapis cezasının sabit niteliği/alt – üst sınırlarının olmayışı, cezanın bireyselleştirilmesine mani olmaktadır. Bu görüş yanlılarınca müebbet hapis cezasının ölüm cezasına benzediği belirtilmektedir. Çünkü her iki ceza da suçluyu ıslah etme amacından yoksun ve suçlunun yaşamını elinden alır niteliktedir<sup>30</sup>.

Biyolojik ölüm ile medeni ölüm<sup>31</sup> olarak adlandırılan kişinin sos-

<sup>29</sup> Ozan Ercan Taşkın, "AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasının Bugünü ve Geleceği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:121-122, Eylül – Ekim 2014, Müebbet Hapis Cezası, s. 32.

<sup>30</sup> Müebbet hapis cezasının ilga edilmesini savunan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 39-45.

<sup>31</sup> İndirilemez müebbet hapis cezasının niteliği gereği belirsizliği ile özel infaz usullerinin uygulanmasının insan onuruna aykırı olduğu belirtilmektedir. Bu ağır infaz şekli ile ölüncüye değin çekilen ceza dolayısıyla, yaşıyor olmak anlamsızlaşmaktadır. Bu çerçevede indirilemez müebbet hapis cezası mahkûmlarının, ölüm bekleyişini ölüm cezası ile bir tutan görüşleri ziyadesiyle önemlidir. Türkiye özelinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası bağlamındaki infaz usulü ile indirilemez müebbet hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin görüşleri için bkz: Aydınöğlü, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 15 – 20. Ayrıca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazının cezanın amaçlarına, infazda gözetilen ıslah ve yeniden toplama kazandırma hedeflerine aykırı olduğu, çalıştırma olanağının dahi olmamasının bu durumun tipik göstergesi olduğu hakkında bkz: Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 35.

yal hayattan silinmesi/yok olması arasında bir fark olmadığından, varsa bile aradaki fark yalnızca ölümün farklı iki vechesi olduğundan bilhassa yukarıda zikredilen eleştiriler içerisinde son eleştirinin yerinde olduğu kanısındayız<sup>32</sup>. Bu çerçevede müebbet hapis cezasının, ölüm cezasının dışında ve fakat ölüm cezasını yürürlükte tuttuğu, fail hakkında ölüm cezası verilmiş gibi bir uygulamaya neden olduğu görüşlerine katılmaktayız<sup>33</sup>. Öyle ki her iki cezanın<sup>34</sup> infazı da ancak ölüm ile birlikte sona ermektedir. Anılan cezalar arasındaki fark ise, indirilemez müebbet hapis cezasında ölümün doğal yoldan gelmesinin beklenmesidir<sup>35</sup>. Nitekim müebbet hapis cezasının, ceza mevzuatlarında ölüm cezasının ilgasına koşut şekilde daha fazla yer bulması<sup>36</sup>, kanımızca; ölüm cezası ile müebbet hapis cezası arasındaki ilişkinin ve dahası müebbet hapis cezasının,

<sup>32</sup> Beccaria'nın müebbet hapis cezasının da acımasız ve ölüm cezası kadar acı verici olduğu iddiasını tartışırken sarf ettiği sözleri burada anmak uygun olacaktır. Beccaria'ya göre müebbet hapis cezası, bu cezanın yol açtığı tüm mutsuz anların toplamı itibarıyla ölüm cezasına nazaran büyük olasılıkla daha ağır bir cezadır. Çünkü hükümlü bu mutsuz anları, ömrü boyunca yaşamaktadır. Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, 3. Baskı, Çev: Sami Selçuk, Ankara, İmge, 2013, s. 140.

<sup>33</sup> Fatma Karakaş Doğan, "Müebbet Hapis Cezası ve Cezanın Amacı", Ceza Hukuku Dergisi, S:13, Ağustos 2010, s. 49.

<sup>34</sup> Bu noktada her ne kadar süreli hapis cezası da olsa sürenin uzunluğu ve ortalama yaşam süresi beklentisi sebebiyle kimi süreli hapis cezalarının da müebbet hapis cezası gibi değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Günebakan, Umur Hakkı, s. 4 ve aynı sayfa dp. 11. Kanaatimizce herhangi bir tahliye olanağı olmayan müebbet hapis cezası, ölüm cezasının bir diğer yüzü gibidir. Hal böyle iken tahliye olanağının olmamasının önem arz ettiği ve fakat bu durumun müebbet hapis cezası mı yoksa çok uzun süreli hapis cezası kaynaklı mı olduğunun önem arz etmediği kanısındayız. Ancak bu kabulümüzden yaşlı olarak kabul edilebilecek bir kişinin cezası ağır bir suç işlemesi ve muhtemelen infaz sürecinde hayatını kaybedeceği gerekçesiyle infazın devam edip etmeyeceğine ilişkin kısa süre sonra bir değerlendirme yapılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Ehemmiyet arz eden nokta, yasal olarak ya da fiilen bir tahliye olanağının engellenmemesidir. Infazın devamının değerlendirilmesi için makul asgari sürelerin belirlenmesi kendiliğinden hak ihlaline sebebiyet vermeyecektir.

<sup>35</sup> Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 54.

<sup>36</sup> Örneğin Erem'in zikrettiği, yaşadığı şu deneyim ölüm cezası ile müebbet hapis cezası ilişkisine ışık tutar niteliktedir: "... Sözü değiştirmek için, bin kişilik cezaevinde kaç kişinin müebbet ağır hapis yükümlüsü olduğunu sordum. Beş yüz otuz diye cevap verdi. Ne kadar çok dedim. Papaz başını biraz kaldırdı. Bana övünür gibi gelen bir sesle cevap verdi. Bizi sizin gibi asımlıyoruz da. Sonradan hatırladım. Polatlı'da iki Alman turist öldürülmüştü. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanırken Alman Kiliseler Birliğinden bir tel geldi. Öldürülenler bizim vatandaşımızdır. Biz ölüm cezasına karşıyız. Asmayız. Astılar." Bkz: Faruk Erem, Bir Ceza Avukatının Anıları, 10. Baskı, Ankara, Murat Kitabevi, 2014, s. 12. Aynı örneğe yer vererek zikrettiğimiz eserin dikkatimizi çekmesini sağlayan eser için bkz: Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 56.

ölüm cezasının ikamesi<sup>37</sup> olarak kabul edildiğini göstermektedir<sup>38</sup>. Örneğin Türk Hukuku'nda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilk kez, Türkiye'de ölüm cezasının ilgasının tartışıldığı dönemde 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 55 ve 58. maddelerinde yer verilmiştir<sup>39</sup>. Yine 765 sayılı TCK'da ölüm cezası öngörülen suçların 5237 sayılı TCK'da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yaptırımına bağlanması da bu hususta zikredilebilir bir misaldir<sup>40</sup>. Bir başka örnek de Vinter Kararı'nda belirtildiği üzere 1965 tarihli Murder (Abolition of Death Penalty) Act m. 1 ile hiç kimsenin ölüm cezasına mahkûm edilmeyeceğinin belirtilip insan öldürme suçunun cezası olarak zorunlu müebbet hapis cezasının kabul edilmesidir<sup>41/42</sup>. Dolayısıyla denilebilir ki indirilemez/muhakkak suretle infazı ölünceye değin devam edecek müebbet hapis cezası, adeta ölüm cezasının kardeşi gibidir<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Ölüm cezasına dair tartışmalarda Beccaria'nın "Suçlar ve Cezalar Hakkında" eserinde belirttiği görüşlere sıklıkla referans yapılmaktadır. Beccaria, ölüm cezasının kendisinden beklenen caydırıcılığı sağlayamadığı hususundaki açıklamalarını belirtirken uzun süre infaz edilecek olan hapis cezası ile karşılaştırma yapar ve bu şekilde mahkûm edilen kişinin "Eğer benzeri suçları işlersem, ben de uzun süre bu tür acınası koşullara boyun eğmek zorunda kalırım" şeklinde düşüneneğini iddia eder (s. 137 – 138). Akabinde Beccaria ölüm cezasının ikamesi olarak müebbet hapis cezasının ne kadar gözü kara olursa olsun her kişiyi suç işlemekten caydırabilecek güce sahip olduğunu belirtir (s. 139). Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s. 137 - 139.

Bir başka örnek ise, ölüm cezasına ilişkin Victor Hugo'nun kaleme aldığı "Bir İdam Mahkûmunun Son Günü" adlı eserin ölüm cezasına karşı manifesto niteliğindeki önsözünde, ölüm cezasını savunanların görüşlerini tartışılırken zikredilen fikirlerdir. Yazar, ölüm cezasının topluma zarar verenleri toplumdan uzaklaştırma etkisini değerlendirmekte ve aynı sonucun müebbet hapis cezası ile de sağlanabileceğini belirtmektedir. Victor Hugo, Bir İdam Mahkûmunun Son Günü, 16. Baskı, Çev: Volkan Yaçıntoklu, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019, s. xviii – xix.

<sup>38</sup> Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 1; Dikmen, Umud Hakkı, s. 198; Günebakan, Umud Hakkı, s. 3. Nitekim 20. Yüzyıl ceza hukuku reformları arasında müebbet hapis cezasına yönelik olanların sınırlı ve etkisiz kalmasına neden olarak, ölüm cezası karşıtlarının müebbet hapis cezasını, ölüm cezasına alternatif olarak önermeleri gösterilmektedir. Bkz: Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 31.

<sup>39</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 168; Karakaş Doğan, Müebbet Hapis Cezası, s. 48; Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 31.

<sup>40</sup> Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 123 ve s. 123, dp. 304.

<sup>41</sup> AIHM Büyük Daire, Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 66069/09, 130/10, 3896/10, T:09.07.2013, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-122664%22> , pg. 34.

<sup>42</sup> Bkz: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/71>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<sup>43</sup> Hugo "Bir İdam Mahkûmunun Son Günü" eserinde ölüm cezalarının infaz edildiği Greve meydanı ile kürek cezalarının infaz edildiği Toulon için birbirlerinin kız kardeşi tabirini kullanmaktadır. Hugo, Bir İdam Mahkûmunun Son Günü, s. 24. Yine eserde ölüm cezasına mahkûm olan başkahramanı etkileyen, ölüm cezası ve buna bağlı olaylar haricinde kürek mahkûmlarıdır. Yine kitabın başlarında sanığın avuka-

Bu eleştiriler bağlamında ifade etmek gerekir ki; müebbet hapis cezasının, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi ile olan uyumsuzluğu, bilhassa müebbet hapis cezasının zorunlu olduğu durumlarda başka deyişle suçun karşılığı olarak yalnızca müebbet hapis cezasının öngörüldüğü durumlarda daha açık bir şekilde görülmektedir.

Özellikle de birçok kişinin suça katılmasının sıkça görüldüğü suç tiplerinde – söz gelimi Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, TCK m. 309, 311, 312 gibi – gerçekleştirilen fiillerin ağırlığı bağlamında bir sınıflandırma yok ve suç karşılığı yaptırım olarak müebbet hapis cezası zorunlu olarak öngörülmüş ise; bu halde müebbet hapis cezası bilhassa orantılılık ilkesi bakımından ciddi sorunlara gebe olacaktır. Zira örneğin bir girişimin/kalkışmanın yöneticisi/kumandanı ile kalkışmaya bir şekilde iştirak etmiş bir kişi aynı, tek ve hukuk sistemindeki en ağır cezayı alacaktır ki faillerin kalkışmanın genelindeki konumunu ve fiillerini önemsenmeyerek temel ceza bakımından aynı cezanın verilmesi, cezalandırma amaçlarına tezat teşkil etmektedir<sup>44</sup>.

## **B. Milletlerarası Hukukta ve Mukayeseli Hukukta Müebbet Hapis Cezası**

Yukarıda müebbet hapis cezasının varlığına yönelik eleştirileri zikretmiş bulunmaktayız. Ancak pratikte, müebbet hapis cezasının bir ceza türü olarak varlığını devam ettirdiğini, belirli bir ölçüde de olsa müebbet hapis cezasının ilgasına yönelik bir eğilimin gözlemlendiğini ve fakat bu eğilimin henüz yaygınlaşmadığını söylemek gerekmektedir. Avrupa Konseyi'ndeki durumu ele alırsak; Vinter Kararı'nda AIHM Büyük Da-

tının ölüm cezası yerine ömür boyu kürek cezası alabileceğini söylemesi kahramanı öfkelenendir (s. 5 -6) ve başkahraman ölüm anı yaklaşınca da değin ömür boyu kürek cezasının ölüm cezasından daha beter bir ceza olduğunu düşünür (s. 26 -27). Romanın sonlarına doğru infaz vakti yaklaştığında ise artık kahramana ölüm cezası çok daha ağır gelmekte ve kendisi ömür boyu kürek cezasına dahi razı durumdadır (s. 49). Ölüm cezasına karşı bir manifesto niteliğindeki bu eserden verdiğimiz örneklerin, ölüm cezası ile müebbet hapis cezası arasındaki ilişki bakımından değerli olduğu kanısındayız. Kaldı ki yukarıda zikredilen örneklerin haricinde ölüm cezası ile ilgili günlük hayattaki tartışmalarda konunun mutlak suretle müebbet hapis cezasına da değinmesi, bu iki ceza türü arasındaki sıkı ilişkinin bir diğer görünümüdür.

<sup>44</sup> Hükümete Karşı Suç bağlamında cezanın, faillerin kalkışma hareketindeki konumu ve fiilleri bakımından kategorileştirilmesi düşüncesi ve konu hakkındaki tartışma için bkz: Yetkin, Türk Ceza Kanunu'nda Hükümete Karşı Suç, s. 244-245.

ire, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde müebbet hapis cezasının varlığı ve niteliği hakkında bilgi vermiştir. Kararda zikredilen bilgiler uyarınca; karar tarihindeki veriler ışığında 9 ülkede<sup>45</sup> müebbet hapis cezası bulunmamakta iken, 32 ülkede<sup>46</sup> müebbet hapis cezası mevcut ve fakat belirlenen asgari infaz süresinin ardından erken tahliye mümkündür. Ayrıca, 5 ülkede<sup>47</sup> erken tahliye imkânı da olmayacak şekilde müebbet hapis cezası bulunmaktadır. Müebbet hapis cezasına yer veren 7 ülkede<sup>48</sup>, bazı suçlar bakımından erken tahliye imkânı bulunmamaktadır<sup>49</sup>. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde müebbet hapis cezasının durumuna dair bilgi, müebbet hapis cezasının, cezalandırmanın amaçları ile uyumlu olacak şekilde infazına dair görüşün günümüzde baskın nitelikte olduğunu göstermektedir.

Uluslararası belgelerde de müebbet hapis cezası mahkûmunun, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanması da dâhil olmak üzere topluma dönüşüne dair kurallara yer verildiği görülmektedir<sup>50</sup>. Bilhassa bu metinler arasında “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Şartlı Tahliye Hakkında R (2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararı” belirtilmelidir<sup>51</sup>. Anılan tavsiye kararında üye devletlere, ömür boyu hapse

<sup>45</sup> Bu ülkeler şu şekildedir: Andorra, Bosna ve Hersek, Hırvatistan, İspanya, Karadağ, Norveç, Portekiz, San Marino ve Sırbistan.

<sup>46</sup> Bu ülkeler şu şekildedir: Arnavutluk, Almanya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, İrlanda, İsveç, İsviçre, İtalya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Letonya, Lihtenştayn, Lüksemburg, Macaristan, Moldova, Monako, Polonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, Yunanistan ve Türkiye.

<sup>47</sup> Bu ülkeler şu şekildedir: İzlanda, Hollanda, Litvanya, Malta ve Ukrayna. Ancak bu ülkelerde af yoluyla cezanın indirilmesi olanağı bulunmaktadır. Keza Litvanya'nın AİHM'in kararları ile birlikte iç hukukunu AİHM içtihadı ile uyumlu hale getirdiğine dikkat çekmek istemekteyiz.

<sup>48</sup> Birleşik Krallık, Bulgaristan, Macaristan, Fransa, Slovakya, İsviçre ve Türkiye'dir. Bu ülkelerin umut hakkı içtihadı ile olan uyumluluk ilişkisi ilerleyen sayfalarda ele alınacaktır.

<sup>49</sup> AİHM Büyük Daire, Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 68. Aynı bilgi için bkz: Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 32-33. Bununla birlikte yazar, son kategoride yer alan devlet sayısını 8 olarak belirtmiştir. Ancak İngiltere ve Galler, Birleşik Krallık bünyesinde yer aldıklarından, yazımızda son kategorideki devlet sayısı olarak 7 rakamı kullanılmıştır.

<sup>50</sup> Müebbet hapis cezasına dair uluslararası metinler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 33-37.

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Günebakan, Umud Hakkı, s. 43 – 44.

mahkûm olanlar dâhil tüm mahkûmların, kanunen şartlı tahliyeden yararlanabilmeleri tavsiye edilmektedir<sup>52</sup>.

Belirtilmesi gereken bir başka uluslararası düzenleme ise Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü m. 110 hükmüdür. Roma Statüsü m. 110/3 uyarınca; hükümlünün mahkûm olduğu hapis cezasının üçte ikisi infaz olduktan ya da müebbet hapis cezasının 25 yılı infaz edildikten sonra, Mahkeme, cezanın indirilip indirilmeyeceğine karar verecektir. Statü m. 110/5 uyarınca ise Mahkeme; 3. maddeye göre, ilk incelemesinde cezanın indirilmesinin uygun olmadığına karar verirse, ceza indirimi hususunu Statü'nün ilgili kurallarında öngörülen ölçütler uyarınca dönemsel aralıklarla ele alacaktır<sup>53</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları m. 224/3 uyarınca, daha kısa bir periyot belirlenmediği müddetçe 3 yıllık dönemler halinde bu inceleme yapılacaktır<sup>54</sup>. Aynı madde uyarınca ilk inceleme kural olarak, sonraki incelemeler ise ihtiyaç duyulursa duruşma açılarak yapılacak, hükümlü ya da müdafisi duruşmaya katılabilecek, duruşma açılmamışsa yazılı olarak görüşlerini sunabilecek, karar ve gerekçeleri duruşmaya/yeniden incelemeye katılacaklara bildirilecektir. Yine Usul ve Delil Kuralları m. 223 hükmünde ise inceleme kıstasları da düzenlenmek suretiyle incelemelerdeki keyfilikğin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Mukayeseli hukuktaki yargı kararlarına baktığımızda ise; İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında müebbet hapis cezasının İtalyan Anayasası'na uygunluğunu değerlendirdiği belirtilmektedir. İtalyan Anayasa Mahkemesi; müebbet hapis cezasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Ancak mahkeme, erken tahliye/koşullu salıverilme imkânının bulunmasını Anayasa'ya uygunluk için aramakta ve indirilemez müeb-

<sup>52</sup> R(2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararına Ek 4/a: "Hapsedilmenin zararlı etkilerini azaltmak ve dış toplumun güvenliğini güvence altına almayı amaçlayan koşullar altında mahkûmların topluma yeniden katılmalarını desteklemek için ömür boyu hapse mahkûm olanlar dâhil tüm mahkûmlar, kanunen şartlı tahliyeden yararlanabilmelidirler. <http://www.cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915183913.pdf>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<sup>53</sup> [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019.

<sup>54</sup> <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

bet hapis cezasının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşmaktadır<sup>55</sup>. Ancak Mahkemenin, cezanın amacı olarak ıslahın yanı sıra caydırma, önleme ve sosyal savunmanın da yer aldığını belirttiği ve böylelikle cezaya genel ve özel önleme amaçlarının da yüklendiği ifade edilmektedir<sup>56</sup>.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de müebbet hapis cezasına ilişkin verdiği 21 Haziran 1977 tarihli ve 45 BVerfGE 187 kararında; salıverilme umudu olmaksızın müebbet hapis cezasının Alman Anayasası'nın 1. maddesinde korunma altına alınan insan onuruna aykırı olacağına karar vermiştir<sup>57</sup>.

### C. Cezalandırmanın Amacı Çerçevesinde Müebbet Hapis Cezası

Şu ana değin yaptığımız açıklamalar bağlamında; müebbet hapis cezasının bir ceza türü olarak var olduğunu ve fakat mahkûmların erken tahliyeden yararlanmalarının uluslararası metinlerde tavsiye edildiğini ve pek çok ülke mevzuatının da erken tahliyeyle olanak tanıdığını belirtmiş bulunmaktayız. Bu başlık altında son olarak, cezalandırma amaçları ile müebbet hapis cezası ilişkisini değerlendirmek uygun olacaktır.

Cezalandırmanın amaçları bakımından pek çok teori ileri sürülmüştür. Bu konudaki teorilerin genel hatlarıyla; Mutlak Teoriler, Nispi Teoriler ve Karma Teoriler olmak üzere üçe ayrıldığı gözlemlenmektedir. Kant ve Hegel'in fikirlerinden esinlenen Mutlak Teoriler, en genel anlamlarıyla cezalandırmanın amacını kefarete olarak belirlemekte, ceza geçmişe yönelik olarak kabul edilmekte, cezayı araç olarak değil bizzat amaç olarak görmekte ve cezadan herhangi bir yarar beklememekte, suçlunun işlemiş olduğu suç ile orantılı bir şekilde cezalandırılması esa-

<sup>55</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin müebbet hapis cezasını tartıştığı kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 40-42.

<sup>56</sup> Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 121. İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin benzer yöndeki bir kararı için bkz: aynı eser, s. 122.

<sup>57</sup> AİHM Büyük Daire, Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 69, 113.



sını benimsemektedir<sup>58</sup>. Nispi Teoriler<sup>59</sup>; cezayı araç olarak ele alıp geleceğe yönelik olarak kabul etmekte, cezanın özel önleme – genel önleme amaçlarına yönelik olmasını savunmakta, cezalandırmanın esasını suç nedeniyle bedel ödemekten ziyade yeniden suç işlenmesini önlemek olarak belirlemektedir<sup>60</sup>. Karma Teoriler ise; anılan iki teoriyi birleştirmektedir<sup>61</sup>. Karma Teoriyi benimseyenler arasında ise hangi teoriye ağırlık tanınmaları bakımından ayırım yapılmaktadır<sup>62</sup>.

Öğretide 5237 sayılı TCK'nın Karma Teoriyi benimsediği ileri sürülmüştür<sup>63</sup>. Buna gerekçe olarak ise m.1'de önleme amacına vurgu yapılması, m. 3 ve m. 61 hükümlerinde ise cezanın işlenen suç ile orantılı şekilde olacağı ve kusurluluğun cezalandırma bakımından taşıdığı önem (kefaret) gösterilmektedir<sup>64</sup>. Ancak TCK m. 1 hükmünde Kanun'un amacı belirtilirken cezalandırmanın amacına dair yaklaşımların dışında çeşitli hukuksal değerlere yer verilmiştir. Bu durum ise eleştirilmiş, önleme amacının ya maddede sayılan hukuksal değerlerle ilintili suçlara dair belirtilmesi ya da önleme amacının maddeden çıkarılması önerilmiş, bazı hukuksal değerlere Kanun'un amaç maddesinde yer verilmesi yerinde bulunmamıştır<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Özbek, İnfaz Hukuku, s. 87 – 88; Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 41-44; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 39-52; Günebakan, Umut Hakkı, s. 19; Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 8 – 10; Kızıl, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 48 – 49.

<sup>59</sup> Bu teorilerde cezanın esası, sosyal fayda sağlaması ya da gelecekte suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına yönelik olduğundan faydacı ya da önleyici teoriler olarak da adlandırılmaktadır. Bkz: Özbek, İnfaz Hukuku, s. 88; Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 10.

<sup>60</sup> Özbek, İnfaz Hukuku, s. 88 - 90; Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 44-50; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 53-65; Günebakan, Umut Hakkı, s. 21 – 22; Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 10 – 13; Kızıl, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 50 -51.

<sup>61</sup> Özbek, İnfaz Hukuku, s. 90.

<sup>62</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 50-51; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 66-70.

<sup>63</sup> Özbek'e göre ise, TCK m. 21 ve 22 ödetme, TCK m. 61 özel önleme, TCK m. 50 ve 51 ise genel önleme amaçlarının TCK'ya yansımış halleridir. Özbek, İnfaz Hukuku, s. 91.

<sup>64</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 51, 64-68; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 66-70; Kızıl, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 52.

<sup>65</sup> Claus Roxin, "Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya dâhil oluyor (Osman İsfen Röportaj)", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:2, Sonbahar 2004, s. 23.

Bugün gelinen noktada, cezalandırmanın amacı bakımından yukarıda sayılanların haricinde bilhassa ıslah – yeniden topluma döndürme amacının ağırlık kazandığı, kişinin işlediği suçun bedelini ödemesi ya da toplumun veya kişinin yeniden suç işlememesi için cezalandırma düşüncesinden ziyade ceza ile suçlunun toplum normlarını ihlal eden davranışını düzeltmesi ve yeniden topluma dönüşünün sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir<sup>66</sup>.

Cezalandırmanın amaçları çerçevesinde konuya yaklaşıldığında; indirilemez müebbet hapis cezasının, cezanın kefaret ve negatif özel önleme<sup>67</sup> amaçlarını gerçekleştirmesi mümkündür. Bununla birlikte indirilemez müebbet hapis cezasının, cezanın ıslah amacı ile uyumsuz olduğu açıktır. İndirilemez müebbet hapis cezası mahkûmu adeta “ölüm cezasına çarptırılmadan ölüm cezasına çarptırılmış gibi” bir durumdadır, biyolojik değil ama sosyal ölü konumundadır. Bu konumdaki bir kişinin ıslah olmak için çaba harcamasını beklemek de fazla iyimser bir bakış açıdır. Keza bu cezanın, genel önleme bakımından fayda sağlayıp sağlamadığı da kuşkusuz son derece tartışmalıdır.

Uluslararası belgelerde, müebbet hapis cezası mahkûmlarının tahliye olma imkânlarına dair düzenlemelere devletlerin mevzuatlarında yer vermesinin tavsiye edildiği görülmektedir. Roma Statüsü’nde yer alan suçların ağırlığı düşünüldüğünde, Roma Statüsü çerçevesinde dahi müebbet hapis cezası mahkûmlarının cezalarının belirli bir süre sonra gözden geçirilecek olması son derece anlamlıdır. Avrupa’daki Anayasa Mahkemeleri kararlarından da görüldüğü üzere, ulusal düzlemde indirilemez müebbet hapis cezasının insan haklarını ihlal ettiği düşüncesi yaygınlaşmaktadır. Buna karşın müebbet hapis cezasının ilgası görüşünün henüz yaygınlık kazanmadığını ve fakat bu yönde bir eğilimin ortaya çıkıp yaygınlaşma potansiyelini taşıdığını belirtmek istemekteyiz. Vinter Kararı ise; indirilemez müebbet hapis cezası bakımından aşağıda belirtileceği üzere önemli gelişmelere kapı aralamıştır.

<sup>66</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı, s. 56; Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 53; Günebakan, Umut Hakkı, s. 23.

<sup>67</sup> Negatif özel önleme ile kastedilen, hükümlünün cezaevinde kalması suretiyle etkisizleştirilmesidir. Taşkın, Müebbet Hapis Cezası, s. 40.

### III. AİHM'İN VINTER KARARI BAĞLAMINDA İNDİRİMSİZ MÜEBBET HAPİS CEZASINA YÖNELİK YAKLAŞIMI

#### A. Umut Hakkı ve Vinter Kararı

İnceleme konumuz bakımından özellikle üzerinde duracağımız Vinter Kararı<sup>68</sup>; AİHM Büyük Daire'nin 09.07.2013 tarihli ve kesin nitelikteki kararıdır<sup>69</sup>. Başvuru numaraları 66069/09, 130/10 ve 3896/10 olup birleştirilerek görülen başvuruda, aleyhine başvuruda bulunulan devlet Birleşik Krallık olup başvuruçular ise yine Birleşik Krallık vatandaşları olan Bay Douglas Gary Vinter, Bay Jeremy Neville Bamber ve Bay Peter Howard Moore adlı kişilerdir. Vinter Kararı; AİHM Büyük Daire tarafından verilmiş bir ihlal kararı olup AİHM'in konuya dair içtihadını hem teyit edici hem de ileri taşıyan bir mahiyettedir.

Kararın içeriğini tartışmadan evvel Birleşik Krallık Hükümeti yetkililerinin son derece sert bir şekilde karara tepki verdiğini belirtmek gerekir. Örneğin o dönemki Başbakan David Cameron, karar karşısında son derece hayal kırıklığına uğradığını, mahkeme kararına temelden katılmadığını, indirilemez müebbet hapis cezasını güçlü bir şekilde desteklediğini ifade etmiştir<sup>70</sup>.

Başvuruçuların her biri, insan öldürme suçundan mahkûm olan ve haklarında salıverilme umudu olmaksızın infazı ölünceye değin devam

<sup>68</sup> İndirimsiz müebbet hapis cezalarına ilişkin AİHM'in/Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Vinter v. Birleşik Krallık kararı öncesi kararları için bkz: Aydınoğlu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 63 - 68.

<sup>69</sup> İnceleme konumuzun esasını AİHM Büyük Daire'nin 09.07.2013 tarihli kararı oluşturmakla birlikte belirtmek gerekir ki başvuruçuların birleştirilen başvuruları hakkında öncelikle AİHM Dördüncü Daire tarafından 17.01.2012 tarihli karar tesis edilmiştir. AİHM Dördüncü Daire'ce; AİHS m. 3 kapsamındaki hak ihlali iddiaları kabul edilebilir, AİHS m. 5/4, 6 ve 7 çerçevesindeki hak ihlali iddiaları ise kabul edilemez bulunmuştur. AİHM Dördüncü Daire, 4'e karşı 3 oyla başvuruçular bakımından AİHS m. 3 ihlalinin bulunmadığına karar vermiştir. Başvuruçuların AİHS m. 43 uyarınca davanın Büyük Daire önünde görülmesi talebi Panel tarafından uygun görülüş ve davanın Büyük Daire önüne götürülmesini neticesinde inceleme konumuz olan Büyük Daire kararı tesis edilmiştir.

<sup>70</sup> Kararın verildiği tarihteki Adalet Bakanı da AİHS yaratıcıları kararı görseler mezarlarında ters dönerlerdi demiştir. Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 56; <https://www.theguardian.com/law/2013/jul/09/whole-life-sentences-david-cameron-human-rights> Çevrimiçi, 10.10.2019.

eden müebbet hapis cezasına hükmedilen kişilerdir<sup>71</sup>. Başvuranlardan Bay Vinter hakkında 2003 tarihli Criminal Justice Act – CJA- uyarınca yargıç kararıyla salıverilme umudu olmaksızın infazı ölünceye değin devam eden müebbet hapis cezasına hükmedilmiştir<sup>72/73</sup>. Bay Bamber ve Bay Moore hakkında ise; 2003 tarihli CJA öncesinde Bakan tarafından; erken tahliye hükümlerinden yararlanmaları için infazı gereken asgari süre ömür boyu olarak belirlendiğinden bu başvurucular bakımından da salıverilme umudu bulunmamaktadır<sup>74</sup>. İkinci ve üçüncü başvuru-

<sup>71</sup> Bay Vinter; 1996 yılında iş arkadaşını öldürmekten mahkûm olmuş, şartlı tahliyeden yararlandıktan sonra ise eşini öldürmekten hüküm giymiştir. Bay Bamber; ebeveynlerini, üvey kız kardeşini ve onun 2 çocuğunu öldürmekten suçlu bulunmuştur. Bay Moore ise; mağdurları eşcinsel erkekler olan 4 kişiyi cinsel tatmin amacıyla öldürdüğü gerekçesiyle mahkûm olmuştur. Başvurucuların mahkûm oldukları suçlara ilişkin maddi vakalar hakkında geniş bilgi için bkz: AİHM Büyük Daire, Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 15 – 32.

<sup>72</sup> 2003 tarihli Criminal Justice Act – CJA - m. 269 gereğince yargıç; hükümlünün erken tahliye hükümlerinden - the early release provisions – yararlanabilmesi için, hükümlünün cezanın infazı gereken asgari süresini belirleme yetkisine sahiptir. Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca bu asgari sürenin hesabında suçun ağırlığı dikkate alınacak olup aynı maddenin 4. fıkrası gereğince ise; yargıç, suçu işlediği anda 21 yaş ve üzeri olan failer hakkında işlenen suçun ağırlığı nedeniyle bu failerin erken tahliye hükümlerinden yararlanmaya uygun olmadıklarına karar verebilecektir. 269. maddenin başlığı, - zorunlu müebbet hapis cezasına ilişkin olarak asgari sürenin belirlenmesi – “*Determination of minimum term in relation to mandatory life sentence*” şeklinde olup maddenin 4. fıkrası ise şu şekildedir: Fail suçu işlediği sırada 21 yaşında veya daha büyükse ve mahkemenin kabulüne göre suçun ya da suç ve suçla ilgili bir veya daha fazla suçun ağırlığı nedeniyle 2. fıkra düzenlenene karar verilmemeli ise, mahkeme; erken tahliye hükümlerinin faille uygulanmasına karar vermemelidir. “*If the offender was 21 or over when he committed the offence and the court is of the opinion that, because of the seriousness of the offence, or of the combination of the offence and one or more offences associated with it, no order should be made under subsection (2), the court must order that the early release provisions are not to apply to the offender.*” şeklindedir. Bkz: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/269>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<sup>73</sup> CJA m. 269 hükmünde - the early release provisions – ifadesi kullanılmıştır. Esasen CJA m. 269/2 hükmünün atf yaptığı 1997 tarihli Crime (Sentences) Act m. 28/5 uyarınca; müebbet hapis cezası mahkûmunun cezasının infazı gereken asgari süresi infaz olursa ve ilgili kamu organı – Parole Board – tarafından salıverme uygun bulunursa mahkûmun infaz kurumundan tahliyesi söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede – the early release provision – ile kastedilenin Türk Hukukundaki karşılığı “Koşullu Salıverilme” olmaktadır. Bununla birlikte Türk ve İngiliz hukuk düzeninde yer alan söz konusu hükümlerdeki farklılıklar nedeniyle koşullu salıverilme ifadesi yerine doğrudan çeviri ile erken tahliye hükümleri ibaresi kullanılmıştır. Crime (Sentences) Act m. 28/5 hükmü için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/43/section/28>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<sup>74</sup> 2003 CJA öncesinde ise, müebbet hapis cezası mahkûmunun şartlı tahliye başvurusunda bulunabilmesi için gereken asgari süreyi belirleme yetkisini; dava yargıç ve İngiltere ve Galler Başyargıcı'nın görüşünü alarak - Secretary of State - Devlet Bakanı kullanılmaktadır. 2003 CJA öncesi sistemde Devlet Bakanı da müebbet hapis cezası mahkûmunun erken tahliye hükümlerinden yararlanması için infazı gerekli asgari süreyi kişinin ömrü olarak belirleyebilme yetkisini haizdir. Bununla birlikte bu karar 25 yıl geçmesinin ardından gözden geçirilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; Birleşik Krallık hükümetinde genel olarak Bakanların “Secretary of State” olarak adlandırıldığı ve bu Bakanların ayrıca sorumlu oldukları işler çerçevesinde isimlendirildik-

cu, 2003 tarihli CJA 22 numaralı Tablo ile tanınan Yüksek Mahkeme'ye başvurma imkânı ile birlikte ömür boyu olarak belirlenen asgari süreye dair Yüksek Mahkeme'ye başvurmuşlar ve fakat başvuruları reddedilmiş, ayrıca bu karara yönelik istinaf taleplerinden de sonuç alamamışlardır<sup>75</sup>.

Kararın içeriğine baktığımızda; ilk olarak kararın AİHM'in konuya dair içtihadını teyit edici yönünden bahsetmek gerekmektedir<sup>76</sup>. Vinter Kararı'nda öncelikle AİHM, orantısız cezanın AİHS ile uyumsuz olduğunu ifade etmekte ve fakat başvuruçuların müebbet hapis cezasının orantısız olduğu yönünde bir iddiası olmaması sebebiyle konuyu diğer boyutlarıyla ele alacağını belirtmektedir. Keza AİHM, cezaların tayini hususunda sözleşmecî devletlerin takdir marjının geniş olduğunun ve yetişkinler<sup>77</sup> için müebbet hapis cezasının öngörülmesinin AİHS m. 3 ihlaline sebebiyet vermeyeceğinin altını çizmektedir<sup>78</sup>. Yetişkinler için öngörülen müebbet hapis cezası ise; ancak hukuken ve fiilen indirilebilir nitelikte ise AİHS m. 3 hükmü ile uyumludur. Mahkemeye göre; müebbet hapis cezasının başka bir cezaya dönüştürülmesi, infazın askıya alınması, infazın durdurulması, koşullu salıverilme imkânının bulunması gibi yöntemlerden biri dahi ilgili iç hukukta bulunduğu takdirde, müebbet hapis cezası indirilebilir niteliktedir<sup>79</sup>.

Vinter Kararı'nın şu aşamaya değin zikrettiğimiz kısmı, AİHM'in özellikle *Kafkaris v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi* ve sonrasında verilen kararlarındaki tespitlerin teyidi mahiyetindedir. Özetle AİHM, yetişkin-

---

leri görülmektedir. Örneğin "Secretary of State for Justice", Türk Hukukundaki Adalet Bakanı'nın karşılığıdır. 6 numaralı dipnotta zikredilen Crime (Sentences) Act m. 28/5 hükmünde de erken tahliye kararı konusunda yetkili merci olarak "Secretary of State" belirtilmiştir. Bu nedenledir ki metinde "Adalet Bakanı" değil "Devlet Bakanı" ibaresi tercih edilmiştir.

<sup>75</sup> AİHM Büyük Daire, *Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı*, pg. 19, 22 - 25, 29 -32.

<sup>76</sup> Öncü, *İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları*, s. 21; Okuyucu Ergün, *Müebbet Hapis Cezası*, s. 56.

<sup>77</sup> *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi* m. 37/a uyarınca çocuklar hakkında ölüm cezasına hükmedilemeyeceği gibi infazı ölüncüye değin devam eden/indirilemez hapis cezasına da hükmedilemeyecektir.

<sup>78</sup> Okuyucu Ergün, *Müebbet Hapis Cezası*, s. 56.

<sup>79</sup> *Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı*, pg. 102-109; Okuyucu Ergün, *Müebbet Hapis Cezası*, s. 56; Öncü, *İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları*, s. 20; Dikmen, *Umut Hakkı*, s. 202.

ler için müebbet hapis cezasının öngörülmesinin kategorik olarak AİHM m. 3 ihlali anlamına gelmeyeceği ve fakat cezanın hukuken ve fiilen indirilebilir nitelikte olması gerektiği görüşündedir. Böylelikle AİHM'in müebbet hapis cezasının infazının hümanizm ilkesine uyumlu şekilde olması yolundaki görüşü benimsediğini söylemek mümkündür.

Vinter Kararı'nın ilerici yönü ise şu iki sebepten kaynaklanmaktadır: İlk olarak AİHM, Vinter Kararı'nda ilgili iç hukuku müebbet hapis cezasının indirilebilir olup olmadığı hususunda sıkı şekilde denetlemiştir. Kafkaris ve Iorgov kararlarında Devlet Başkanı'nın af yetkisini, son derece tartışmalı bir şekilde cezanın indirilebilir olduğunun kabulü için yeterli görmüştür<sup>80</sup>. Vinter Kararı'nda ise; ilgili iç hukuktaki belirsizlikleri, cezanın indirilebilir olduğunu kanıtlamak için yeterli bulmamıştır. Bu açıdan Vinter Kararı, ilgili iç hukukun daha sıkı bir şekilde denetlendiği bir karardır.

İkinci yön ise; AİHM'in bu kararda, müebbet hapis cezası indirilebilir nitelikte değilse bu halde hak ihlalinin cezaya hükmedildiği an gerçekleştiği yolundaki tespiti<sup>81</sup>. Büyük Daire, kararın bu yönüyle önceki kararlardan ve Dördüncü Daire'nin Vinter Davası'nda vermiş olduğu hak ihlali yoktur kararından ayrılmıştır. Zira anılan kararlarda, müebbet hapis cezası mahkûmu bakımından cezalandırmanın amaçları itibariyle cezanın infazı haklı görülemediği durumda cezanın infazının ancak m. 3 ihlaline sebebiyet verebileceği belirtilmekteydi. Büyük Daire'nin ıslah amacını ön plana alarak, başlangıçta infaz edilecek ceza ve salıverilme yöntemi belirli değil iken müebbet hapis cezası mahkûmunun ıslah faaliyetlerine katılmasının beklenemeyeceği yönündeki tespiti son derece önemlidir.

Yukarıdaki içtihadın gerekçeleri ise; hapis cezasının cezai temellerinin geçirdiği değişimlerin ancak bu şekilde değerlendirilebileceği<sup>82</sup> ve

<sup>80</sup> Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 21, dp. 25, 26; Dikmen, Umut Hakkı, s. 200; Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 65 – 67; Günebakan, Umut Hakkı, s. 58 – 59.

<sup>81</sup> Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 57; Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 23; Dikmen, Umut Hakkı, s. 204.

<sup>82</sup> Bu noktada önemli olanın hükümlünün ıslah olması olduğunu belirterek bu meseleye farklı bir açıdan da

bir gün tahliye imkânı olmaksızın bir kimseyi zor kullanarak özgürlüğünden mahrum etmenin insan onuruna aykırı olduğu, indirilemez müebbet hapis cezasının ıslah amacıyla çeliştiği şeklindedir<sup>83</sup>.

Esasen AİHM'in yukarıda zikredilen tespitinin yerindeliği, başvuru Vinter'in merkezinde olduğu bir olay ile sabittir. Bay Vinter, indirilemez müebbet hapis cezası mahkûmu olarak cezaevinde iken bir kavgaya karışmış ve olay kapsamındaki suçunu kabul etmiş dahası zaten kendisinin ölünceye değin infaz kurumunda kalacağını belirterek suçunu kabullenmesi için herhangi bir yargılamaya ihtiyaç olmadığını, kendisine verilecek cezanın, "ceza koleksiyonuna bir ceza eklemekten başka bir anlama gelmeyeceğini" söylemiştir<sup>84/85</sup>. Sanırız ki bir salıverilme umudu olmayan müebbet hapis cezası mahkûmuna ait bu söylem, AİHM kararındaki tespite yönelik teorik izahlardan çok daha ikna edici niteliktedir<sup>86</sup>.

AİHM; başvurucular bakımından indirilemez müebbet hapis cezasına hükmedildiği anda m. 3 ihlalinin gerçekleştiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte kararda ihlal bulgusunun, başvurucular için derhal serbest bırakılma umudu sağlayacak şekilde anlaşılamayacağı özellikle

---

yaklaşmak istemekteyiz. Umud hakkına ilişkin içtihatlarda da belirtildiği üzere bir gün salıverilme umudu olmadan cezanın infaz edilmesi, hükümlü ne kadar uzun süre hayatta kalırsa o kadar ceza çekeceği anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle hükümlünün yaşam hakkının korunması iledir ki hükümlü daha ağır bir şekilde ceza çekmektedir. Ancak infaz kurumunda geçirilen uzun süreler sonunda, ıslah olmanın da dışında hükümlünün cezanın başlangıç aşamasındaki psikolojik durumu dahi değişikliğe uğrayabilir. Bu çerçevede başlangıçta bir değerlendirme yapılarak bir gün salıverilmeye dair değerlendirmeye tabi tutulmaktan yoksun bırakma, hükümlüde olabilecek her türlü değişimi göz ardı etmek anlamına gelecektir. Cezanın infazının başlangıç aşamasındaki övüncün ve suçu üstlenmenin yerini bir süre sonra pişmanlığın ve suçu üstünden atma çabasının aldığına dair somut bir örnek olay için bkz: Erem, Bir Ceza Avukatının Anıları, s. 21 – 23.

<sup>83</sup> Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 56; Dikmen, Umud Hakkı, s. 203.

<sup>84</sup> Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 56 -57; Aydınöğlü, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 72.

<sup>85</sup> Beccaria; ölüm cezası mahkûmunun umutsuzluğuna ilişkin olarak şu veciz ifadeyi kullanmaktadır: "Umutsuzluk, umutsuzluktan doğan kötülükler son vermez. Ama onları başlatır." Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s. 139. Sanırız ki Vinter'in mektubunu açıklamak için bu iki cümleden daha başarılı bir ifade şekli pek güç bulunur.

<sup>86</sup> Aynı konuya dair teorik tartışma için bkz: Aydınöğlü, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 58 – 60; Benzer yönde İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Ankara, Seçkin, 2019, s. 787.

vurgulanmıştır<sup>87</sup>. AİHM, benzer başvurularda da ihlal tespitinde bulunduğu takdirde aynı vurguya kararlarında yer vermektedir. **Dolayısıyla umut hakkı kavramı, bir hükümlünün bir gün muhakkak serbest bırakılması anlamına gelmemektedir**<sup>88</sup>. Önemli olan cezanın fiilen ve hukuken indirilebilir olması ve cezanın gözden geçirme usulünün varlığıdır. Cezanın belirli bir süre infazına karşın cezalandırma amaçları gerçekleşmemiş ise (bilhassa hükümlü ıslah olmamış ya da tahliyesi kamu güvenliği bakımından ciddi tehlike oluşturabilecek nitelikte ise) bu halde hükümlünün durumunun gözden geçirilmesi ve fakat salıverilmemesi m. 3 ihlaline sebep olmayacaktır.

## **B. Vinter Kararı Çerçevesinde Umut Hakkının Suçluların İadesine Etkisi**

Son derece bilinen 07.07.1989 tarihli Soering v. Birleşik Krallık kararında (Başvuru No:14038/88) AİHM, iade edilmesi durumunda ölüm cezasına çarptırılması muhtemel olan başvurucunun, ölüm cezasının infazını beklediği dönemde – ölüm bekleyişi/ölüm koridoru – içinde bulunacağı psikolojik halin AİHS m. 3 ihlaline sebebiyet vereceğini kabul etmiştir. İade meselelerinde, iade edilecek olan devlette çarptırılacak ceza, AİHS m. 3 hükmü ile uyumsuz ise iadenin AİHS m. 3 ihlaline sebebiyet vereceğini belirtebiliriz. Bu noktada ilgili ülkedeki müebbet hapis cezasının AİHS m. 3 hükmü ile olan uyumluluk ilişkisi, iade talepleri bakımından da belirleyici olacaktır

Vinter Kararı ve umut hakkı içtihadı, suçluların iadesi bağlamında da etki doğurmuştur<sup>89</sup>. Zira aşağıda değinilecek Trabelsi kararına değin – ki bu karar, Vinter kararından sonradır – indirilemez müebbet hapis cezalarına ilişkin olarak Vinter kararındaki ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmadığından kabul edilemezlik/ihlal bulunmadığı yönünde kararlar tesis edilmiştir. 16.10.2001 tarihli Einhorn v. Fransa

<sup>87</sup> Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 131; Okuyucu Ergün, Müebbet Hapis Cezası, s. 56.

<sup>88</sup> Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 24.

<sup>89</sup> İade ve müebbet hapis cezasına dair karar özetleri için bkz: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Extradition\\_life\\_sentence\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extradition_life_sentence_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019.



(Başvuru No: 71555/01), 09.07.2012 tarihli Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık (Başvuru No: 9146/07 ve 32650/07), 10.04.2012 tarihli Babar Ahmad ve diğerleri v. Birleşik Krallık (Başvuru No:24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09, 67354/09) kararları bu bakımdan örnek olarak gösterilebilir. Anılan kararlarda orantısız cezaların ve bu bakımdan indirilemez müebbet hapsi cezalarının AİHS m. 3 ihlaline sebep olabilecekleri belirtilmekte, bununla birlikte Vinter kararındaki ölçütler çerçevesinde değerlendirme yapılmadığından iadesi gündemde olan kişilere isnat edilen suçlara karşı öngörülen cezalara dair orantılılık incelenmekte, mevzuatta yer alan indirim olanakları ise sıkı bir şekilde denetlenmemekte ve böylelikle kabul edilemezlik/ihlal bulunmadığı yönünde kararlar verilmektedir.

AİHM İkinci Bölüm Trabelsi v. Belçika kararında<sup>90</sup> ise; başvuruçunun, Amerika Birleşik Devletleri'ne iade edilmesi durumunda mahkûm olabileceği cezanın Vinter Kararı'ndaki ölçütler uyarınca indirilebilir olmadığı gerekçesiyle başvuruçunun iadesinin m. 3 hükmüne aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir<sup>91</sup>. Yinelemek gerekir ki Trabelsi kararı, Vinter kararından sonradır ve Trabelsi kararında Vinter kararındaki gibi iadenin gündemde olduğu devlette kabul edilen müebbet hapis cezasının indirilebilir olup olmadığı sıkı bir biçimde denetlenmiştir. Bu bakımdan sadece bir olanağın varlığı değil, müebbet hapis cezasının indirimine dair bir mekanizma ile indirimin fiilen olanaklılığı belirleyicidir. Dolayısıyla Vinter v. Birleşik Krallık kararı; adeta bir referans karar olarak benzer olaylarda kendisine sıkça atıf yapılmaktadır. Yine benzer olaylar değerlendirilirken ilkesel çerçeve, Vinter v. Birleşik Krallık kararındaki tespitler uyarınca oluşturulmaktadır.

Suçluların iadesi ile umut hakkı ilişkisine dair; doğrudan Türkiye'yi ilgilendiren ve Vinter Kararı'nda da değinilen ve kararın gerekçeleri zikredilirken vurgulanan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (Bundes

<sup>90</sup> AİHM Dördüncü Daire: Trabelsi v. Belçika Kararı, Başvuru Numarası: 140/10: T:04.09.2014, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-146372%22%5D%7D>}.

<sup>91</sup> AİHM Dördüncü Daire, Trabelsi v. Belçika Kararı, pg. 112-139; Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Ceza-ları, s. 27; Günebakan, Umut Hakkı, s. 79 – 83.

verfassungsgericht=BVerfG) 16.01.2010 tarihli ve 2 BvR 2299/09 sayılı kararına ayrıca dikkat çekmek istemekteyiz<sup>92</sup>. Anılan karar, Türkiye'ye iade edilmesi durumunda ölünceye değin infazı devam edecek müebbet hapis cezasına çarptırılabilceği bir suçtan dolayı yargılanacağı iddiasında bulunan PKK terör örgütü üyesi bir Türk vatandaşının, iade edilme kararlarına karşı yaptığı Anayasa Şikâyetidir<sup>93</sup>. BVerfG kararında; Cumhurbaşkanı'nın cezaları kaldırma – hafifletme yetkisinin, salıverilme umudu bakımından belirsiz ve yetersiz nitelikte olduğunu belirtmiş<sup>94</sup>, iade meselesinde esasen Alman Hükümeti'nin dış politikadaki hareket etme özgürlüğüne engel olmamak adına Alman Mahkemelerinin iadeye ancak Alman Anayasa'sının vazgeçilmez/temel ilkelerinin ihlali durumunda engel olabileceğini ifade etmiş<sup>95</sup> ve her ne kadar yabancı hukuk kurallarına saygı göstermek zorunlu olsa da salıverilme ihtimali olmayan bir cezanın zalimane ve aşağılayıcı nitelik arz edip dolayısıyla Alman Anayasası'nın 1. maddesinde yer alan insan onuru kavramının gereklerine aykırı olacağı<sup>96</sup> gerekçesiyle iade istemini kabul edilemez bulmuştur<sup>97</sup>.

### C. Umut Hakkı Bakımından Güncel Gelişmeler

Vinter Kararı, AİHM'in konuya ilişkin sonraki kararlarını etkilemiş, kararlarda mutlak suretle Vinter Kararına atıf yapılmıştır<sup>98/99</sup>. Bu yönü-

92 Karar hakkında bkz: Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 71.; Kıdıl, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 73 – 74.; Kararın tam metni için bkz.: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk20100116\\_2bvr229909.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk20100116_2bvr229909.html), Çevrimiçi, 10.10.2019.

93 BVerfG, 2 BvR 2299/09, pg. 1.

94 BVerfG, 2 BvR 2299/09, pg. 28.

95 BVerfG, 2 BvR 2299/09, pg. 20.

96 BVerfG, 2 BvR 2299/09, pg. 21, 23.

97 Karar hakkında ayrıca bkz: Özgenc, Genel Hükümler, s. 792 – 793, dp. 156.

98 Öcalan/Kaytan/Gurban/Boltan v. Türkiye kararları, Harakchiev ve Tolumov v. Bulgaristan, Magyar v. Macaristan, Trabelsi v. Belçika, Murray v. Hollanda, Hutchinson v. Birleşik Krallık kararları bu bakımdan ilk akla gelen kararlardır. Müebbet hapis cezasına ilişkin önemli kararların kısa özetleri için bkz: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_sentences\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_sentences_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019

99 Öncü; Öcalan 2 kararının Vinter Kararı'ndan görece kısa bir süre sonra açıklanmış olmasını, Öcalan 2 kararının açıklanması için Vinter Kararı'nın beklenildiği şekilde yorumlanabileceği kanısındadır. Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 28.

le kararın, müebbet hapis cezasının m. 3 hükmüne uyumu konulu başvurularında, referans karar olma niteliği bulunmaktadır. Vinter kararının ardından umut hakkına yönelik içtihadın genel itibariyle – aşağıda değinilecek Hutchinson kararına dair tartışma haricinde – gelişim gösterdiği görülmektedir ki yukarıda belirtilen Trabelsi kararı ile birlikte umut hakkının iade meselesine olan etkisi izah edilmişti. Vinter kararının ardından umut hakkına dair güncel kararlardan bahsetmek gerekirse;

**Laszlo Magyar v. Macaristan kararında**<sup>100</sup>; her ne kadar **Törköly v. Macaristan kararında** Devlet Başkanı'nın af yetkisi nedeniyle Macaristan hakkında ihlal tespitinde bulunulmamış olursa da bu kararda Devlet Başkanı'nın af yetkisi yeterli görülmemiştir. Zira AİHM'e göre Devlet Başkanı'nın af yetkisi, müebbet hapis cezası hükümlüleri için hangi şartlar altında ve ne yaparlarsa salıverilmenin olanaklı olacağı hususunda herhangi bir belirlilik içermemektedir. Keza hükümlülerin cezanın infazı sürecinde geçirdikleri değişim ve gösterdikleri ilerleme de dikkate alınmamaktadır. AİHM, bu davada Macaristan'ı AİHS m. 46 uyarınca yapısal sorunu ortadan kaldırması için gereken tedbirleri almaya davet etmiştir<sup>101/102</sup>.

**Harachiev ve Tolumov v. Bulgaristan kararında**<sup>103</sup>; AİHM Iorgov v. Bulgaristan kararındaki Devlet Başkanı'nın af yetkisi yeterli gören yaklaşımını terk ederek Bulgar hukukunu sıkı bir şekilde denetlemiştir. Bulgar Anayasa Mahkemesi'nin 2012 tarihli bir kararına kadar 2004 Kasım – 2012 başları arasındaki dönemde Devlet Başkanı'nın af yetkisinin belirli bir politikanın eseri olarak uygulandığının söylenemeyeceği belirtilmiştir. Keza AİHM, infaz usulünü de kararda değerlendi-

<sup>100</sup> AİHM İkinci Bölüm, Laszlo Magyar v. Macaristan Kararı, Başvuru No: 73593/10, T: 20.05.2014, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-144109%22%5D%7D>].

<sup>101</sup> Umut hakkına ilişkin olarak Macaristan'ın durumuna dair değerlendirmeler için bkz: Günebakan, Umut Hakkı, s. 94 -96.

<sup>102</sup> Temmuz 2019 itibariyle AİHM'in müebbet hapis cezasına ilişkin bilgi notundaki verilere göre; incelemesi devam eden umut hakkı ile ilgili 10 başvurudan 8 tanesi Macaristan aleyhinedir.

<sup>103</sup> AİHM Dördüncü Bölüm, Harachiev ve Tolumov v. Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 15018/11, 61199/12, T: 08.07.2014, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145442%22%5D%7D>].

rerek, infaz şartları nedeniyle müebbet hapis cezası hükümlülerinin ıslah olma noktasında gereken olanaklara sahip olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedendir ki mahkeme, Bulgaristan'ı gereken tedbirleri almaya davet etmiştir<sup>104</sup>. Kararın özellikle bu son kısmının aşağıda belirteceğimiz Murray v. Hollanda kararı ile benzeştiğini belirtebiliriz.

**Murray v. Hollanda**<sup>105</sup> kararında, müebbet hapis cezası mahkumlarının tahliyesini olanaklı kılan yeniden sosyalleştirme/rehabilitasyon olanaklarının sağlanamaması nedeniyle cezanın fiilen indirilemez olduğu kabul edilmiştir<sup>106</sup>. Zira başvuru hakkında psikolojik rahatsızlığı tahliye engeli olarak kabul edilmesine karşın başvurucuya herhangi bir tedavi/rehabilitasyon olanağı sağlanmamıştır. Böylelikle yasal düzenlemelerin de haricinde – de jure ceza indirilebilir dahi olsa – de facto cezanın indirilebilir olma ölçütünün somutlaştığı ve Vinter içtihadının bir adım daha ileriye taşındığı görülmektedir.

Buna karşın **Hutchinson v. Birleşik Krallık kararı** ise farklı bir yerdedir<sup>107</sup>. Anılan karar öğretide “Karşı Devrim” olarak nitelendirilmiştir<sup>108</sup>. Bu nitelendirmenin sebebi ise; Vinter Kararı sonrasında Bakan'ın salıverme yetkisinde değişiklik olmamasına karşın İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) bir kararında bu yetkinin AİHS'e uygun olarak kullanılması gerektiği içtihadı ile birlikte AİHM Büyük Daire tarafından ihlal kararı verilmemesidir<sup>109</sup>. Bu karar, AİHM'in indirilemez müebbet hapis cezalarına ilişkin olarak iç hukukları sıkı şekilde denetlemesi hususunda Vinter Kararı'ndan geriye dönüş niteliğinde olduğu belirtilerek eleştiri-

<sup>104</sup> Umut hakkına ilişkin olarak Bulgaristan'ın durumuna dair değerlendirmeler için bkz: Günebakan, Umut Hakkı, s. 97-98.

<sup>105</sup> AİHM Büyük Daire, Murray v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 10511/10, T: 26.04.2016, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-162614%22%5D%7D>.

<sup>106</sup> Murray v. Hollanda kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 74 – 76.; Günebakan, Umut Hakkı, s. 70 – 72.

<sup>107</sup> AİHM Büyük Daire, Hutchinson v. Birleşik Krallık Kararı, Başvuru Numarası: 57592/08, T: 17.01.2017, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170347%22%5D%7D>}; Günebakan, Umut Hakkı, s. 91 – 93.

<sup>108</sup> Dikmen, Umut Hakkı, s. 206; Karar ve getirilen eleştiriler hakkında bkz: Kıdıl, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 66 – 67, dp. 76.

<sup>109</sup> Dikmen, Umut Hakkı, s. 206.

ilmektedir. Keza mahkemece sözleşmeci devletlerin iç hukukunu değerlendirme bağlamında çifte standart uygulandığı da ileri sürülmüştür. Buna karşın Hutchinson kararının esasen bir geri dönüş olmadığı, bu konudaki aksi değerlendirmelerin Anglo – Sakson hukuk sistemindeki içtihadı gelişimin önemini göz ardı ettiği de belirtilmektedir<sup>110</sup>.

Kanımızca Hutchinson kararının bir karşı devrim mi yoksa Anglo – Sakson hukukunun özelliklerini gözetken bir karar mı olduğu hususunda temkinli olmak gerekmektedir. Gelecek zaman içerisinde umut hakkı bağlamında Birleşik Krallık'a karşı yapılan başvurularda verilecek kararlar ile AİHM'in yaklaşımının belirginleşeceği ve Hutchinson kararının etkisinin tam olarak anlaşılacağı kanısındayız. Bilhassa da AİHM tarafından Birleşik Krallık'taki uygulamanın göz önüne alınması, Bakan'ın yetkilerini kullandığı örnek sayısı ve kullanım biçiminin değerlendirilmesi ile gerçek bir tahliye umudunun var olup olmadığını değerlendirmesi uygun olacaktır. Zira her ne kadar Hutchinson kararı ile müebbet hapis cezasının de jure indirilebilir olduğu kabul edilse de müebbet hapis cezasının de facto olarak da indirilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Gelecek dönemde Bakan salıverme yetkisini AİHM'in umut hakkı içtihadı çerçevesinde kullanmaz ise bu halde Birleşik Krallık'taki müebbet hapis cezasının indirilemez nitelikte olduğu tespit edilip ihlal kararı verilmesi olasılık dâhilindedir.

AİHM'in **Bodein v. Fransa**<sup>111</sup> ile **T.P ve A.T v. Macaristan**<sup>112</sup> kararlarında; müebbet hapis cezası hükümlüsünün salıverilme incelemesine dair süre koşulunu tartışılmıştır. AİHM, ilk hürriyetten yoksun bırakılmadan itibaren 30 yıl sonraki (mahkumiyetten itibaren 26 yıl sonra) ilk incelemeye dair düzenlemeyi AİHS m. 3 hükmüne uygun bulurken mahkumiyetten 40 yıl sonra ilk incelemenin yapılmasını ise ihlal olarak değerlendirmiştir.

<sup>110</sup> Günebakan, Umut Hakkı, s. 93 – 94.

<sup>111</sup> AİHM Beşinci Bölüm, Bodein v. Fransa Kararı, Başvuru No: 40014/10, T: 13.11.2014. Karar Fransızca tesis edilmiş olup Türkçe özeti için <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22TUR%22%5D,%22appno%22:%5B%2240014/10%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-168871%22%5D%7D>.

<sup>112</sup> AİHM Dördüncü Bölüm, T.P. ve A.T. Kararı, Başvuru No: 37871/14, 73986/14, T: 04.10.2016, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-166491%22%5D%7D>.

2019 yılında umut hakkı bakımından önem taşıyan kararlar, **Petukhov v. Ukrayna 2**<sup>113</sup> ve **Marcello Viola v. İtalya 2**<sup>114</sup> kararlarıdır. AİHM; Petukhov v. Ukrayna kararında, müebbet hapis cezasının indirilmesinin tek yolu olan Devlet Başkan'ın af yetkisinin, kötüye kullanıma karşı yeterli usuli güvenceleri içerecek denli açıkça düzenlenmemesi ve müebbet hapis cezası hükümlülerinin içinde buldukları şartların ıslah olmaya yönelik bir olanak tanımaması nedenleriyle ihlal kararı vermiştir. Bu nedenledir ki AİHM, bu kez Ukrayna'yı umut hakkı içtihadında belirtilen ilkeler uyarınca yapısal sorunlarını çözmeye davet etmiştir. Marcello Viola v. İtalya kararında ise; iç hukukta mafya bağlantılı suçlar nedeniyle hüküm giymiş olan başvurucunun adli makamlarla işbirliği yapmaması nedeniyle cezasının indirilmesi olanağından yoksun bulunması mercek altına almıştır. Mahkeme, adli makamlarla işbirliği yapmamanın mutlak suretle başvurucunun tehlikeliliğini göstermeyeceğini, çeşitli başka sebeplerle – kendisinin ya da ailesinin güvenliği gibi – işbirliği yapmamanın söz konusu olabileceğini belirterek ihlal kararı vermiştir.

Son olarak umut hakkı bağlamında Litvanya hakkında verilen kararlardan bahsetmek uygun olacaktır. **Matiosaitis ve diğerleri v. Litvanya kararında**<sup>115</sup>, hem de jure ve de facto Litvanya hukuk sisteminde müebbet hapis cezalarının indirilebilir olmadığı tespiti yapılmış hem de hükümlülere ıslah olmaya dair yeterli olanak sağlanmadığı belirtilmiş ve dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir<sup>116</sup>. Bununla birlikte Litvanya'da 2019 Mart ayında yasal değişiklikler yapılmıştır<sup>117</sup>. AİHM söz konusu yasal

<sup>113</sup> AİHM Beşinci Bölüm, Petukhov v. Ukrayna 2 Kararı, Başvuru No: 41216/13, T: 12.03.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-191703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-191703%22]}).

<sup>114</sup> AİHM Birinci Bölüm, Marcello Viola 2 Kararı, Başvuru No: 77633/16, T: 13.06.2019. Karar Fransızca tesis edilmiş olup kararın İngilizce özeti için bkz: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/3037-judgment-marcello-viola-v.-italy-no.-2---irreducible-life-sentence-breached-the-convention-1.pdf>.

<sup>115</sup> AİHM İkinci Bölüm, Matiosaitis ve diğerleri v. Litvanya Kararı, T:23.05.2017, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-173623%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-173623%22]}).

<sup>116</sup> Umut hakkına ilişkin olarak Litvanya'nın durumuna dair değerlendirmeler için bkz: Günebakan, Umud Hakkı, s. 98 -1 00. Ancak eser tarihinden sonra Litvanya'da yasal düzenleme yapıldığını ve bu düzenlemelerin AİHM tarafından uygun kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir. Litvanya hukukunda yapılan değişiklikler hakkında, aşağıda zikredilen Dardanskis v. Litvanya kararı pg. 10 -12.

<sup>117</sup> Bir önceki dipnot ve ayrıca [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_sentences\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_sentences_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019.

değişiklikleri yeterli bulmuş olup **Dardanskis v. Litvanya**<sup>118</sup> ve diğer 15 başvuru bakımından AİHS m. 37/1-b uyarınca ihtilafların çözümlendiği gerekçesiyle kayıttan düşürme kararı alınmıştır.

AİHM tarafından umut hakkı içtihadı ile uyumlu görülen bu yasal değişikliklerden kısaca bahsetmek uygun olacaktır<sup>119</sup>. Zira Türkiye’de olası bir yasal değişiklik için Litvanya örneği kanımızca önem arz etmektedir. İlk olarak cezanın indirilmesi noktasında değerlendirme yapacak olan organ bir mahkeme olacaktır. Bu durumu AİHM, tatmin edici bulmuştur<sup>120</sup>. Değerlendirme süresi ise özgürlüğün kısıtlandığı ya da hükmün infazına başlanıldığı andan itibaren 20 yıl sonrasıdır, bir başka deyişle bu husustaki genel teamül olan 25 yıldan daha kısa bir süredir<sup>121</sup>. Bu değerlendirme neticesinde müebbet hapis cezası, 5 yıldan az 10 yıldan ise fazla olmayacak bir süreli hapis cezasına dönüştürülebilecektir. Müebbet hapis cezasının infazı devam ederken yeniden kasıtlı bir suç işlenmesi durumunda ise değerlendirme süresi kesilmiş olacak ve yeni suçun işlenme tarihinden itibaren yeniden başlayacaktır. Böylelikle indirilemez müebbet hapis cezası mahkûmunun “sınırsız suç işleme özgürlüğü” ortadan kaldırılacak, yeni işlenen suç, hükümlünün suç koleksiyonunun bir parçası olmayacak, suç işlenmesine ya da işlenmemesine pozitif hukuk sonuç bağlamış olacaktır. Ayrıca hükümlü, cezanın değerlendirilmesi sürecine aktif şekilde katılmaktadır<sup>122</sup>. Öyle ki verilen karara karşı kanun yoluna başvurabilmektedir. Müebbet hapis cezasının indirilmesi hususunda değerlendirme ölçütleri olan, tekerrür riski, müebbet hapis cezasının amacı ve infazının devamının hükümlü üzerindeki etkileri ve ıslah önlemlerinin başarılı olma düzeyi, AİHM tarafından değerlendirmenin etkililiği noktasında yeterince objektif bulunmuştur<sup>123</sup>. Ayrıca AİHM, son yapılan değişikliklerin hükümlülerin yeniden sosyal-

<sup>118</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, Başvuru No: 74452/13, T:18.06.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-194713%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-194713%22]}).

<sup>119</sup> İlgili yasal değişiklikler için bkz: AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 10 – 12.

<sup>120</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 26.

<sup>121</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 27.

<sup>122</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 28.

<sup>123</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 29.

leşme ve topluma uyumlarına ilişkin olarak da gerekli tedbirleri ihtiva ettiği kabul edilmiştir<sup>124</sup>.

Yukarıda zikrettiğimiz kararlar ışığında belirtilmelidir ki; Vinter v. Birleşik Krallık kararının ardından umut hakkı içtihadı – her ne kadar Hutchinson v. Birleşik Krallık kararı ile birlikte bu içtihattan dönüldüğü ya da en azından geriye gidişin söz konusu olduğu eleştirileri mevcutsa da – gelişerek devam etmektedir. AİHM; iç hukukları sıkı şekilde incelemiş ve Macaristan, Bulgaristan, Litvanya ve Ukrayna’yı yapısal sorunları çözmeye davet etmiştir. Litvanya’nın bu amaçla iç hukukunda değişime gittiği de ayrıca belirtilmelidir. Keza AİHM yalnızca de jure ve de facto cezanın indirilebilir olmasını incelemekle de yetinmemekte, müebbet hapis cezası hükümlülerinin serbest kalmak için göstermeleri gereken iyileşmeye dair olanakların yokluğu durumunda da AİHS m. 3 ihlali kararı vermektedir. Bu yaklaşım ise sözleşmecî devletlerin müebbet hapis cezasının infaz usullerini gözden geçirmelerini ve umut hakkı içtihadına uygun hale getirmelerini gerektirmektedir.

#### IV. UMUT HAKKI ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Umut Hakkı Bağlamında Türk Ceza ve İnfaz Hukuku Hükmüleri

AİHM’in Vinter Kararında belirtmiş olduğu ilkeler çerçevesinde; müebbet hapis cezasının AİHS m. 3 hükmü ile uyumlu olabilmesi için cezanın gözden geçirilebilir olması ile cezanın hukuken ve fiilen indirilebilir olması gerektiğini ve fakat sözleşmecî devletlerin ilgili gözden geçirme usulü ve buna karar verecek makam ile gözden geçirmenin gündeme gelmesi için gereken asgari süre hususlarında takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiş bulunmaktayız. Bu bakımdan Türk Hukuku özelinde değerlendirilmesi gereken infaz hukuku müessesesi, İnfaz Kanunu m. 107’de düzenlenen koşullu salıverilmedir.

<sup>124</sup> AİHM İkinci Bölüm, Dardanskis v. Litvanya, pg. 30.



Koşullu salıverilme; infaz kurumunda iyi halli olarak Kanun'un belirlediği asgari süreyi geçiren hükümlünün ceza süresi dolmadan serbest bırakılmasıdır<sup>125</sup>. Bu bakımdan koşullu salıverilme; cezanın infazı sırasında bireyselleştirmeyi gerçekleştiren bir ceza infaz kurumu aracı<sup>126</sup> olup ıslah olan mahkûmun yeniden sosyalleştirilmesi aracıdır<sup>127</sup>. Koşullu salıverme kararı verilebilmesinin şartları ise; Kanun'un belirlediği asgari sürenin infaz kurumunda ve iyi halli<sup>128</sup> olarak çekilmesidir<sup>129</sup>. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda koşullu salıverme kararının verilmesi olanak dışıdır<sup>130</sup>. Konumuz çerçevesinde incelenmesi gereken hal ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olup koşullu salıverme hükmünden yararlanamayacak hükümlülerdir.

Bilindiği üzere Avrupa Konseyi bünyesinde ölüm cezası, önce 6 numaralı protokol ile savaş ve yakın savaş tehlikesi hali hariç olmak üzere kaldırılmış olup akabinde 13 numaralı protokolle de istisnasız bir şekilde ilga edilmiştir. Türkiye ise 6 numaralı protokolü 4913 sayılı, 13 numaralı protokolü ise 5408 sayılı uygun bulma kanunları ile iç hukukta uygulanır hale getirmiştir. Anayasal düzlemde de önce 4709 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu ile istisnaları mevcut olmak üzere ölüm cezası ilga edilirken 5170 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu ile de herhangi bir istisna olmaksızın bu ceza kaldırılmıştır. Bu süreç içerisinde 4771 sayılı Kanun ile 6 numaralı protokol ve 4913 sayılı Kanun ile yapılan Anaya-

<sup>125</sup> Koşullu salıverilme hakkında tanımlar için bkz: Özбек, İnfaz Hukuku, s. 334-335; Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 512; Özgenç, Genel Hükümler, s. 785; Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 56; Kızıllı, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 41 – 42.

<sup>126</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 785.

<sup>127</sup> Özбек, İnfaz Hukuku, s. 335; Koşullu salıverilme kurumunun hukuki esası ve amaçları hakkında ayrıca bkz: Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 513 – 514.

<sup>128</sup> Ancak Türk Hukuku'nda iyi halli olma şartının etkili bir şekilde tespit edilmediği, koşullu salıvermenin adeta bihakkın tahliye dönüşüğü, iyi hal şartının otomatik bir şekilde gerçekleşen, gerçekleştiği kabul edilen ve denetlenmeyen bir şart olduğu ifade edilmiştir ki bu durumun başlı başına koşullu salıverilme kurumunun amacına aykırı olduğu açıktır. Bkz: Şen, Başer, Koşullu Salıverilme, s. 27; Özgenç, Genel Hükümler, s. 785 – 786; Kızıllı, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 45.

<sup>129</sup> Şartlar hakkında bilgi için; Özбек, İnfaz Hukuku, s. 335-339; Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 514 – 523; Özgenç, Genel Hükümler, s. 786 – 795; Şen, Başer, Koşullu Salıverilme, s. 23-29; Altınok Villemin, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 58 – 62.

<sup>130</sup> Özбек, İnfaz Hukuku, s. 339-341; Şen, Başer, Koşullu Salıverilme, s. 29-31; Erden Tütüncü, Gurban/Türkiye Kararı, s. 623-624.

sa değişikliğine, 5218 sayılı Kanun ile de 13 numaralı protokol ve 5170 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğine uyum sağlanmıştır. 4771 sayılı Kanun ile ölüm cezasının yerine müebbet ağır hapis cezası konulmuşken 5218 sayılı Kanun ile ise – 4771 sayılı Kanun’un 1. maddesi ilga edilerek – ölüm cezasının yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası getirilmiştir<sup>131/132</sup>.

Yukarıda anlatılan sürecin neticesinde, hukukumuzda ölüm cezası ilga olmuştur ve fakat bu düzenlemeler doğrultusunda bazı hallerde müebbet hapis cezasının kişinin ömrü boyunca devam etmesi kararlaştırılmıştır. 4771 sayılı Kanun’un 1/B-2<sup>133</sup> (bu Kanun’un 1. maddesi 5218 sayılı Kanun ile ilga edilmiştir), 5218 sayılı Kanun’un m. 1/E-5 ile 647 sayılı Kanun’a eklenen geçici 11. madde<sup>134</sup>, TMK m. 17/4<sup>135</sup>, İnfaz Kanunu m. 107/16<sup>136</sup> ve yine İnfaz Kanunu geçici m. 2<sup>137</sup> hükümleri; bu

<sup>131</sup> Anılan sürece ilişkin ayrıca bkz: Karakaş Doğan, Müebbet Hapis Cezası, s. 48-49.

<sup>132</sup> Türkiye’de ölüm cezasının fiilen ve hukuken kaldırılma süreci, bu süreçte Öcalan v Türkiye 1 kararının önemi ve analizi, süreç içerisinde siyasilerin ve kamusal tartışmaya katkı sağlayan diğer aktörlerin görüşleri için bkz: Aydınoglu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 6-14.

<sup>133</sup> 4771 sayılı Kanun m. 1/B-2: “Bu Kanun hükümlerine göre idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları hakkında Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun şartla salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında müebbet ağır hapis cezası ölüncüye kadar devam eder.”

<sup>134</sup> 5218 sayılı Kanun’un m. 1/E-5 ile 647 sayılı Kanun’a eklenen geçici 11. madde: “Ölüm cezaları 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun hükümlerine göre müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenlerin kesinleşmiş cezaları, bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kendiliğinden ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüşür. Bu hükümlülerin, ceza infaz kurumunda geçirecekleri süre ile infaz usulü, hükmü veren mahkeme tarafından ve dosya üzerinden saptanır.”

<sup>135</sup> TMK m. 17/4: “Ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölüncüye kadar devam eder.”

<sup>136</sup> İnfaz Kanunu m. 107/16: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” başlıklı Dördüncü Bölüm, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölüm, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.”

<sup>137</sup> İnfaz Kanunu geçici m. 2: 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası, hayatı boyunca devam eder.

bakımdan oldukça sorunlu olup anılan hükümler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası mahkûmunun cezasının infazının, ölünceye değin devam edeceği halleri düzenlemektedirler.

Hukukumuzda yine bu düzenlemelerin haricinde de yukarıda belirtildiği üzere koşullu salıvermenin mümkün olmadığı başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda TMK m. 17/2<sup>138</sup> ve 17/3<sup>139</sup>, İnfaz Kanunu m. 106/9<sup>140</sup>, 107/13<sup>141</sup>, 108/3<sup>142</sup>, 110/4<sup>143</sup> örnek olarak gösterilebilir<sup>144</sup>. Ancak özellikle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren ve koşullu salıverilme yasağının bulunduğu suçların umut hakkı bakımından sorun teşkil ettiğini belirtmek gerekmektedir. Zira bu halde bir kişi, işlediği suç nedeniyle ve başkaca bir değerlendirme yapılmadan ya da başkaca bir suç işlemesinden bağımsız olarak ölünceye değin infaz kurumunda kalacaktır. Denilebilir ki bu durumda doğrudan infaz kurumunda ölümü beklemek söz konusudur. Bir önceki paragrafta belirttiğimiz düzenlemeler nedeniyle de hükümlerde belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda ölünceye değin infaz kurumunda kalma zorunluluğu söz konusu olabilir<sup>145</sup>. Bununla birlikte söz konusu hüküm-

<sup>138</sup> TMK m. 17/2: *Tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*

<sup>139</sup> TMK m. 17/3: *Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*

<sup>140</sup> İnfaz Kanunu m. 106/9: *Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.*

<sup>141</sup> Bu hükümle koşullu salıverilme kararı, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle geri alınmakta olup kalan ceza aynen infaz edilecek ve bir daha koşullu salıverilmeden yararlanılamayacaktır.

<sup>142</sup> İnfaz Kanunu m. 108/3: *İkinci defa tekrerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez*

<sup>143</sup> İnfaz Kanunu m. 110/4: *Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Belirtmek gerekir ki hafta sonu, gece ve konutta infaz, özel infaz usulleridir.*

<sup>144</sup> Koşullu salıverilme yasakları hakkında bkz: Özbeke, İnfaz Hukuku, s. 339 -341; Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 521; Altınok VILLEMIN, Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası, s. 62 -64; KİDİL, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 46 - 47.

<sup>145</sup> Belirttiğimiz sonuca sebebiyet verebilecek çeşitli ihtimaller için bkz: KİDİL, Koşullu Salıverilme Yasakları, s. 55 - 56. Söz gelimi; ikinci defa tekrerrür hükümleri uygulanması ve son işlenen suçun müebbet ya

lerde bu yasak doğrudan işlenen suç nedeniyle değil, suç işlendikten sonraki fiiller kaynaklıdır. Zikredilen hükümler doğrudan işlenen suç nedeniyle mevzubahis olan koşullu salıverme yasaklarına göre daha kabul edilebilir olsalar da yine de infaz sürecindeki hükümlünün ıslah olup olmadığı/tehlikeliğinin devam edip etmediği hususlarını dikkate almaksızın koşullu salıverme yasağı öngörmeleri bakımından umut hakkını ihlal eder nitelikte oldukları söylenebilecektir. Kanımızca olması gereken, işlediği suçtan bağımsız olarak her hükümlü için koşullu salıverilmeden yararlanmanın mümkün olmasıdır. Ancak ayrıca koşullu salıverilmenin, belirli infaz sürelerinin ardından otomatik şekilde uygulanmasına son verilmeli, hükümlünün ıslah olup olmadığı – tahliyesinin kamu güvenliğine tehdit edip etmediğine göre – çekilmesi gereken asgari ceza süresi dolduktan sonra - koşullu salıverilme hükmü uygulanmalıdır.

## B. AİHM'in Umut Hakkına İlişkin Türkiye Hakkındaki Kararları

AİHM'in 18.03.2014 tarihli Öcalan v. Türkiye 2<sup>146</sup>/147 kararı; Türk Hukukundaki müebbet hapis cezasının AİHS sistemine uygunluğunun incelendiği ve aynı konulu Türkiye aleyhine yapılan başvurular bakımından AİHM tarafından referans gösterilen bir karar olması yönlerinden önem arz etmektedir. İncelememizde, kararın yalnızca konumuz ile olan ilgili kısmının değerlendirildiğini ve indirilemez müebbet hapis cezasının m. 3 ihlali oluşturduğu yönündeki iddianın haricindeki diğer hak ihlali iddialarının konumuz dışında kaldığını belirtmek gerekir.

---

da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmesi, TMK m. 17/2-3 hükümlerinde belirtilen yasakların uygulanabileceği haller örnek olarak zikredilebilir.

<sup>146</sup> AİHM İkinci Bölüm: Öcalan v. Türkiye Kararı (2), Başvuru Numarası: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, T:18.03.2014, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22item%22:%5B%22001-142087%22%5D%7D>].

<sup>147</sup> Öcalan hakkında AİHM tarafından verilen iki karar bulunmaktadır. Bunlardan ilki Öcalan'ın yakalanmasını müteakiben yapılan ve yargılama sürecine dair iddiaların da eklendiği başvurudur. Bu hususta 2003 yılında daire, 2005 yılında ise Büyük Daire kararı verilmiş ve AİHS m. 3, 5 ve 6 bakımlarından ihlal kararına hükmedilmiştir. İkinci olarak Öcalan vekilleri tarafından 2003, 2004, 2006 ve 2007 yıllarında çeşitli iddialar ile de AİHM'e başvurulmuş olup daire tarafından 2014 yılında bu başvurular hakkında birleştirilerek karar verilmiştir. Ölüncüye değin infazı devam eden müebbet hapis cezasının AİHS m. 3 ihlali olduğuna yönelik iddia da bu ikinci başvuruda ileri sürülmüş olup bu çerçevede konumuz bakımından ikinci başvuru önem arz etmektedir. Bkz: Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 15-16.

Bilindiği üzere başvuru Abdullah Öcalan; PKK terör örgütünün kurucusu – yöneticisi olup 765 sayılı TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen Devletin Birliğini ve Ülkenin Bütünlüğünü Bozma suçundan – 5237 sayılı TCK m. 302 – önce ölüm cezasına mahkûm olmuştur. Bununla birlikte Türk Hukuku'nda ölüm cezasının ilga edilmesiyle birlikte; öncelikle 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile ölüm cezası, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş, akabinde 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesi ile hükümlünün cezası ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüşmüştür.

Türkiye; başvuru indirilemez müebbet hapis cezasına mahkûm olduğu ve bu durumun AİHS m. 3 ihlaline sebebiyet verdiği iddiasına, başvuru işlediği suçların ağırlığı ve esasen mahkûm olduğu müebbet hapis cezasının ölüm cezasının ilgası dolayısıyla bu cezanın dönüştürülmüş hali olduğunu belirterek karşı çıkmıştır<sup>148</sup>.

Öcalan kararı incelendiğinde, kararda geniş ölçüde Vinter Kararı'nda yapılan tespitlere atıfta bulunulduğu gözlemlenmektedir<sup>149</sup>. İkinci Daire, ilk olarak olaya ilişkin bilgileri ve ilgili mevzuat hükümlerini yeniden zikrederek başvuru cezasının belirli bir süresi infaz edildikten sonra meşru gerekçeler ile salıverilmeyi talep etme imkânının olmadığı tespit etmiştir<sup>150</sup>. Ardından Cumhurbaşkanı'nın ceza hafifletme – kaldırma yetkisinin, salıverilme umudu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. İkinci Daire, Vinter Kararı'na atfen<sup>151</sup> insani nedenlerle tahliyenin mahkemenin aradığı tahliye imkânı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>152</sup>. Akabinde Türk Hukuku'nda sıklıkla görülen af uygulaması, salıverilme umudu bağlamında tartışılmış ve fakat Hükümet tarafından başvuru da dâhil olacağı ve salıve-

<sup>148</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 191.

<sup>149</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 193-205.

<sup>150</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 208-209.

<sup>151</sup> Vinter Kararı'nda bu nokta "erken tahliyenin bütün anlamı hükümlünün, cezaevi duvarları arkasında değil evde ya da hastanede ölmesi ise, bu durumun gerçek anlamda serbest bırakılma umudu olduğundan şüphe etmek gerekmektedir" şeklinde belirtilmiştir. Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, pg. 127.

<sup>152</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 210.

rilme umudu tanıyan bir yasa tasarısının varlığının ileri sürülmediği, bu nedenledir ki mevcut düzenlemeler ışığında konunun değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>153</sup>. En nihayetinde Hükümetin, başvurucunun işlediği suçların ağırlığına işaret eden savunmasına AİHS m. 3 hükmünün istisna kabul etmez olması nedeniyle itibar edilmemiştir<sup>154</sup>.

Yukarıdaki tespitlerin sonucu olarak; başvurucunun mahkûm olduğu ve mahkemenin indirilemez olarak nitelendirdiği müebbet hapis cezasının AİHS m. 3 ihlali anlamına geldiği tespit edilmiştir. Ancak tıpkı Vinter Kararı'nda olduğu gibi ihlal bulgusunun, derhal tahliye edilmeye yönelik bir umut olarak görülemeyeceği belirtilmiş ve fakat Vinter v. Birleşik Krallık kararındaki tespitlere uygun olarak yapılacak yasal düzenlemeler uyarınca, belirli bir infaz sürecinin ardından başvurucunun cezaevinde tutulmasının cezalandırma amaçları ya da tehlikelilik durumu ile açıklanıp açıklanamayacağı ulusal makamların sorumluluğunda olduğu belirtilmiştir<sup>155</sup>.

AİHM, Öcalan 2 v. Türkiye kararının ardından 2015 yılında umut hakkı bağlamında Türkiye aleyhine iki ihlal kararı daha vermiştir. Bu kararlardan ilki olan **Kaytan v. Türkiye** kararında<sup>156</sup>; başvurucu Hayati Kaytan, 765 sayılı TCK m. 125 hükmü uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olmuştur. AİHM İkinci Daire, bu duruma işaret edip Öcalan 2 v. Türkiye kararına atfen sağlık nedeniyle salıverme ya da affin AİHM içtihatları bağlamında AİHS m. 3 ile uygun salıverilme umudu olarak değerlendirilemeyeceğini, Vinter v. Birleşik Krallık Kararına atfen cezanın gözden geçirilmesine dair herhangi bir usuli düzenlemenin yokluğunda AİHS m. 3 ihlalinin cezaya hükmedilmesi anında vuku bulacağını ve Öcalan 2 v. Türkiye kararındaki tespitlerden anılan başvuruda ayrılmak için herhangi bir özel durum olmadığını belirterek AİHS m. 3 ihlali kararı vermiştir<sup>157</sup>.

<sup>153</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 211.

<sup>154</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 212.

<sup>155</sup> AİHM İkinci Daire, Öcalan v. Türkiye 2 Kararı, s. 214.

<sup>156</sup> AİHM İkinci Daire, Kaytan v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 27422/05, T:15.09.2015, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-157339%22%5D%7D>.

<sup>157</sup> AİHM İkinci Bölüm, Kaytan v. Türkiye Kararı, pg. 63 -67.

AİHM İkinci Bölüm'ün 2015 yılında konuya dair Türkiye hakkında verdiği bir başka karar ise **Gurban v. Türkiye** kararıdır<sup>158</sup>. Başvurucu Emin Gurban da PKK terör örgütü üyesi olup 765 sayılı TCK'nın 125. maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olmuştur. AİHM İkinci Daire, Öcalan 2 v. Türkiye ve Kaytan v. Türkiye kararlarında müebbet hapis cezasının infazı bakımından Türk Hukuku'nun AİHS m. 3 gereklerini karşılamadığını, bu başvuru özelinde anılan kararlardan ayrılmayı gerektiren özel bir koşulun bulunmadığını belirterek AİHS m. 3 ihlaline karar vermiştir<sup>159</sup>. Yine bu davada da AİHM İkinci Bölüm; AİHS m. 3 ihlali tespitinin, başvurucunun yakın zamanda salıverilmesine dair umut ortaya çıkarmayacağını da ayrıca vurgulamıştır<sup>160/161</sup>.

Umut hakkı ve AYM bireysel başvuru olanağı nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından önem arz eden **Tekin ve Baysal v. Türkiye**<sup>162</sup> kararına da değinmek gerekmektedir. Bir terör örgütü adına gerçekleştirdikleri çeşitli eylemler nedeniyle, ilk başvurucu ölüm cezasına çarptırılmış akabinde yasal değişiklikler gereğince cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüş, ikinci başvurucu ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvuruculardan ilki 1998, ikincisi ise 2008 yılında hüküm giymiş olup AYM'e bireysel başvuru olanağı getirilmeden evvel 2010 yılında AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM; Anayasa Mahkemesinin, somut olayda da görüldüğü üzere, bireysel başvuru hakkının yürürlüğe girmesinden önce başlayan ve bu

<sup>158</sup> AİHM İkinci Bölüm, Gurban v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 4947/04, T:15.12.2015, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%222001-192632%22%5D%7D> Karara konu maddi vakianın, tarafların görüşlerinin ve kararın özeti için ayrıca bkz: Erden Tütüncü, Gurban/Türkiye Kararı, 616-622.

<sup>159</sup> AİHM İkinci Bölüm: Gurban v. Türkiye Kararı, pg. 30 -34.

<sup>160</sup> AİHM İkinci Bölüm: Gurban v. Türkiye Kararı, pg. 35.

<sup>161</sup> Doktrinde AİHM'in Gurban Kararında, Vinter Kararında ortaya koyduğu ve Öcalan Kararında pekiştirdiği ilkeleri bir kez daha uygulayarak infazı ölüncüye değin devam eden müebbet hapis cezalarna ilişkin olarak yerleşik bir içtihat oluşturduğunun izlenimini verdiği ifade edilmiştir. Bkz: Erden Tütüncü, Gurban/Türkiye Kararı, s. 622.

<sup>162</sup> AİHM İkinci Bölüm, Tekin ve Baysal v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 40192/10 ve 8051/12, T: 17.01.2019, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appidno%22:%5B%228051/12%22%5D%7D%22%22%7B%22itemid%22:%5B%222001-192797%22%5D%7D%7D>

tarihten sonra da devam eden durumlarda zaman yönünden yetkisini genişlettiği tespitinde bulunarak iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir<sup>163</sup>. Yine yakın tarihli **Gömi v. Türkiye**<sup>164</sup> kararında ise, indirilemez müebbet hapis cezasından yakınılmamakta, psikolojik rahatsızlıkları olan başvurunun cezasını infaz kurumunda ve yeterli tedavi olanaklarından yoksun şekilde çekmesi şikâyet konusu yapılmaktadır. Başvurucu 1993 yılında tutuklanmıştır, başvuru tarihi ise 2011 yılıdır. AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını bu başvuruda reddetmiş, başvurunun 25 yıldan fazla bir süredir cezaevinde bulunduğunu kaydetmiş, aksi yöndeki bir karar olarak Tekin ve Baysal v. Türkiye kararını ise başvuruolarının daha yakın tarihlerde özgürlüklerinden yoksun kaldıklarını belirtmek suretiyle işaret etmiştir<sup>165</sup>.

AİHM'in umut hakkı bağlamında Türkiye'ye ilişkin tesis ettiği en güncel karar olarak ise karşımıza **Boltan v. Türkiye** kararı çıkmaktadır<sup>166</sup>. Başvurucu Civan Boltan da PKK terör örgütü üyesi olup 2012 yılında bir silahlı çatışma esnasında askerlerin üzerine atmak istediği sırada bombanın elinde patlaması sonucu yaralanmıştır ve 2014 yılında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olmuş ve aynı yıl cezası kesinleşmiştir. Başvurucu, 2016 yılında AİHM'e başvurmuştur. Bu kararda AİHM, Türkiye'nin AYM bireysel başvuru yoluna gidilmemiş olması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmadığını ayrıca belirtmiştir<sup>167</sup>. AİHM İkinci Daire, Türkiye aleyhine hükmedilen önceki kararlara atfen müebbet hapis cezasının infazı bakımından Türk Hukuku'nun AİHS m. 3 gereklerini karşılamadığını, bu

<sup>163</sup> AİHM İkinci Bölüm, Tekin ve Baysal v. Türkiye Kararı, pg. 25 – 28.

<sup>164</sup> AİHM İkinci Bölüm, Gömi v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 38704/11, T:19.02.2019, Çevrimiçi. Karar Fransızca tesis edilmiş olup Türkçe özeti için <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22Tekin%20ve%20Baysal%20/T%C3%BCrkiye%22%7D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%22itemid%22:%5B%22001-195252%22%7D%7D>

<sup>165</sup> AİHM İkinci Bölüm, Gömi v. Türkiye, pg. 57.

<sup>166</sup> AİHM İkinci Bölüm, Boltan v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 33056/16, T: 12.02.2019, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-192632%22%7D%7D>. Belirtmek gerekir ki karar 12.05.2019 itibarıyla kesinleşmiştir.

<sup>167</sup> AİHM İkinci Bölüm, Boltan v. Türkiye Kararı, pg. 27.



başvuru özelinde anılan kararlardan ayrılmayı gerektiren özel bir koşulun bulunmadığını belirterek AİHS m. 3 ihlaline karar vermiştir<sup>168</sup>.

Öcalan2 v. Türkiye, Kaytan v. Türkiye, Gurban v. Türkiye ve Boltan v. Türkiye kararları çerçevesinde; AİHM, Türk Hukuku'ndaki ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının kimi koşullarda indirilemez nitelikte olduğuna hükmetmiştir. AİHM; Cumhurbaşkanı'nın cezaları kaldırma – hafifletme yetkisi ile hukuk sistemimizde sıklıkla karşılaştığımız af uygulamalarının ise mahkemenin içtihatları ışığında salıverilme umudu olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. AİHM'in esasen Kaytan v. Türkiye, Gurban v. Türkiye ve Boltan v. Türkiye kararlarında yeniden Türk Hukuku'nu ayrıntılı şekilde incelemeyeceği, Öcalan2 v. Türkiye kararındaki tespitlerden ayrılmaya gerek görmediği anlaşılmaktadır. Bu durum ise konuya dair AİHM içtihadının süreklilik kazandığını göstermektedir. Aşağıda değineceğimiz üzere, Tekin ve Baysal v. Türkiye kararı çerçevesinde ve iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı gereğince AYM'ye bireysel başvuruda bulunmanın aranacağını söyleyebiliriz. Yine de iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından Gömi v. Türkiye kararındaki özel koşulları akılda tutmak uygun olacaktır.

AİHM ihlal kararlarının icrası bakımından sözleşmecî devletlerin, hem ilgili başvurudaki hak ihlalini gidermeye yönelik bireysel tedbirleri hem de benzer hak ihlallerinin yaşanmaması için genel nitelikteki tedbirleri almaları gerekmektedir<sup>169</sup>. Tespit edilen hak ihlalleri ise, yasal düzenlemeler kaynaklıdır. Bu çerçevede gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç olduğu gibi aksi halde AİHS m. 46 ile Avrupa Konseyi Statüsü m. 8 uyarınca yaptırımlar ile karşılaşılması olası görülmektedir<sup>170</sup>. Kaldı ki yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, çeşitli ülkelerin AİHM'in umut hakkı içtihadı ile bağdaşmayan mevzuatlarında AİHM içtihatları çerçevesinde değişikliklere gittiği – en yakın tarihli örnek olarak Litvanya – görülmektedir. Yapılması gereken yasal düzenlemeler bakımından, Vinter v. Birleşik Krallık Kararı başta olmak üzere AİHM'in

<sup>168</sup> AİHM İkinci Bölüm, Boltan v. Türkiye Kararı, pg. 38 – 43.

<sup>169</sup> Öncü, İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları, s. 30.

<sup>170</sup> Erden Tütüncü, Gurban/Türkiye Kararı, s. 627.

umut hakkına dair güncel kararlarının gösterici nitelikte olduğu kanısındayız. Makalemizin sonuç kısmında bu konu ele alınacaktır.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin Umud Hakkına Dair Kararları

Hukukumuzda bireysel başvuru sistemi girdikten sonra, bireysel başvuru sisteminin AİHS ile yakın ilgisi dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarını da değerlendirmek önemli hale gelmiştir<sup>171</sup>. Genel olarak AYM'nin, AİHM kararları çerçevesinde bireysel başvuruları karara bağlamak eğiliminde olduğunu belirtmek gerekmektedir. Umud hakkına ilişkin olarak ise; AYM kararlarının, konunun esasına giren nitelikte olmadığını ve bu bakımdan Vinter Kararı'nın AYM kararlarına henüz etki edemediğini söylemek mümkündür.

Vinter Kararı'nın ardından 2015 yılında AYM Genel Kurulu'nca karara bağlanan **Abduselam Tatal ve diğerleri** bireysel başvuru kararında<sup>172</sup>; diğer hak ihlali iddialarının yanı sıra başvuru sahiplerinin ölümüne değin infazı devam eden müebbet hapis cezasına çarptırılmaları da yakınlık konusu edilmiştir. AYM Genel Kurulu; başvuru sahiplerinin gözetimine alınmalarının akabinde müdafinin yardımından yararlanamamaları dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiş ve adil yargılanma hakkının ihlaline dair sonuçların ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

AYM Genel Kurulu; başvuru sahiplerinin umud hakkı boyutu hakkında ise, gözetiminde müdafinin yardımından yararlanamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine bağlı olarak yeniden yargılanma yapılmak üzere kararın örneğinin ilgili ilk derece mahkemesine gönderildiğini belirtmiştir. Bu durum nedeniyle de başvuru sahiplerinin indirilemez müebbet hapis cezası bağlamındaki iddialarına - AİHS m. 3 ve Anayasa m. 17 bağ-

171 Anayasa Mahkemesi'nin 1990'lı yıllarda iptal davalarında koşullu salıverilme hükümlerinin farklılaştırılması hususunda vermiş olduğu kararlar için bkz: Özgenc, Genel Hükümler, s. 793 – 794, dp. 157.

172 Abduselam Tatal ve diğerleri Kararı, AYM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2013/2319, T:08.04.2015, Çevrimiçi <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2319>.

lamındaki hak ihlali iddialarına – yönelik bir değerlendirme yapılmamasına 1 üyenin karşı oy ile oy çokluğuyla karar verilmiştir<sup>173/174</sup>.

Abdulsalam Tatal ve diğerleri kararının ardından AYM bölümlerinin umut hakkı bağlamında ileri sürülen hak ihlali iddialarına dair vermiş olduğu kararların da anılan karara koşut olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin **AYM Birinci Bölüm’ün Burak Çileli<sup>175</sup> ve Burhanettin Yalçın<sup>176</sup>; AYM İkinci Bölüm’ün Aynur Avyüzen<sup>177</sup> ve Veli Özdemir<sup>178</sup>** bireysel başvuru kararları bu doğrultuda zikredilebilir. Anılan kararlarda da gözaltında müdafî yardımından yararlanamayan başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği tespit edilerek ihlalin sonuçlarının giderilmesi amacıyla kararın bir örneğinin ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş ve bu durum nedeniyle de başvuru sahiplerinin indirilemez müebbet hapis cezasına çarptırılmaları kaynaklı hak ihlali iddialarının ayrıca değerlendirilmemesine oybirliği ile karar verilmiştir<sup>179</sup>.

AYM’nin; adil yargılanma hakkı bağlamında hak ihlali tespit edilip ihlal sonucunun giderilmesi için kararının bir örneğini ilgili ilk derece mahkemesine göndermesi durumunda, umut hakkı bağlamında ileri sür-

<sup>173</sup> AYM Genel Kurulu, Abdulsalam Tatal ve diğerleri Kararı, pg. 77.

<sup>174</sup> Karara karşı oy veren üye ise; ölüncüye değin müebbet hapis cezasına mahkûm olan başvuru sahiplerinin bu vakia nedeniyle hak ihlali iddialarının kabul edilebilirlik incelemesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesinin başvuru sahiplerinin talebini ve hak ihlali iddialarını karşılamadığını, başvuru esas bakımından çözümünde ise adil yargılanma hakkının ihlali tespiti ile birlikte umut hakkı bağlamında bir karar verilmemesinin eksik inceleme teşkil ettiği ve yeniden yargılanmada da umut hakkı çerçevesinde başvuru sahiplerinin ileri sürdükleri iddiaların değerlendirilmeyeceğini, esas bakımından ise Adalet Bakanlığı’nın başvuruya dair görüş yazısında ölüncüye değin infazı devam eden müebbet hapis cezası kaynaklı hak ihlali iddiasının haklı ve AİHS m. 3 bakımından ihlale sebebiyet verdiği yönündeki görüşü zikredilerek hak ihlali karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz: AYM Genel Kurulu, Abdulsalam Tatal ve diğerleri Kararı, karşı oy yazısı.

<sup>175</sup> AYM Birinci Bölüm, Burak Çileli Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2541, T:09.09.2015, Çevrimiçi, <http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3b020677-ee58-4eb5-8f6d-907a2c9bd2c0?wordsOnly=False>.

<sup>176</sup> AYM Birinci Bölüm, Burhanettin Yalçın Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2578, T:08.09.2015, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2578>.

<sup>177</sup> AYM İkinci Bölüm, Aynur Avyüzen Kararı, Başvuru Numarası: 2014/784, T:27.10.2016, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/784>.

<sup>178</sup> AYM İkinci Bölüm, Veli Özdemir Kararı, Başvuru Numarası: 2014/785, T:27.10.2016, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/785>.

<sup>179</sup> AYM Birinci Bölüm, Burak Çileli Kararı, pg. 101; AYM birinci Bölüm, Burhanettin Yalçın Kararı, pg. 73; AYM İkinci Bölüm, Aynur Avyüzen Kararı, pg. 59; AYM İkinci Bölüm, Veli Özdemir Kararı, pg. 73.

rülen hak ihlali iddialarını incelemekten imtina ettiği görülmektedir. Bu nedenledir ki AYM kararları, umut hakkına dair esastan bir incelemeyi ihtiva etmemektedir.

Kanımızca AYM'nin yukarıda açıklandığı biçimde umut hakkı bağlamında ileri sürülen hak ihlali iddialarını ayrıca değerlendirmemesi yerinde değildir. Zira her ne kadar aralarında bağlantı olsa da AİHS m. 6 – Anayasa m. 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile AİHS m. 3 – Anayasa m. 17'de düzenlenen işkenceye maruz kalmama hakkı/kişinin maddi ve manevi bütünlüğü hakkı, birbirlerinden farklı ve pozitif hukukça ayrıca düzenlenmiş ve güvence altına alınmış haklardır. Keza adil yargılanma hakkının ihlalinin giderilmesi doğrudan, indirilemez müebbet hapis cezasına çarptırılan kişinin bu ceza nedeniyle maruz kaldığı AİHS m. 3 – Anayasa m. 17 bağlamında ki hak ihlalinin telafi etmemektedir.

Konuya Vinter Kararı bakımından yaklaşırsak; AYM kararları, Vinter Kararı'nın asıl önemli yönü olan *“ayrıca infazda belirli bir süre geçip cezalandırma amaçları bakımından infazın devam etmesinin hak ihlaline sebep olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılmaksızın, ölüncüye değin infazı devam eden müebbet hapis cezasına çarptırılan kişi bakımından hak ihlalinin cezaya hükmedildiği an meydana geldiği”* tespitine aykırıdır. Zira AYM; yukarıda zikredilen kararları ile yeniden yargılama ile hükümlünün salıverilme olasılığını, umut hakkı bağlamında ileri sürülen hak ihlali iddialarını değerlendirmeme gerekçesi yaparak, cezaya hükmedildiği an AİHS m. 3 – Anayasa m. 17 bağlamında ortaya çıkan hak ihlali vakiasını göz ardı etmiştir.

Kaldı ki adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yeniden yargılanma sonucunda olası bir tahliye imkânı, Vinter Kararı'nda belirtilen ilkeler ışığında AİHM içtihatlarında belirtilen nitelikte bir salıverilme umudu sağlamamaktadır. Zira adil yargılanma hakkına yönelik ihlal ortadan kaldırılarak yapılan yeniden yargılama sonucunda kişi serbest kalabilir ancak bu durumun umut hakkı ile ilgisi yoktur. Yeniden yargılamada, yeniden yapılacak yargılama faaliyeti ile hüküm tesis edilecek-

tir. Kanunun mahkûmiyet için aradığı şartların gerçekleşmediği yeniden yargılamada ortaya çıkarsa mahkûmiyet kararı verilmemesi doğaldır ve fakat bu durum umut hakkıyla ilintisizdir. Çünkü umut hakkı, müebbet hapis cezası mahkûmu bakımından; cezalandırmanın amaçlarının gerçekleştiği ve tahliyesi kamu güvenliğine yönelik tehlike arz etmediği durumda onun salıverilmek suretiyle toplumla yeniden bütünleşmesine hizmet etmektedir. Bu nedenledir ki belirsiz bir af ihtimali, sağlık nedenleriyle salıverilme dahi umut hakkını gerçekleştirmekten uzaktır. Ayrıca belirtelim ki yeniden yargılamada mahkûmun ıslah olup olmadığı, salıverilmesinin toplum için tehlike arz edip etmediği pek tabiidir ki tartışılmayacak, olağan şekilde bir yargılama faaliyeti icra edilip hüküm kurulacaktır. Hal böyle iken AYM'nin yeniden yargılama nedeniyle hak ihlali iddialarını değerlendirmemesi, konunun özü itibariyle hatalıdır.

AİHM'in Tekin ve Baysal v. Türkiye kararında, AYM bireysel başvuru yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermesi yakın dönemde AYM'nin umut hakkına dair kararlar vereceğinin habercisi olarak yorumlanabilir. AYM'nin bireysel başvuru dosyalarında, AİHM kararlarını takip eder şekilde kararlar veriyor oluşu ve AİHM'in umut hakkına dair Türkiye aleyhine vermiş olduğu ihlal tespitleri nedenleriyle AYM'nin de ihlal tespitinde bulunacağı öngörüsünde bulunabiliriz. Bu halde yasal düzenlemeler kaynaklı ihlaller hakkında AYM'nin yasama organına ihlal kararlarının örneğini yollaması ile karşılaşabiliriz ki bu halde yasama organının tasarrufu ise merak konusu olacaktır.

## SONUÇ

Çağdaş ceza hukukunda bedensel ceza ortadan kalkmış, yakın geçmişte Avrupa Konseyi sathında ölüm cezası ilga olmuş, cezalandırmanın amacı olarak ıslah fikri önem kazanmıştır. Bir ceza türü olarak hapsedmeye yönelik tartışmalar bulunmakta iken müebbet hapis cezasına yönelik tartışmalar doğal görünmektedir. Müebbet hapis cezasına eleştirel yaklaşan görüşleri; bu cezanın ilgasını savunanlar ile cezanın infazının cezalandırmanın amaçlarına uygun olmasının sağlanmasını savunan-

lar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. İkinci eğilimin baskın nitelikte olduğunu, bu eğilimin Avrupa'daki çeşitli Anayasa Mahkemeleri – örneğin İtalyan ve Alman Anayasa Mahkemeleri – ile AİHM tarafından benimsendiği görülmektedir. Dolayısıyla müebbet hapis cezasının varlığı, genel olarak insan onuruna ve insan haklarına özelde ise başta m. 3 olmak üzere AİHS'e aykırı görülmemektedir.

Müebbet hapis cezasının infazının cezalandırmanın amaçlarına uygun olmasının sağlanması bakımından Vinter Kararı son derece önemli bir duraktır. Vinter Kararı'nın hem AİHM'in konuya dair önceki içtihatlarını teyit eden hem de bu içtihadı ileri taşıyan karakteri mevcuttur.

AİHM, müebbet hapis cezasının varlığını ve bu cezanın kimi hallerde hükümlünün ömrünün sonuna kadar devamını AİHS'e aykırı görmemektedir. Bununla birlikte müebbet hapis cezasının AİHS'e uygun olabilmesi için hukuken ve fiilen indirilebilir nitelikte olması aranmaktadır. Bu çerçevede infazın bir aşamasında hükümlünün cezasının indirilmesi, askıya alınması, dönüştürülmesi ya da hükümlünün başta koşullu salıverilme olmak üzere erken tahliye hükümlerinden yararlanma durumunun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Müebbet hapis cezası hukuken ve fiilen indirilebilir değil ve yine cezanın gözden geçirilmesine yönelik bir hukuksal usul mevcut değil ise bu halde AİHS m. 3 ihlali söz konusu olacaktır. AİHM, gözden geçirme usulü ve süresi bakımından ise – ilk gözden geçirme için 25 yılın uluslararası hukuktaki genel eğilim olduğunu belirterek - sözleşmecî devletlerin takdir marjına vurgu yapmaktadır. Bu paragrafta izah edilenler, AİHM'in konuya ilişkin içtihadının Vinter Kararı ile teyit edilmiş halidir.

Vinter Kararı'nın içtihadı ileri taşıyan yönleri ise; AİHM'in ilgili iç hukuku belirlediği ilkeler uyarınca sıkı şekilde incelemesi ile hak ihlalinin, cezanın gözden geçirilmesine yönelik bir hukuksal usulün mevcut olmadığı durumda hükmün verildiği anda gerçekleşeceğine yönelik tespitidir.

Bu noktada umut hakkı içtihadına dair yanlış bir algıdan da söz etmek gerekmektedir. Umut hakkı içtihadı, bir müebbet hapis cezası

mahkûmunun bir gün muhakkak salıverilmesi anlamına gelmemektedir. Cezalandırma amaçlarının yerine getirildiği ve salıverilmenin kamu güvenliği bakımından tehlike oluşturmayacağı tespit edildikten sonra ancak salıverilme olanaklı olmalıdır. AİHM de ihlal tespit ettiği kararlarında, ihlal bulgusunun başvuruca derhal serbest kalma umudu tanıdığı şeklinde değerlendirilemeyeceğini vurgulamaktadır.

Vinter Kararı'nın ardından verilen kararlar ile birlikte umut hakkına dair AİHM içtihadının süreklilik kazandığını söylemek mümkündür. Trabelsi kararı ile birlikte suçluların iadesi bakımından da umut hakkının önem kazanması, bu içtihadın devamı ve geliştirilmesi noktasında dikkate değerdir. Bununla birlikte Hutchinson kararının bilhassa umut hakkına ilişkin olmak üzere AİHM'in iç hukukları sıkı bir şekilde denetlenmesi noktasında geri adım olarak nitelendiğini belirtmek gerekmektedir. Ancak son dönemde verilen kararlarla birlikte AİHM'in tavrında "karşı – devrim" olarak nitelendirilebilecek keskinlikte bir geri dönüş olmadığını, Vinter kararındaki ölçütler uyarınca incelemelerin devam ettiğini, umut hakkı içtihadının geriye değil ileri gittiğini belirtebiliriz.

Türk Hukuku'nda ise hükümlünün cezasının kanunda belirtilen bir kısmı infaz edildikten sonra iyi halli olmasına bağlı olarak koşullu salıverilmeden yararlanması ve infaz kurumundan tahliye olması mümkün olup kural olarak bu durum müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası mahkûmları için de geçerlidir. Bununla birlikte hukukumuzda bazı hallerde koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanması olanak dışıdır. 5218 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesi, TMK m. 17/4, İnfaz Kanunu m. 107/16 ve yine İnfaz Kanunu geçici m. 2 hükümleri; işlenen suç nedeniyle doğrudan koşullu salıverilmeyi olanaksız kılarken kimi hallerde de sonradan işlenen fiillere bağlı olarak dolaylı şekilde aynı sonuç gündeme gelebilmektedir.

AİHM; Öcalan v. Türkiye 2 kararında, koşullu salıverilme imkânı olmayan müebbet hapis cezasına dair düzenlemeleri AİHS m. 3 hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Cumhurbaşkanı'nın cezaları kaldırma – hafifletme yetkisinin, AİHM içtihatları uyarınca salıverilme umudunu

sağlamadığı ifade edilmiştir. Aynı sebepten dolayı 2015 yılında verilen Kaytan ve Gurban kararlarında ve son olarak da 2019 Şubat ayında verilen Boltan kararında da – bu kez ayrıntılı olarak iç hukuk incelemesi de yapılmayıp Öcalan 2 kararına atıf yapılmakla yetinilerek – ihlal kararları verilmiştir. Konuya dair ihlallerin yasal düzenleme kaynaklı oluşu nedeni ile konuya dair yasal düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.

AYM ise, umut hakkı konusunda meseleyi esastan gündeme alan bir karar vermemiştir. Bununla birlikte AİHM'in Tekin ve Baysal v. Türkiye kararında, AYM bireysel başvuru yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermesi yakın dönemde AYM'nin umut hakkına dair kararlar vereceğinin habercisi olarak yorumlanabilir. AYM'nin bireysel başvuru dosyalarında, AİHM kararlarını takip eder şekilde kararlar veriyor oluşu ve AİHM'in umut hakkına dair Türkiye aleyhine vermiş olduğu ihlal tespitleri nedenleriyle AYM'nin de ihlal tespitinde bulunacağı öngörüsünde bulunabiliriz. Bu halde yasal düzenlemeler kaynaklı ihlaller hakkında AYM'nin yasama organına ihlal kararlarının örneğini yollaması ile karşılaşabiliriz ki bu halde yasama organının tasarrufu ise merak konusu olacaktır.

Son olarak yakın zamanda gündeme gelmesi muhtemel yasal düzenlemeye dair – AİHM kararlarında belirtilen ilkeler ve cezanın amaçlarına dair genel kabuller çerçevesinde – birtakım önemli noktalara işaret etmek uygun olacaktır.

1- AİHM kararlarında belirtilen ilkeler uyarınca herhangi bir ayırım gözetilmeksizin tüm mahkûmlar bakımından koşullu salıverilmeden yararlanma, kural olarak olanaklı kılınmalıdır. İşlenen suça göre doğrudan ya da dolaylı şekilde cezanın indirilme olanağının söz konusu olmaması, infaz sürecinde mahkûmda gerçekleşen değişikliklerin dikkate alınmaması AİHM kararlarına aykırı mahiyettedir.

2- Bununla birlikte koşullu salıvermenin cezanın belirli sürelerle infazının ardından otomatik bir şekilde gerçekleşmesi uygulamasına son verilmelidir. Koşullu salıverilmenin, çekilmesi gerekli asgari ceza süre-



si dolduktan sonra, cezalandırma amaçlarının yerine getirildiği ve salıverilmenin kamu güvenliği bakımından tehlike oluşturmayacağı tespit edildikten sonra uygulanması, hem koşullu salıverilmenin amacına daha uygun olacak hem de devletin pozitif yükümlülüklerine uygun hareket edilmesi bakımlarında gerekli olacaktır. Aksi halde belirli bir kısmı infaz edilen cezanın ardından doğrudan gerçekleşecek tahliye, gerek ıslah amacının sağlanamaması gerekse de kamu güvenliğini tehlikeye düşürme olasılığı bakımından sorunlar doğuracaktır. AİHM'in umut hakkına yönelik içtihadının, müebbet hapis cezası mahkûmunun bir gün muhakkak serbest bırakılması anlamına gelmediğini bir kez daha yinelemek istemekteyiz.

3- Keza koşullu salıverilmenin amacına uygun şekilde düzenlenmesi ile bu hükümden yararlanmak için infazı gereken asgari sürelerin de uluslararası ölçütlere koşut olarak düzenlenmesi mümkün olacaktır. Zira koşullu salıverilmenin iyi hal şartının etkili bir şekilde uygulanması ile bihakkin tahliye benzer şekilde koşullu salıverilmeden yararlanma durumu son bulacak, böylece infazı gereken asgari sürelerin azaltılmasının önündeki sakınca da ortadan kalkacaktır. AİHM, bu hususta sözleşmecî devletlerin takdirinin söz konusu olacağını belirtmekle birlikte meseleye ilişkin teamülün, ilk inceleme için 25 yıllık bir süre olduğunu ifade etmektedir. Keza yakın zamanda AİHM'in Bodein v. Fransa ile T.P ve A.T v. Macaristan kararlarında süre koşulunu tartıştığını, ilk hürriyetten yoksun bırakılmadan itibaren 30 yıl sonraki (mahkumiyetten itibaren 26 yıl sonra) ilk incelemeye dair düzenlemeyi AİHS m. 3 hükmüne uygun bulurken mahkumiyetten 40 yıl sonra ilk incelemenin yapılmasını ise ihlal olarak değerlendirdiğini belirtmek gerekmektedir.

4- İlk değerlendirmede neticesinde tahliye söz konusu olmaz ise, bir daha değerlendirme yapmamak yine AİHS m. 3 hükmü ile uyumlu olmayacağından periyodik değerlendirme yapılması gerekmektedir. Periyodik değerlendirme süresi hususunda da yasama organının takdir marjı geniştir. Bu hususa ilişkin olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları m. 224/3 hükmünde daha kısa bir süre belirlenmemişse 3 yılda bir değerlendirme yapılması kabul edilmiştir.

**5-** Koşullu salıverilmeden yararlandırma incelemelerine esas olacak ölçütler açık bir şekilde belirlenmelidir. Bu hususa ilişkin olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları m. 223 hükmünde belirtilen ölçütler yol gösterici olabilecek niteliktedir. Söz konusu ölçütlerin hem hükümlünün ıslah olması/yeniden sosyalleşmesi hem de tahliyenin kamu güvenliğini tehlikeye sokmaması koşullarının ayrıntılarını gösterir biçimde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

**6-** AİHM'in çalışmamızda belirtilen çeşitli kararlarında belirtildiği üzere, yalnızca yasal olarak cezanın indirilebilir olması yeterli olmamakta aynı zamanda hükümlünün yeniden sosyalleşmesine dair de gereken olanaklar/tedbirler alınmalıdır. Bu çerçevede bilhassa ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infaz usulüne dair yeniden sosyalleşmeyi engelleyici (çalıştırmama, havalandırma süresinin, iletişim olanaklarının kısıtlılığı gibi) düzenlemelerin yeniden ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Aksi halde gereken yasal değişiklikler yapılsa bile fiilen yeniden sosyalleşme olanağı yaratılmadığı için koşullu salıverilmeden yararlanmak mümkün olmayacaktır.

**7-** Umut hakkı içtihadında önemli olan nokta, cezanın yasal olarak ve fiilen indirilebilir olması olup cezanın indirilmesi hususunda bir mekanizmanın varlığı gerekmektedir. Kuşkusuz ki bu mekanizmaya dair esaslar konusunda yasama organının geniş bir takdir marjı söz konusudur. Usule ilişkin olarak aşağıdaki hususların düzenlenmesi yerinde olacaktır:

**a-** Koşullu salıverilmeden yararlandırma hususunda karar verecek organ

**b-** Islah olma/tahliyenin tehlikeli arz etmemesi hususlarının tespiti bakımından uzmanların inceleme yapmasına dair esaslar

**c-** İncelemenin usulü ve azami süresi

**d-** Kararların denetime elverişli olacak biçimde gerekçeli oluşu

## e- Kararların yargısal denetimi

f- Koşullu salıverilmeden yararlandırma usulü içerisindeki yargı kararlarının duruşma yapılmak suretiyle mi yoksa dosya üzerinden mi karar verileceği, hükümlü ve müdafinin görüşlerini açıklamasını güvence altına alan düzenlemeler

8- Burada bir sorun olarak siyasi suçluların ıslahı meselesi de göz ardı edilmemelidir<sup>180</sup>. Bilhassa da konuyu teknik hukuk terimi olarak siyasi suçtan öte geniş anlamda siyasi olarak kabul edilebilecek suçlar ve bu suçların failleri bakımından düşünmek gerekmektedir. Bu kişiler bakımından ıslah koşulu, siyasi düşüncelerin değişimi şeklinde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce tahliye edip etmeme noktasında karar verilirken hükümlünün siyasi görüşlerini değiştirmesi aranmamalı, yeniden sosyalleşme/ıslah olma ile tehlikelilik halinin son bulmasına dair bu konuda kabul edilen ve diğer hükümlüler bakımından uygulanacak ölçütler çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

180 Bu meseleye dair ayrıntılı tartışma için bkz: Aydınoğlu, Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, s. 80 – 84.

## KAYNAKÇA

### I. KİTAPLAR VE MAKALELER

**Altınok Villemin, Derya:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Ağırlandırılmış Müebbet Hapis Cezalarının Kesintisiz İnfazının İşkence Yasağı Açısından İncelenmesi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014. (**Ağırlandırılmış Müebbet Hapis Cezası**).

**Aydınoglu, İdil:** Tahliye Umudu Olmayan Hapis Cezası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

**Beccaria, Cesare:** Suçlar ve Cezalar Hakkında, 3. Baskı, Çev: Sami Selçuk, Ankara, İmge, 2013.

**Demirbaş, Timur:** İnfaz Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

**Dikmen, Pınar:** “Umut Hakkı Kapsamında Güncel Gelişmeler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, 2015, s. 195-209. (**Umut Hakkı**).

**Erden Tütüncü, Efser:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gurban/Türkiye Kararına İlişkin Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, Sayfa: 615-630. (**Gurban/Türkiye Kararı**).

**Erem, Faruk:** Bir Ceza Avukatının Anıları, 10. Baskı, Ankara, Murat Kitabevi, 2014.

**Foucault, Michel:** Hapishanenin Doğuşu, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, 7. Baskı, Ankara, İmge, 2017.

**Gramatica, Filippo:** Toplumsal Savunma İlkeleri, 2. Baskı, Çev: Sami Selçuk, Ankara, İmge, 2005.

**Günebakan, Mustafa:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Umut Hakkı, T.C. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2018. (**Umut Hakkı**).

**Hugo, Victor:** Bir İdam Mahkûmunun Son Günü, 16. Baskı, Çev: Volkan Yalçıntoklu, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019,

**Karakaş Doğan, Fatma:** Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul, Legal, 2010. (**Cezanın Amacı**).

**Karakaş Doğan, Fatma:** “Müebbet Hapis Cezası ve Cezanın Amacı”, Ceza Hukuku Dergisi, S:13, Ağustos 2010, s. 47-69. (**Müebbet Hapis Cezası**).

**Kıdıl, Fahrettin:** “Cezalandırmanın Amacı ve Umut Hakkı Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:138, 2018. (**Koşullu Salıverilme Yasakları**).

**Okuyucu Ergün, Güneş:** “AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2013, s. 56-57. (**Müebbet Hapis Cezası**).

**Öncü, Mehmet:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:115, 2014, s. 13-36. (**İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları**).

**Özbek, Veli Özer:** İnfaz Hukuku, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

**Özgenç, İzzet:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Ankara, Seçkin, 2019. (**Genel Hükümler**).

**Roxin, Claus:** “Yeni TCK ile Türkiye Avrupa’ya dâhil oluyor (Röportaj)”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S:2, Sonbahar 2004, s. 21-24.

**Şen, Ersan, Beyza Başer:** Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.

**Taşkın, Ozan Ercan:** “AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasının Bugünü ve Geleceği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:121-122, Eylül – Ekim 2014, s. 65-97. (**Müebbet Hapis Cezası**).

**Toroslu, Haluk:** Ceza Müeyyidesi, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010.

**Yetkin, Erdi:** Türk Ceza Kanunu’nda Hükumete Karşı Suç, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2018.

## II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM Büyük Daire: **Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı**, Başvuru Numarası: 66069/09, 130/10, 3896/10, T: 09.07.2013, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122664%22%7D>}.

AİHM Büyük Daire: **Hutchinson v. Birleşik Krallık Kararı**, Başvuru Numarası: 57592/08, T:17.01.2017, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170347%22%7D>}.

AİHM İkinci Daire: **Öcalan v. Türkiye Kararı (2)**, Başvuru Numarası: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, T:18.03.2014, Çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-142087%22%7D>}.

AİHM İkinci Bölüm: **Laszlo Magyar v. Macaristan Kararı**, Başvuru No: 73593/10, T: 20.05.2014, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-144109%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-144109%22]})

AİHM Dördüncü Bölüm: **Harakchiev ve Tolumov v. Bulgaristan Kararı**, Başvuru No: 15018/11, 61199/12, T: 08.07.2014, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145442%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145442%22]})

AİHM Dördüncü Daire: **Trabelsi v. Belçika Kararı**, Başvuru Numarası: 140/10, T:04.09.2014, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-146372%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-146372%22]}).

AİHM Beşinci Bölüm: **Bodein v. Fransa Kararı**, Başvuru No: 40014/10, T: 13.11.2014.

AİHM İkinci Daire: **Kaytan v. Türkiye Kararı**, Başvuru Numarası: 27422/05, T:15.09.2015, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-157339%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-157339%22]}).

AİHM İkinci Daire: **Gurban v. Türkiye Kararı**, Başvuru Numarası: 4947/04, T:15.12.2015, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-159194%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-159194%22]}).

AİHM Büyük Daire: **Murray v. Hollanda Kararı**, Başvuru No: 10511/10, T: 26.04.2016, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162614%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162614%22]})

AİHM Dördüncü Bölüm: **T.P. ve A.T. Kararı**, Başvuru No: 37871/14, 73986/14, T: 04.10.2016, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-166491%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-166491%22]})

AİHM İkinci Bölüm: **Matiosaitis ve diğerleri v. Litvanya Kararı**, T:23.05.2017, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-173623%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-173623%22]})

AIHM İkinci Bölüm: **Tekin ve Baysal v. Türkiye Kararı**, Başvuru Numarası: 40192/10 ve 8051/12, T: 17.01.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%228051/12%22\],%22itemid%22:\[%22001-192797%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%228051/12%22],%22itemid%22:[%22001-192797%22]})

AIHM İkinci Bölüm: **Boltan v. Türkiye Kararı**, Başvuru Numarası: 33056/16, T: 12.02.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-192632%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-192632%22]}) .

AIHM İkinci Bölüm: **Gömi v. Türkiye Kararı**, Başvuru Numarası: 38704/11, T:19.02.2019, Çevrimiçi.

AIHM Beşinci Bölüm: **Petukhov v. Ukrayna 2 Kararı**, Başvuru No: 41216/13, T: 12.03.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-191703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-191703%22]}).

AIHM Birinci Bölüm. **Marcello Viola (2) Kararı**, Başvuru No: 77633/16, T: 13.06.2019.

AIHM İkinci Bölüm: **Dardanskis v. Litvanya**, Başvuru No: 74452/13, T:18.06.2019, Çevrimiçi, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-194713%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-194713%22]}).

### III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM Genel Kurul: **Abduselam Tatal ve diğerleri Kararı**, Başvuru Numarası: 2013/2319, T:08.04.2015, Çevrimiçi <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2319> .

AYM Birinci Bölüm: **Burak Çileli Kararı**, Başvuru Numarası: 2013/2541, T:09.09.2015, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2541>.

AYM Birinci Bölüm: **Burhanettin Yalçın Kararı**, Başvuru Numarası: 2013/2578, T:08.09.2015, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2578>.



AYM İkinci Bölüm: **Aynur Ayyüzen Kararı**, Başvuru Numarası: 2014/784, T:27.10.2016, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2014/784>.

AYM İkinci Bölüm: **Veli Özdemir Kararı**, Başvuru Numarası: 2014/785, T:27.10.2016, Çevrimiçi, <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2014/785>.

#### IV. İNTERNET KAYNAKLARI

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk20100116\\_2bvr229909.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk20100116_2bvr229909.html), Çevrimiçi, 10.10.2019.

<http://www.cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915183913.pdf>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_sentences\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_sentences_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Extradition\\_life\\_sentence\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extradition_life_sentence_ENG.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019.

[https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf), Çevrimiçi, 10.10.2019.

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<https://www.theguardian.com/law/2013/jul/09/whole-life-sentences-david-cameron-human-rights>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/269>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/43/section/28>, Çevrimiçi, 10.10.2019.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/71>, Çevrimiçi, 10.10.2019.



■ Arş. Gör. Dr. Betül HAYRULLAHOĞLU\* ■

## TAHSİL YETKİSİNİN KULLANIMININ HACİZ İŞLEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*\*

EVALUATION OF TAX COLLECTING POWER IN TERMS OF ATTACHMENT PROCEEDING

### ÖZET

Devletin sahip olduğu en önemli yetkilerden birisi tahsil yetkisidir. Ancak her yetkide olduğu gibi tahsil yetkisinin kullanımı da sınırsız değildir. Vergiler başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişilerin anayasal haklarına müdahale niteliği taşıdığından, bu yetkinin anayasal ilkeler ve kanuni düzenlemeler çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Bu çalışmada, vergi idaresinin haciz işlemine ilişkin hukuka aykırı uygulamaları üzerinde durulmuştur. Bu hukuka aykırılıkların belirlenmesinde yargı kararlarından yararlanılmıştır. Çalışma, anayasal hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi amacıyla vergi idaresinin haciz işlemine ilişkin hukuka aykırılıkların ortaya konulması bakımından önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tahsil Yetkisi, Cebren Tahsil, Haciz, Hukuk Devleti, Temel Haklar ve Özgürlükler.

### ABSTRACT

One of the most important powers of the state is the tax collecting power. However, as with any power, the using of tax collecting power is also not unlimited. Since the taxation interferes with the constitutional rights of individuals, especially the right to property, this power should be used within the framework of constitutional principles and legal regulations. This study focused on the unlawful implementations of tax administration related to attachment proceedings. Judicial decisions were used to determine these unlawful implementations. This study has an importance in terms of reveal the unlawful implementations of tax administration related to attachment proceedings in order to prevent violations of constitutional rights.

**Keywords:** Tax Collecting Power, Enforced Collection, Attachment, State of Law, Taxpayer Rights, Constitutional Principles, Fundamental Rights and Freedoms.

\* Uşak Üniversitesi İİBF, Maliye Bölümü. betul.hayrullahoglu@usak.edu.tr, Yazar ORCID bilgisi: <http://orcid.org/0000-0001-6881-8093>.

\* Çalışma, yazar tarafından Dokuz Eylül Üniversitesi Maliye Doktora Programı kapsamında "Türkiye'de Vergi İdaresinin Tahsil Yetkisi ve Sınırları" başlıklı doktora tezinden geniş ölçüde yararlanılarak hazırlanmıştır.

## GİRİŞ

Devletin sahip olduğu yetkilerin en önemlilerinden biri vergilendirme yetkisidir. Kamu hizmetlerinin aksamadan yerine getirilmesi açısından büyük önem taşıyan vergilerin etkin olarak tahsilinin sağlanabilmesi amacıyla idare ayrıca tahsil yetkisi ile donatılmıştır. Ancak her yetki gibi tahsil yetkisi de sınırsız değildir. Tahsil yetkisinin kullanımında vergi idaresi anayasal ilkeler ve kanunî düzenlemelere bağlı kalmak zorundadır.

Bilindiği gibi vergiler kişilerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere, birtakım anayasal haklarına müdahale edilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu noktada kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında hukuk devleti ilkesi öne çıkmaktadır. Günümüz çağdaş anayasalarında benimsenmiş olan hukuk devleti ilkesi, devletin eylem ve işlemlerinde kanunlara bağlı kalmasını öngörerek hukukî güvenlik yaratmakta ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

Hukuk devletinin bir gereği olarak, diğer her işlemde olduğu gibi haciz işleminde de idarenin kanunlara uygun davranması önem taşımaktadır. Çalışmada, tahsil yetkisinin kullanımında vergi idaresinin haciz işlemine ilişkin hukuka aykırı uygulamaları, yargı kararları yardımıyla açıklanmaya çalışılmaktadır.

### 1. HUKUK DEVLETİ PERSPEKTİFİNDEN TAHSİL YETKİSİ VE SINIRLARI

Kamu hukukunun ayrıcalıklarını haiz vergi idaresinin tahsil dairesi olarak alacağını doğrudan harekete geçme ve zor kullanmak yoluyla tahsil etme imkânı bulunmaktadır. Bu imkân, idarenin sahip olduğu resen icra yetkisinin kamu alacaklarının zorla tahsili alanına yansması olan tahsil yetkisinden doğmaktadır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi İcra Hukuku, Celepler Matbaacılık, Afyonkarahisar, 2009, s. 269.

Tahsil yetkisi, “idarenin kamu hukuku alanındaki alacaklarını, İcra ve İflas Kanunu’nda (İİK) düzenlenen usullere uymak zorunda olmaksızın ve icra ve iflas dairelerinin yardımına gerek duymaksızın, kendi teşkilatı ile ve haciz ve satış gibi cebri yollara başvurmak suretiyle tahsil etme yetkisine sahip olması<sup>2</sup>” olarak tanımlanmaktadır.

Tahsil yetkisi 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da (AATUHK) düzenlenmekte ve kamu borcu, süresinde ödenmemiş olması halinde bu kanun hükümlerine göre zorla tahsil edilmektedir<sup>3</sup>.

Her ne kadar tahsil yetkisi vergi idaresine özel hukuk alacaklısına göre ayrıcalıklı hareket etme imkânı verse de her yetkinin olduğu gibi tahsil yetkisinin kullanımı da sınırsız değildir. Bir yetkinin sınırları, o yetkinin hangi ilke ve kurallara bağlı olarak kullanılacağı ile ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Bu bakımdan tahsil yetkisinin kullanımında anayasal ilkeler ve kanunî düzenlemelere uygun davranılması gerekmektedir.

Kişilerin haklarının devlet karşısında artması ve güçlenmesi ile birlikte devletin meşruluğunun bir sınırı olarak hukuk devleti ilkesi günümüz çağdaş anayasalarında benimsenmiş bulunmaktadır<sup>5</sup>. Zira çağdaş bir devlet olabilme ve hukukun üstünlüğünü hayata geçirebilmenin yolu hukuk devleti olmaktan geçmektedir<sup>6</sup>.

Hukuk devleti Anayasa Mahkemesince<sup>7</sup> “... insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve

<sup>2</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 244.

<sup>3</sup> İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 890.

<sup>4</sup> Ümit Süleyman Üstün, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 40.

<sup>5</sup> Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 122.

<sup>6</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2001, Sayı: 2, s. 31.

<sup>7</sup> T.C. Anayasa Mahkemesi, 11.10.1963 tarih ve E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı Karar, (<http://kararlar-yeni.anayasa.gov.tr/>), Erişim Tarihi: 25.07.2019.

*Anayasaya uyan bir devlet...*” olarak tanımlanmaktadır. Kısaca kanunlara bağlı devleti ifade eden hukuk devletinde, devletle kişiler arasındaki ilişkiler kanunla düzenlenmektedir<sup>8</sup>.

Hukuk devleti, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır<sup>9</sup>. Vergiler kişilerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere birtakım anayasal haklarına müdahale edilmesi anlamına geldiğinden, vergi kanunlarının bu hak ve özgürlükleri ölçsüz ve aşırı olarak sınırlandırması kişilerin anayasal güvencelerden mahrum bırakılması anlamına gelebilmektedir<sup>10</sup>. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve özü, devletin sahip olduğu vergilendirme yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin özü vergi kanunlarının sınırını oluşturma yanı sıra, idarenin eylem ve işlemlerinin de sınırlarını belirlemektedir. Bu kapsamda hukuk devletinin temel ilkelerinden bir tanesini Anayasa’da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukukî güvenlik ilkesi oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Hukukî güvenlik ilkesinin uygulanabilmesinin ön koşulu ise, devletin kendi koymuş olduğu hukuk kurallarına kendisinin de uymasındır<sup>13</sup>. İdarenin tahsil yetkisini kullanımında kanuna aykırı olarak gerçekleştirmiş olduğu işlemler, hukuka aykırılık teşkil ederek hukuk devleti ilkesi ve temel hak ve özgürlükleri zedelemektedir. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi açısından tahsil yetkisinin kullanımında kanunlara uygun hareket edilmesi önem taşımaktadır.

<sup>8</sup> Zeynep Arıkan, *Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1994, s. 67.

<sup>9</sup> Nami Çağan, “*Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1980, Cilt: 37, Sayı: 1-4, (Hukuk Devleti), s. 140.

<sup>10</sup> Funda Töralp, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi*”, Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, (Ed. Feridun Yenisey, Gülsen Güneş, Z. Ertunç Şirin), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 163.

<sup>11</sup> Çağan, Hukuk Devleti, s. 140.

<sup>12</sup> Mehmet Batun, “*Vergi Yargılamasına Egemen Olan İlkeler*”, Yaklaşım, Sayı: 206, 2010, s. 262.

<sup>13</sup> Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, (Vergilendirme Yetkisi), s. 172.

## 2. İDARENİN HACİZ İŞLEMİNE İLİŞKİN HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERİ

Her işlemde olduğu gibi haciz işleminde de idarenin kanunlara uygun davranması hukuk devletinin bir gereği olarak önem taşımaktadır. Ancak haciz hassas bir süreçtir. Bu nedenle haciz sürecinde kişi hak ve hürriyetlerine saygı duyulmasına, şahsî ve ticari itibarın zedelenmemesine dikkat edilmesi önem arz etmektedir. Kamuya ait olan bir alacağın ödenmemesi durumunda zor kullanılarak idarenin bu alacağını tahsil etmesi gerektiği açıktır. Ancak haciz kelimesini duyduğu zaman dahi irkilen bir toplumun varlığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Vergi idaresi ile mükelleflerin karşılıklı olarak saygınlığını yitirmemesi önem taşıdığından, vergi idaresinin bu zor kullanımın toplumun değer yargılarına önem verilerek yerine getirilmesi konusunda dikkatli davranması gerekmektedir<sup>14</sup>. Ancak zaman zaman idarenin haciz sürecinde bir takım hukuka aykırı işlemleri söz konusu olmakta ve yargı denetimi ile bu hukuka aykırılıklar ortaya çıkarılmaktadır.

### 2.1. Borçlunun Menfaatinin Korunmasına Yönelik Hukuka Aykırılıklar

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesi haciz işlemine ilişkin genel düzenlemeleri içermektedir. Maddeye genel olarak bakıldığında yapılan düzenlemelerde vergi idaresinin yanı sıra borçlunun da menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Nitekim maddenin son fıkrasında; "*Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.*" denilmek suretiyle kanun koyucunun bu amacı açıkça ortaya konulmaktadır. Tahsil dairelerine yüklenen bu görev, vergi icra hukukunun temel bir ilkesinden kaynaklanmaktadır<sup>15</sup>. Yine maddenin ilk fıkrasında "*Borçlunun... menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve*

<sup>14</sup> Hakan Arslaner, *Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Takibi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 221.

<sup>15</sup> Serkan Açar, *Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 285.



*haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur”* denilmek suretiyle borçlunun kamu alacağından fazla miktarda mal, hak ve alacağının haczedilmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Maddeye göre borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu ya da üçüncü kişiler elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve hakları haczedilmektedir. Buna göre borçlunun mal bildiriminde bulunmuş olması durumunda mal bildiriminde yer alan mallar, haciz memurunca haczedebilecektir. Ancak haciz işlemi, mal bildiriminde yer alan mallarla sınırlı olmadığından, memurun mal bildiriminde yer almayan malları da haczedebilme imkânı bulunmaktadır. Kaldı ki borçlunun hiç mal bildiriminde bulunmamış olması da olasıdır. Her iki durumda da haciz memurunun takdir yetkisini kullanarak alacağın tahsilini en kısa yoldan sağlayan malları haczedebilme yetkisi bulunmaktadır<sup>16</sup>. Ancak haciz aşamasında borçlunun çıkarlarının da gözetilmesi önemlidir. Bu kapsamda vergi idaresince taşınması ve paraya çevrilmesi en kolay ve masrafsız olan mallara haciz uygulanması gerekmektedir<sup>17</sup>. Yine borçlu ya da üçüncü kişiler tarafından üzerinde istihkak iddiasında bulunan menkul malların haczi ise en sona bırakılacaktır.

Kanun’un 62’nci maddesinde ayrıca vergi idaresinin haczedilen gayrimenkulün idaresini, hasılatı ve menfaatten yararlanma hakkını kamu borçlusuna devretmesine imkân sağlayan bir düzenleme de bulunmaktadır. Buna göre, haczedilen gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlunun, borcun itfasına yetecek menkul mal ya da vadesi gelmiş sağlam alacak göstermesi halinde, gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczedilmektedir. Ancak bu şekilde haczedilmiş gayrimenkulün idare ve işletmesine ve hasılat ve menfaatlerine vergi idaresi müdahale etmeyecektir.

<sup>16</sup> Arslaner, s. 225.

<sup>17</sup> Bayraklı, s. 168.

Vergi idaresinin kendi menfaatinin yanı sıra borçlunun menfaatinin de gözetmesine yönelik olarak yapılan tüm bu düzenlemelere aykırı işlemler haciz işleminin iptalini gerektirmektedir. Bu kapsamda vergi idaresince borçlunun kamu alacağını karşılamaya yetecek miktarda mal, hak ve alacağını haczetmesi önem taşımaktadır. Zira alacaktan fazla miktar malın haczedilmiş olması usul ve kanuna aykırılık teşkil etmektedir<sup>18</sup>. Örneğin, vergi idaresince borç tutarıyla sınırlı olarak haciz uygulanması gerekirken, kamu borçlusunun borçlarına karşılık bankadan tüm hak ve alacaklarına haciz konulmasının istemesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Benzer şekilde Danıştay, borçlu belediyenin kamu borçlarının tahsili amacıyla haczedilen iş hanının değerinin kamu alacaklarını karşılamaya yeterli olmasına rağmen, vergi idaresince belediyenin abonelerinde bulunan alacakları ile katılma payları üzerine de haciz uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu, konulan haczin kamu alacağını karşılamaya yeterli miktarda olması gerektiğini belirtmiştir<sup>20</sup>.

Vergi idaresinin borçlunun menfaatinin koruması ve yetecek miktarda malına haciz uygulayabilmesi için malların değerlerine ilişkin gerekli araştırma ve tespitleri gerekmektedir. Ancak uygulamada vergi idarelerinin zaman zaman yeterli bir araştırma yapmadan borçluların mallarını haczettiği görülmektedir. Örneğin, vergi idaresinin mülkiyeti davacı belediyeye ait, çeşitli mevki-ada-parsellerde bulunan 22 adet arsa, 1 iş hanı ve 12 mesken üzerine haciz koyması üzerine Danıştay, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesi uyarınca kamu alacağına yetecek miktarda mal ve haklara haciz konulması gerektiğini, alacaklı idarece hacze neden olan kamu alacağını karşılamaya ne kadar sayıda ve hangi gayrimenkul ya da gayrimenkullerin yeterli olabileceği yolunda borçlunun menfaatinin de gözetilecek biçimde herhangi bir araş-

<sup>18</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 18.11.1998 tarih ve E. 1997/1908, K. 1998/4041 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.06.2017).

<sup>19</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 25.05.2009 tarih ve E. 2008/2205, K. 2009/2659 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.06.2017).

<sup>20</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 21.04.1993 tarih ve E. 1991/3465, K. 1993/1455 sayılı Karar, (Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, s. 395).

tırma ve tespit yapılmadığından, söz konusu haciz işleminin hukuka uygun olmadığı belirtilerek haciz işleminin iptaline karar verilmiştir<sup>21</sup>.

Vergi idaresinin zorunlu bir durum söz konusu olmadıkça borçlunun ticari faaliyetinin devamı için gerekli olan malları üzerine haciz uygulaması da hukuka aykırılık yaratmaktadır<sup>22</sup>. Bu kapsamda, vergi idarelerince kamu alacaklarının tahsili için borçluların diğer mallarına müracaat edilmeden doğrudan doğruya işyerlerindeki telefonlarının haczedilerek konuşmaya kapatılması üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 351 Seri No'lu Tebliği yayımlanarak hukuka aykırı uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Tebliğde icra takibinde amacın mükellefi cezalandırmak değil kamu alacağını tahsil etmek olduğu, bu sebeple borçlunun varlığından rahatlıkla tahsil edilebilecek olan bir borç için telefon haczi ve bankalara gelişigüzel haciz tebliği gibi daha ziyade ticarî faaliyetini güçleştirecek malların haczedilmemesi gerektiği, zira günümüzde telefonun borçluların ticarî, sını ve mesleki faaliyetlerinin devamı bakımından vazgeçilmesi mümkün olmayan ve bir işletme için son derece önemli olan bir araç olduğu, telefonun haczinin ve bankalara gelişigüzel haciz tebliğinin borçlunun ticari faaliyetini aksatarak, bir anlamda ödeme gücünü azalttığı ve dolayısıyla haczin yalnız baskı aracı olarak kaldığı, bu durumun da vergi idaresinin amaçları ile bağdaşmasının zor olduğu, bu sebeple özellikle telefon hacizlerine ancak borçluların işyeri ve ikametgâhlarından uygulanan hacizler sonunda kamu alacağının tahsilinin mümkün olmaması ve başkaca da malının bulunmaması ve kamu alacağının zamanaşımına uğramak üzere olması gibi çok zorunlu hallerde başvurulması gerektiği açıklanmıştır<sup>23</sup>.

Bu tebliğden sonra yürürlüğe giren 410 Seri No'lu Tebliğ'de de; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa eklenen Ek Madde ile 29.1.2000 tarihinden itibaren telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili olarak abone

<sup>21</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 22.01.1992 tarih ve E. 1991/1116, K. 1992/189 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (22.06.2017).

<sup>22</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 22.01.1996 tarih ve E. 1995/4421, K. 1996/300 sayılı Karar, (Candan, s. 395).

<sup>23</sup> T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, "351 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği", R.G. 16.09.1974, <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, (351), (22.06.2017).

veya kullanıcılara tahsis edilen numara ve hat kullanımı gibi intifa ve kullanım haklarının kamu alacakları nedeniyle yapılan takipler sırasında haczedilmelerinin mümkün olmadığı, ancak söz konusu düzenleme telekomünikasyon cihazlarının haczine engel teşkil etmediğinden, bu cihazların Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un menkul malların haczine ilişkin hükümlerine göre haczedilerek paraya çevrilmesinin mümkün olduğu, bununla birlikte, günümüzde bu cihazların borçluların ticari, sınai ve mesleki faaliyetlerinin devamı bakımından arz ettiği önem dikkate alınarak, borçlunun haczedilecek başkaca mallarının bulunmaması ve kamu alacağının zamanaşımına uğramak üzere olması gibi zorunlu durumlar dışında bu malların haczedilmemesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

## 2.2. Haciz Varakasına İlişkin Hukuka Aykırılıklar

Haciz varakası idarenin tahsil yetkisini kullanmasından önce borçluya son sözünü söylemiş olması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle idarenin haciz varakası düzenlemeden, zor alım araçlarına başvurması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Haciz varakası ayrıca idarenin tek taraflı, kesin, yürütülmesi gerekli ve etkili işlemlerinden olduğundan, idari işlemlerin unsurlarına uygun şekilde düzenlenmemeleri durumunda zor alım işleminin hukuka aykırı olmasına yol açmaktadır.

### 2.2.1. Haciz Varakası Düzenlenmeden Haciz Uygulanması

Haciz varakası; haciz işlemine başlanabilmesi için vergi idaresinin yetkili birimlerinin imzasını taşıyan, borçlunun kimlik bilgileri, gönderilen ödeme emri bilgileri ile haciz tatbikine neden olan vergi alacağının türü, yılı, taksitleri, vade günü ve miktarını tespit eden ve mahallin en büyük mülki amiri veya kendisine vekâlet eden kişi tarafından onaylanan belge olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Haciz işleminin haciz varakasına dayanılarak yapılması zorunlu olduğundan, vergi idaresinin haciz vara-

<sup>24</sup> T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, "410 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği", R.G. 11.03.2000, <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, (410), (22.06.2017).

<sup>25</sup> Bayraklı, s. 147.

kası düzenlenmeden haciz uygulaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>26</sup>. Haciz varakası düzenlemeden uygulanan haciz “fili yol”<sup>27</sup> olarak adlandırılmakta ve Borçlar Kanunu’ndaki “haksız fiil” durumunu oluşturmaktadır. Bu nedenle vergi idaresinin bu hukuka aykırı uygulamasına karşı borçlunun uğradığı zararı tazmin için adli yargı yoluna başvurması gerekmektedir<sup>28</sup>. Danıştay da vermiş olduğu bir kararında<sup>29</sup>; “*Olayda, davacı Şirketin banka mevduat hesabına konulan haczin, haciz varakasına dayanmadığı hususu tartışmasıdır. Hukuk Devleti olmanın kaçınılmaz gereklerinden biri olarak, kamu gücünü kullanan idarenin, tek yanlı iradesiyle idari işlem tesisinden önce, bu işlemin maddi ve hukukî sebeplerini ortaya koyması zorunludur. Bu bağlamda, kamu gücünün kullanımı da hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. İdarenin, hiçbir kurala dayanmayan keyfi uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren “idari eylem” veya “idari işlem” olarak kabulü olanaklı değildir. İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukuksal olarak yoksun olan ve bu haliyle “haksız fiil” olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır.*” demek suretiyle fiili yol durumunda adli mahkemelerin görevli olduğunu belirtmiştir. Ancak Danıştay’ın haciz varakasına dayanmayan hacizlerin hukuka aykırı olduğunu belirterek haciz işleminin iptaline hükmettiği kararları da bulunmaktadır<sup>30</sup>.

Her ne kadar idarenin haciz varakası düzenlemeden haciz işlemi uygulaması durumunda görevli yargı organının hangisi olduğu yönünde

<sup>26</sup> Danıştay 4’üncü Dairesi, 09.03.2000 tarih ve E. 2000/50, K. 2000/1011 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>27</sup> Fiili yol; İdare tarafından gerçekleştirilen bir icrai eylem, açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık halinin varlığı durumunda mülkiyet hakkına veya temel hak ve özgürlüklere bir tecavüzün söz konusu olmasıyla ortaya çıkmaktadır (Gül Üstün, İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 69).

<sup>28</sup> G. Üstün, ss. 89-90; Arslaner, s. 217; Candan, s. 387.

<sup>29</sup> Danıştay 7’nci Dairesi, 16.03.2005 tarih ve E. 2001/2357, K. 2005/402 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>30</sup> Danıştay 3’üncü Dairesi, 02.12.2008 tarih ve E. 2007/1279, K. 2008/3820, Danıştay 4’üncü Dairesi, 09.03.2000 tarih ve E. 2000/50, K. 2000/1011; Danıştay 7’nci Dairesi, 18.04.2002 tarih ve E. 2001/1883, K: 2002/1625 ve Danıştay 7’nci Dairesi, 16.03.2005 tarih ve E. 2001/2357, K: 2005/402 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

farklı kararlar<sup>31</sup> bulunsa da yapılan haciz işleminin hukuka aykırı olduğu açıktır. Bu bakımdan idarenin haciz işlemlerine başlamadan önce usulüne uygun bir haciz varakası düzenlemesi önem taşımaktadır.

### **2.2.2. Haciz Varakasının İdari İşlemin Unsurları Bakımından Hukuka Aykırılığı**

Haciz varakaları idarenin tek yanlı, kesin, yürütülmesi gerekli ve etkili işlemlerindendir<sup>32</sup>. Diğer bir ifadeyle haciz varakaları iptal davasına konu edilebilen idari işlemlerdir<sup>33</sup>. Bu nedenle bunların idari işlemlerin beş unsuruna aykırılık içermeleri nedeniyle iptal davasına konu edilmeleri mümkün olabilmektedir.

#### **2.2.2.1. Haciz Varakasının Yetki Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılığı**

Haciz varakasının Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 64'üncü maddesi gereğince alacaklı tahsil dairesinin mahalli en büyük memuru ya da yetkilendireceği memur tarafından onaylanması zorunluluğu yetki unsurunu oluşturmaktadır. Haciz varakasının yetkisiz memurca onaylanması varakayı yetki unsuru bakımından hukuka aykırı kılmaktadır<sup>34</sup>. Haciz varakasını onaya yetkili mahalli en büyük memur alacağın aidiyetine göre; Devlet, il özel idaresi veya belediyenin mahalli en büyük memurudur<sup>35</sup>. Mahalli en büyük memur alacaklı idare il

<sup>31</sup> Adli yargının görevli olduğuna ilişkin karar için bkz. Danıştay 7'nci Dairesi, 16.03.2005 tarih ve E. 2001/2357, K. 2005/402 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017); İdari yargının görevli olduğuna ilişkin kararlar için bkz. Danıştay 3'üncü Dairesi, 02.12.2008 tarih ve E. 2007/1279, K. 2008/3820; Danıştay 4'üncü Dairesi, 09.03.2000 tarih ve E. 2000/50, K. 2000/1011; Danıştay 7'nci Dairesi, 18.04.2002 tarih ve E. 2001/1883, K: 2002/1625 ve Danıştay 7'nci Dairesi, 16.03.2005 tarih ve E. 2001/2357, K: 2005/402 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>32</sup> Muharrem Özdemir, "Vergi Alacaklarında Haciz Yoluyla Takip Usulü", Alomaliye.com, 24.10.2014, <http://www.alomaliye.com/2014/10/24/vergi-alacaklarında-haciz-yoluyla-takip-usulu/>, (Haciz), (20.07.2017).

<sup>33</sup> G. Üstün, s. 90.

<sup>34</sup> Candan, s. 388.

<sup>35</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 01.10.2002 tarih ve E. 2001/3170, K. 2002/3032 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

özel idaresi olduğunda vali, belediye olduğunda belediye başkanı, Devlet olduğunda bu konuda yetkili kamu ajanı mahalli en büyük memur olmaktadır<sup>36</sup>. Bu kapsamda mahalli en büyük memurdan vali, kaymakam ve belediye başkanlarının anlaşılması gerekmektedir<sup>37</sup>. Bu sebeple örneğin, herhangi bir yetki devri söz konusu değilse alacaklı kamu idaresi Devlet olduğunda; vali yardımcısı tarafından alınan haciz kararı yetki yönünden hukuka aykırı olmaktadır<sup>38</sup>. Benzer şekilde alacaklı kamu idaresinin büyükşehir belediyesi olması durumunda “alacaklı amme idaresinin, mahalli en büyük memuru veya tevkil edeceği memur” ibaresinden büyükşehir belediye başkanı veya yetkilendireceği memurun anlaşılması ve haciz varakasının bu kişilerce onaylanması gerekmektedir. Bu durumda haciz varakasının onaylanması için büyükşehir belediye başkanı tarafından tahsilat şube müdürüne yetki verilip verilmediği hususu önem kazanmakta ve yetki verilmediğinin anlaşılması halinde haciz varakası hukuka aykırı olmaktadır<sup>39</sup>.

### **2.2.2.2. Haciz Varakasının Şekil Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılığı**

Haciz varakasında borçlunun kimlik bilgileri, ödeme emrine ilişkin bilgiler, kamu alacağının türü, konusu, yılı, taksit sayısı, vadesi, miktarı ve takip numarasına yer verilmektedir. Ayrıca gerekçe ile borçlunun mallarının haczedilme kararı belirtilerek, varakayı düzenleyen memur, servis şefi, müdür yardımcısı, vergi dairesi müdürü tarafından imzalanmaktadır. Son olarak haciz varakası mahallin en büyük memuru ya da yetki verdiği kişilerce tarih ve imza konulmak suretiyle onaylanmaktadır<sup>40</sup>. Şekle bağlı idari bir işlem olması nedeniyle, haciz varakasının Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek şekle uygun olarak düzenlen-

<sup>36</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.09.2002 tarih ve E. 2002/189, K. 2002/337 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>37</sup> Candan, s. 388.

<sup>38</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 01.10.2002 tarih ve E. 2001/3170, K. 2002/3032 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>39</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 16.10.1998 tarih ve E. 1997/4588, K. 1998/3700 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>40</sup> Bayraklı, s. 147.

memesi, gerekli bilgileri içermemesi ve mahalli en büyük memur ya da onun yetkili kılacağı kişilerce onaylanmaması durumunda şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olmaktadır<sup>41</sup>. Örneğin, vali tarafından onaylanmadığı gibi<sup>42</sup>, yetkili amir kısmına atılan imzanın kime ait olduğu belli olmayan<sup>43</sup> ve yetkili amir yerine genel sekreter yardımcısı tarafından imzalanan<sup>44</sup> haciz varakaları şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık taşımaktadır.

Danıştay ayrıca vermiş olduğu bir kararında, haciz varakasinda hacze karşı başvurulacak kanun yolu veya varsa idari makamın ve başvuru süresinin de gösterilmesi gerektiğini, bu gerekliliğin ilgili makamların takdirinde olmayıp, en üst hukukî norm olan Anayasa'nın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucu olduğunu belirtmiştir<sup>45</sup>.

### 2.2.2.3. Haciz Varakasının Sebep Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılığı

Haciz varakasının sebep unsuru kamu alacağının ödeme emri tebliğine rağmen 15 gün içinde ödenmemiş olmasıdır. Bu bakımdan ödeme emri tebliğ olunmadan düzenlenen haciz varakası sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olacağı gibi, kamu alacağının haciz varakası düzenlenmesinden önce ödenmiş olması<sup>46</sup> ya da haciz yapılabilmesi için öngörülen şartların herhangi başka bir nedenle ortadan kalkmış olması da haciz varakasını sebep unsuru bakımından sakatlamaktadır<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> G. Üstün, s. 91.

<sup>42</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 20.03.2001 tarih ve E. 1999/2350, K. 2001/798 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>43</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 22.02.1989 tarih ve E. 1988/3327, K. 1989/611 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>44</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 20.10.1992 tarih ve E. 1992/166, K. 1992/2247 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>45</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.03.2012 tarih ve E. 2010/310, K. 2012/98 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (02.06.2017).

<sup>46</sup> Candan, s. 389.

<sup>47</sup> G. Üstün, s. 91.



### 2.2.2.3.1. Ödeme Emri Gönderilmeden Haciz Uygulanması

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55'inci maddesinde, kamu alacağını vadesinde ödemeyen borçlulara öncelikle borçlarını 15 gün içinde ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gerektiği yolunda ödeme emri tebliğ edileceği, bu sayede alacağın zor alınmasına ödeme emri tebliği ile başlanacağı hüküm altına alınmıştır<sup>48</sup>. Bu bakımdan her ne kadar vadesi dolmuş olsa da idarenin borçluya ödeme emri tebliğ etmeden haciz işlemi uygulaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>49</sup>.

Danıştay bir kararında<sup>50</sup>, yönetim kurulu üyesi olduğu kooperatiften tahsil edilemeyen vergi borcunun tahsili için kanunî temsilci nezdinde haciz uygulanabilmesi için öncelikle adına ödeme emri düzenlenerek tebliğ edilmesi, ödeme emrinde gösterilen hususların yerine getirilmemesi durumunda haciz işleminin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Herhangi bir kamu borcu nedeniyle ödeme emri düzenlenip tebliğ edilerek borçluya ödeme emrine karşı kanunî yollara başvurusu veya mal bildiriminde bulunması imkânı tanınmadan doğrudan mal varlığına haciz konulmasının Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un sistematığına aykırı olacağını ve ödeme emrine karşı ileri sürülebilecek iddialardan mükellefleri yoksun bırakacağını belirten Danıştay, borcun kooperatif tarafından ödenmemesi durumunda yönetim kurulu üyelerinin mal varlığına gidileceğini hatırlatan bir yazının yazılmış olmasının da yönetim kurulu üyeleri adına ayrıca ödeme emri düzenlenerek tebliğine engel olmayacağını ifade etmektedir.

<sup>48</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 14.02.1989 tarih ve E. 1988/1549, K. 1989/383 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, (28.02.2017).

<sup>49</sup> Bu yönde kararlar için Danıştay 4'üncü Dairesi, 16.02.1999 tarih ve E. 1998/725, K. 1999/439; Danıştay 4'üncü Dairesi, 03.03.1999 tarih ve E. 1998/4786, K. 1999/813 sayılı Kararlar, <http://www.emsalyargi.com/>, (10.03.2017); Danıştay 7'nci Dairesi, 14.03.2002 tarih ve E. 2000/2004, K. 2002/1097; Danıştay 7'nci Dairesi, 17.09.1970 tarih ve E. 1970/264, K. 1970/1282 sayılı Kararlar; Danıştay 13'üncü Dairesi, 12.02.1979 tarih ve E. 1978/2032, K. 1979/232 sayılı Karar (Yusuf Karakoç, Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, (Tahsil), s. 106).

<sup>50</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 14.02.1989 tarih ve E. 1988/1549, K. 1989/383 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, (28.02.2017).

Asıl borçlularda olduğu gibi limitet şirket ortaklarının takibinde de şirketin vergi borcunun şirket malvarlığından tahsilinin mümkün olmadığından hareketle ortağın takibine şirketteki sermaye miktarını içeren bir ödeme emri ile başlanması zorunludur. Ortak adına düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emri neticesinde alacağın tahsil edilmesi ya da ortağın şirket borcundan sorumlu olmadığı yönünde bir iddiası varsa bu iddia-ya açılacak dava ile netlik kazandırılması ve ödeme emri kesinleştikten sonra haciz kararı alınarak haciz varakası düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan idarenin şirket adına düzenlenen ödeme emrine rağmen şirket malvarlığından tahsil edilemeyen kamu alacağının tahsili için ortak adına ödeme emri tebliğ etmeden doğrudan menkul mallarını haczetmesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir<sup>51</sup>. Benzer şekilde idarenin şirket adına düzenlemiş olduğu ödeme emrini henüz şirkete tebliğ etmeden, şirket ortağı adına başlanmış ve yürütülen bir cebri takibat da bulunmaksızın, taşınmazına haciz uygulaması da hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>52</sup>.

İdarenin asli kamu alacağında olduğu gibi fer'i alacak olan gecikme zammının ödenmesi gerekliliğini de borçluya önceden ödeme emri ile bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, gecikme zammının önceden borçluya bildirilmesinin gerekmediği belirtilmişse de Danıştay bu hükmün gecikme zammının uygulanma süresi<sup>53</sup>, diğer bir ifadeyle kamu alacağının tahsili sırasında hesaplanıp alınması gereken gecikme zamları hakkında geçerli olduğunu belirtmektedir<sup>54</sup>. Uygulamada borçluya tebliğ edilen ödeme emrinde, gecikme zammının miktarı, önceden belli olamaması ve ancak ödeme gününde belli olacak olması nedeniyle yazılamamakta, ödeme emrine "Ayrıca Gecikme Zam-

<sup>51</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 12.11.1996 tarih ve E. 1996/2933, K. 1996/4117 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb/>, (28.02.2017).

<sup>52</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 29.05.2013 tarih ve E. 2011/573, K. 2013/204 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (13.03.2017).

<sup>53</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 16.10.1997 tarih ve E. 1996/5063, K. 1997/3462 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb/>, (09.03.2017).

<sup>54</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 24.01.1989 tarih ve E. 1987/3863, K. 1989/191 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (09.03.2017).

mı Hesaplanacaktır” şeklinde basılı damga konulmaktadır<sup>55</sup>. Danıştay, vergi idaresinin yargı harçlarının süresinde ödenmemesi nedeniyle talep edilen gecikme zammının ödenmesi hususunun borçlu belediyeye kesin olarak bildirmiş olmasına rağmen, söz konusu yazının Kanun’un 55’inci maddesinde öngörülen ödeme emri niteliğinde düzenlenmemiş olması nedeniyle iptaline karar vermiştir<sup>56</sup>. Benzer bir başka olayda yine Danıştay, vergi idaresinin, gecikme zammının ödenmesini bildiren yazıyı borçluya göndermiş olmasına rağmen, bu ödemeyi yapmayan borçlu adına ayrıca ödeme emri düzenlemeden tahsil yetkisini kullanamayacağına karar vermiştir<sup>57</sup>.

İdarenin kendisine yapılan mahsup, tecil-terkin, iade vb. talepleri reddetmesi durumunda da zor alım işlemlerine başlayabilmek için borçlulara ödeme emri tebliğ etmesi gerekmektedir. Danıştay vermiş olduğu bir kararında, idarenin ödeme emirleri gönderilmeden mahsup talebinin reddine ilişkin herhangi bir yazı tebliğ etmemesi, ödeme emirleri tebliğ edildikten sonra bir yazı ile mahsup talebini kabul etmeyip borçlu şirketin işlemlerin incelemeye alarak inceleme sonucu düzenlenen ve dava konusu haciz işlemine dayanak alınan vergi tekniği raporunda şirketin tecil-terkin ve iade taleplerinin yerinde olmadığını belirtmesine rağmen, rapordan sonra şirket adına herhangi bir ödeme emri tebliğ etmemesi, raporla birlikte tebliğ olunan ödeme emrinin ise mahsup talebinin kabul edilmemesi üzerine düzenlenmiş olması ve bu ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın da vergi mahkemesince kabul edilmiş olması nedeniyle usulüne uygun olarak ödeme emri tebliğ edilmeden ve amme alacağı kesinleştirilmeden yapılan haciz işleminin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Adnan Gerçek, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 194.

<sup>56</sup> Danıştay 9’uncu Dairesi, 24.01.1989 tarih ve E. 1987/3863, K. 1989/191 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (09.03.2017).

<sup>57</sup> Danıştay 3’üncü Dairesi, 20.11.1991 tarih ve E. 1990/3421, K. 1991/2916 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, (12.10.2016). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 7’nci Dairesi, 04.05.1989 tarih ve E. 1986/1183, K. 1989/1077 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (14.03.2017).

<sup>58</sup> Danıştay 9’uncu Dairesi, 21.11.2006 tarih ve E. 2006/2331, K. 2006/4730 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (14.03.2017).

### 2.2.2.3.2. Haciz Varakası İçin Öngörülen Şartların Ortadan Kalkmış Olması

Kamu alacağının haciz varakası düzenlenmesinden önce ödenmiş olması<sup>59</sup> ya da kamu alacağının veya haciz yapılabilmesi için öngörülen şartların herhangi başka bir nedenle ortadan kalkmış olması durumunda da haciz varakası sebep unsuru bakımından hukuka aykırı hale gelmektedir<sup>60</sup>. Bu nedenle, vergi idaresinin borçlu adına ödeme emri düzenleyip tebliğ etmeden düzenlenmiş olan haciz varakalarının yanı sıra<sup>61</sup>; vergi idaresinin haksızlığı nedeniyle yargı kararıyla ortadan kalkan kamu alacağının tahsili amacıyla yapılan takip gideri<sup>62</sup> ya da tahsil zamaşımına uğraması nedeniyle cebren tahsil edilebilirliğini kaybeden kamu alacağı<sup>63</sup> veyahut Vergi Barışı Kanunu'ndan yararlanarak taksitlendirilen ve ödeme süreleri henüz geçmemiş vergi borçları için<sup>64</sup> düzenlenen haciz varakaları ile yargı kararıyla ödeme emrinin iptal edilmesi nedeniyle<sup>65</sup> dayanağı ortadan kalkmış olmasına rağmen düzenlenen haciz varakaları sebep unsuru bakımından hukuka aykırılık taşımaktadır.

### 2.2.2.4. Haciz Varakasının Konu Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılığı

Haciz işleminin konu unsurunu, borçlunun mal, hak ve alacaklarının kamu alacağını karşılamaya yetecek miktarına el konulması oluşturmaktadır. Haciz varakasının, kamu borcunun bir kısmının önceden

<sup>59</sup> Candan, s. 389.

<sup>60</sup> G. Üstün, s. 91.

<sup>61</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 18.04.2002 tarih ve E. 2001/1833, K. 2002/1625 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (02.06.2017).

<sup>62</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 02.12.1993 tarih ve E. 1993/728, K. 1993/3529 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (03.06.2017).

<sup>63</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 16.03.1982 tarih ve E. 1981/1112, K. 1982/1480 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (03.06.2017).

<sup>64</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 14.07.2005 tarih ve E. 2005/567, K. 2005/1455; Danıştay 4'üncü Dairesi, 30.01.2006 tarih ve E. 2006/1295, K. 2006/85 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (03.06.2017).

<sup>65</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 29.12.1998 tarih ve E. 1998/3236, K. 1998/5401 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (03.06.2017).

ödenmiş olmasına rağmen, bu kısmı da kapsayacak şekilde düzenlenmesi veya kamu alacağının miktarı konusunda borçlunun aleyhine olacak hatalar yapılması haciz varakasını konu unsuru bakımından hukuka aykırı kılmaktadır<sup>66</sup>. Bu bakımdan örneğin, kamu borçlusunun mahsup talebinde bulunduğu vergi borcunu karşılayacak miktarda alacağı olmasına rağmen vergi idaresinin mahsuba ilişkin herhangi bir işlem gerçekleştirilmeyerek kamu alacağının tümünün tahsili için haciz varakası düzenlenmesi konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil etmektedir<sup>67</sup>.

### 2.3. İstihkak İddialarına İlişkin Hukuka Aykırılıklar

Vergi idaresinin tahsil yetkisini kullanım sürecinde zaman zaman borçlunun elinde olan mallarda üçüncü kişilerin korunması gereken haklarının olması, kimi zaman da borçluya ait malların bunlar üzerinde hak iddia eden üçüncü kişilerin elinde bulunması söz konusu olabilmektedir. Tüm bu durumlarda hukuk devletinin bir gereği olarak, alacaklı kamu idaresiyle birlikte üçüncü kişilerin haklarının da korunması gerekli olmaktadır<sup>68</sup>. İşte haciz uygulaması esnasında korunması gereken, borçlunun elinde hacz edilen malların üçüncü kişilere ait olduğu ya da üçüncü kişilerdeki malların borçluya ait olmadığı iddialarına istihkak iddiaları denilmektedir<sup>69</sup>.

Her ne kadar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un istihkak iddialarını düzenleyen 66'ncı ve 67'nci maddelerinde istihkak iddiasına sebep olarak üçüncü kişinin mülkiyet hakkına veya rehin hakkına sahip olması gerekliliği gösterilmişse de mal üzerindeki her türlü hak için bu iddianın öne sürülebileceği kabul edilmektedir<sup>70</sup>.

İstihkak iddiaları yalnızca menkul mallar için söz konusudur. Zira gayrimenkullerde mülkiyet tapu kaydı ile olmaktadır. Oysa menkul mal-

<sup>66</sup> Candan, s. 390.

<sup>67</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 16.02.1992 tarih ve E. 1998/725, K. 1999/439 sayılı Karar, <http://www.kazan-ci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (03.06.2017).

<sup>68</sup> Candan, s. 404.

<sup>69</sup> Bayraklı, s. 150.

<sup>70</sup> G. Üstün, s. 98.

larda zilyetlik, mülkiyete karine teşkil etmektedir. Bu bakımdan vergi idaresi borçlunun zilyetliği altındaki menkul mallara haciz uygulamak istemektedir<sup>71</sup>.

Haciz aşamasında iki tür istihkak iddiası ile karşılaşmaktadır. Bunlardan ilki borçlunun elinde haczedilen mallara yönelik iken, ikinci iddia üçüncü kişinin elinde haczedilen mallara karşı ileri sürülmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde vergi idaresince yapılan hukuka aykırılıklar bu iki çerçevede açıklanmaya çalışılacaktır.

### 2.3.1. Borçlunun Elinde Haczedilen Mallara İlişkin İstihkak İddialarında Hukuka Aykırılıklar

Borçlunun elinde haczedilen mallara ilişkin istihkak iddialarında haciz sırasında borçlu tarafından elinde bulunan malların kendisine ait olmadığı, mülkiyetin üçüncü bir kişiye ait olduğu ya da kendisinde rehin olarak bulunduğu öne sürülebildiği gibi; üçüncü kişi tarafından da malın mülkiyetinin kendisine ait bulunduğu ya da mal üzerinde rehni bulunduğu iddia edilebilmektedir. Her iki durumda da haczi yapan memur tarafından iddialar haciz zaptına geçirilerek iddia borçlu tarafından yapılmışsa üçüncü kişiye, üçüncü kişi tarafından yapılmışsa borçluya bildirilmektedir (6183 sayılı Kanun md. 66/1).

Vergi idaresi, haciz zaptını aldığı tarihten itibaren 7 gün içinde iddiayı reddetmediği takdirde istihkak iddiasını kabul etmiş sayılmaktadır. Bu kabulün hukukî sonucu, borçlu ya da üçüncü kişi tarafından üçüncü kişinin mülkü olduğu veya üzerinde üçüncü kişinin rehininin bulunduğu öne sürülen malın, alacaklı tahsil dairesi tarafından haczedilmesinin mümkün olamamasıdır<sup>72</sup>. Bu durumda vergi idaresinin 7 gün içerisinde reddetmediği istihkak iddialarına rağmen menkul malı haczetmesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Bayraklı, s. 150.

<sup>72</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 25.10.2002 tarih ve E. 2002/218, K. 2002/374 sayılı Karar (Candan, s. 407).

<sup>73</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 25.01.1983 tarih ve E. 1982/1600, K. 1983/290 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (07.06.2017).

Üçüncü kişi haciz sırasında herhangi bir istihkak iddiasında bulunmamışsa, borçlunun istihkak iddiasının kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde itiraz etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi halde istihkak iddiasının dinlenmesi söz konusu olamayacaktır<sup>74</sup>. Ancak bu noktada, borçlunun istihkak iddiasının üçüncü kişiye bildirilmemiş olması durumunda, üçüncü kişinin haberdar olduktan sonra da istihkak iddiasında bulunabileceği kabul edilmektedir<sup>75</sup>. Yine idarenin, haczedilen menkul malın türünden mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olduğunu anlamasının mümkün olması durumunda da üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunmadığının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Eşinin vergi borçları nedeniyle adına trafikte kayıtlı bulunan otomobilinin haczedilmesi üzerine yapılan başvuruda Danıştay tarafından, her ne kadar üçüncü kişinin kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde itiraz etmediği halde istihkak iddiasının dinlenmeyeceğine hükmedilmiş olursa da olayda haczedilen menkul malın bir otomobil olduğu, otomobil, silah, telefon gibi menkul malları diğer menkul mallardan ayrı tutmak gerektiği belirtilmiştir. Bu tür malların, kayıt ve tescil işlemine tabi tutulmadıkça mülkiyetlerinin devrinin mümkün olmadığı, bu nedenle bu tür menkul malların haczi sırasında diğerlerinden ayrı olarak, kayıt ve ruhsatlarına ilişkin belgelerin istenilmesi ve haciz sırasında bu belgeler ibraz edilememişse bile haciz yapan memuru tarafından kayıt ve ruhsatı veren idare nezdinde araştırma yapılarak söz konusu menkul mal üzerinde mülkiyet hakkını sınırlayıcı veya benzeri bir kayıt saptanırsa, bu tespitin haciz zaptına geçirilerek 66'ncı madde hükümleri uyarınca üçüncü kişiye tebliğ edilmesi gerektiğini belirten Danıştay, haczi yapan idarenin söz konusu mülkiyeti muhafaza kaydını tespit etmesi üzerine, ya bu istihkak iddiasını kabul etmesi ya da reddettiğini üçüncü kişiye bildirmesi gerekirken, bu yönde bir bildirim yapılmadan uygulanan haciz ve sonrasında yapılan ihale ve satış işlemlerini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 10.04.1997 tarih ve E. 1986/4964, K. 1997/1197 sayılı Kararı (Gerçek, s. 227).

<sup>75</sup> Detaylı bilgi için bkz. Candan, ss. 406-409.

<sup>76</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 27.10.1989 tarih ve E. 1987/3145, K. 1989/3725 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (07.06.2017).

### 2.3.2. Üçüncü Kişinin Elinde Haczedilen Mallara İlişkin İstihkak İddialarında Hukuka Aykırılıklar

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 67'nci maddesine göre, haczedilen malın borçlunun elinde değil de mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia eden üçüncü bir kişi elinde olması halinde bu iddia, haciz memuru tarafından haciz zaptına geçirilmektedir.

Haciz memurunun malı üçüncü kişinin istihkak iddiasına karşın haciz tutanağına yazması, malın üçüncü kişiye değil borçluya ait olduğu düşüncesinde olduğunu göstermektedir<sup>77</sup>. Ancak haciz memurunun bu düşüncede olması vergi idaresinin haciz uygulaması için yeterli değildir. Vergi idaresinin de kanaatinin aynı olması durumunda dava açarak haczedilen malın üçüncü kişiye değil borçluya ait olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Zira zilyetliğin mülkiyete karine olduğu ilkesinin gereği olarak ispat yükümlülüğü bu kez vergi idaresine geçmektedir<sup>78</sup>. Vergi idaresi, haciz tutanağının kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içerisinde dava açmaması durumunda, üçüncü kişinin istihkak iddiası kabul etmiş sayılacaktır. Bu nedenle 15 gün içerisinde dava açmayarak üçüncü kişinin istihkak iddiasını kabul etmiş olan vergi idaresinin söz konusu mal üzerinde haciz uygulaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>79</sup>.

Burada önemle belirtilmesi gereken husus, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un üçüncü kişiler elinde haczedilen menkul mallara ilişkin istihkak iddialarını düzenleyen 67'nci maddesinin, istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin borçlu ile aynı adreste ikamet etmemesi durumunda uygulanabilir olmasıdır. Borçlu ile birlikte ikamet etmekte olan kişilerce istihkak iddiasında bulunulması halinde

<sup>77</sup> Bayraklı, s. 151.

<sup>78</sup> Gerçek, s. 228.

<sup>79</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 21.04.1998 tarih ve E. 1997/597, K. 1998/1321; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 23.12.2005 tarih ve E. 2005/208, K. 2005/309 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (08.06.2017).



mal, bunların elinde olsa dahi borçlu elinde sayılarak 66'ncı madde hükümlerine göre işlem yapılacaktır<sup>80</sup>.

## 2.4. Haczedilemeyecek Mallar ve Kısmen Haczedilebilecek Gelirlerin Haczinde Hukuka Aykırılıklar

### 2.4.1. Genel Olarak

Kural olarak ödenmemiş olan kamu alacaklarının tahsili için borçlunun malvarlığını oluşturan mal, alacak ve haklar haczedilebilmektedir. Ancak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da kamu düzeni ile ekonomik ve sosyal düşüncelerden hareketle haciz işleminin kapsamı sınırlandırılarak bazı mal ve hakların haczi yasaklanmıştır<sup>81</sup>. Zira kamusal düzen sokakta ve parkta yatmak pahasına da olsa kamu hizmetinin sağlanmasını değil devleti oluşturan kişilerin uygar ölçüler içinde hayatlarını sürdürebilmelerini amaçlamaktadır. Bu amacın yerine getirilmesinde kamu alacağı bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple amaca hizmet edecek araç uğruna asıl amacı hiçe saymanın bir anlamı bulunmamaktadır<sup>82</sup>. Bu noktadan hareketle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinde haczedilemeyecek mallar sayılmış ve maddenin 1'inci bendinde özel kanunlarında haczedilemeyeceği belirtilen malların da idarece haczi yasaklanmıştır<sup>83</sup>. Madde geçen "mal" kavramından kasıt, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinde tanımlanmış olduğu üzere taşınır ve gemiler dâhil taşınmaz mallar ile her çeşit hak ve alacaklardır<sup>84</sup>. Bunlar genellikle borçlunun ve ailesinin yaşamını ve ekonomik varlığını sürdürebilmeleri için gerekli olan mal ve haklardan oluşmaktadır<sup>85</sup>. Bu nedenle vergi idaresinin tahsil yetkisi kapsamında haciz işlemini uygu-

<sup>80</sup> Candan, ss. 406, 409.

<sup>81</sup> Gerçek, s. 220.

<sup>82</sup> Metin Taş, Vergi İcra Hukukunda Haciz, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2000, s. 42.

<sup>83</sup> Gökhan Kürşat Yerlikaya, Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 604-605.

<sup>84</sup> Candan, s. 417.

<sup>85</sup> Gerçek, s. 220.

larken maddede 13 bent halinde sayılmış olan bu malları haczetmesi hukuka aykırılık yaratmaktadır.

#### 2.4.2. Devlet Mallarının Haczi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 1'inci bendi uyarınca kural olarak devlet malları haczedilememektedir. Bu sebeple idarenin alacağın tahsili amacıyla devlet malı statüsünde olan malları haczetmesi hukuka aykırıdır.

3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesinde genel müdürlüğün tüm taşınır ve taşınmaz mal ve kıymetleri ile ormanların devlet malı hükmünde olup haczedilemeyeceği ve kamulaştırılmayacağı hüküm altına alındığından, Danıştay<sup>86</sup> idarenin vergi borçlarının tahsili amacıyla müdürlüğün banka hesabına uygulanan haczin iptaline karar vermiştir<sup>87</sup>. Yine 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un 51'inci maddesinde müdürlüğün ve işletmelerinin tüm mal ve kıymetlerinin devlet malı hükmünde olduğu düzenlendiğinden Danıştay, devlet malı niteliğinde olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait malların haczinin mümkün olmadığını belirterek, idarenin tahsil edilemeyen kamu alacağının tahsili amacıyla müdürlük nezdinde alınan haciz kararını iptal etmiştir<sup>88</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 1'inci bendi uyarınca kural olarak devlet malları haczedilememekle birlikte, maddede kamu iktisadi teşebbüsleri, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile mahalli idarelerin malları hariç

<sup>86</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 26.10.2000 tarih ve E. 1999/4639, K. 2000/3066 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

<sup>87</sup> Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 3'üncü Dairesi, 21.11.1994 tarih ve E. 1994/3649, K. 1994/3799; Danıştay 3'üncü Dairesi, (7'nci Daire ile müşterek), 13.2.2004 tarih ve E. 2001/2162, K. 2004/316 sayılı Kararlar (Candan, s. 421).

<sup>88</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 05.03.2009 tarih ve E. 2007/5715, K. 2009/1174 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

tutulmak suretiyle bunların devlet malı niteliğindeki mallarının haczedilmesi yolu açılmıştır. Ancak, söz konusu bent, özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malları da haczedilemeyecek mallar kapsamına aldığından, idarenin bu kurumların özel kanunlarında haczedilemeyeceğine hükmedilen mallarına haciz uygulaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Belediyelere ait vergilerin haczedilip haczedilemeyeceği konusunda Danıştay, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesi ile 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19/7'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde belediyelerin vergi ve benzeri gelirlerinin hacze konu edilemeyeceğine karar vermektedir<sup>89</sup>. Zira her ne kadar belediyelerin mal ve hakları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesi gereğince haczedilebilecek mal ve haklar kapsamında olsa da bu Kanuna göre özel kanun olan Belediye Kanunu'nun 19/7'inci maddesinde belediyelere ait vergi ve resimlerin haczedilemeyeceği belirtilmiş olduğundan, idarenin belediyelerin vergi ile ilgili hak ve alacaklarına uygulanan haciz işlemleri hukuka aykırı olmaktadır<sup>90</sup>. Benzer şekilde belediyelerin kamu hizmetine tahsis edilen ve gelir getirmeyen mal ve eşyaları da haczedilemeyecek mallar kapsamına alınmış bulunmaktadır<sup>91</sup>.

### **2.4.3. Özel Kanunlarında Haczedilemeyeceği Belirtilen Malların ve Emekli Aylıklarının Haczi**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 1'inci bendi, devlet mallarının yanı sıra özel kanunlarında haczi caiz görülmeyen malların da haczedilemeyeceğine hükmettiğin-

<sup>89</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 27.04.2005 tarih ve E. 2004/237, K. 2005/1064 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

<sup>90</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 30.11.2004 tarih ve E. 2004/1508, K. 2004/2393 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

<sup>91</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 20.05.1996 tarih ve E. 1996/136, K. 1996/2049 sayılı Karar, (Candan, s. 422). 6183 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin 1'inci fıkrasında 3986 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin, belediyelerin İller Bankasındaki paylarının haczine imkân sağladığına ilişkin aksi yönde karar için bkz. Danıştay 4'üncü Dairesi, 19.02.1997 tarih ve E. 1996/4664, K. 1997/491 sayılı Karar, (Candan, s. 422).

den, özel bir kanunda bir malın haczedilemeyeceğinin öngörülmesi durumunda bu mal devlet malı olup olmadığına ve bentte sayılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait olup olmadığına bakılmaksızın haciz kapsamı dışında tutulmalıdır<sup>92</sup>. Örneğin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıklarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin 1'inci fıkrasının h bendinde ise, faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının malvarlığı hakkında tekrar faaliyete geçme izni verilmesi tarihine kadar 2'nci fıkra hükmünün uygulanacağına hükmedilmiştir. Bu sebeple Danıştay, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından faaliyeti geçici olarak durdurulan şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla kayıtlı aracına konulan haczin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>93</sup>.

Benzer şekilde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 1 numaralı bendine göre, hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilmesi mümkün olmadığından, emekli aylıklarının haczedilip haczedilemeyeceğinin belirlenmesinde, emeklilikle ilgili özel kanunlarda yer alan düzenlemelerin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>94</sup>. Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 121'inci ve mülga 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 67'nci maddeleri emeklilerinin bu kurumlarca bağlanan aylıkların söz konusu kurumların alacakları ve nafaka borçları dışında haczedilemeyeceğini düzenlemiş olmasına rağmen uygulamada bu hükümlerin işletilmesinde zorluklarla karşılaşmıştır<sup>95</sup>. Buna göre genel kanun olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'dan sonra yürürlüğe giren ve özel kanun olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 121'inci maddesinde sigorta emeklilerinin emekli

<sup>92</sup> Candan, s. 421-422.

<sup>93</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 06.11.2003 tarih ve E. 2003/1945, K. 2003/2734 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

<sup>94</sup> Muharrem Özdemir, "Emeklilik Maaşları Haczedilebilir mi?", Alomaliye.com, 30.11.2015, <http://www.alomaliye.com/2015/11/30/emeklilik-maaslari-haczedilebilir-mi/>, (Emeklilik), (21.04.2017).

<sup>95</sup> Bumin Doğrusöz, "Emekli Aylıkları Haczedilebilir mi?", Referans Gazetesi, 26.03.2009, <http://www.turmob.org.tr/turmobWeb/Kurumsal/Turmob/BasinOdasi/BasinDetay.aspx?param=cPzial.2nLkFC4Q8Rjb2pRrGhinXm8wHXWcpcpu9MlnvKt6JBFxX99kg==>, (21.04.2017).

maaşlarına haciz konulamayacağını öngörüldüğünü belirten Danıştay, idarenin şirket yöneticisinin emekli maaşının haciz işleminin iptaline karar vermiştir<sup>96</sup>.

Nihayet, yapılan düzenleme ile 506 sayılı Bağ-Kur Kanunu, 1479 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak çalışanlar, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 01.10.2008 tarihinden itibaren bu Kanun kapsamına alınmış bulunmaktadır<sup>97</sup>. 5510 sayılı Kanun'un 93'üncü maddesinin birinci fıkrasında "Bu kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri devir ve temlik edilemez, gelir, aylık ve ödenekler, Sosyal Güvelik Kurumu'nun alacakları ile nafaka borçları dışında haczedilemez." hükmü yer almaktadır. Ancak uygulamada uygulayıcıların yerleşik anlayışının öncelikle genel icra kanunları ile bağlı oldukları yönünde olması nedeniyle emekli maaşlarının haczedilmesine devam edilmiş ve borçluların hacizleri şikâyet yoluyla kaldırmaları beklenmiştir. Bunun üzerine 5510 sayılı kanunun 93'üncü maddesinin birinci fıkrasına "Bu fıkra göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine yönelik talepler, borçlunun rızası bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir." ibaresini eklenmiştir. Buna göre emekli aylıklarının, Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan borçlar ve nafaka borçları dışındaki borçlar için haczinin talep edilmesi durumunda icra müdürlerinin bu talepleri reddetme zorunlulukları bulunmaktadır<sup>98</sup>.

Yapılan düzenlemeler kapsamında memurların emekli maaşlarının haczedilip haczedilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesinde yer alan düzenleme gereği, 01.10.2008 tarihinden önce 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi olanlar, 01.10.2008 tarihinden sonra da 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hü-

<sup>96</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 09.12.1993 tarih ve E. 1993/786, K. 1993/3626 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (21.04.2017).

<sup>97</sup> M. Özdemir, Emeklilik.

<sup>98</sup> Doğrusöz.

kümlerine tabi olmaya devam edeceklerinden ve bu Kanunda emekli aylıklarının haczedilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71'inci maddesi uyarınca üçte birinden çok dörtte birinden az olmamak ve asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlası olmamak şartıyla kısmen haczedilmeleri mümkün olabilmektedir<sup>99</sup>. Diğer görüşe göre ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'un 93'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü Yargıtay uygulaması ile emekli sandığı emekli maaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiş bulunduğundan, memur emeklilerinin maaşlarının haczedilmesi de borçluların rızaları bulunmadığı müddetçe mümkün olamamaktadır<sup>100</sup>. Gerçekten konuya ilişkin bir başka kararında da Yargıtay 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçici 1, 2 ve 4'üncü maddelerine göre 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olanların sigortalı olarak kabul edileceğinin belirtildiği dikkate alındığında, emekli sandığından emekli maaşı alanlar bakımından da 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun maaşın haczedilemeyeceğine ilişkin 93'üncü madde hükmünün uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir<sup>101</sup>.

#### 2.4.4. Borçlunun Kendisi, Ailesi ve Mesleği İçin Gerekli Malların Haczi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin çeşitli bentlerinde ise borçlunun kendisi, ailesi ve mesleği için gerekli malların haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu mallar olmadan borçlunun kendisi ve ailesinin geçimini sağlaması imkânı bulunmadığından, sıkı sıkıya kişiye bağlı olanlar hariç, bunların haczi ancak borçlunun muvafakati ile mümkün olabilmektedir<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> M. Özdemir, (Emeklilik); Resul Kurt, "Emekli Maaşı Haczedilebilir mi?", Dünya Gazetesi, 27.09.2013, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/emekli-maasi-haczedilebilir-mi/17751>, (21.04.2017).

<sup>100</sup> Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi, 14.01.2010 tarih ve E. 2009/18630, K. 2010/444 sayılı Karar, (Şevket Tezel, "Emekli Memur Aylıkları Haczedilebilir mi? - Emeklilik Analizi", Ali Tezel Sosyal Güvenlik Müşavirliği, 26.07.2012, <https://aliteznel.com.tr/index.php?sid=yazi&id=5539>, (26.07.2017)).

<sup>101</sup> Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi, 10.11.2009 tarih ve E. 2009/13919, K. 2009/22035 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (26.07.2017).

<sup>102</sup> Candan, s. 422-423.

Maddenin 2'nci bendinde, borçlunun kendisi için gerekli elbise ve eşyası ile borçlu ve ailesi için gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyalarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir. Burada günlük yaşamda kullanılan giysiler, yaşamın olağan akışı içinde değerlendirilmektedir. Aynı şekilde iş kıyafetleri için haczedilmezliğin ölçüsü de o kıyafetler olmadan işin sürdürülmesinin mümkün olup olmadığıdır<sup>103</sup>. 3'üncü bentte de vazgeçilmesi mümkün olmayan mutfak takımı ile bir ev içinde yaşamayı mümkün kılmak için gerekli olan eşyaların haczedilemeyeceği ifade edilmiştir. Yine 5'inci bentte borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli olması halinde borçlunun süt veren manda ya da ineğinden biri ya da üç keçi veya koyunu ile bunların üç aylık yem yataklıklarının, 6'ncı bentte ise borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yataklıklarının haczedilemeyeceği düzenlenmiştir.

Borçlu ve ailesine ait haczedilemeyecek mallara ilişkin son olarak maddenin 11'inci bendinde borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre, borçlunun haline münasip evi, ancak evin değerinin yüksek olması halinde, evin bedelinden haline münasip bir ev alınabilecek miktar borçluya bırakılmak koşuluyla haczedilebilecektir.

Borçlunun birden fazla evi olması durumunda oturduğu ev dışındakilerin haczi sorun teşkil etmemektedir. Ancak borçlunun tek bir evi olması da haciz işleminin yapılmasına engel oluşturmamaktadır. Yalnız bunun için idarenin evin değerine ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırarak hacizli gayrimenkulün satılıp, satış tutarından haline münasip bir ev satın alınabilecek miktarı borçluya bırakması gerekmektedir<sup>104</sup>. Bu nedenle idarenin, haczedilen konutundan başka bir evi bulunmadığı anlaşılan borçlunun evinin haline münasip bir yerden daha fazla bir değere sahip olup olmadığını tespit ettirmeden haczederek satışına karar vermesi

<sup>103</sup> Taş, s. 43.

<sup>104</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 27.01.2004 tarih ve E. 2002/1144, K. 2004/162 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>105</sup>. Borçlunun evinin haline münasip olup olmadığı idarece yaptırılacak bilirkişi incelemesi neticesinde, borçlunun aile yapısı, borçlu ile aynı evde ikamet eden kişilerin sayısı, bunların sosyal konumları ve ihtiyaçları gibi ölçütler birlikte değerlendirilerek ortaya konulmaktadır<sup>106</sup>. Buna göre yapılan değerlendirme sonucunda idarenin haczettiği borçlunun tek evinin değeri ile haline ve sosyal durumuna münasip başkaca ev almasının mümkün olmadığına anlaşılması durumunda yapılan haciz işlemi iptal edilecektir<sup>107</sup>. Danıştay, borçlunun gecekondulu tarzında basit şekilde inşa edilmiş evinin değerinin, yine en düşük değerdeki başka bir evin bedelini ancak karşıladığının anlaşılması üzerine vergi idaresinin ödenmeyen muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla söz konusu evi haczetmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>108</sup>.

Maddede borçlunun mesleği için gerekli olan malların haczedilemezliğine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Maddenin 2'nci bendi, borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyasının haczedilemezliğine ilişkindir. Buna göre idarenin borçlunun mesleği için gerekli elbise ve eşyalarını haczetmesi mümkün değildir. İdarenin vergi alacağının tahsili için avukatlıkla uğraşan yükümlünün mesleği için gerekli olan çelik dolap, yazıhane masası gibi haczi caiz olmayan mallarını haczetmesi üzerine Danıştay, yapılan haciz işlemi hukuka aykırı bularak iptaline karar vermiştir<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 25.09.1989 tarih ve E. 1987/1346, K. 1989/3286 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017). Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 3'üncü Dairesi, 10.02.2004 tarih ve E. 2002/2790, K. 2004/268 sayılı Karar, Danıştay 7'nci Dairesi, 02.03.1993 tarih ve E. 1989/883, K. 1993/783 sayılı Karar; Danıştay 9'uncu Dairesi, 25.09.1989 tarih ve E. 1987/1346, K. 1989/3286 sayılı Karar; Danıştay 9'uncu Dairesi, 18.10.1995 tarih ve E. 1994/5220, K. 1995/2592 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>106</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 10.02.2004 tarih ve E. 2002/2790, K. 2004/268 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>107</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 06.03.2002 tarih ve E. 2001/4618, K. 2002/380 sayılı Karar, (Candan, s. 424).

<sup>108</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 21.03.2000 tarih ve E. 1999/6044, K. 2000/1051 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>109</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 14.01.1983 tarih ve E. 1982/1420, K. 1983/133 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).



2'nci bentte yer verilen tüm meslekler için geçerli olan genel hükümün yanı sıra diğer bentlerde bazı meslek grupları için özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Maddenin 4'üncü bendine göre borçlu çiftçi ise, kendisi ve ailesinin geçimleri için zorunlu olan arazi ve çift hayvanları ile taşıtları, diğer teferruat ve tarım aletleri; sanat ve diğer meslek sahibi borçluların meslekleri için gerekli olan mallar olarak ise alet, edevat ve kitapları ile arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıtları haczedilemez mallar kapsamına alınmıştır. 6'ncı bentte de geçimini bağ, bahçe veya meyve ve sebze yetiştiriciliği ile sağlayan borçluların kendisi ve ailesinin geçimleri için gerekli olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli olan alet, edevat ve malzemeleri ile fide ve tohumluklarının, geçimini hayvan yetiştiriciliği ile sağlayan borçluların ise kendisi ve ailesinin geçimleri için gerekli olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıklarının haczedilemeyeceği ifade edilmektedir.

#### **2.4.5. Diğer Bazı Malların Haczi**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinde devlet malları, özel kanunlarında haczedilemeyeceği belirtilen mallar ile borçlunun kendisi, ailesi ve mesleği için zorunlu olan malların yanı sıra diğer bazı malların haczi de yasaklanmıştır. Bunlar; memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlar ile emekli aylıkları ile bunların dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına sağlanan uçuş ve dalış ikramiyeleri, bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi durumlarda bağlanan aylıklar, vücut ve sağlığı zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde tazminat olarak verilen veya verilmesi gereken paralar, askerlik malulleri ile şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile 1485 sayılı Kanun gereğince verilen tekel satma payları, Harcırâh Kanunu'na göre yapılan ödemeler ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca bağlanan aylıklardan oluşmaktadır. İdarenin diğer haczedilemeyecek mallarda olduğu gibi bu mallar üzerine haciz uygulaması da hukuka aykırılığa yol açmaktadır. Örneğin

idarenin vergi borçlarının tahsili amacıyla şirket ortağının manevi tazminat alacağına haciz uygulaması üzerine Danıştay, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 9'uncu bendinde vücut ve sağlığı zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde tazminat olarak verilen paraların haczedilemeyeceği gerekçesiyle haciz kararını hukuka aykırı bularak iptal etmiş bulunmaktadır<sup>110</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71'inci maddesinde ise borçlu ve ailesinin yaşamlarını idame ettirmelerine imkân tanınması amacıyla bazı gelirlerin kısmen haczedilebileceğine hükmedilmiştir<sup>111</sup>. Kısmen haczedilebilecek gelirler, borçlunun emeği neticesinde ortaya çıkan gelirleri ile zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak ortaya çıkan gelirleridir<sup>112</sup>. Buna göre; borçluya ait aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirler, bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olmak üzere kısmen haczedilebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kısmen haczedilebilecek gelirlerin yalnızca madde metninde sayılanlardan ibaret olduğudur<sup>113</sup>. Buna göre örneğin, serbest meslek kazancı olan noterlik geliri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un haczedilemeyecek malları düzenleyen 70'inci maddesinde de kısmen haczedilebilecek gelirleri düzenleyen 71'inci maddesinde de yer almadığından, idarenin borçlunun noterlik faaliyetinden elde ettiği net gelirinin tamamını haczetmesi hukuka aykırılık oluşturmayacaktır<sup>114</sup>. Benzer şekilde anonim şirket olarak Türkiye Süper Ligi'nde mücadele eden borçlu kurumun her ne ad altında olursa olsun elde ettiği tüm gelirleri ticari kazanç sayılacağından, kuruma naklen yayın hakkına karşılık ödenen bedelin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

<sup>110</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 04.06.2009 tarih ve E. 2007/3689, K. 2009/1999 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>111</sup> Candan, s. 427.

<sup>112</sup> Gerçek, s. 223.

<sup>113</sup> Taş, s. 45.

<sup>114</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 24.10.2000 tarih ve E. 1999/1405, K. 2000/2912 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

Kanun'un 71'inci maddesinde düzenlenen kısmen haczedilebilen gelirlerden olduğu kabul edilerek ancak üçte birinin haczedilebileceği iddiası geçerli olmayacak ve bu gelirin tamamına haciz uygulanabilecektir<sup>115</sup>. İdarenin tahsil yetkisini kullanımında kısmen haczedilebilecek gelirlerin üçte birinden fazlasını haczetmeme noktasında da dikkatli davranması önem arz etmektedir. Bu nedenle idarenin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71'inci maddesinde sayılan gelirlerin haczinde belirlenen sınırlar içinde kalması ve takdir hakkını kullanırken bunların en az 3/4'ünü borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için ayırarak, kalan kısmını haczetmesi hak ve nefaset kurallarına uygun düşecekken, gelirin 1/2'sine el konulacak şekilde haciz işlemi uygulaması hukuka aykırılık teşkil etmektedir<sup>116</sup>.

## 2.5. Haciz Usulüne İlişkin Hukuka Aykırılıklar

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, haczin uygulanması bakımından menkul ve gayrimenkul mallar için, bu malların farklı özelliklerine bağlı olarak farklı kurallara yer verilmiş bulunmaktadır<sup>117</sup>. Bu kapsamda, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 77-87'nci maddeleri menkul malların haciz ve satış usulüne ilişkin iken; 88-99'uncu maddelerinde gayrimenkul malların haciz ve satış usulüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

### 2.5.1. Menkul Malların Haciz Usulüne İlişkin Hukuka Aykırılıklar

Türk Medeni Kanunu'nun 704'üncü maddesinde gayrimenkul mallar; "Arazi, Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" olarak tanımlanmıştır. Kanun'un 762'nci maddesine göre menkul mallar ise

<sup>115</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 12.10.2004 tarih ve E. 2004/98, K. 2004/2477 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>116</sup> Danıştay 11'inci Dairesi, 15.02.2005 tarih ve E. 2004/3837, K. 2005/612 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.04.2017).

<sup>117</sup> Yusuf Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (İcra), s. 191.

“nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerden” oluşturmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da menkul mal tanımı Türk Medeni Kanunu’nun tanımı ile uyuşmakla beraber esas olarak gayrimenkul mallar ile gemiler dışında kalan her türlü değer menkul mal olarak kabul edilmiş bulunmaktadır<sup>118</sup>.

### **2.5.1.1. Borçlunun Elindeki Menkul Malların Haciz Usulüne İlişkin Hukuka Aykırılıklar**

Menkul malların haciz işlemi yapılmadan önce kamu borcunun ödenmek istenmesi halinde haciz yapılmasına gerek kalmamaktadır. Bu sebeple hacizden önce haciz memuru tarafından borçlu ya da hazır bulunanlara borcun ödenmek istenip istenmediğinin sorulması ve borcun ödenmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Haciz memurunun talep ve teklifine rağmen borçluya ya da ilgililerince borcun ödenmemesi durumunda ise haciz varakası gösterilerek haciz yapılacağı ilan edilmekte ve borçlunun elinde bulunan menkul mallar haciz tutanağına yazılmak suretiyle haczedilmektedir. Bu aşamada borçlunun borcun ödendiği ya da zamanaşımına uğradığına dair iddialarının bulunması halinde bu iddialar da haciz tutanağına yazılmakta, ancak bu durum haczin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir<sup>119</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 77’nci maddesine göre her türlü menkul malların cins ve türleri, vasıfları, alametleri, sayı ve miktarları ile tahmin edilen değerleri haciz tutanağında tespit edilmek suretiyle haczedilmektedir. Kanun’un 78’inci maddesinde ise haciz tutanağında ne tür bilgilerin yer alacağı ve haciz sırasında kimlerin hazır bulunacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre haciz memurunca düzenlenen haciz tutanağında; hacze esas olan haciz varakasının tarih ve numarası, haczin yapıldığı yer, haciz günü ve saati, haczedilen malların neler olduğu, bunların tahmin edilen değerleri, haciz sırasında bulunan kişiler, varsa üçüncü kişilerin iddiaları ve diğer

<sup>118</sup> Karakoç, İcra, ss. 191-192.

<sup>119</sup> Bayraklı, s. 168.

gerekli diğerk hususlar yer alacaktır. Bu şekilde düzenlenen haciz tutanağı hazır bulunanlar tarafından imzalanarak haciz işi tamamlanacaktır.

Haciz sırasında hazır bulunması gereken kişiler; borçlu veya zilyedi<sup>120</sup> ya da bunları temsilen; vekilleri, işçi, müstahdem veya ailelerinden bir tanesidir. Bunlar haciz sırasında bulunmaz veya o sırada bulundurulmaları sağlanamazsa haciz gıyapta yapılacaktır. Gıyapta yapılan hacizlerde zabıta memuru ya da muhtar veya ihtiyar kurulu üyelerinden biri veya borçlunun veya zilyedin komşularından iki kişinin hazır bulundurulması gerekmektedir. Bu kişiler, haciz tutanağını tanık sıfatıyla imzalamaktadır. Her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da haciz sırasında bulunması gereken kişilerden hiçbirisinin bulunamaması halinde haciz işleminin yapılamayacağı açıktır. Zira aksi bir durum idari işlemi sakat hale getirecektir<sup>121</sup>.

Gıyapta yapılan hacizlerde, haciz zaptının bir örneğinin borçlu veya zilyedine gecikmeksizin tebliğ edilmesi önem taşımaktadır. Bu anlamda vergi idaresinin gıyaben yapmış olduğu haczin tutanaklarını borçlu ya da zilyede tebliğ etmeden menkul malları haczetmesi haciz işlemini hukuka aykırı kılacağından, bu malların satış işlemlerinin de iptali gerekmektedir<sup>122</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 77'nci maddesine 2009 yılında eklenen fıkra ile resmi sicile kayıtlı olan menkul malların haczinin, sicillerine işlenmek üzere sicilin tutulduğu daireye tebliğ edilmek suretiyle yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Motorlu taşıtların haczi bu duruma örnek oluşturmaktadır. Maddenin düzenlenişinden, bu yetkinin idareye tanınan ek bir yetki olduğu anlaşılmaktadır<sup>123</sup>. Zira yapılan bu düzenlemeden çok önce Hazine ve Maliye Bakan-

<sup>120</sup> Zilyet: Bir şeyin üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse (Türk Medeni Kanunu md. 973).

<sup>121</sup> Taş, s. 63.

<sup>122</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 24.02.1993 tarih ve E. 1991/3415, K. 1993/887 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (10.06.2017).

<sup>123</sup> G. Üstün, s. 102.

lığı tarafından çıkarılan tebliğ<sup>124</sup> ile motorlu taşıtların haczinde sadece bunların trafik kayıtlarına haciz tebliği ile yetinilmeyerek taşıtın kendisinin haczedilmesi gerektiği ifade edilmiş bulunmaktadır.

Uygulamada borçlunun faaliyetini yürüttüğü aracının vergi idaresince haczedilmesi üzerine ticarî faaliyetinin devamına imkân kalmaması söz konusu olabilmektedir<sup>125</sup>. Bu sebeple tebliğin konuya ilişkin son kısmında işi sadece eşya ve insan nakli gibi taşımacılık olan borçlular tarafından istenmesi halinde, güvenilir bir kişinin kefaleti ile kısa bir sürede kamu alacağının ödenmesi amacıyla aracın borçluya bırakılabilmesi imkânı olduğu belirtilmiştir.

78'inci maddede ayrıca güneş battıktan doğuncaya dek ve tatil günlerinde haciz yapılamayacağı da belirtilmiş bulunmaktadır. Ancak, tatil günlerinde veya geceleri çalışılan yerlerde yapılacak hasılat haczi ile borçlunun mal kaçırdığının anlaşıldığı haller bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Maddede tatil günlerinden kastedilen, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun hükümlerine göre tatil olarak kabul edilen cumartesi ve pazar günleri, ulusal ve dini bayram günleri ile yılbaşı tatilidir. Bu nedenle bazı zamanlarda bayram öncesi dönemlerde devlet memurlarına verilen idari izin günleri tatil günü olarak kabul edilmemektedir<sup>126</sup>.

Kanun koyucunun “borçlunun mal kaçırdığının anlaşıldığı haller” ifadesiyle neyi ifade etmek istediği tam olarak anlaşılamamaktadır. Diğer bir ifadeyle mal kaçırmanın ölçütünün ne olduğu ve kimin tarafından anlaşılabileceği gibi hususlar belirsizlik içermektedir. Bu noktada ihtiyati haciz ile ilgili hükümden yola çıkılarak borçlunun mal kaçırma olasılığının bulunduğu haller olarak ele alınsa dahi bu düzenlemenin de yeteri kadar net olmadığı, teorik olarak borçlunun mal kaçırma olası-

<sup>124</sup> T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, “351 Seri No’lu Tahsilat Genel Tebliği”, R.G. 16.09.1974, <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, (351), (22.06.2017).

<sup>125</sup> Danıştay 4’üncü Dairesi, 19.09.2005 tarih ve E. 2004/2428, K. 2005/1543 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (10.06.2017).

<sup>126</sup> Candan, s. 455.

lığının her zaman mevcut olduğu, bu sebeple bu hükümlerin objektif ölçütlere göre düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>127</sup>.

Kanun'un 80'inci maddesi ile haciz memuruna gerektiğinde zor kullanma hakkı tanınmıştır. Buna göre haciz esnasında memurun istemesi halinde borçlunun veya zilyedin kilitli ve kapalı yerleri açması ve her türlü eşyayı gösterme zorunluğu bulunmaktadır. Haciz memurunun kendisine verilmiş olan yetkiye dayanarak gerektiğinde bu yerleri zorla açtırma, kilit ve her türlü düzeneği kırdırabilme gibi haczedilen malların zorla alınmasında durumun gerektirdiği her türlü zora başvurabilme imkânı bulunmaktadır. Hatta bu yetki kapsamında borçlunun üzerinde haczedilebilir kıymetli mallar bulundurması ve bunları kendiliğinden teslim etmemesi ya da üzerinde saklaması halinde kendisine karşı dahi zor kullanılabilir.

Haciz esnasında borçlunun şahsına zor kullanılması için mahkeme kararı gerekli değildir. Ancak her ne kadar kanunda belirtilmemiş olsa da kullanılacak zorun insan hakları ihlali noktasına ulaşmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 90'uncu maddesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre önceliği bulunduğundan, bu tür bir zor kullanım sözleşme hükümlerinin ihlali sonucu yaratacaktır<sup>128</sup>.

### **2.5.1.2. Üçüncü Kişilerdeki Menkul Mallar, Alacak ve Hakların Haciz Usulüne İlişkin Hukuka Aykırılıklar**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinde, borçluya ait olup, üçüncü kişiler elinde bulunan menkul mallar, alacak ve hakların hangi usullere göre haczedileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde ile menkul malların haczine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş olup, bu hüküm yalnızca maddede sayılmış olan menkul mallar için geçerli olmaktadır<sup>129</sup>. Buna göre kamu borçlusuna

<sup>127</sup> Taş, ss. 63-64.

<sup>128</sup> Candan, s. 457.

<sup>129</sup> Taş, s. 65.

ait olup, üçüncü kişilerde bulunan alacaklar, menkul mallar, kamu borçlusunun belirli bir süre hizmeti karşılığı hak ettiği maaş ve ücretler ve kamu borçlusunun menkul ve gayrimenkullerini üçüncü kişilerin kullanımına vermesi karşılığında hak ettiği kiralar bu madde kapsamında bulunmaktadır. Ayrıca, maddenin sonunda bu mallar sayıldıktan sonra “vesaire” denilmek suretiyle haciz uygulanabilecek borçluya ait menkul mal, alacak ve hakların bu sayılanlarla sınırlı olmadığı da belirtilmiştir<sup>130</sup>. Bu nedenle idarenin madde kapsamına girmeyen menkul mallar, alacak ve haklar için üçüncü kişilere başvurması hukuka aykırılık yaratmaktadır. Danıştay bir kararında, yapı kooperatifinin ödenmeyen vergi borcunun tahsilini bankaya gelen konut kredilerinden sağlamak için idarenin bankaya haciz bildirisini göndermesi üzerine, yapı kooperatifine konut yapımı amacıyla verilen kredilerin konut ihtiyacını karşılamak amacıyla inşaat yapanlara verilen devlet desteği niteliğinde olup, bankalar aracılığıyla kişilere ya da yapı kooperatiflerine kullandırıldığını, bu nedenle aracı durumda olan bankaya gelen paranın yapı kooperatifinin üçüncü kişilerdeki alacağı olarak düşünülmemeyeceğini belirtmiş bulunmaktadır<sup>131</sup>.

Maddede haczedilebilir alacaklara ilişkin önemle belirtilmesi gereken husus, haciz bildirisinin hamiline senetler, ciro edilebilir senede bağlı haklar ve üçüncü kişilerin ellerinde bulunan haciz tutanağına geçirilmiş haczedilebilir taşınır mallar için uygulanmasının mümkün olmadığıdır. Hamiline yazılı olan veya ciro edilebilir senede dayanan alacağın haczedilebilmesi senedin elde edilmiş olması ile mümkün olabilecektir<sup>132</sup>. Zira senet ibraz edilmeden üçüncü kişinin yaptığı ödeme yetkili hamiline karşı hükümsüz olacağından, bu tarz bir tebligata karşı borçlusunun ödeme yapmama hakkı mevcuttur<sup>133</sup>. Nitekim Danıştay da vergi idaresinin hamiline yazılı olan senetleri, ancak senedi fiilen ele geçirmek suretiyle haczedebileceğini, senet ele geçirilmeden üçüncü kişilere yapı-

<sup>130</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Candan, ss. 459-464.

<sup>131</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 06.03.1990 tarih ve E. 1989/4445, K. 1990/784 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>132</sup> Bayraklı, s. 170.

<sup>133</sup> Taş, s. 65.



lan bildirimle haciz uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir<sup>134</sup>.

Üçüncü kişilerin elinde bulunan alacak ve hakların haczi, doğrudan bunlara haciz bildirisinin tebliği ile yapılmaktadır. Haciz bildirisinin üçüncü kişilere tebliğinin ardından durum borçluya da bildirilmektedir<sup>135</sup>.

Kendisine haciz bildirisi tebliğ edilen üçüncü kişinin tebliğden itibaren 7 gün içinde takibi yapan vergi idaresine itiraz hakkı bulunmaktadır<sup>136</sup>. Üçüncü kişinin süresinde yapmış olduğu itiraz dışında başka herhangi bir şey yapmasına, örneğin haciz bildirisinin iptali için idari dava açmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu itiraz neticesinde alacaklı vergi idaresi haciz işlemlerine devam edemeyecektir. İtirazın haksız olduğunu düşünen alacaklı vergi idaresinin yapması gereken şey genel mahkemelerde menfi tespit davası açarak itirazın aksini kanıtlamaktır. Bu yola başvurulmaksızın zor alım işlemlerine devam etmesi, hukuka aykırılık yaratmaktadır<sup>137</sup>. Bu konu hakkında Danıştay'ın çeşitli dairelerince verilmiş bulunan kararlarda; kendilerine haciz bildirisi tebliğ edilen üçüncü kişilerin, kamu alacağı dolayısıyla Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edilebilmeleri için, tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içerisinde borcun kendilerinde olmadığını bildirmemiş olmaları gerektiği<sup>138</sup>, bu süre içerisinde idareye başvurarak 79'uncu maddenin kendilerine yüklediği görevi yerine getiren üçüncü kişiler hakkında, borç zimmetlerinde sayılarak zor alım işlemlerine girilemeyeceği belirtilmektedir<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 23.06.1993 tarih ve E. 1993/161, K. 1993/1893; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 25.06.2004 tarih ve E. 2004/79, K. 2004/61 sayılı Kararlar (Candan, s. 461).

<sup>135</sup> Gerçek, s. 231.

<sup>136</sup> Taş, s. 66.

<sup>137</sup> Candan, ss. 468-469.

<sup>138</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 19.02.2004 tarih ve E. 2003/1745, K. 2004/290 sayılı Karar, (Candan, s. 468).

<sup>139</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 05.11.1998 tarih ve E. 1997/4140, K. 1998/3877; Danıştay 3'üncü Dairesi, 19.09.2011 tarih ve E. 2009/3350, K. 2011/4930 sayılı Kararlar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017)); Danıştay 4'üncü Dairesi, 27.05.1995 tarih ve E. 1996/576, K. 1996/2159; Danıştay 4'üncü Dairesi, 08.03.2005 tarih ve E. 2004/1578, K. 2005/304 sayılı Kararlar (Candan, s.

İtiraz sebeplerinin yanı sıra, üçüncü kişilerin kendisinde kamu borçlusunun alacağına mevcut olduğunu, ancak bu miktarın kamu borçlusunun vergi idaresine olan borcundan daha az miktarda olduğunu bildirmesi durumunda da vergi idaresi üçüncü kişiden yalnızca alacağına üçüncü kişide bulunan kısmını istemesi mümkün olabilmektedir<sup>140</sup>. Bu sebeple vergi idaresinin üçüncü kişiden borçluya satış yaptığı malların toplam tutarı yerine tüm vergi alacağını istemesi<sup>141</sup> ya da haciz bildirisi tebliğ etmiş olduğu bankadan kamu borçlusunun bankada bulunan mevduat tutarıyla sınırlı kalmaksızın alacağına tamamını istemesi<sup>142</sup> gibi uygulamaları hukuka aykırılık yaratmaktadır.

Danıştay'a yapılan bir başvuru, haciz bildirisini aldığı tarihin yedinci gününde postaya vermiş olduğu dilekçesi ile itirazda bulunan üçüncü kişinin itirazının vergi idaresince, itirazın postaya verilmiş tarihinin geçerli kabul edilebilmesi için taahhütlü olarak postaya verilmesi gerektiği, adi posta ile yapılan itirazların süresinde yapılmış kabul edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesine ilişkindir. Söz konusu olayda Danıştay, yapılan itirazı geçerli kabul ederek üçüncü kişi adına düzenlenen ödeme emrinin iptaline hükmetmiştir<sup>143</sup>. Bu bakımdan idarenin yapılan itirazın son gününde postaya verilen dilekçeleri geçerli kabul etmesi önem taşımaktadır. Konuya ilişkin bir başka olayda ise idarenin, vergi borcu nedeniyle hakkında haciz kararı alınan şirketin kiracısı olan şirketten kira ödemelerini kendisine yapmasını istediği anlaşılmaktadır. Olayda üçüncü kişi konumunda olan kiracı, kendisine yapılan bildirim üzerine 7 gün içerisinde idareye başvurarak borçlu şirketin kira alacaklarının bildirimden önce yapılan bir sözleşme ile temlik edildiğini bildirmesine rağmen

468); Danıştay 7'nci Dairesi, 18.09.2002 tarih ve E. 2000/3879, K. 2002/2829; Danıştay 7'nci Dairesi, 07.04.2010 tarih ve E. 2007/4692, K. 2010/1643 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017)); Danıştay 7'nci Dairesi, 07.04.2010 tarih ve E. 2007/6097, K. 2010/1673 sayılı Kararlar (Candan, s. 469).

<sup>140</sup> Candan, s. 467.

<sup>141</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 10.06.2013 tarih ve E. 2010/8630, K. 2013/4481 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>142</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 03.05.1995 tarih ve E. 1994/3456, K. 1995/1981 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>143</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 13.10.2005 tarih ve E. 2005/7, K. 2005/2891 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

men itiraz, vergi idaresince yapılan sözleşmenin noter onaylı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Vergi idaresinin hukuka aykırı işlemi gerek vergi mahkemesi gerek Danıştay tarafından Borçlar Kanunu'nun alacağın temlikine ilişkin hükümlerinde sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının gerekli ve yeterli görüldüğü, ayrıca noter onayına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>144</sup>. Bu sebeple idarenin alacağın zorla tahsili aşamasında kanunî sınırlar içinde kalması, kanuna uygun olarak yapılan sözleşmelerin güven duygusu oluşturmadığı gibi gerekçelerle yok sayılması hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

İdarenin üçüncü kişilere başvurabilmesi için esas borçlu hakkında haciz kararı alınmış ve haciz varakası düzenlenmiş olmalıdır. Vergi idaresinin esas borçlu hakkında haciz varakası düzenlemeden doğrudan üçüncü kişilere başvurması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu konuda Danıştay, her ne kadar kamu alacağının tahsili için üçüncü kişilerden olan alacaklara bildirim suretiyle haciz konulması olanaklı olsa da bu işlemin bir haciz varakasına dayalı bulunması gerektiğinden, haciz varakasına dayanmayan vergi idaresinin işleminin hukuka aykırı olacağını belirtmektedir<sup>145</sup>. Yine üçüncü kişiler nezdinde bu kapsamda yapılacak haciz bildirimlerinin hukuka uygun olması için yetkili tahsil dairesince yapılması gerekmektedir. Buna göre haciz bildiriminin niyabeten yaptırılması mümkün olamamaktadır<sup>146</sup>.

79'uncu maddenin uygulanabilmesi için, üçüncü kişilerde bulunan mal, alacak ve hakların vergi idaresince kesin miktarlarının tespitinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır<sup>147</sup>. Danıştay 2000 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>148</sup> alacaklı vergi idaresinin üçüncü kişiye haciz bildiriminde

<sup>144</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 12.10.2006 tarih ve E. 2006/774, K. 2006/1888 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>145</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 20.11.2002 tarih ve E. 2000/5871, K. 2002/3652 sayılı Karar (Veysi Seviğ ve Bumin Doğrusöz, "Yurtdışında Yaşayan Mükelleflerin Kira Geliri Beyanı Zorunlu Mu?", Referans Gazetesi, 27.08.2008, <http://turmweb.org.tr/turmweb/Kurumsal/Turmweb/BasinOdasi/BasinDetay.aspx?param=2pTZ+tjvjkdgr0CXGTz4A9J0Q89nGL/h1XnjTU449SLHeZDURHFSw==>), (09.05.2017).

<sup>146</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 14.10.2002 tarih ve E. 2000/9109, K. 2002/3255 sayılı Karar (Candan, s. 465).

<sup>147</sup> Candan, ss. 459-460.

<sup>148</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 22.02.2000 tarih ve E. 1998/2113, K. 2000/561 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (09.03.2017).

bulunmadan önce, üçüncü kişide bulunan borçluya ait mal, alacak ve hakkın kesin miktarının tespitinin zorunlu olmadığını; bunun, 79'uncu maddenin düzenlemesiyle getirilen ve amacı kamu alacağının etkili biçimde izlenmesi olan yöntemin, haciz bildiriminin muhatabı olan kişi ve kuruma, 7 gün içerisinde gerçek durumu tahsil dairesine bildirerek, takipten kurtulma olanağı sağlayan özelliğinden kaynaklandığını belirtmiş bulunmaktadır. Ancak Danıştay, son yıllarda vermiş olduğu kararlarında 79'uncu maddenin uygulanması suretiyle borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczedilebilmesi için; kamu borçlusunun üçüncü kişide bir alacağının mevcut olduğunu bildirmesi ya da bunun vergi idaresince tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple idarenin, borçlunun üçüncü kişiden alacağı olduğunu beyan etmediği ve idare tarafından da üçüncü kişinin kamu borçlusuna borcu olduğuna ve borcun miktarına ilişkin somut bir tespit yapılmadığı durumlarda üçüncü kişi nezdinde zor alım işlemlerine başlaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>149</sup>.

79'uncu maddenin uygulanmasına ilişkin bir diğer konu elektronik hacizdir. Elektronik haciz uygulamasına ilişkin vergi idaresince yapılan hukuka aykırılıklardan ilki, vergi idaresinin kamu borçlusunun banka nezdinde herhangi bir mal, alacak ve hakları bulunup bulunmadığını tespit etmeksizin bankalara haciz bildirisi tebliğ etmesidir. Geçmişte vergi idarelerinin, mükelleflerin bankalarda herhangi bir mal, alacak ve hakları olup olmadığını ve bunların miktarını bilmeden doğrudan mükellefin vergi idaresine olan borç miktarı kadar tutar için bankalara haciz bildirisi tebliğ etmeleri söz konusu olmuştur<sup>150</sup>. Bu konuda idarenin tutumunu Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 2007 yılında vermiş olduğu özelge den de anlaşılmaktadır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nca Türkiye Bankalar Birliğine verilen özelgede, 79'uncu maddede haciz bildirisi gönderilmeden önce tespit yapılmasına ilişkin bir hükme yer verilmediği belirtilerek ve Da-

<sup>149</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 10.06.2013 tarih ve E. 2010/8630, K. 2013/448; Danıştay 9'uncu Dairesi, 20.06.2007 tarih ve E. 2005/5079, K. 2007/2349 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>150</sup> Mustafa Alpaslan ve Eda Kaya, "Vergi Borcu Dolayısıyla Başka Üçüncü Şahıslardaki Alacakların Haczi", MuhasebeTR, 23.02.2010, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/mustafaalpaslan/025/>, (18.05.2017).

nıştay 7'nci Dairesinin<sup>151</sup> idarece bir tespit yapılmasının zorunlu olmadığına yönelik kararı da gerekçe gösterilerek, elektronik haciz öncesi bir tespitinzorunlu olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir<sup>152</sup>. Her ne kadar vergi idaresinin görüş ve uygulamaları bu yönde gelişse de Danıştay'ın 79'uncu maddeye eklenen ikinci fıkra neticesinde de vergi idaresinin borçlularının bankalar nezdinde menkul mal, hak ve alacaklarının bulunup bulunmadığına ilişkin tespit yapmaları gerektiğine yönelik görüşü değişmemiştir. Bu noktada Danıştay, vergi idaresinin her bir borçluya ait kamu alacağının türü ve miktarı belirtmeden ve önceden malvarlığı araştırması yapılmak suretiyle borçluların bankalarda herhangi bir hak ve alacaklarının olup olmadığı tespit edilmeden, sayfalarca uzunlukta olan mükellef listesi eklenmek suretiyle bankalara haciz bildirisi gönderdiğini, oysa Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62 ve 79'uncu maddeleri uyarınca idarenin, kamu borçlusunun bankalar nezdinde hak ve alacaklarının olup olmadığını tespit ederek, her bir borçlu için ayrı ayrı ve borç tutarıyla sınırlı olarak haciz bildirisi göndermesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>153</sup>.

Uygulamaya ilişkin olarak vergi idaresince gerçekleştirilen diğer bir hukuka aykırılık; mükelleflere ödeme emri tebliğ edilmeden elektronik haciz uygulanmasıdır. Böyle bir durumda kredi çekmek, çek veya senet ödemek veya nakit ihtiyacını gidermek için bankaya giden mükellefler elektronik haciz sürpriziyle karşı karşıya kalmakta ve ticari hayatları zarar görebilmektedir<sup>154</sup>. Bu bakımdan vergi idaresinin elektronik haciz uygulamadan önce kamu borçlusuna ödeme emri tebliğ etmesi önem taşımaktadır. Yine kamu alacağının durumunda bir değişiklik olması halinde de yeni duruma göre yeniden ödeme emri tebliğ edilmesi gerektiği

<sup>151</sup> Danıştay 7'nci Dairesi, 22.02.2000 tarih ve E. 1998/2113, K. 2000/561 sayılı Karar, <http://www.emsalyaręi.com/>, (09.03.2017).

<sup>152</sup> Ayşe Yiğit şakar, "Türkiye'de E-Devlet Uygulamalarının Vergi Hukuku Alanına Yansımaları: E-Haciz Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2011, s. 83.

<sup>153</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 05.06.2008 tarih ve E. 2007/696, K. 2008/1865; Danıştay 4'üncü Dairesi, 25.05.2009 tarih ve E. 2008/2205, K. 2009/2659; Danıştay 4'üncü Dairesi, 27.09.2007 tarih ve E. 2007/2374, K. 2007/2952 sayılı Kararlar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.05.2017).

<sup>154</sup> Mahmut Suçiçek, "E-Haciz Mükellefleri Kayıtdışına İtebilir", MuhasebeNet, 28.06.2010, [https://www.muhasebenet.net/makale\\_mahmut%20sucicek\\_e%20haciz%20mukellefleri%20kayitdisina%20itebilir.html](https://www.muhasebenet.net/makale_mahmut%20sucicek_e%20haciz%20mukellefleri%20kayitdisina%20itebilir.html), (22.05.2017).

açıktır. Örneğin, af kanunlarından yararlanan mükelleflerin daha sonra ödemelerini aksatmaları durumunda, haklarında af kanunlarından önce kendilerine tebliğ edilen ödeme emirlerine dayanarak elektronik haciz uygulanması hukuka aykırılık oluşturacaktır. Böyle bir durumda kamu alacağı ödeme planı çıkartılmak suretiyle yeni bir hukuksal konum kazandığından, idarenin borçlunun ödediği taksitleri de dikkate alarak mevcut alacağın tutarını belirlemesi ve yeni ödeme emirleri düzenleyip tebliğ etmesi, buna rağmen borcun vadesinde ödenmemesi halinde yapılan malvarlığı araştırması sonucu davacının bulunan malvarlığına elektronik haciz uygulaması gerekmektedir<sup>155</sup>.

Elektronik haciz uygulamasının ilk yıllarında bankaların sorumluluk altına girmek istememeleri sonucunda da birtakım sorunlar ve hukuka aykırılıklar yaşanmıştır. Bankaların mükelleflerin bankada bulunan paralarının tamamına haciz uygulayarak haciz bildirisinde yazan tutarı dikkate almaksızın kamu alacağını aşan tutardaki meblağı bile mükelleflere vermek istememeleri<sup>156</sup> ve mükelleflerin o anda mevcut olmayan ancak gelecekte hesaba yatacak paraları için de haciz işlemi uyguladıkları bilinmektedir. Oysa bankanın, haciz bildirisinin tebliğ edildiği tarihte mükellefin banka hesabında para mevcut olması halinde haciz işlemi uygulaması gerekmektedir<sup>157</sup>.

### 2.5.1.3. Hacedilen Menkul Malların Korunmasında Hukuka Aykırılıklar

Gerek borçlunun gerekse vergi idaresinin yararına olması açısından hacedilen menkul malların satış anına ya da satıştan önce kamu alacağının tahsili durumunda ise borçluya geri verilmesine kadar koruma altına

<sup>155</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 17.12.2013 tarih ve E. 2011/1156, K. 2013/4785 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (22.05.2017). Benzer kararlar için bkz. Danıştay 4'üncü Dairesi, 14.03.2005 tarih ve E. 2006/1295, K. 2006/85; Danıştay 4'üncü Dairesi, 14.07.2005 tarih ve E. 2005/567, K. 2005/1455 sayılı Kararlar, <http://www.emsalyargi.com/>, (22.05.2017).

<sup>156</sup> Şuçiçek.

<sup>157</sup> Ertunç Aksümer, "Elektronik Haciz ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", MÜHAK, 13.04.2017, <http://www.vmhk.org.tr/elektronik-haciz-ve-uygulamada-karsilasilan-sorunlar/>, (22.05.2017), s. 7.

alınması gerekmektedir<sup>158</sup>. Bu bakımdan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 82'nci maddesinde haczedilen menkul malların korunma usulleri düzenlenmiştir.

Menkul malların korunması amacıyla yediemine bırakılması sürecinde idarenin bir takım hukuka aykırı uygulamaları söz konusu olmaktadır. Her şeyden önce idarenin yediemini sorumlu tutabilmesi için haciz tutanaklarının hukuka uygun olması gerekmektedir. Bu konuda Danıştay, her ne kadar güvenilir kişiler nezdinde düzenlenecek tutanakların ne şekilde düzenleneceğine ilişkin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da bir hüküm bulunmasa da bu tutanağın yediemin nezdinde hukuken geçerli sonuç doğurması için hakkında yoklama yapılan ya da temsilcisi tarafından imzalanması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle Danıştay, idarenin yediemine teslim etmiş olduğu malları aynen geri teslim almadığına kanıt göstermiş olduğu haciz tutanağının, yediemin nezdinde düzenlenmemesi ve onun imzasını taşıyamaması, ayrıca bu tutanağın düzenlenmesi sırasında yedieminin orada bulunmadığına yönelik bir ibare içermemesi ve tutanağı imzalayan kişinin yediemini ne şekilde temsil ettiğinin de belirtilmemiş olması gerekçeleriyle hukuka aykırı bularak, hukuken geçerli olmayan bir tutanağa dayanılarak yediemin nezdinde zor alım işlemlerine başlanamayacağını belirtmiştir<sup>159</sup>.

Kamu alacağının yedieminden tahsili sürecinde idarenin dikkat etmesi gereken bir diğer önemli husus, yedieminin sorumluluğunun kendisine teslim edilen mal veya malların haciz tutanağında yazan değerleriyle sınırlı olduğudur<sup>160</sup>. Bu nedenle idarenin, yediemine bırakılan menkul malların tahmini değerlerini haciz tutanağında belirtmesi gerekmektedir<sup>161</sup>. Aksi halde yediemin nezdinde zor alım işlemlerine

<sup>158</sup> Candan, s. 477.

<sup>159</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 29.05.2008 tarih, E. 2006/2673, K. 2008/2626 sayılı Karar, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, (27.02.2017).

<sup>160</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 17.03.1993 tarih ve E. 1992/1792, K. 1993/1246 sayılı Karar, (Candan, s. 479); Bkz. Danıştay 9'uncu Dairesi, 25.11.1997 tarih ve E. 1996/217, K. 1997/3823 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (09.05.2017).

<sup>161</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 16.05.1994 tarih, E. 1993/3036, K. 1994/1618 sayılı Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (04.05.2017).

başlanması mümkün olmayacaktır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 83'üncü maddesi gereği güvenilir kişilerin sorumluluğunun geri verilmeyen malların değerleri tutarı ile sınırlandırılmış olduğunu belirten Danıştay, bu değerlerin ise 81'inci madde uyarınca haciz memurunun yani vergi idaresinin kendi biçtiği değer olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, bu değerlerin gerçekçi bir biçimde saptanmamış olması veya geçen sürede ekonomik koşullara bağlı olarak değişmesi hallerinde, güvenilir kişilerin sorumluluğunu değişken unsurlara göre tayin etmenin hukuka uygun olmadığını belirten Danıştay, yedieminin sorumluluğunun kanunla teslim edildiği tarihte biçilen değerle sınırlı bulunduğundan yol çıkarak, yediemine kendisine bırakılan malların tahmini değerinin üzerinde düzenlenen ödeme emrinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>162</sup>.

Güvenilir bir kişi olarak kendisine menkul mal teslim edilen kişi, malın kendisine atfedilecek bir kusuru olmaksızın kayıp ya da telef olduğunu kanıtlaması halinde borçtan sorumluluğu kalmayacaktır<sup>163</sup>. Böyle bir durumda idarenin yediemini takip etmesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin; güvenilir kişiye bırakılan malların daha sonraki bir tarihte icra müdürlüğünce de haczedilerek başka bir kişiye yediemin sıfatıyla bırakılması nedeniyle, bu malların vergi idaresine geri verilmemesinden yediemin sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>164</sup>. Yine şirketin vergi borçları nedeniyle haczedilen menkul malların yediemin olarak bırakıldığı kişi, aynı şirketin deposunda aylık ücretle çalışan bir işçi olması sebebiyle idarece menkul malları koruma görevini yerine getirip getiremeyeceği göz önünde bulundurulmadığı ve yedieminin bu sıfatın kendisine yüklenmesinin hemen akabinde işten çıkarılması nedeniyle herhangi bir kusuru bulunmadığından kendisine ödeme emri gönderilmesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>165</sup>. Benzer şekilde, işçi olarak çalıştığı

<sup>162</sup> Danıştay 9'uncu Dairesi, 25.11.1997 tarih, E. 1996/217, K. 1997/3823 sayılı Karar, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (04.05.2017)).

<sup>163</sup> Candan, s. 479.

<sup>164</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 27.03.1995 tarih ve E. 1994/4218, K. 1995/1373 sayılı Karar, (Candan, s. 479).

<sup>165</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 24.02.2010 tarih ve E. 2009/1392, K. 2010/868 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (04.05.2017).



yerin vergi borcu nedeniyle haczedilen ve kendisine yediemin olarak teslim edilen makinelerin, borçlu işverence gizlice kapatılan işyerinden çıkarılarak satılması ve durumun yediemin tarafından Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi nedeniyle söz konusu malların vergi idaresine teslim edilememesinden yediemin kusurlu ve sorumlu olmayacaktır<sup>166</sup>.

İdarenin yediemini sorumlu tutarak zor alım işlemlerini başlatabilmesi için, yedieminde bulunan malların paraya çevrilerek alacağın tahsil edilip edilmediğini araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Danıştay'a yapılan bir başvuruda güvenilir kişinin, kendisine teslim edilen malların bozulacak türden olması nedeniyle tarafların menfaatlerini düşünerek bunları elden çıkarma yoluna gittiğini, bu malların yerine teklif edilen taşınmaz malların da vergi idaresince kabul edilmesi ve bunlar üzerinde haciz işlemi tamamlanarak paraya çevrildiğini ifade etmesi üzerine Danıştay, vergi idaresinin yedieminde bulunan taşınmazların paraya çevrilerek alacağın tahsil edilip edilmediğini araştırmadan yediemin hakkında takip işlemlerine başlanmasının hukuka uygun olmadığını belirtmiştir<sup>167</sup>. Benzer şekilde, kamu borcunun esas borçlusu tarafından ödenmesi durumunda da yedieminin kendisine bırakılan malı vergi idaresine teslim etme sorumluluğu ortadan kalkmaktadır<sup>168</sup>.

Son olarak her ne kadar yedieminin kendisine bırakılan malları istenildiğinde geri verme mecburiyeti bulunsa da bu hususun malların bizzat yediemin tarafından taşınması anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır. Zira idarenin, yedieminin kefaleti altında borçlunun işyerinde bırakılan malları, işyerinde aramaksızın buradan alınarak vergi idaresine taşınması külfetini yediemine yüklemesi ve yedieminin sorumluluğunu yerine getirmediğini öne sürerek adına ödeme emri düzenlemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 04.06.1992 tarih ve E. 1991/2872, K. 1992/2190 sayılı Karar, (Candan, ss. 479-480).

<sup>167</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 13.01.1994 tarih ve E. 1993/3408, K. 1994/131 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (05.05.2017).

<sup>168</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 09.03.1992 tarih ve E. 1991/2016, K. 1992/919 sayılı Karar, (Candan, s. 480).

<sup>169</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 11.02.2010 tarih ve E. 2008/2594, K. 2010/418 sayılı Karar, <http://www.emsalyargi.com/>, (05.05.2017).

## 2.5.2. Gayrimenkul Malların Haciz Usulüne İlişkin Hukuka Aykırılıklar

Haciz memurunun yapmış olduğu araştırmalar sonucunda borçlunun haczedilecek menkul malı ya da alacağı bulunmadığı veya bunların borcu karşılamaya yetmediğini tespit etmesi halinde gayrimenkullere haciz konulması için haciz bildirisini hazırlanmaktadır<sup>170</sup>. Hazırlanan haciz bildirisinde, borçlunun menkul mallarının ya da haczedilebilir menkul mallarının bulunmaması nedeniyle gayrimenkullerinin haczedildiği belirtilmekte<sup>171</sup> ve kamu alacağının aslı ve fer'ilerine yer verilmektedir<sup>172</sup>. Kamu icra hukukunda gayrimenkul tanımına gemiler de dâhil edilmekte ve haczedilmelerinde gayrimenkul malların haciz usulüne ilişkin hükümlere başvurulmaktadır<sup>173</sup>. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 88'inci maddesinin son fıkrası gereğince alacaklı vergi idaresinin haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi, menfaat ve hasılatın toplanması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklı vergi idaresinin, haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi, menfaat ve hasılatın toplanması için gereken tedbirleri almaması halinde, meydana gelecek kayıp ve zararlardan hizmet kusuru esaslarına göre sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>174</sup>. Vergi idaresine böyle bir yükümlülüğün verilmesinde amaç, mevcut menfaatin ve hasılatın ziyan olmadan ele geçirilmesi ve malın telef olmayacak ya da değer kaybına uğramayacak şekilde idare edilmesidir. Aksi bir durum kamu alacağının kaybına veya haczedilen malların değerinin alacağı karşılmasına rağmen bakiye miktarın azaltılmasına yol açabileceğinden, kamu borçlusuna veya hak sahiplerine zarar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Kanun'un 62'nci maddesi, vergi idaresinin haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi, menfaat ve hasılatın toplanması için

<sup>170</sup> Gerçek, s. 235.

<sup>171</sup> Bayraklı, s. 179.

<sup>172</sup> Yerlikaya, s. 676.

<sup>173</sup> Karakoç, İcra, s. 197.

<sup>174</sup> Candan, s. 502.

gereken tedbirleri alma yükümlülüğünü kaldırarak haczedilen gayrimenkulün idaresini, hasılatın ve menfaatten yararlanma hakkını kamu borçlusuna devredilmesini düzenlemektedir<sup>175</sup>. Buna göre, haczedilen gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlunun, borcun itfasına yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak göstermesi halinde, gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczedilmektedir. Ancak bu şekilde haczedilmiş gayrimenkulün idare ve işletmesine ve hasılat ve menfaatlerine vergi idaresi müdahale etmemektedir.

Vergi idaresinin haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi, menfaat ve hasılatın toplanması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü kapsamında gayrimenkulün kiraya verilip verilemeyeceği konusunda yazında farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar; gayrimenkul haczinin mutlaka satışı gerektirmediğini, gayrimenkul kiraya verilerek alacağın tahsil edilebileceğini öne sürerken<sup>176</sup>; Üstün, Danıştay tarafından verilmiş olan bir karara<sup>177</sup> dayanarak hem menkul hem de gayrimenkul mallar bakımından hacze rağmen kamu alacağının ödenmemiş olması durumunda satış işlemlerine geçilmesi gereğinin Kanun'un amir hükmü olması ve bu kapsamda gayrimenkullerin kiraya verilmesine imkân veren bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle gayrimenkullerin kiralanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>178</sup>. Kanaatimizce de özellikle gayrimenkulün teferruğ edilmesinin söz konusu olacağı durumlarda borçlunun menfaatinin gözetilmesi bakımından vergi idaresince gayrimenkulün kiralanmak suretiyle alacağın tahsil etmesi hukuka aykırılık yaratmayacaktır. Üstelik bu yolla gayrimenku-

<sup>175</sup> G. Üstün, ss. 113, 196.

<sup>176</sup> Bayraklı, s. 179; Güngör Dönmez, "6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun Kapsamında Gerçekleştirilmekte Olan Menkul ve Gayrimenkul Hacizlerinin Oluşturduğu Sıkıntıların Ber- taraf Edilmesine İlişkin Proje Sunumu", T.C. Elazığ Valiliği Defterdarlık Genel Müdürlüğü, Elazığ, 2013, <http://www.elazigdefterdarligi.gov.tr/dosyalar/projeler/gelirproje6.pdf>, (13.06.2017), s. 14; Mustafa Lütfi Tombaloğlu, Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 152.

<sup>177</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 04.06.1997 tarih, E. 1995/3838, K. 1997/2187 sayılı Karar, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (13.06.2017).

<sup>178</sup> G. Üstün, s. 113.

lün teferruğ edilerek âtil kalmasının da önüne geçileceği belirtilmektedir<sup>179</sup>.

Bir gayrimenkule malik olan kişi, o şeyin mütemmim cüzlerine<sup>180</sup> de (bütünleyici parçalarına) malik olduğundan, mütemmim cüzler asıl gayrimenkulün tabi olduğu hukukî hükümlere tabi olup, bunlar asıl şeyden ayrılmadıkça üzerlerinde bağımsız bir hak tesis edilmesi ya da haczedilmeleri mümkün olamamaktadır. Ancak Kanun'un 72'nci maddesinde gayrimenkullerin mütemmim cüzlerinin bağımsız olarak haczedilmesine imkân veren istisnai bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre yetişmemiş her nevi toprak ve ağaç mahsulleri, yetişmeleri zamanından geriye doğru iki ay içinde haczedilebilmektedir. Bu düzenleme ile gayrimenkulün haczine girilmeden, bunların mütemmim cüzleri olan yetişmemiş mahsullerin vergi idaresince haczi mümkün olabilmektedir<sup>181</sup>.

Teferruatlar<sup>182</sup> (eklentiler) ise, aksi tapu sicilinde belirtilmediği sürece gayrimenkul mülkiyetine dâhil olup, ancak onunla birlikte haczedilmeleri mümkün olabilmektedir<sup>183</sup>. Bu bakımdan vergi idaresinin gayrimenkullerin teferruatı niteliğindeki malları gayrimenkulden ayrı olarak menkul mal gibi haczetmeleri hukuka aykırılık oluşturmaktadır<sup>184</sup>. Bu nedenle örneğin, fabrikanın çalışmasına özgülünmüş teferruat niteliğindeki makine ve ekipmanlar ancak fabrika binası ile haczedilebilecek olduklarından<sup>185</sup>, fabrikanın teferruat listesinde yer alan ve tapu

<sup>179</sup> Dönmez, s. 14.

<sup>180</sup> Bütünleyici Parça (Mütemmim Cüz): Yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (Türk Medeni Kanunu md. 684).

<sup>181</sup> Gerçek, ss. 235-236.

<sup>182</sup> Eklenti (Teferruat): Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır (Türk Medeni Kanunu md. 686).

<sup>183</sup> Candan, s. 497.

<sup>184</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 21.01.1991 tarih, E. 1990/143, K. 1991/84 sayılı Karar, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (13.06.2017).

<sup>185</sup> Danıştay 3'üncü Dairesi, 19.09.2002 tarih, E. 2001/4214, K. 2002/2867 sayılı Karar, (Yerlikaya, s. 680).

sicilinde teferruat olarak tescil edilen bantlama makinasının asıl gayrimenkulden ayrı olarak haczedilmesi hukuka aykırılık yaratmaktadır<sup>186</sup>.

Son olarak, haczedilen gayrimenkulün borçluya ait haline münasip ev olup olmadığına ve yetişmemiş mahsullerin haczine vergi idaresi tarafından karar verilmektedir<sup>187</sup>. Bu bakımdan vergi idaresinin borçlunun haline münasip evini haczetmesi de hukuka aykırılık yaratmaktadır<sup>188</sup>.

## SONUÇ

Kamu hizmetlerinin aksamadan yerine getirilmesi açısından vergiler büyük önem taşımaktadır. Vergilerin etkin bir şekilde tahsilinin sağlanması açısından idare tahsil yetkisi ile donatılmıştır. Bu yetki ile idare kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla cebren tahsil yollarına başvurmak suretiyle alacağını tahsil edebilmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin bu yetkisini kullanırken hukuk kurallarına uygun hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır.

Tahsil yetkisinin kullanımında haciz aşaması hassas bir süreçtir. Zira bu işlem mükellefler üzerinde negatif bir etki yaratmaktadır. Bu bakımdan vergi idaresinin bu süreçte yapmış olduğu işlemlerde kanuna uygun hareket etmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak zaman zaman vergi idaresinin hukuka aykırı işlemlerine rastlanmaktadır. Haciz işlemine ilişkin bu hukuka aykırı işlemler; haciz sürecinde borçlunun menfaatinin korunmaması, haciz varakası düzenlenmeden haciz uygulanması, haciz varakasının hukuka uygun düzenlenmemiş olması, ödeme emri gönderilmeksizin doğrudan haciz uygulanması, haciz varakası için öngörülen şartların ortadan kalkmış olmasına rağmen haciz uygulanması, haczedilemeyecek mallar veya kısmen haczedilebilecek gelirlerin haczinde kanunî düzenlemelere uyulmaması, menkul ve gayrimenkul malların haciz sürecine ilişkin kanundaki usullere uyulmaması ve haczedilen

<sup>186</sup> Danıştay 4'üncü Dairesi, 02.06.2004 tarih, E. 2004/204, K. 2004/1336 sayılı Karar, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>), (13.06.2017).

<sup>187</sup> Bayraklı, s. 179.

<sup>188</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. Haczedilemeyecek Mallara İlişkin Hukuka Aykırılıklar.

menkul malların korunmasında yediemin nezdinde yanlış uygulamalar yapılması gibi çeşitli nedenlerle ortaya çıkmaktadır.

Vergi idaresince tahsil yetkisinin kullanımı sürecine ilişkin hukuka aykırılıklar mükelleflerin başta mülkiyet hakları olmak üzere birçok anayasal hakkına zarar verdiğiinden ve bu durumdan vergi idaresi ve vergi yargısını da olumsuz etkilediğinden, idarenin yapmış olduğu işlemlerde hukuki ve anayasal sınırlar içerisinde kalması büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda yaşanan hukuka aykırılıkların önüne geçilebilmesi için öncelikle sorunların iyi bir şekilde tespit edilmesi ve önlemler alınması gerektiği açıktır. Bu kapsamda yargı kararlarının iyi analiz edilerek gerekçelerinin kavranmasının faydalı olabileceği düşünülmektedir. Yine vergi idaresi çalışanlarının niteliklerinin artırılması, yapmış oldukları hukuka aykırı işlemler nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulmaları gibi düzenlemeler de hukuka aykırı işlemlerin azalmasına fayda sağlayacaktır.

Son olarak vergi idaresince yapılan hukuka aykırılıkların önüne geçilebilmesi ve borçluların menfaatlerinin korunabilmesi için kanunî düzenlemelerde de değişiklikler yapılması ve kanunlarda yer alan belirsizliklerin giderilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu sayede gerek borçluların menfaatlerinin korunması ve mükellef idare ilişkilerinin kuvvetlendirilmesi, gerekse uyumsuzlukların yargıya taşınmasının önüne geçilerek yargının yükünün hafifletilmesi sağlanmış olacaktır.

## KAYNAKÇA

**Ağar, Serkan.** Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.

**Aksümer, Ertunç.** “Elektronik Haciz ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, MÜHAK, 13.04.2017, <http://www.vmhk.org.tr/elektronik-haciz-ve-uygulamada-karsilasilan-sorunlar/>, (22.05.2017), ss. 1-9.

**Aliefendioğlu, Yılmaz.** “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2001, ss. 29-68.

**Alpaslan, Mustafa ve Eda Kaya.** “Vergi Borcu Dolayısıyla Başka Üçüncü Şahıslardaki Alacakların Haczi”, MuhasebeTR, 23.02.2010, [http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz /mustafaalpaslan/025/](http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/mustafaalpaslan/025/), (18.05.2017).

**Arıkan, Zeynep.** Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1994.

**Arslaner, Hakan.** Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Takibi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

**Batun, Mehmet.** “Vergi Yargılamasına Egemen Olan İlkeler”, Yaklaşım, Sayı: 206, 2010, ss. 258 - 264.

**Bayraklı, Hasan Hüseyin.** Vergi İcra Hukuku, Celepler Matbaacılık, Afyonkarahisar, 2009.

**Candan, Turgut.** Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.

**Çağan, Nami.** “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1980, Cilt: 37, Sayı: 1-4, (Hukuk Devleti), ss. 129-151.

**Çağan, Nami.** Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, (Vergilendirme Yetkisi).

**Doğrusöz, Bumin.** “Emekli Aylıkları Haczedilebilir mi?”, Referans Gazetesi, 26.03.2009, <http://www.turmobil.org.tr/turmobilWeb/Kurumsal/Turmobil/BasinOdasi/BasinDetay.aspx?param=cPsiaL2nLkFC4Q8Rjb2pRrGhinXm8wHXWcppu9MlnvKt6JBFxX99kg==>, (21.04.2017).

**Dönmez, Güngör.** “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun Kapsamında Gerçekleştirilmekte Olan Menkul ve Gayrimenkul Hacizlerinin Oluşturduğu Sıkıntıların Bertaraf Edilmesine İlişkin Proje Sunumu”, T.C. Elazığ Valiliği Defterdarlık Genel Müdürlüğü, Elazığ, 2013, <http://www.elazigdefterdarligi.gov.tr/dosyalar/projeler/gelirproje6.pdf>, (13.06.2017).

**Gerçek, Adnan.** Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

**Giritli, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner.** İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

**Günday, Metin.** İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.

**Karakoç, Yusuf.** Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara, (Tahsil), 2000.

**Karakoç, Yusuf.** Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, (İcra), 2016.



**Kurt, Resul.** “Emekli Maaşı Haczedilebilir mi?”, Dünya Gazetesi, 27.09.2013, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/emekli-maasi-haczedilebilir-mi/17751>, (21.04.2017).

**Özdemir, Muharrem.** “Vergi Alacaklarında Haciz Yoluyla Takip Usulü”, Alomaliye.com, 24.10.2014, <http://www.alomaliye.com/2014/10/24/vergi-alacaklarında-haciz-yoluyla-takip-usulu/>, (Haciz), (02.06.2017).

**Özdemir, Muharrem.** “Emeklilik Maaşları Haczedilebilir mi?”, Alomaliye.com, 30.11.2015, <http://www.alomaliye.com/2015/11/30/emeklilik-maaslari-haczedilebilir-mi/>, (Emeklilik), (21.04.2017).

**Özekes, Muhammet.** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

**Seviğ, Veysi ve Bumin Doğrusöz.** “Yurtdışında Yaşayan Mükelleflerin Kira Geliri Beyanı Zorunlu Mu? Referans Gazetesi, 27.08.2008, [http://turmob.org.tr/turmweb /Kurumsal/Turmweb/BasinOdasi/BasinDetay.aspx?param=2pTZ+tJvJvkdgr0CXGTz4A9J0Q89nGL/h1XnjTU4495LHeZDURHFSw==](http://turmob.org.tr/turmweb/Kurumsal/Turmweb/BasinOdasi/BasinDetay.aspx?param=2pTZ+tJvJvkdgr0CXGTz4A9J0Q89nGL/h1XnjTU4495LHeZDURHFSw==), (09.05.2017).

**Suçiçek, Mahmut.** “E-Haciz Mükellefleri Kayıtdışına İtebilir”, MuhasebeNet, 28.06.2010, [https://www.muhasabenet.net/makale\\_mahmut%20sucicek\\_e%20haciz%20mukellefleri%20kayitdisina%20itebilir.html](https://www.muhasabenet.net/makale_mahmut%20sucicek_e%20haciz%20mukellefleri%20kayitdisina%20itebilir.html), (22.05.2017).

**Şakar, Ayşe Yiğit.** “Türkiye’de E-Devlet Uygulamalarının Vergi Hukuku Alanına Yansımaları: E-Haciz Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2011, ss. 69-87.

**Taş, Metin.** Vergi İcra Hukukunda Haciz, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2000.

**Tezel, Şevket.** “Emekli Memur Aylıkları Haczedilebilir mi? - Emeklilik Analizi”, Ali Tezel Sosyal Güvenlik Müşavirliği, 26.07.2012, <https://aliteznel.com.tr/index.php?sid=yazi&id=5539>, (26.07.2017).

**Tombaloğlu, Mustafa Lütfi.** Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

**Töralp, Funda.** “Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi”, Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, Ed. Feridun Yenisey, Gülsen Güneş ve Z. Ertunç Şirin, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 163-182.

T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, “351 Seri No’lu Tahsilat Genel Tebliği”, R.G. 16.09.1974, <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, (351), (22.06.2017).

T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, “410 Seri No’lu Tahsilat Genel Tebliği”, R.G. 11.03.2000, <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, (410), (22.06.2017).

**Üstün, Gül.** İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

**Üstün, Ümit Süleyman.** Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

**Yerlikaya, Gökhan Kürşat.** Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

<http://www.emsalyargi.com/>

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>



## MALVARLIĞI DEĞERİ ELDE ETMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR BAKIMINDAN BAŞVURULAN TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA EL KOYMA TEDBİRİNİN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF APPLYING MEASURE OF SEIZURE OF IMMOVABLE GOODS, RIGHTS AND CREDITS  
IN RESPECT OF OFFENCES THAT UNSUITABLE FOR OBTAINING ASSET IN THE CONTEXT OF  
PROPERTY RIGHTS

### ÖZET

Ceza muhakemesinde, kazanç müsaderesine konu malvarlığı değerlerini koruma altına almak amacıyla taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbirine başvurulmaktadır. Tedbire başvurabilmek için, maddede düzenlenen suç kataloğunda yer alan suçların işlenmesi sonucunda malvarlığı değeri elde edilmesi zorunludur. Suç kataloğunda yer alan suçlardan bir kısmı malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir. Bu suçlarla ilgili olarak tedbire başvurulması ise Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde koruma altına alınan mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Bu sebeple malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçların, mülkiyet hakkının korunması amacıyla, suç kataloğundan çıkarılmasında fayda vardır.

**Anahtar Kelimeler:** Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri, kazanç müsaderesi, suç kataloğu, malvarlığı değeri, mülkiyet hakkı.

### ABSTRACT

The measure of seizure of immovable goods, rights and credits is applied in criminal procedure for protect assets subject to confiscation of income. It is mandatory that obtain asset as a result of committing offences which exist in crime catalog regulated in matter for applying measure. Some of the offences exist in crime catalog are not suitable for obtaining asset. Applying measure about that offences, breach the right to property protected with Constitution and European Convention on Human Rights. That's why it is useful that removal of the offences that unsuitable for obtain asset from the crime catalog for protecting right to property.

**Keywords:** Measure of Seizure of Immovable Goods, Rights and Credits, confiscation of income, offence catalog, asset, right to property.

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktora Öğrencisi, İletişim için: e-mail: hserdaralc@gmail.com, GSM No: 0 505 2590691, <https://orcid.org/0000-0001-6629-0926>

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinde, kazanç müsadereğine konu olan malvarlığı değerlerine, hüküm verilmeden önce tedbir niteliğinde el konularak, ileride verilecek muhtemel müsadere kararının uygulanabilmesi için taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbirine başvurulmaktadır. Ağırliğından dolayı tedbir, her suç için değil, yalnızca ilgili maddede düzenlenen suç kataloğunda yer alan ve işlenmesi sonucunda malvarlığı değeri elde edilen suçlar bakımından uygulanmaktadır. Katalogda yer alan suçların bir kısmı malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir. Tedbirin kendisi başlı başına hem Anayasa’da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde güvence altına alınan, mülkiyet hakkına müdahale etmektedir<sup>1</sup>. Ancak özellikle malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar bakımından tedbire başvurulması, mülkiyet hakkına olan müdahaleyi katlanılmaz hale getirmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak, genel olarak taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma tedbiri ve mülkiyet hakkından bahsedilecek, ardından malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar bakımından tedbire başvurulmasının, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları esas alınarak, mülkiyet hakkına olan etkisi ele alınacaktır.

## I. TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA EL KOYMA TEDBİRİ VE MALVARLIĞI DEĞERİ ELDE ETMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR

Ceza muhakemesinde, kazanç müsadereğine konu malvarlığı değerlerini koruma altına almak amacıyla taşınmazlara, hak ve alacaklara

<sup>1</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma’da kabul edilip imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS’i 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No. 1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s. 8662). Aynı Resmî Gazete’de, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

el koyma tedbirine başvurulmakta ve tedbirin ağırlığından dolayı da suç katalogu oluşturulmaktadır. Suç katalogunda yer alan suçların işlenmesiyle malvarlığı değeri elde edilmesi, tedbire başvurmanın şartı olarak düzenlenmiştir. Ancak katalogda yer alan suçlardan bazıları malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir.

## **A. GENEL OLARAK TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA EL KOYMA TEDBİRİ**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile genel el koymadan (CMK m. 123) farklı yeni bir düzenleme olarak, belirli suçların işlenmesiyle elde edilen taşınmaz, hak ve alacaklara el konulması hususu hüküm altına alınmıştır (CMK m. 128). Düzenlemenin genel el koyma tedbirinden farkı, malvarlığı değerinin delil ya da müsadereye konu olması koşuluna ilave olarak, maddede sayılan suçlardan birinin işlendiğine ve el konulacak şeyin bu suçlardan elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin aranmasıdır.<sup>2</sup>

### **1. Tedbirin Amacı**

Tedbir ile belirli suçların, özellikle de organize ve örgütlü suçların, işlenmesiyle elde edilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin müsadereye imkân sağlanması amaçlanmaktadır.<sup>3</sup> Böylelikle, kazanç müsadereye konu olan malvarlığı değerlerine, hüküm verilmeden önce tedbir niteliğinde el konulabilecektir.<sup>4</sup>

Kazanç müsadereye, suçtan elde edilen ve suça konu olan, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunlardan elde edilen ekonomik kazançların müsadere edilmesidir. Dolayısıyla kazanç müsa-

<sup>2</sup> Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Soyer Güleç, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara 2013, s.139.

<sup>3</sup> Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s.140; Ercan, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, Kocaeli 2018, s.215.

<sup>4</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013, s.1271; Yenedünya, A.Caner, İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.419; Sırma, Özge, "5272 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma", Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan, İstanbul 2008, s.649.

deresinin konusu maddi menfaatler ile ekonomik kazançlardır. Maddi menfaat, malın kendisidir. Ekonomik kazanç ise maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan kazançların tamamıdır.<sup>5</sup>

Bu çerçevede tedbir, özellikle ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda, suçtan elde edilen kazancın muvazaalı bir şekilde elden çıkarılarak, müsadere kararının uygulanamaz hale getirilmesinin önüne geçmek için gereklidir.<sup>6</sup> Böylelikle hem belirli suçlarla mali yönden etkin bir şekilde mücadele edilmesi hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sağlanmış olacaktır.<sup>7</sup>

## 2. Tedbirin Konusu

Maddede el konulabilecek malvarlığı değerleri olarak; a) Taşınmazlar, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçları, c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesap, d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, e) Kıymetli evrak, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları, g) Kiralık kasa mevcutları, h) Diğer malvarlığı değerleri sayılmıştır (CMK m. 128/1).

Madde içeriğinde kıymetli evrak, kara, deniz ve hava araçlarının da bulunması sebebiyle, madde başlığının içeriği tam olarak karşılamadığı ifade edilmelidir.<sup>8</sup>

Taşınmaz genellikle yerinde sabit olan, özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyadır.<sup>9</sup> Medeni Kanun taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız

<sup>5</sup> YCGK, 5.7.2011, 2011/10-119 E, 2011/162 K sayılı kararı, aktaran Gedik, Doğan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere, Ankara 2016, s.219, dn. 612.

<sup>6</sup> Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2008, s.513.

<sup>7</sup> Şen, Ersan/Eryıldız, Sefa, Elkoyma, Ankara 2017, s.145.

<sup>8</sup> Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s.140; Şen/Eryıldız, s.145.

<sup>9</sup> Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.27.

bölümler sayılmıştır [Türk Medeni Kanunu m. 704/1]. Yine Medeni Kanun'da taşınmazın bütünleyici parçası durumuna gelen taşınır eşya (TMK m. 684) ile doğal ürünler (TMK m. 685) taşınmaz hükümlerine tabi kılınmıştır. Kara, deniz veya hava ulaşım araçları; ulaşım amacıyla kullanılan otobüs, gemi, uçak vb. araçlardır. Banka veya diğer malî kurumlar; ticari bankalar, yatırım bankaları, kredi birlikleri, finansman ve finansal kiralama şirketlerini, faktöring şirketlerini, sigorta ve emeklilik şirketleri ile benzeri şirketleridir. Buralardaki her türlü hesap; mevduat bankalarında açılan mevduat hesabı, katılım bankalarında açılan özel cari hesap ve katılma hesabı (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3) ile Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri uyarınca kurulan yatırım kuruluşlarındaki yatırım hesaplarını (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 37 vd.) vb. içerir. Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar; malvarlığı içinde yer alan alacak hakları, ayni haklar, maddi değeri olan yenilik doğuran haklar ile maddi değeri olan fikri haklardır.<sup>10</sup> Kıymetli evrak; belirli bir miktar para üzerindeki hakları temsil eden senetlerdir.<sup>11</sup> Kıymetli evraka örnek olarak, ipotekli borç senedi (TMK m. 898-902), irat senedi (TMK m. 903-908), gayrimenkul karşılık gösterilerek çıkarılan senetler (TMK m. 931 vd.) ve rehinli tahviller (TMK m. 930), hisse senetleri, intifa senetleri, tahviller, finansman bonoları [Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 484-506], konşimento ve diğer taşıma senetleri (TTK m. 1228-1242), nama ve hamile yazılı senetler (TTK m. 654-669), kambiyo (poliçe, bona veya emre yazılı senet ve çek) senetleri (TTK m. 671-823), kambiyo senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler (TTK m. 824-831), makbuz senedi ve varant (TTK m. 832-849) verilebilir. Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları; adi veya ticaret şirketlerindeki sermaye payları ile kar paylarını kapsar. Kiralık kasa, bankalarda banka ile müşteri arasında akdedilen bir sözleşme uyarınca kiralanen ve içinde belge, mücevherat, ticari evrak ve senet gibi mevcutların muhafaza edildiği kasalardır.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.46 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara 2016, s.51 vd.; Antalya, O.Gökhan, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s.90vd.

<sup>11</sup> Kayar, İsmail, Ticaret Hukuku, Ankara 2013, s.576.



Maddede “...h) Diğer malvarlığı değerleri.” başlığı altında, yukarıda sayılan malvarlığı sınıfına girmeyen ancak malvarlığı kapsamında değerlendirilebilecek her türlü değer bu kapsama dâhil edilmiştir. Böylece, öncelikle en çok karşılaşılabilecek malvarlığı değerlerine yer verildikten sonra, herhangi bir malvarlığı değerinin kapsam dışında kalması önlenmek istenmiştir.<sup>12</sup> Ancak, tedbirin ağırlığı dikkate alındığında, muğlak olan bu ifadenin, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmelidir.<sup>13</sup>

### 3. Tedbire Başvurmanın Şartları

Maddede sayılan katalog suçlardan birisinin işlendiğine ve el konulacak taşınmaz, hak ve alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair somut delile dayalı kuvvetli şüphe olması durumunda, ilgili kurumlardan alınan rapor doğrultusunda, hâkim kararıyla, bu tedbire başvurulabilir. Görüldüğü üzere, telafisi zor maddi zararlara uğrama tehlikesi söz konusu olduğundan, bu tedbire başvurmak için sıkı koşullar getirilmiştir.<sup>14</sup> Gereklî şartlara uyulmaması tedbiri hukuka aykırı hale getirecektir.<sup>15</sup>

#### a. Katalog Suçlardan Birisi Olmalı

Karşılaştırmalı hukukta koruma tedbirlerine başvurabilmek için üç farklı yöntemin belirlendiği görülmektedir. Bunlar; suç kataloğu oluşturmak ve katalogda yer alan suçları esas almak, cezanın ağırlığını dikkate almak ve belirsiz bir kriter de olsa fiilin ağırlığını esas almaktır. CMK’ da bazı koruma tedbirleri için suç kataloğuna yer verilmiş (CMK m. 133, 135, 139, 140), bazı koruma tedbirleri bakımından ise şüphenin

<sup>12</sup> Dursun, İsmail, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”, Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, MÜHF HAD, C.20, S.3, Yıl:2014, s.538.

<sup>13</sup> Şen/Eryıldız, s.152.

<sup>14</sup> Şen/Eryıldız, s.145.

<sup>15</sup> Bkz. AİHM, International Bank for Commerce and Development Ad ve Diğerleri/Bulgaristan, 2.6.2016 B.No:7031/05, prg. 124-125: Karara konu olayda, başvurucunun banka hesabının dondurulması, bankanın istikrarı ve yatırımcıların çıkarlarının korunması dikkate alınarak, zorunlu olmadığı halde böyle bir tedbire başvurulması sebebiyle Sözleşmenin Ek 1 Nolu Protokol madde 1’in ihlali olarak değerlendirilmiştir.

yoğunluğu esas alınmıştır (CMK m. 119, 123). Bu tedbir bakımından ise katalog suçlar oluşturulmuş (CMK m. 128/2) ve böylece tedbirin ağırlığından dolayı, orantılılık ilkesinin de bir gereği olarak<sup>16</sup>, her suç için değil yalnızca bazı suçlar bakımından bu tedbirin uygulanması uygun görülmüştür. Dolayısıyla katalogda yer almayan bir suçtan dolayı bu tedbire başvurulamayacaktır.

Tedbir; a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'da tanımlanan, soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m. 76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80) ile organ veya doku ticareti yapma (m. 91), hırsızlık (m. 141,142), yağma (m. 148,149), güveni kötüye kullanma (m. 155), dolandırıcılık (m. 157,158), hileli iflas (m. 161), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), para sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220/3), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), tefecilik (m. 241), zimmet (m.247), irtikâp (m. 250), rüşvet (m. 252), devletin güvenliği-ne karşı suçlar (m. 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet sınırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12) suçları, c) Bankalar Kanununda tanımlanan zimmet suçu (m. 22/3-4), d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar hakkında uygulanır.

Sayma ya da suç kataloğu belirleme metodu, uygulamada karşılaşı-lacak zorlukların ve farklı uygulamaların önüne geçmek ve uygulamacı-lara yol göstermek için benimsenmiş olsa da<sup>17</sup> kanun yapma tekniğinde eski sisteme dönüşün, kazuistik yöntemin bir yansımasıdır.<sup>18</sup> Doktrinde

<sup>16</sup> Şen/Eryıldız, s.150.

<sup>17</sup> Ölmez, Aslan, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s.73.

<sup>18</sup> Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Ankara 2013, s.401, benzer yönde Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009, s.204.

de el koyma bir delil elde etme tedbiri olduğu ve gerektiğinde el konulan eşyanın iadesi mümkün olduğu için, tek tek hangi suçlar için el koyma tedbirinin uygulanacağını düzenlemenin doğru bir yaklaşım olmadığı ifade edilmektedir.<sup>19</sup>

Burada konumuzla ilgili önemli bir husus da katalogda yer alan bazı suçların malvarlığı edinmeye elverişli olmamasıdır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

### **b. Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Şüphe**

Bu tedbire başvurabilmek için, maddede sayılan katalog suçlardan birisinin işlendiğine ve el konulacak taşınmaz hak ve alacakların bu suçların işlenmesiyle elde edildiğine dair somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebebi bulunmalıdır (CMK m. 128/1).

CMK' nın ilk halinde kuvvetli şüphe sebebi yeterli iken yapılan değişiklikle, kuvvetli şüphe sebebinin somut delillere dayalı olması hükmü getirilmiştir.<sup>20</sup>

Doktrinde, somut delile dayanmayan kuvvetli şüphe olmayacağından, “somut delile dayalı kuvvetli şüphe” kavramının hukuki bir anlamının olmadığı ifade edilmektedir.<sup>21</sup> Eleştiri haklı olsa da yapılan değişiklikle, uygulayıcıların daha dikkatli olması sağlanarak<sup>22</sup>, kuvvetli şüphe sebebinin oluşturan delillerin somut olarak gösterilmesi<sup>23</sup>, böylece tedbirin müsadereye dönüşmesinin engellenmek istendiği değerlendirilmektedir.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Yurtcan, s.401.

<sup>20</sup> 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun m.10.

<sup>21</sup> Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.374; Dursun, s.541; Şen/Eryıldız, s.150.

<sup>22</sup> Ercan, s.207; Şen/Eryıldız, s.150.

<sup>23</sup> Yenidünya/İçer, s.425.

<sup>24</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.374; Aydın, Murat, Arama ve El Koyma, Ankara 2012, s.180.

Bu tedbir bakımından somut delile dayalı kuvvetli şüphe; katalog suçlardan birisinin işlendiğinin ve taşınmaz, hak ve alacakların bu suçun işlenmesiyle elde edildiğinin kesin gibi olmasıdır.<sup>25</sup> Dolayısıyla, el konulacak malvarlığı değerinin suçla olan irtibatı tespit edilmeli<sup>26</sup>, soruşturma ve kovuşturma konusu suç işlenmeseydi bahse konu taşınmaz, hak ve alacakların elde edilemeyeceği sonucuna ulaşılması gerekmektedir.<sup>27</sup> Maddede “suç işlenmesiyle elde edilen” ifadesi yer aldığından “suçta kullanılan” malvarlığı değerleri bakımından bu tedbire değil, genel el koyma tedbirine başvurulmalıdır.<sup>28</sup> Doktrinde, suçta kullanılan eşya bakımından da bu tedbire başvurulması gerektiği, düzenlemenin bu haliyle sakıncalı olduğu ifade edilmektedir.<sup>29</sup> Ancak bu haliyle tedbirin, suçta kullanılan eşya bakımından uygulanması mümkün değildir.

### c. El konulacak Taşınmaz, Hak ve Alacaklar Şüpheli veya Sanığın Mülkiyetinde Olmalıdır

Tedbire konu olan taşınmaz hak ve alacakların şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olması zorunludur. CMK’ da bu husus “...şüpheli veya sanığa ait...” şeklinde ifade edilmiştir (CMK m. 128/1). Tedbirin ağırlığından dolayı, mülkiyet şartı aranmıştır.

Bunun yanında, şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olmak koşuluyla üçüncü kişinin, hatta mağdurun zilyetliğinde olan malvarlığı değerlerine de el konulabilecektir (CMK m. 128/1).<sup>30</sup> Dolayısıyla, üçüncü kişinin

<sup>25</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.309.

<sup>26</sup> Yenedünya/İçer, s.420.

<sup>27</sup> Ercan, s.215.

<sup>28</sup> Y. 18. CD., 07.07.2015, 2015/110 E, 2015/4209 K sayılı kararı: “... plakalı aracın suçta kullanıldığı iddiasıyla el koyulması talep edilmiş olduğu gözetildiğinde, olayda suçtan elde edilen değerlere el koymanın söz konusu olmadığından cihetle CMK’nın 128. Maddesinin uygulama yeri bulunmayıp, aynı Yasanın 123. Ve 127/1. maddeleri uyarınca değerlendirme yapılması gerekeceğinden...” , aktaran Şen/Eryıldız, s.153, dn. 234.

<sup>29</sup> Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, Ankara 2013, s.576; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.426.

<sup>30</sup> Bu durumda malvarlığına elkonulan zilyet, malikten genel hükümler uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir, konuyla ilgili olarak Y. 12. CD., 24.06.2013, 2013/10973-17109 E-K sayılı kararı, aktaran Albayrak, Mustafa/Özer, Fatma/İlhan, Fikret/Erdoğan, Mustafa, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2014, s.151; aynı yönde Y. 12. CD., 2.2.2105, 2014/5489 E, 2015/1658 K (www.kazanci.com).

mülkiyetinde olup da şüpheli veya sanığın zilyetliğinde olan malvarlığı değerlerine el konulamaz. Ancak, birtakım muvazaalı işlemlerle, el koyma tedbirine muhatap olmamak için, malvarlığı değerlerinin üçüncü kişilere devredildiği durumda, ihtiyati tedbire başvurularak mülkiyet sorunu çözülmeye çalışılmalıdır.<sup>31</sup>

Doktrinde, suç işleyerek kazanç elde eden kişilerin genellikle bu kazançlarını gizlemek amacıyla başka kişilerin üzerine devrettiğinden, bu şartın kazanç müsadereesine konu malvarlığı değerlerinin müsadere edilmesi imkânını azaltacağı, TCK m. 54'te suçta kullanılan eşyanın üçüncü kişiye ait olması halinde dahi bu kişi iyiniyetli değilse müsadere kararı verilebildiği, kazanç müsadereğini konu alan TCK m. 55 ve bu maddenin infazı sağlayan CMK m. 128'de benzer bir düzenleme getirilmemesinin bir eksiklik olduğu ve bu düzenleme değişmediği sürece kazanç müsadereesine ilişkin hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.<sup>32</sup> Eleştiride haklılık payı bulunsa bile, madde bu haliyle iyiniyetli üçüncü kişilere ait malvarlığı değerlerine el koymaya izin vermemektedir. Kanaatimce maddenin mülkiyet hakkıyla ilgili olması da bunu gerektirmektedir. Burada bir çözüm olarak, kazanç müsadereesine kıyasen (TCK m. 55/2), suçtan elde edildiği sabit olan ancak el konulmayan malvarlığı değerinin karşılığını oluşturan değerlere el konulması değerlendirilebilir.

Ayrıca, bu tedbirin uygulanabilmesi için el konulacak taşınmaz hak ve alacakların somut olarak belirlenmesi zorunludur (CMK m. 128/1).<sup>33</sup> Bu düzenlemeyle, uygulamada yaşanan, kişinin tüm taşınmaz, hak ve alacaklarına el konulmasının da önüne geçilmiş olacak<sup>34</sup>, yalnızca somut olarak belirlenen malvarlığı değerleri tedbire konu olabilecektir.<sup>35</sup> Do-

<sup>31</sup> Dursun, s.545.

<sup>32</sup> Aydın, s.180.

<sup>33</sup> "Somut olarak belirlenen" ifadesi 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle yapılan değişiklikle eklenmiştir.

<sup>34</sup> Dursun, s.545.

<sup>35</sup> Yenidünya/İçer, s.420.

layısıyla suçla ilgisi bulunmayan malvarlığı değerlerine el konulması bu hükmün amacına aykırıdır.<sup>36</sup>

#### d. Bilirkişi Raporu

Bu tedbir kapsamında el koyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir (CMK m. 128/1).<sup>37</sup>

Bilirkişi raporu alınması yeni bir uygulama olarak CMK'ya girmiştir. Doktrinde bu düzenlemenin lehinde ve aleyhinde görüşler mevcuttur.

Düzenlemenin lehinde olanlar, getirilen bu düzenlemenin kötü uygulama ile mücadele bakımından faydalı olduğunu<sup>38</sup> ayrıca, hangi malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklandığının belirlenmesi bakımından da bu raporların son derece önemli<sup>39</sup> olduğunu ifade etmektedirler.

Düzenlemenin aleyhinde olanlar ise bu düzenlemenin isabetli olmadığını, bir yandan el koyma kararının idari bir takım mercilerin kararına bağlı kılınmasının yargılamanın uzamasına neden olacağını, öte yandan idari nitelikli mercilerin kararlarının yargı kararlarında belirleyici olmasının ve yargılamanın konusu olan bir malvarlığının suçtan elde edilip edilmediğine ilişkin kararın idari mercilerce verilmesinin, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğunu, siyasi iktidara bağlı bu

<sup>36</sup> Şahin, s.348.

<sup>37</sup> Bu cümle, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle yapılan değişiklikle maddeye eklenmiştir.

<sup>38</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.454; benzer yönde Şen/Eryıldız, s.159.

<sup>39</sup> Karakehya, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2014, s.267.

kurumların vereceği sübjektif raporlara göre hâkimin karar vermesinin, uygulamada büyük sıkıntılara yol açacağını<sup>40</sup>, birçok durumda maksada hizmet etmeyeceğini, aksine uygulamayı zorlaştıracağı için genel el koyma hükümlerine yönelinmesini sağlayacağını, bu yola başvurulduğunda dahi karar verecek mercii bağlamayacak bir hüküm olduğunu<sup>41</sup>, ayrıca raporun hazırlanacağı üç aylık süre içinde el konulması düşünülen malvarlığı değerleri ile ilgili olarak, mal kaçırma riski olduğunu ifade etmektedirler.

Kanaatimce, bilirkişi raporu alınması tedbirin temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi bakımından faydalı olsa da hâkimin rapor alacağı yerlerin ve rapor almasının zorunlu tutulması, hâkim bağımsızlığı yönünden sakıncalı olmuştur. Burada bilirkişi raporu alınması hâkimin takdirine bırakılmalı ve yalnızca ihtiyaç halinde bu yola başvurulmalıdır.

#### **e. Hâkim Kararı**

Bu tedbire, hâkim kararı ile başvurulabilir (CMK m. 128/9).<sup>42</sup> Dolayısıyla gecikmesinde sakınca olsa dahi bu tedbire, Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirince karar verilemez.

Ancak özel bir düzenleme olan Suç Gelirlerinin Önlenmesi Hakkında Kanun'da yer alan hükme göre; aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde, malvarlığı değerlerine CMK m. 128'e göre el konulabilecek (5549 sayılı Kanun m. 17/1); CMK m. 128'den farklı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da el koyma kararı verebilecektir (5549 sayılı Kanun m. 17/2).

<sup>40</sup> Ünver/Hakeri, Ders Kitabı, s.419; Ercan, s.208; Yenidünya/İçer, s.427; Donay, Süheyl, Terörle Mücadele Yasası'nda, Ceza Yargılaması Yasası'nda ve Türk Ceza Yasası'nda 6526 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:4, Yıl:2014, s.74; Dursun, s.547.

<sup>41</sup> Şahin, s.339 dn. 395.

<sup>42</sup> 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun m. 25.

Doktrinde, maddede “hâkim kararı” ifadesi geçtiğinden, kovuşturma aşamasında, makul olsa bile, mahkemece bu tedbire karar verilemeyeceği, lafızdan hareketle “sulh ceza hâkimince” karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>43</sup> Kanaatimce, evleviyet ilkesi gereğince, daha ağır tedbirlere karar verebilen mahkeme el koyma tedbirine de karar verebilmelidir.

Değişiklikten önce bu tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği hüküm altına alınmıştı.<sup>44</sup> Kanun koyucu, tedbirin hızlı işleyebilmesini sağlayarak delillerin kaybolmasının önüne geçmek amacıyla, maddede değişiklik yapmıştır.<sup>45</sup>

Doktrinde bu durum birçok açıdan eleştirilmekte idi. Bu bağlamda; soruşturma aşamasında oybirliğiyle karar veren Ağır Ceza Mahkemesinin kovuşturma aşamasında aynı olayla ilgili yargılama yapması, ayrıca, kovuşturma evresinde yargılamayı yapan Asliye Ceza Mahkemesinin doğrudan bu tedbire karar verememesi, Ağır Ceza Mahkemesinden talepte bulunmak zorunda kalmasının izahının zor ve bizim sistemimize de yabancı bir durum olduğu<sup>46</sup>; tutuklama gibi daha ağır tedbirler açısından bunun öngörülmemiş olması ve hüküm verirken oybirliği aranmadığı halde, geçici koruma tedbirleri bakımından oybirliği şartının sevk edilmiş olmasının, CMK’nın sistematiği ile çelişki oluşturduğu<sup>47</sup>; en ağır ceza olan müebbet hapis cezasının bile oyçokluğu ile verilebildiği bir hukuk düzeninde taşınmaz, hak ve alacaklara el konulmasına oybirliği ile karar verilmesi şartının aranması teknik hukuk bakımından yerinde bir düzenleme olmadığı<sup>48</sup>; Sulh Ceza Mahkemelerinin kaldırılarak Sulh Ceza Hâkimliklerinin kurulduğu bir sistemde Ağır Ceza Mahkemesinin

<sup>43</sup> Şen/Eryıldız, s.157.

<sup>44</sup> Ağır Ceza Mahkemesinin karar vermesi şartı, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle yapılan değişiklikle eklenmişti.

<sup>45</sup> 6763 sayılı Kanun genel gerekçesi.

<sup>46</sup> Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2016, s.332; Karakehya, s.266; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 2016, s.456.

<sup>47</sup> Ünver/Hakeri, Ders Kitabı, s.419; Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s.300; Dursun, s.550.

<sup>48</sup> Ercan, s.208; Karakehya, s.265.



kararının aranmasının çelişkili bir durum olduğu<sup>49</sup> hususları ifade edilmiştir.

Yapılan değişiklik, doktrindeki eleştiri konusu olan hususları ortadan kaldırması bakımından yerinde olmuştur.

## **f. El koyma İşleminin Yapılması**

### **(1) Genel Olarak**

Bu tedbir kapsamında her bir malvarlığı değeri bakımından el koymanın nasıl yapılacağı maddede düzenlenmiştir. Burada önemli olan husus, bu tedbir kapsamında malvarlığı değerlerine fiili el koymanın değil kaydi el koymanın yapılacağıdır. Maddenin amacı da malvarlığı değerlerine fiilen el koyma değil, bunların müsaderesine imkân hazırlamaktır. Ancak uygulamada, bu tedbir kapsamında, malvarlığı değerlerine fiilen de el koyulduğu görülmektedir.<sup>50</sup>

Ayrıca, bu tedbir kapsamında, malvarlığının tamamına değil, yalnızca sebep-sonuç ilişkisi çerçevesinde katalogda düzenlenen suçların işlenmesiyle elde edildiğine dair somut delillere dayalı kuvvetli şüphe bulunan malvarlığı değerlerine el konulması mümkündür.<sup>51</sup>

Tedbir kapsamında, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma işlemi; taşınmazlar için tapu kütüğüne şerh verilmek (CMK m. 128/3), kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh vermek (CMK m. 128/4) suretiyle yerine getirilir.

Ayrıca, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba el konulması kararı, telefon, faks vb. teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya mali kuruma ayrıca tebliğ edilir. El koyma kararı alındıktan

<sup>49</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 2016, s.456.

<sup>50</sup> Şen/Eryıldız, s.153-154.

<sup>51</sup> Yenidünya/İçer, s.432.

sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir (CMK m. 128/5).

Şirketteki ortaklık paylarına el koyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir (CMK m.128/6). Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu tedbir kapsamında yalnızca şüpheli veya sanığın şirketteki ortaklık payına el konulabilecek, doktrinindeki aksi görüşe rağmen<sup>52</sup>, tüzel kişinin şirketteki payına el konulamayacaktır.<sup>53</sup> Tüzel kişiler bakımından ise şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m. 133) tedbirine başvurulabilecektir. Buradaki bildirim, tüzel kişinin tedbire muhatap olmasının değil tedbiri uygulayacak makam olmasının bir sonucudur.<sup>54</sup>

Hak ve alacaklara el koyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek ve işlem tutanak altına alınarak icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir (CMK m. 128/7). Bildirim ile ilgili malvarlığı değerinin kaçırılarak tedbirin sonuçsuz kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>55</sup> Bildirimi alan gerçek veya tüzel kişi, el koyma kararında belirtilen hak ve alacağın kendilerinde bulunmadığını tespit ederse derhal ilgili Cumhuriyet savcılığı veya mahkemeyi bilgilendirmelidir.

Bu madde hükmüne göre alınan el koyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, TCK m. 289'da düzenlenen "Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu" oluşur (CMK m. 128/8). Bu bağlamda, el konulan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınması için gerekli olan her tür işlemler yerine getirilmelidir.

<sup>52</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.374.

<sup>53</sup> Şen/Eryıldız, s.165; Yenidünya/İçer, s.420.

<sup>54</sup> Yenidünya/İçer, s.422.

<sup>55</sup> Şen/Eryıldız, s.164.

El koyma konusu hak ve alacaklar yabancı bir ülkede ise Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine göre işlem tesis edilir.<sup>56</sup> Sözleşmeye taraf devletlerce, sözleşme kapsamındaki bir suça ilişkin el koyma kararı ilgili devlete gönderilir ve ilgili devletçe Sözleşmeye uygun olarak işlem yapılır.

## (2) Kayyım Atanması

Yeni bir düzenleme olarak, bu tedbir kapsamında el konulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde, bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla, hâkim kararıyla, kayyım atanabilir (CMK m. 128/10).<sup>57</sup>

Doktrinde, kayyım tayini konusunun açıkça düzenlenmek yerine CMK m. 133'e kıyasen düzenlenmesi, haklı olarak, eleştirilmektedir.<sup>58</sup> Her tedbire ilişkin hususların o tedbir özelinde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Bu tedbir kapsamında yalnızca gerçek kişilerin malvarlığı değerlerinin idaresine yönelik olarak kayyım atanabilecek, tüzel kişiler için ise şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri uygulanabilecektir.<sup>59</sup>

Kayyım kavramının kelime anlamı, belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimsedir.<sup>60</sup> Kayyımlık kurumu ise esas itibarıyla Medeni Hukuk'ta ve özellikle aile hukukunda, gerçek ve tüzel kişilere ihtiyacı olan kişisel veya mal varlıksal korumayı sağlamayı amaçlayan<sup>61</sup> vesayet hukukunun içinde yer alır. Kayyımlık kurumu ile de kendisine kayyım atanan kişinin menfaati korunur.

<sup>56</sup> 30.01.2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanunla kabul edilen sözleşme.

<sup>57</sup> 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Kanun m. 13.

<sup>58</sup> Şen/Eryıldız s.162.

<sup>59</sup> Şen/Eryıldız, s.163.

<sup>60</sup> www.tdk.gov.tr

<sup>61</sup> Gümüş, Mustafa A., Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s.1.

Kayyım ise belirli bir işin görülmesi veya malvarlığının yönetilmesi için, Medeni Kanun'da ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca (Sulh Hukuk Mahkemesi), ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen atanan kişidir.<sup>62</sup>

Kayyımlık, yüklenilen görevin niteliğine göre, belirli işleri görmek üzere kurulan temsil (TMK m. 426) veya malvarlığını yönetmek üzere kurulan yönetim kayyımlığı (TMK m. 427) olmak üzere ikiye ayrılır. Temsil kayyımlığı, kişinin belirli ve acil işlerinde, örneğin bir davaya süresinde cevap verme, zamanaşımı süresini kesme vb., temsil edilmesi amacıyla tesis edilir.<sup>63</sup> Dolayısıyla temsil kayyımlığı geçicidir ve kayyımın verilen görevin yerine getirilmesiyle birlikte sona erer (TMK m. 477/1). Yönetim kayyımlığı ise malvarlığının yönetimi ihtiyacına binaen tesis edilir. Bu ihtiyaç, mirasçılık hakları belli olmayan terekenin yönetimi, gerekli organdan yoksun kalan tüzel kişinin yönetimi gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Hangi hallerde yönetim kayyımlığı tesis edileceği Medeni Kanun'da düzenlenmiştir (TMK m. 427). Hepsinde ortak amaç, malvarlığının korunmasıdır.<sup>64</sup> Yönetim kayyımlığı, temsil kayyımlığının aksine bir süre devam eder.

Kayyım, kendisine tanınan yetki ile atandığı malvarlığının yönetim hakkını kazanır. Bu hak, tek taraflı bir hukuki işlemle üçüncü kişinin hukuki alanında etkili olma, o alanda hukuki sonuçlar doğurma imkânı sağlar.<sup>65</sup> Bahse konu tedbir kapsamına başvurulmuş kayyım tayini tedbiri de bir çeşit yönetim kayyımlığıdır.

Kayyım, CMK m. 6'ya göre kamu görevlisidir ve kayyımın ödenecek ücretin şirket bütçesinden karşılanması da onun bu niteliğini etkilemez.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Ersoy, Uğur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Ankara 2009, s.11.

<sup>63</sup> Gümüş, s.13.

<sup>64</sup> Gümüş, s.63-64.

<sup>65</sup> Eren, s.71.

<sup>66</sup> Ersoy, Uğur, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m. 133)", AÜHF, C. 65, Y. 2016, S. 4, s.3401.

### (3) Tedbire Konu Olan Malvarlığı Değerlerinin İadesi

Bu tedbir kapsamında el konulan malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde sahibine iade edilir (CMK m. 131/2). Burada iade işlemi için, bunların suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç kalmaması şart olarak düzenlenmiştir.

Maddede düzenlenen şartların, tedbirin bütünü bakımından anlamsız olduğu ifade edilebilir.<sup>67</sup> İlk olarak, bu tedbir kapsamında yalnızca şüpheli ve sanığa ait olan malvarlığı değerlerine el konulabilir, suçtan zarar gören mağdura ait malvarlığı değerlerine el konulamaz. Burada belki maddenin, yargılamanın ilerleyen safhalarında, el konulan malvarlığı değerinin suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşıldığı durumda uygulanabileceği söylenebilir.<sup>68</sup> İkinci olarak ise bu tedbirin amacının delil elde etmek değil, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin müsaderesine imkân hazırlamak olduğu dikkate alındığında, bunlara delil olarak ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle iadesine karar vermek, tedbirin bütünü bakımından çelişkili bir düzenlemedir.

### (4) Tedbirin Sona Ermesi

Tedbir hüküm verilmesiyle sona erer. Yargılamanın sonunda malvarlığı değerlerinin müsaderesine karar verildiği durumda müsadere hükümleri uygulanır. Tedbirin kaldırılmasına karar verildiği durumda ise malvarlığı üzerindeki tüm tedbirler aynı usulle kaldırılmalıdır. Uygulamada ise mahkeme kararıyla tedbir kaldırıldığı halde gerekli işlemler yapılmayarak hükmün kesinleşmesinin beklendiği görülmektedir.<sup>69</sup> Bu uygulama maddenin lafzına, koruma tedbirlerinin geçici olması niteliğine aykırıdır ve mülkiyet hakkını da ihlal etmektedir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s.253.

<sup>68</sup> Şen/Eryıldız, s.169.

<sup>69</sup> Ünver/Hakeri, Ders Kitabı, s.406; Şen/Eryıldız, s.170.

<sup>70</sup> Şen/Eryıldız, s.170.

## B. TEDBİR KAPSAMINDA MALVARLIĞI DEĞERİ ELDE ETMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri, maddede düzenlenen suç kataloğunda yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaktadır. Bunun için de sayılan suçların işlenmesiyle malvarlığı değeri elde edilmesi gereklidir. Katalogda yer alan suçların büyük çoğunluğunun işlenmesi sonucunda malvarlığı değeri elde edilebilirken, bazı suçlar ise malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir.

### 1. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere tedbire başvurabilmek için, tedbire konu taşınmaz, hak ve alacakların, maddede düzenlenen suç kataloğunda yer alan suçların işlenmesiyle elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunması gereklidir (CMK m. 128/1). Dolayısıyla maddede sayılan suçların işlenmesiyle malvarlığı değeri elde edilmesi veya bir başka ifadeyle bu suçların malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olması gereklidir.

Maddede yer alan suçların maddi unsurları incelendiğinde; TCK'da tanımlanan, insanlığa karşı suçlar (m. 77, 78); göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80) ile organ veya doku ticareti yapma (m. 91), hırsızlık (m. 141,142), yağma (m. 148,149), güveni kötüye kullanma (m. 155), dolandırıcılık (m. 157,158), hileli iflas (m. 161), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220/3), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), tefecilik (m. 241), zimmet (m.247), irtikâp (m. 250), rüşvet (m. 252), devletin güvenliğine karşı suçlardan [*Temel millî yararlarına karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama* (TCK m. 305) ve *Düşman devlete maddi ve mali yardım Düşman devlete maddi ve mali yardım* (TCK m. 308)], Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan (m. 315), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah

kaçakçılığı (m.12) suçları; Bankalar Kanununda tanımlanan zimmet suçu (m. 22/3-4); Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 (Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanun'a aykırı olarak yurt dışına çıkarmak) ve 74'üncü (İzinsiz araştırma, kazı ve sondaj yapma) maddelerinde tanımlanan suçların, malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olduğu görülecektir. Ancak maddede yer alan diğer suçlar ise malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir.

## 2. Malvarlığı Değeri Elde Etmeye Elverişli Olmayan Suçlar

Maddede yer alan bazı suçların maddi unsurları incelendiğinde ise bunların malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmadığı görülecektir.

### a. Soykırım Suçu

TCK'nın "Özel Hükümler" in yer aldığı ikinci kitap içinde "Uluslar arası suçlar" başlıklı birinci kısımda "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümde düzenlenen soykırım suçu (TCK m. 76)<sup>71</sup>, bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı kasten öldürme; kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme; grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması; grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması; gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi filllerinden birinin işlenmesidir.

Görüldüğü üzere seçimli hareketli bir suç olan bu suçun icra hareketlerinden herhangi biri, malvarlığı değeri elde etmeye elverişli değildir.

<sup>71</sup> Soykırım suçu için bkz. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Önok, Rıfat M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018, s. 57 vd.; Koca, Mahmut/Üzülmez, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 46 vd.; Değirmenci, Olgun, Uluslar arası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76), TBBD, Mayıs-Haziran 2007, s.51-115; Kocaoğlu, Serhat S., Suçların Suçu:Soykırım, TBBD, Sayı:90, Eylül Ekim 2010; Köprülü, Timuçin, Uluslar arası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008; Duran, Batuhan, Uluslararası Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

## b. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar

“Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”<sup>72</sup>, TCK’nın “Özel Hükümler” in yer aldığı ikinci kitap içinde “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısım dördüncü bölümde; *Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak* (TCK m. 302: Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse...)<sup>73</sup>; *Düşmanla işbirliği yapmak* [TCK m. 303: (1) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul eden, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye giren vatandaş... ve (2) düşman devlet ordusunda herhangi bir komuta görevi üstlenen vatandaş, ... ]; *Devlete karşı savaşa tahrik* (TCK m. 304: Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapan kişi... ); *Temel millî yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama* (TCK m.305: Temel millî yararlar karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlayan vatandaşa ya da Türkiye’de bulunan yabancıya... ) *Yabancı devlet aleyhine asker toplama* (TCK m. 306: Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplayan veya diğer hasmane hareketlerde bulunan kimseye... ); *Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma* (TCK m. 307: Devletin silahlı kuvvetlerine ait olan veya hizmetine verilmiş bulunan kara, deniz ve hava ulaşım araçlarını, yolları, müesseseleri, depoları ve diğer askerî tesisleri, bunlar henüz tamamlanmamış bulunsalar bile, kısmen veya tamamen tahrip eden veya geçici bir süre için olsa bile kullanılmayacak hale getiren ki-

<sup>72</sup> Bu suçlarla ilgili olarak bkz. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016, s.313 vd.

<sup>73</sup> Bkz. Evik, Vesile Sonay, Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozma Suçu, AÜHFĐ, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1725-1747.



şiyeye...); *Düşman devlete maddi ve mali yardım* (TCK m.308: Türkiye Cumhuriyeti Devletinin savaş halinde olduğu devlete, savaşta Türkiye Cumhuriyeti Devletinin aleyhine kullanılabilir her türlü eşyayı karşılıklı veya karşılıksız, doğrudan veya dolaylı olarak veren vatandaş... ) şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suçlar incelendiğinde; yalnızca yukarıda bahsedilen m. 305 ve 308’de düzenlenen suçların malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olduğu diğerlerinin ise buna elverişli olmadığı görülecektir.

### c. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar

“Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar”<sup>74</sup>, TCK’nın “Özel Hükümler “in yer aldığı ikinci kitap içinde “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısım beşinci bölümde; *Anayasayı ihlal* (TCK m. 309: Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler...)<sup>75</sup>; *Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı* (TCK m. 310: Cumhurbaşkanı suikastte bulunan kişi..., *Yasama organına karşı suç* (TCK m. 311: Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler...); *Hükûmete karşı suç* (TCK m.311: Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden...) *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyan* [TCK m. 313: (1) Halkı, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı bir isyana tahrik eden kimseye... (2) Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyanı idare eden kişi...]; *Silahlı örgüt* [TCK m. 314: (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek

<sup>74</sup> Bu suçlarla ilgili olarak bkz. Hafizoğulları/Özen, s.367 vd.; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2018, s.340 vd.

<sup>75</sup> Eşitli, Ezgi Aygün, Anayasayı İhlal Suçu, AÜHFĐ, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1689-1724; Dinler, Veysel, Anayasal Suç Ne (Değil)dir?, AÜHFĐ, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1545-1575.

amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi... (2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara... ]; *Silâh sağlama* (TCK m. 315: Yukarıdaki maddede tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi...); *Suç için anlaşma* (TCK m. 316: Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa...) şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bölümde yer alan suçlardan yalnızca “Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı suçu (TCK m. 310)” kataloğa dahil edilmemiştir. Bunun dışında kalan suçlardan ise yalnızca TCK m. 315’de düzenlenen suçun malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olduğu diğerlerinin ise buna elverişli olmadığı görülecektir.

## II. MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA MALVARLIĞI DEĞERİ ELDE ETMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR BAKIMINDAN TEDBİRE BAŞVURULMASI

Malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar bakımından tedbire başvurulması, kişilerin malvarlıkları üzerindeki tasarruf etme yetkisini kısıtlaması sebebiyle mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirmektedir.

### A. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKI

İnsanlık tarihi kadar eski olan mülkiyet hakkı<sup>76 77</sup>, 1215 tarihli Mag-

<sup>76</sup> Mülkiyet hakkının tarihi gelişimi için bkz. Altan, Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.30-74; Ertü, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.16-51 ve s.96-159; Akça, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl:2015, s.546-550; ayrıca mülkiyet hakkının teorisi için bkz. Bell, Abraham/Parcho-movsky, Gideon, “A Theory of Property”, Cornell Law Review, Volume 90, Issue: 3 March 2005; ayrıca mülkiyet hakkının felsefi temelleri konusunda bkz. Çoban, Ali Rıza, “Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır?”, Piyasa Dergisi, Güz-2004, Sayı 12, s.295-320.

<sup>77</sup> Mülkiyet hakkının düzenlendiği Anayasa m. 35 gerekçesinde bu husus “...Mülkiyet hakkı Devletten önce de var olan bir gerçek olması itibarıyla...” şeklinde ifade edilmiştir.

na Carta'dan<sup>78</sup> günümüze kadar birçok insan hakları belgesinde<sup>79</sup> ve ülke anayasalarında<sup>80</sup> yer aldığı gibi TC Anayasası<sup>81</sup> ve AİHS'de de yer alarak koruma altına alınmıştır.

## 1. Mülkiyet Hakkının Tanımı ve Önemi

Mülkiyet kelimesi Arapça "mulkiyyet" sözcüğünden dilimize geçmiş olup "sahiplik" anlamına gelmektedir.<sup>82</sup> Hukuki bir terim olarak ise iyelik, maliklik, kişinin bir mal üzerindeki egemenliği anlamına gelmektedir.<sup>83</sup> Mülkiyet kelimesinin İngilizce karşılığı olan "property" kelimesi ise Latince "kendi, öz, iyelik, sahip olmak" anlamlarına gelen "proprius" kelimesinden türemiştir. Bu kelime, "ortak=common" anlamına gelen "communis" ve "başkasının=another's" anlamına gelen "alienus" kelimelerinden farklıdır. Dolayısıyla mülkiyet, bir grup ya da kamudan ziyade özellikle bir kişiye ait olmak anlamına gelmektedir. Bu önerme, Batı siyaset ve hukuk geleneğinin mülkiyet kavramına bakışının temelini oluşturur.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Magna Carta'dan AİHS'ne mülkiyet hakkının gelişimini inceleyen bir çalışma için bkz. Ristik, Jelena, "Right to Property: From Magna Carta to the European Convention on Human Rights", SEEU Review, Volume 11, Issue 1, 2015.

<sup>79</sup> ABD'de 14 Ekim 1774 tarihli Kolonilerin İlk Kongre Bildirgesi m.1; 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatanlaş Hakları Beyannamesi m. 2, 17; 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Beyannamesi m. 23; 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 17; 26 Haziran 1981 tarihli İnsan ve Haklarının Hakları Afrika Şartı m. 14; 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 17.

<sup>80</sup> ABD Anayasası Ek Madde 5 ve 14, Belçika (m. 16, 17), Almanya (m. 14), Danimarka (m. 73), Estonya (m. 32), Yunanistan (m. 17), Finlandiya (m. 15), İtalya (m. 42), İrlanda (m. 43), Lüksemburg (m. 16), Letonya (m. 105), Litvanya (23, 46), Malta (m. 32, 37), Portekiz (m. 62), Polonya (m. 21, 64), İsveç (II. m. 18), Slovenya (m. 33, 67), Slovakya (m. 20), İspanya (m. 33), Çek Cumhuriyeti (Temel Haklar ve Hürriyetleri Şartı m. 11), Macaristan (m.12) ve Kıbrıs Rum Kesimi (m. 23) misal olarak gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, Veysel, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:3, Yıl:2016, s.643-645.

<sup>81</sup> Türk Anayasa hukukunda ise mülkiyet hakkı, 1876 tarihli Kanuni Esasi m. 21, 1924 Anayasası m. 70, 1961 Anayasası m. 36 ve 1982 Anayasası m. 35'de düzenleme altına alınmıştır.

<sup>82</sup> <http://sozluk.gov.tr/>: Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

<sup>83</sup> Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004, s. 869.

<sup>84</sup> Ristik, s.145.

Hak ise “hukuken korunan menfaat”, “davranış özgürlüğü”, “sahiplik ileri sürebilme”, “yasaca tanınan ayrıcalık”<sup>85</sup>, kişilere hukuk düzeni tarafından sağlanan bir irade kudreti, bir isteme yetkisidir.<sup>86</sup>

Bu çerçevede mülkiyet hakkı, kişinin malı üzerindeki egemenliğinin hukuk tarafından koruma altına alınması ve buna dayanarak sahip olduğu isteme yetkisi olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını, “... kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) olanağı veren bir haktır...” şeklinde tanımlamıştır.<sup>87</sup> Mahkemenin tanımından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı kişiye malı üzerinde en geniş yetkileri verdiği gibi belirli ödevler yüklemekte, sınırlar çizmektedir.

Mülkiyet hakkı, kişinin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına alarak hem kişiye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratır hem de emeğinin karşılığını güvence altına almakla kişiye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunar. Bu sebeple kişi özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır.<sup>88</sup> Dolayısıyla mülkiyet hakkı, hem insan haklarının temel değerlerini korur hem de insan haysiyeti ve adalet çerçevesinde ekonomik ilişkilerin ve toplumdaki diğer ilişkilerin de hürriyetini tesis ve temin eder.<sup>89 90</sup>

Aynı zamanda ülke ekonomisinin gelişmesi de mülkiyet hakkıyla doğrudan ilintilidir. Bu bağlamda mülkiyet hakkına saygı duyulduğu ve

<sup>85</sup> Yılmaz, s.438.

<sup>86</sup> Gözler, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 12. Baskı, 2008, s.147.

<sup>87</sup> Bkz. AYM, E.1988/34, K.1989/26, T. 21/6/1989; AYM, E.2011/58, K.2012/70, T. 17/5/2012.

<sup>88</sup> Akıllıoğlu, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 5, S. 2, 2012, s.20.

<sup>89</sup> Başpınar, s. 633.

<sup>90</sup> Anayasa m. 35 gerekçesinde bu husus “... Kişinin şahsiyetini geliştirebilmesinde, mülkiyetin Anayasaca güvence altına alınmasının azımsanmayacak bir rolü vardır. Çünkü, klasikleşmiş bir kabule göre, insan şahsiyetinin bir parçası “ekonomik şahsiyet” olarak adlandırılmaktadır... Mülkiyetin korunması, hürriyeti de güvence altına alır.” şeklinde ifade edilmiştir.

hakkın koruma altına alındığı toplumlarda, kişiler daha sağlıklı ve güvenli bir şekilde ekonomik kararlar alıp yatırım yapabilirler. Bu durum ise ülke ekonomisinin gelişmesine katkı sağlayarak aynı zamanda vergi gelirlerinin de artmasına yol açar.<sup>91</sup> Bunun yanında rekabetçi bir piyasa ekonomisi de mülkiyet hakkının etkili bir şekilde sağlanmasıyla mümkündür.<sup>92</sup> Bu özellikleri dolayısıyla mülkiyet hakkı, özellikle serbest piyasa ekonomisine bağlı devletlerde toplumun ana yapısını oluşturmaktadır olup, alışverişin ve ticaretin temelini oluşturmaktadır.<sup>93</sup>

Nitekim Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. madde gerekçesinde bu husus “...Mülkiyeti Anayasa teminatı altında bulunduranın ülke ekonomisinin ihtiyacı olan uluslararası ilişkileri geliştireceği, yabancı sermayenin ülkemizde yatırım yapmasını mümkün kılacağı, bu ilişkilerde ülke menfaatlerine öncelik tanınması durumunda ise ekonomik büyümenin gerçekleşmesi suretiyle toplumun refahını artıracacağı genellikle kabul edilmektedir...” şeklinde açık ve net olarak ifade edilmiştir.

Mülkiyet hakkı mutlak haklardandır. Bunun sonucu olarak ihlali halinde bu hak herkese karşı ileri sürülebilir. Ayrıca başta devlet olmak üzere tüm üçüncü kişiler, malikin mülkü üzerindeki haklarına saygı göstermek, hakkın kullanımını engellemekten kaçınmak ve haksız yere bu hakka müdahale etmemekle yükümlüdür.<sup>94</sup> Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “... mülkiyeti Anayasa teminatı altına alan bu maddenin

<sup>91</sup> Afrika şehirlerinde mülkiyet hakkının zayıf olması ile yatırımların azalması, etkisiz emek yatırımları, düşük vergi gelirleri arasında bağlantı olduğu ve bunun da yaşam kalitesini ve üretkenliği azalttığı hususundaki bir çalışma için bkz. Astrid, R.N. Haas/Patricia, Jones, “The Importance of Property Rights for Successful Urbanisation in Developing Countries”, www.theigc.org, Ocak 2017.

<sup>92</sup> Ristik, s.145; Mülkiyet hakkı ile ekonomik gelişmişlik arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Besley, Timothy/Ghatak, Maitreesh, “Property Rights and Economic Development”, Handbook of Economic Development, Chapter 68, The Suntory Centre Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines London School of Economics and Political Science, 2009; Locke, Anna, “Property Rights and Economic Growth”, www.odi.org, Ağustos 2013.

<sup>93</sup> Güneş, s.54.

<sup>94</sup> Bkz. AİHM, Broniowski/Polonya [GC], ECHR 2004-V, B.No. 31443/96, p.143; Sovtransavto Holding/Ukrayna, ECHR 2002-VII, B.No: 48553/99 p. 96; Keegan/İrlanda, 26/5/1994, Series A No. 290, p.49; Kroon and Others/Hollanda, 27/10/1994, Series A No. 297-C, p.31; Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], ECHR 2014, B.No: 60642/08, p.100; Likvidëjamë p/s Selga and Vasiļevska/Latvia (dec.), 1/10/2013, B.Nos: 17126/02 and 24991/02, p. 94-113.

*doğrudan Devlete hitap ettiği, mülkiyetin şahıslara karşı korunmasının Me-deni Kanun ve 5917 sayılı Gayri Menkule Tecavüzün Meni Hakkında Ka-nun gibi mevzuatla sağlanacağı, mülkiyetinin münferit himayesini fertlerin mahkemelerden ve idareden talep edeceği, mülkiyeti müessese olarak Dev-letin güvence altına alacağı... ” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla mül-kiyet hakkının Anayasa ile güvence altına alınmasının amacı, en başta Devletin bu hakka saygı göstermesi ve bizzat Devletin bu hakkı koruma altına almasıdır. Son tahlilde mülkiyet hakkının güvence altına alınması, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hukuk devletinin bir gereği-dir.*

## **2. Anayasa ve AİHS’de Mülkiyet Hakkı**

Mülkiyet hakkı, önemi dolayısıyla hem Anayasa hem de AİHS’de koruma altına alınmış, hakka saygı gösterilmesinin gerekliliği ve hangi hallerde sınırlanabileceği hususları hüküm altına alınmıştır.

### **a. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkı**

Mülkiyet hakkı, temel olarak Anayasa’nın 35. maddesinde düzenle-me altına alınmıştır.<sup>95</sup> Buna göre:

*“Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir.*

*Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*

*Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”*

Maddenin incelemesine geçmeden önce mülkiyet hakkının, Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan ikinci kısmın-da, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” arasında düzenlendiğini ifade etmekte fayda vardır. Bu düzenlemenin önemi, hakkın 1961 Anayasası’nda ol-

<sup>95</sup> Anayasa m. 35 yanında Anayasa’nın kamulaştırmaya ilişkin m. 46, kıyılara ilişkin m. 43, toprak mülkiyeti-ne ilişkin m. 44, ormanlara ilişkin m. 169 ve 170, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin m. 63, doğal kaynak-lara ilişkin m. 168, müsadereye ilişkin m. 28 (8) - m. 30 ve 38 (10), vergiye ilişkin m. 73, sosyal güvenliğe ilişkin m. 60-61 hükümleri de mülkiyet hakkına ilişkindir.

duğu gibi sosyal ve ekonomik olmaktan öte “kişilik” ile ilgili olduğunun ortaya konulmuş olmasıdır.<sup>96</sup> Ayrıca kişi hakları ve ödevleri, Jellinek’in klasikleşen sınıflandırması ile negatif statü hakları arasında yer almakta<sup>97</sup> ve devlete negatif bir tutum, karışmama ödevi yüklemektedir. Son olarak mülkiyet hakkı, düzenlendiği yer gereği olağan dönem KHK’leri ile kısıtlanamayacaktır (Anayasa m. 91).

Maddede birinci fıkrada herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla yerli ya da yabancı, vatandaş ya da vatandaş olmayan her gerçek ve tüzel kişi bu hakka sahip olabilecektir. İkinci fıkrada bu hakkın yalnızca kamu yararı ile ve kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alındıktan sonra üçüncü fıkrada, hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla ikinci fıkra devletin mülkiyet hakkına keyfi ve sınırsız müdahale etmesini engelleyici bir nitelik taşımakta<sup>98</sup>, üçüncü fıkra ise malike bir ödev yüklemektedir.<sup>99</sup> Kamu yararı kavramı aşığıda incelenecektir. Toplum yararına aykırı olmama kuralı ise mülkiyet hakkından doğan yetkilerin, tekelleşme, kartelleşme<sup>100</sup> gibi toplumun zararına kullanımının engellenmesi ve üçüncü kişilerin mağdur olmalarının önlenmesidir. Örneğin bu maksatla kira artırım oranının kanunla belirlenmesi hususu düzenleme altına alınmıştır.<sup>101</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlandırılması hususu, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden bu yana, demokratik hukuk devletlerinde uygulanagelen bir kuraldır. Bunun nedeni demokrasilerde iktidarın kaynağının halk olması, halkın ise yasama meclislerinde temsil edilmesi ve burada yapılan kanun çalışma-

<sup>96</sup> Başpınar, s. 651.

<sup>97</sup> Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 1993, s.6.

<sup>98</sup> Madde gerekçesinde mülkiyet kamu yararıyla sınırlanabileceği ancak ağır vergilendirmenin, peşin olmayan ödemelerle kamulaştırmanın ve devletleştirmelerin mülkiyet güvencesine aykırı düşeceği ifade edilerek “ölçülülük” ilkesine vurgu yapılmıştır.

<sup>99</sup> Etgü, s.143; Akça, s.65-66.

<sup>100</sup> Madde gerekçesinden alınmıştır.

<sup>101</sup> Bkz. AYM, 16/11/2000, 2000/26 E, 2000/48 K.

larının da topluma açık bir şekilde yapılmasıdır. Ayrıca kanunla yapılan sınırlandırma, kanunların herkes için eşit hükümler içermesi nedeniyle eşitlik ilkesini sağlayarak kişiler arasında farklı uygulamaların da önüne geçilmesine hizmet edecektir.<sup>102</sup>

Diğer temel haklarda olduğu gibi bu hakka getirilen sınırlama da temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın yapılmalıdır. Bu çerçevede hak ve hürriyet sınırlandırılrsa bile sınırlama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, yani Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama<sup>103</sup>, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (Anayasa m. 13).

Hak ve hürriyetin özü, dokunulduğu takdirde söz konusu hak ve hürriyeti anlamsız kılacak olan vazgeçilmez unsurudur.<sup>104</sup>

Anayasanın sözü kavramı, Anayasa metninde açık olarak düzenlenen kuralları ifade eder. Bu bağlamda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, Anayasa'da diğer maddelerde düzenleme altına alınan hükümlere ve ek güvencelere aykırı olmaz. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından ise eşitlik ilkesi (Anayasa m. 10), insan haysiyetine aykırı bir muameleye tabi tutulmama (Anayasa m. 17), hak arama özgürlüğü ve memurun fiillerinden devletin sorumluluğunun bulunması (Anayasa m. 40) gibi güvenceler Anayasanın sözünden çıkan ek güvencelerdir.<sup>105</sup>

Anayasa Mahkemesi bir kararında “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının kıstaslarını, “... temel hak ve özgürlükleri en geniş anlamda güvence altına almak, özgürlükçü olmak, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak, özgürlüklerin ancak istisnai olarak ve

<sup>102</sup> Şimşek, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, TBB Dergisi, 91. Sayı, Kasım-Aralık 2010, s.203-204.

<sup>103</sup> Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s.113.

<sup>104</sup> Özbudun, s.114.

<sup>105</sup> Etgü, s.154.



demokratik toplum düzeninin sürekliliği gerektirdiği ölçüde sınırlamak, kısıtlamaları özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamak, özgürlükleri Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine uygun olarak sınırlandırmak...” şeklinde sıralamıştır.<sup>106</sup> Mahkemenin kararında ifade ettiği kriterler soyut da olsa<sup>107</sup> temel kriterleri göstermesi bakımından yol göstericidir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Laik cumhuriyetin gerekleri bakımından mülkiyet hakkına yapılan müdahale, dini bir saikle, dinler arasında ayırım gözetecek şekilde ve kişilerin inanç ve ibadet hürriyetlerini engelleyecek şekilde yapılmamalıdır.<sup>108</sup>

## **b. AİHS’de Mülkiyet Hakkı**

Mülkiyet hakkı AİHS Ek 1 Nolu Protokol<sup>109</sup> ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre:

*“Madde 1 – Mülkiyetin korunması*

*Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.*

*Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin para cezalarının ödenmesini*

<sup>106</sup> AYM, 26.11.1986, 1985/8 E, 1986/27 K sayılı kararı.

<sup>107</sup> Akça, s.573.

<sup>108</sup> Laik cumhuriyetin gerekleri kavramı için bkz. AYM, 21.6.1995, 1995/17 E, 1995/16 K sayılı kararı.

<sup>109</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20.03.1952 tarihinde Paris’te kabul edilen ve imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1”, 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

*temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.”*

AIHS de mülkiyet hakkını, mülkiyetin barışçıl kullanımı, hangi koşullarda mülkiyetten yoksun bırakılacağı ve Devletin hangi şartlarda mülkiyet hakkını kontrol etme yetkisine sahip olduğu hususlarıyla beraber üç sütunlu bir yapıda düzenlemiştir. Üç kural yaklaşımı olarak da ifade edilen bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

### **3. Anayasa Mahkemesi ve AIHM'nin Mülkiyet Hakkına Yaklaşımı**

Her iki Mahkeme tarafından mülkiyet hakkına yönelik başvurular incelenirken, ilk olarak başvuru konusunun bu hakka sahip olup olmadığı, ikinci olarak başvuru konusu hakkın mülkiyete ilişkin olup olmadığı, üçüncü olarak mülkiyet hakkına müdahale edilip edilmediği ve son olarak da yapılan müdahalenin hakkı ihlal edip etmediği hususları değerlendirilir.

#### **a. Mülkiyet Hakkından Yararlananlar**

Mülkiyet hakkından “herkes” yararlanabilir. Anayasa’da bu husus “...herkes...” tabiriyle doğrudan<sup>110</sup>, AIHS’de ise “Her gerçek ya da tüzel kişi...” şeklinde ayrıntılı olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkından gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir.

Mülkiyet hakkından gerçek kişilerin yararlanması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Hatta gerçek kişilerin bu hakka sahip olması bakımından hiçbir ehliyet ayrımı gözetilmez.<sup>111</sup> Burada yabancıların, çocukların ve ceninlerin durumunun ortaya konulmasında fayda vardır.

<sup>110</sup> Madde gerekçesinde bu husus “...Malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu Anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyer edebilirler...” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>111</sup> Madde gerekçesi.

Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen maddesinde (m. 35) yer alan "herkes" tabiri yabancıları da kapsamaktadır. Yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder (5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 1/d). Buna göre yabancı devlet vatandaşları, mülteci ve sığınmacılar, göçmenler ve vatansızlar, yabancı kategorisinde değerlendirilir. Burada 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan "yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamazlar" hükmü (m. 46/3) tereddüde yol açabilecek niteliktedir. Ancak burada yer alan yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar, siyasal haklar ile kamu hizmetine girme olup mülkiyet hakkı bu kapsamda değildir. Dolayısıyla hem Anayasa hem de 6216 sayılı Kanun'a göre yabancılar mülkiyet hakkından yararlanabilecektir.

AİHS sisteminde de haklardan yararlanma konusunda bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Sözleşme'nin 1. maddesinde bu husus "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, bu Sözleşme Bölüm I' de tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır" şeklinde ifade edilerek ve mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 Numaralı Protokol m. 5 ile de Sözleşme 'ye atıf yapılarak Sözleşme hükümlerinin bu Protokol bakımından da geçerli olduğu hususu hüküm altına alınmıştır.

"Herkes" kavramında herhangi bir yaş kaydı söz konusu olmadığından, çocukların da bu haktan yararlanması hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Cenin'in durumu ise biraz farklıdır. Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur (TMK m. 582). Dolayısıyla ceninin miras ile ilgili konularda mülkiyet hakkından yararlanabileceği kabul edilmelidir.<sup>112</sup>

Tüzel kişiler, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş; hukuk düzeninin bağımsız birer varlık olarak tanıdığı kişi veya mal topluluklarıdır.<sup>113</sup> Tüzel kişiler, "özel hukuk tüzel kişileri" ve "kamu hukuku

<sup>112</sup> Gemalmaz, H.Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara 2018, s.15.

<sup>113</sup> Akünal, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s.10.

tüzel kişileri” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk kuralları çerçevesinde kurulan ve bu kurallar çerçevesinde faaliyet yürüten kişi (Ticaret şirketleri, bankalar, basın-yayın kuruluşları, dernekler vb.) ya da mal (Vakıflar gibi) topluluklarıdır. Kamu hukuku tüzel kişileri ise kamu hukuku kurallarına göre kurulan ve bu kurallar çerçevesinde faaliyette bulunan kişi (il özel idaresi, belediye, köy, barolar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları) veya mal (Kamu iktisadi teşekkülleri, üniversiteler, TRT, TÜBİTAK) topluluklarıdır.

Tüzel kişiler de mülkiyet hakkından yararlanabilir. AİHS’de bu husus “Her gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde doğrudan, Anayasamızda ise “herkes” tabirinin içinde dolaylı olarak ifade edilmiştir.

Tüzel kişilerin mülkiyet hakkından yararlanmaları hususunda herhangi bir tereddüt olmasa da bireysel başvuru hakkından yararlanma hususunda bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapabilme hakları bulunmamakla birlikte<sup>114</sup>, özel hukuk tüzel kişilerinin ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunma hakkı vardır (6216 s. Kanun m. 46/2).

## b. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Mülkiyet hakkının ihlaline yönelik yapılan başvurularda ilk önce bu hakka konu malvarlığı değerinin olup olmadığı, ikinci olarak da başvuru konunun uyuşmazlık tarihinde ihlale konu malvarlığı değerine sahip olup olmadığı hususu incelenir.<sup>115</sup> Bu iki soruya olumlu cevap verilmenden incelemeye geçilemez. Bu sebeple bu iki hususun incelenmesinde fayda vardır.

<sup>114</sup> Bu durumun AİHM içtihatlarıyla bağdaşmadığı, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarıyla yer yerinden yönetim kurumları arasında bir ayrıma gidilmesi hususunda bkz. Gemalmaz, s.18 vd.

<sup>115</sup> Gemalmaz, s.33.

## aa. Mülkiyet Hakkının Maddi Konusu

Öncelikle şunu ifade etmekte fayda vardır; her iki Mahkemece esas alınan mülkiyet kavramı, özel hukukta veya idari yargıda yer alan mülkiyet kavramından daha geniş bir anlama sahiptir.<sup>116</sup> Dolayısıyla burada, her iki Mahkeme'nin de benimsediği, otonom bir kavram olan Anayasal mülkiyet hakkı incelenecektir.

Buna göre, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>117</sup> Bu bağlamda, taşınır ve taşınmaz mallar, aynı haklar, şahsi haklar, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları, miras hakkı, sermaye şirketlerinin ortaklık payları ve müşteri çevresi kapsamında mesleki unvan ve bunlara bağlı ayrıcalıklar, bir ticari işletmenin çalışması çerçevesinde alınan ruhsat/lisans ve izinler ile ticari işletmenin dar anlamda müşteri çevresi, mülkiyet hakkının konusunu oluşturur.<sup>118</sup>

## bb. Mülkiyet Hakkının Varlığı ve Meşru Beklenti

Mülkiyet hakkının sağladığı korumadan yararlanabilmek için, öncelikle hakka konu ekonomik değer kişinin malvarlığında bulunması<sup>119</sup> veya bu yönde bir meşru beklentinin mevcut olması gereklidir.<sup>120</sup> Dolayısıyla kişinin malvarlığında bulunmayan veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti mevcut olmayan ekonomik değerler, mülkiyet hakkının sağladığı korumadan yararlanamaz.

<sup>116</sup> Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 1. Baskı, 2019, p.5; ayrıca bkz. AYM Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, 25/6/2015, B.No: 2013/2166, p.31; İsmail Akçayoğlu Başvurusu, 13/09/2017, B.No: 2014/1950, p. 31; Hamdi Akın İpek Başvurusu, 24/5/2018, B.No: 2015/17763, p.82.

<sup>117</sup> Bkz. AYM, 1/7/2015, 2015/39 E, 2015/62 K, p. 20; AYM, Nurcan Güleç Başvurusu, 9/5/2019, B.No. 2016/5392, p. 22; Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s.418; Gemalmaz, s.33.

<sup>118</sup> Gemalmaz, s.43; Guide, p. 4-9, 24-59; Ayrıca bkz. AYM, Sadef Safa Önal Başvurusu, 8.3.2017, B.No. 2014/15232, p. 27; AYM, Mahmut Duran ve diğerleri Başvurusu, 1.2.2017, B.No. 2014/11441, p. 60.

<sup>119</sup> Anayasa m. 35 gerekçesi: "... malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu Anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyeran edebilirler."

<sup>120</sup> Gemalmaz, s.50.

Kişinin malik sıfatını taşıyıp taşımadığı hususu ulusal hukuka göre belirlenir ve Anayasa Mahkemesi bu aşamada yerel mahkemelerin yaptığı değerlendirmeyle kendisini bağlı saymaktadır.<sup>121</sup>

Meşru beklenti<sup>122</sup> ise kişinin, hukuki bir temele dayalı olarak, ihlale konu ekonomik değeri elde edeceğinin yüksek ihtimal dâhilinde olmasıdır.<sup>123</sup> Her iki Mahkeme de içtihatlarında meşru beklentinin dayanağı olan hukuki temel olarak, kanun hükmünü ve yerleşik ve istikrarlı yargı içtihadını kabul etmekte, AYM ilave olarak aynı menfaatle ilgili hukuki menfaatleri de saymaktadır.<sup>124</sup>

### 3. Mülkiyet Hakkına Müdahale Edilip Edilmediğinin Değerlendirilmesi

Yukarıda mülkiyet hakkından kimlerin yararlanabileceği (hakkın öznesi) ve hakkın konusu (hakkın subjesi) incelenmiş ve bu haktan yararlanabilmek için ilk olarak hakka konu bir malvarlığı değerine sahip olunması gerektiği hususu ifade edilmişti. Bu aşama geçildikten sonra gelen ikinci aşamada ise hakka müdahale edilip edilmediği, bu bağlamda müdahalenin kanunla yapılıp yapılmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı hususları incelenir.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Gemalmaz, s.52. Ayrıca bkz. AYM, Sadef Safa Önal Başvurusu, 8.3.2017, B.No. 2014/15232: Başvuruya konu olayda senaryo yazarı olan Sadef Safa Önal, sinema filmlerinin izinsiz olarak televizyonda gösterilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Mahkeme, 5846 sayılı Kanun kapsamında başvuru konusunun malik olamayacağı gerekçesiyle, Anayasa'nın 35. Maddesi kapsamına giren "mülk"ün varlığından bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.

<sup>122</sup> Bkz. AYM, Mehmet Ukav Başvurusu, 29/11/2018, B.No. 2015/12898: Başvuruya konu olayda başvuru, imar affi kapsamında kendisine verilen tapu tahsis belgesine dayalı olarak tapu iptali ve tescil davası açtığını, yargılama sırasında imar planı değişikliği gerekçe gösterilerek davanın reddedildiğini ve taşınmazın elinden alındığını, bu sebeplerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Mahkeme, tapu tahsis belgesine dayalı tescil koşullarının gerçekleşmiş olduğunu, bu nedenle başvuru konusunun taşınmazın mülkiyetini edinme yönünde meşru bir beklentisinin mevcut olduğunu (p. 30), sonradan bu koşullarda yapılan değişikliğe dayalı olarak tescil talebinin reddedilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir (p. 31).

<sup>123</sup> Benzer yönde Gemalmaz, s.53; Guide, p.15-23; ayrıca bkz. AİHM, Kopecky v. Slovakia, 28.9.2004, B.No. 44912/98, p.35.

<sup>124</sup> Gemalmaz, s. 53-54. Ayrıca bkz. AYM, Selçuk Emiroğlu Başvurusu, 20.3.2014, B.No. 2013/5660, p.28; AİHM, Kopecky v. Slovakia, 28.9.2004, B.No. 44912/98, p.52.

<sup>125</sup> Guide, p.63.

## a. Üç Kural Yaklaşımı ve Hukuki Önemi

Anayasa ve Sözleşme'nin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili hükümlerinin üç ayrı kuralı içerdiği kabul edilmektedir. AİHM'ne göre, Ek 1 No'lu protokol m. 1'de düzenlenen hükümde yer alan birinci fıkranın birinci cümlesi mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesini ifade eden birinci kuralı, aynı fıkranın ikinci cümlesi mülkiyetten yoksun bırakılma ve bunun tabi tutulduğu belirli koşulları ifade eden ikinci kuralı, ikinci fıkra ise Devletlerin mülkiyet hakkını belirli şartlarla kontrol etme yetkisini ifade eden üçüncü kuralı içermektedir.<sup>126</sup> Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımla, m. 35'in birinci fıkrasının herkese mülkiyet hakkı tanıdığını, ikinci fıkrasının mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlandırılabilirliği ya da bu haktan yoksun bırakılabilirliği hususunu düzenlediğini, üçüncü fıkrasının ise hakkın kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verdiğini ifade etmektedir.<sup>127</sup>

Birinci kural olan mülkiyete saygı kuralı, mülkiyetten yoksun bırakma (ikinci kural) veya mülkiyetin kontrolü (üçüncü kural) niteliğinde olmayan veya bunlardan birisinin kapsamına girip girmediği hususunda tereddüt edilen bütün müdahale türlerinde uygulanan genel bir kuraldır.<sup>128</sup> <sup>129</sup> Her iki Mahkeme de birinci kural kapsamında ölçülülük değerlendirilmesini sıkı bir şekilde yapmakta, kamu makamlarının takdir

<sup>126</sup> Guide, p.60-62; ayrıca bkz. AİHM, Zammit and Vassallo/Malta, 28/5/2019, B.No:43675/16, prg.51; ayrıca bkz. AİHM, Sporrang and Lönnroth/İsveç, 23.9.1982, B.No: 7151/75 ve 7152/75 sayılı karar prg. 57; ayrıca, Fredin/İsveç ve Immobiliare Safii/İtalya, aktaran Gözübüyük/Göçüklü, s.420, Gemalmaz, s.100.

<sup>127</sup> Bkz. AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013, B.No:2013/817, p. 29-30.

<sup>128</sup> Guide, p.88-92; Gemalmaz, s.113.

<sup>129</sup> Bkz. AYM, Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu, 27/6/2018, B.No. 2014/11026, p. 37; AYM, Süleyman Günaydın Başvurusu, 16/6/2016, B.No: 2014/4870, p.65; AİHM, Katte Klitsche de la Grance/İtalya, 27/10/1994, B.No: 12539/86, p.40; AİHM, Phacas/Fransa, 23/4/1996, B.No: 17869/91, p.52; AİHM, Sarıca ve Dilaver/ Türkiye, 27/5/2010, B.No:11765/05; AYM, Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu, 10/06/2015, B.No: 2013/3667; AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, 3/4/2014, B.No: 2013/711, p.60-61; AYM, Yasemin Balcı Başvurusu, 25/7/2017, B.No:2014/8881, p.89.

hakkını üçüncü kurala nazaran daha dar yorumlamakta ve de maliklere karşı bir tazminat ödenmesi gerekliliğini aramaktadır.<sup>130</sup>

İkinci kural olan mülkiyetten yoksun bırakma, malikin mülkiyetinden hukuken veya fiilen<sup>131</sup> mahrum bırakılmasıdır. Burada temel ölçüt mülkiyetin hukuken veya fiilen nakledilmiş olmasıdır.<sup>132</sup> Kamulaştırma ikinci kuralın en tipik örneğidir.<sup>133</sup> Bu kural kapsamında yapılan ölçülülük değerlendirmesinde tazminat ödenmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.

Üçüncü kural olan mülkiyetin kullanımının kontrolü ise mülkiyet hakkının tamamen ortadan kaldırılmaması ancak kamu yararı gerekçeyle sınırlandırılmasıdır.<sup>134</sup> Mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruların büyük çoğunluğu üçüncü kural çerçevesinde yapılmaktadır. Konumuz olan taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma tedbiri ile müsadere, vergisel müdahaleler, idari ve adli para cezaları, sosyal güvenlik pozisyonlarından kaynaklanan talepler ve ruhsat/lisans iptalleri veya ruhsatın/lisansın uzatılmamasından kaynaklanan müdahaleler üçüncü kural çerçevesinde incelenmektedir. Bu çerçevede yapılan değerlendirmede tazminat ödenmesi gereklilik olarak aranmamakta, usuli güvencelerin yerine getirilmiş olması müdahalenin ihlal oluşturmadığı hususunda yeterli olmaktadır.<sup>135</sup>

Üç kural yaklaşımının hukuki önemi, müdahalenin ölçülü olup olmadığının incelenmesinde kıstas alınacak ölçütlerde kendisini göstermektedir. Buna göre, birinci kural olan mülkiyete saygı hakkına yönelik ve ikinci kural olan mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahalelerde

<sup>130</sup> Gemalmaz, s.114.

<sup>131</sup> Bkz. AİHM, Papamichalopoulos and Others/Yunanistan, 24/6/1993, B.No: 14556/89, p. 45.

<sup>132</sup> Guide, p.77-83; Gemalmaz, s.103; ayrıca bkz. AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, 20/9/2017, B.No: 2014/14195, p.51.

<sup>133</sup> Bkz. AYM, Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu, 16/2/2017, B.No: 2015/17451, p.49; AYM, Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, 18/10/2017, B.No: 2015/17510, p.49, 51.

<sup>134</sup> Guide, p.84-87; Gemalmaz, s.105.

<sup>135</sup> Gemalmaz, s.106.



tazminat gerekliliği yani Devletin tazminat ödemiş olması, müdahalenin ölçülü olarak değerlendirilmesinin neredeyse zorunlu bir koşulu iken; üçüncü kural olan mülkiyetin kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde ise tazminat gerekliliği aranmayabilmekte, usuli güvencelere riayet edilmesi müdahalenin ölçülü olduğu sonucunu doğurabilmektedir.<sup>136</sup> Bunun yanında, üç kural yaklaşımı kamu makamlarının takdir hakkının değerlendirilmesinde de dikkate alınmaktadır. Buna göre, kamu makamlarının takdir hakkı, üçüncü kural çerçevesinde incelenen müdahalelerde, ikinci kural çerçevesinde incelenen müdahalelere nazaran daha geniştir.<sup>137</sup>

## **b. Müdahalenin Kanunla Öngörülmesi**

Müdahalenin meşru olabilmesi için ilk olarak kanunla düzenlenmiş olması şartı aranır. Bunun için ulusal hukukta müdahaleyi düzenleyen bir kanun hükmü olmalı ve de müdahale kanun hükmünde düzenlendiği usul ve esasa göre yapılmalıdır. Aksi halde müdahalenin kanunilik koşulunu karşılamadığından bahisle ihlal kararı verilecektir.

Burada kanundan kasıt hem şekli hem de maddi anlamıyla kanundur. Şekli anlamda kanun, Parlamento tarafından usulüne uygun olarak kanun formunda çıkarılan genel ve soyut düzenlemedir. Maddi anlamda kanun ise içerik olarak hukuki belirlilik ilkesini karşılayan, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olan hukuki bir düzenlemedir.

Anayasa Mahkemesi, temel hakların ancak kanunla sınırlandırabileceğini düzenleyen Anayasa m. 13 hükmü ve mülkiyet hakkını düzenleyen m. 35 hükmü dolayısıyla şekli anlamda kanun anlayışına sıkı sıkıya bağlıdır. Tabii bu durum kanuna dayanılarak daha alt normatif düzenlemeler yapılmasına engel teşkil etmez. AİHM'ye göre ise yönetmelik gibi daha

<sup>136</sup> Gemalmaz, s. 101.

<sup>137</sup> Gemalmaz, s. 101; Ayrıca bkz. AYM, Mahmut Üçüncü Başvurusu, 13/07/2016, B.No: 2014/1017, p.70: "Anayasa ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete, mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyetten yoksun bırakmaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin..."

alt dereceli normatif düzenlemeler hatta içtihadı hukuk dahi kanunilik koşulunu karşılamaktadır.<sup>138</sup>

Maddi anlamda kanunilik anlamında ise her iki Mahkeme de aynı yaklaşıma sahiptir.<sup>139</sup> Buna göre mülkiyet hakkına müdahale eden kanuni düzenleme, hukuken belirli, erişilebilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır.<sup>140</sup> Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesini, “yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir” şeklinde tanımlamıştır.<sup>141</sup> AYM’nin tanımında da görüleceği üzere belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik unsurunu da içermektedir. Mülkiyet hakkı bakımından öngörülebilirlik koşulunun sağlanabilmesi için mülkiyet hakkı sahibi tarafından hangi koşulların gerçekleşmesi hâlinde mülkiyet hakkına müdahale edileceğinin önceden tahmin edilebilmesi/bilinebilmesi gerekmektedir.<sup>142</sup> Bu öngörme kanun metninin gerekirse hukuki yardım alınarak yorumlanması şeklinde olabileceği gibi hak sahibinin içtihadı yeknesaklık beklentisiyle de olabilecektir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren bir davada, aynı hukuki konuya ilişkin farklı, tutarsız kararların verilmesi, hak sahibini koşulları öngöremez duruma düşürerek hak kaybına uğramasına yol açabilir.<sup>143</sup>

<sup>138</sup> Guide, p.98.

<sup>139</sup> Gemalmaz, s.120.

<sup>140</sup> Bkz. AİHM, Beyeler/İtalya, 05/01/2000, B.No:33202/96, p.109.

<sup>141</sup> AYM, 28/2/2013, 2013/32 K, 2012/116 K, RG: 13.08.2013-28734.

<sup>142</sup> AYM, Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, 12/11/2014, B.No. 2014/6192, p.53.

<sup>143</sup> Gemalmaz, s. 326; ayrıca bkz. AYM, Murat Çevik 1 Başvurusu, 11/12/2014, B.No. 2013/3245, p.48-59; AYM, Narsan Plastik Sanayi Başvurusu, 20/04/2016, B.No. 2013/6842, p.77-92; AİHM, East West Alliance Limited/Ukrayna, 23/01/2014, B.No:19336/04, p.167.

### c. Müdahalenin Meşru Amaçla Yapılması

Mülkiyet hakkına yapılan müdahale kanunilik koşulunu karşılıyorsa ikinci olarak müdahalenin meşru bir amaçla yapıp yapılmadığı incelenir. Buna göre mülkiyet hakkını tamamen ortadan kaldıran ya da sınırlandıran müdahaleler meşru bir amaca hizmet etmelidir.

Meşru amaç, sınırlama ölçütleri dikkate alınarak tespit edilir. Bu ölçütler genellikle hem Anayasa hem de AİHS'nin temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerin ikinci fıkralarında hüküm altına alınmaktadır. Mülkiyet hakkının düzenleme altına alındığı Anayasa m. 35'de "kamu yararı" ve "toplum yararı", AİHS Ek 1 Nolu Protokol m. 1 hükmünde ise "kamu yararı" ve "genel yarar" şeklinde benzer iki sınırlama ölçütüne yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı bakımından bunların dışında bir sınırlama ölçütü mevcut değildir.

Kamu yararı, toplumun tüm üyelerinin çıkarını ifade eden, özel bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün gelen bir yarar olarak ifade edilir.<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından kamu yararı kavramı çok geniş yorumlanmakta, makul bir temelden açıkça yoksun düzenleme ve uygulamalar hariç<sup>145</sup>, kamu makamlarının takdir haklarına müdahale edilmemekte<sup>146</sup>, başvurucuların aksi yöndeki iddiaları dikkate alınmamaktadır.<sup>147</sup> AYM, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği<sup>148</sup>, çevrenin ve hayvanların korunması<sup>149</sup>, şehir planlaması<sup>150</sup>, kültür varlıkları

<sup>144</sup> AYM, 20/09/2000, 1999/46 E, 2000/25 K.

<sup>145</sup> AYM Yunis Ağlar Başvurusu, 20/03/2014, B.No: 2013/1239, p. 29; AYM, Nusrat Külah Başvurusu, 21/4/2016, B.No: 2013/6151, p. 56.

<sup>146</sup> AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013, B.No: 2013/817, p. 34-35.

<sup>147</sup> Gemalmaz, s.134; ayrıca bkz. AYM, Bayram Yusuf Aslan Başvurusu, 10/6/2015, B.No: 2013/4395, 10/6/2015, özellikle paras. 42, 74-75, 111.

<sup>148</sup> AYM, Yasemin Mutlu Başvurusu, 25/3/2014, B.No: 2013/1426, p.57, 59-60; AYM, Zekiye Şanlı Başvurusu, 26/6/2014, B.No: 2012/931, p. 58, 60-61; AYM, Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, 11/12/2014, B.No: 2012/928, p. 59, 61-62.

<sup>149</sup> AYM, Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 15/6/2016, B.No: 2014/1989, p.44-46; AYM, Mahmut Üçüncü Başvurusu, 13/07/2016, B.No: 2014/1017, p. 77-78; AYM, Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu, 28/09/2016, B.No. 2014/5167, p. 71-73.

<sup>150</sup> AYM, Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu, 27/6/2018, B.No: 2014/11026, p.40.

nın korunması<sup>151</sup>, suçla mücadelede müsadere ve el koyma tedbirleri<sup>152</sup>, vergisel müdahaleler<sup>153</sup>, ticari ve ekonomik hayatın düzenlenmesi<sup>154</sup> ve diplomatik yükümlülükler ve nezaket<sup>155</sup> konularındaki mülkiyet hakkına müdahaleleri meşru amaç kapsamında değerlendirmiştir. AİHM'de benzer şekilde sosyal ve ekonomik politikalar<sup>156</sup>, çevrenin korunması ve şehir planlaması<sup>157</sup>, ahlakın korunması ve suçla mücadele edilmesi<sup>158</sup>,

<sup>151</sup> AYM, Nağihan Beken Başvurusu, 12/7/2016, B.No:2014/9998, p.39-40; AYM, Arif Güven Başvurusu, 15/2/2017, B.No:2014/13966, p.54-56.

<sup>152</sup> AYM, Osman Bayrak Başvurusu, 25/2/2015, B.No:2013/3803, p. 69-70; AYM, Bekir Yazıcı Başvurusu, Genel Kurul, 17/12/2015, B.No: 2013/3044, p. 63-65; AYM, Kenan Ekşi Başvurusu, 9/9/2015, B.No: 2013/1262, p.52-53; AYM, Mahmut Üçüncü Başvurusu, 13/07/2016, B.No: 2014/1017, p.75-78; AYM, Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu, 28/09/2016, B.No: 2014/5167, p.69-73; AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, 20/09/2017, B.No. 2014/14195, p. 58-61; AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, 24/5/2018, B.No. 2015/17763, p.97-100.

<sup>153</sup> AYM, Gümüşdere İnşaat ve Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 16/4/2015, B.No. 2013/5016, p.58; AYM, Em Export Dış Ticaret A.Ş. Başvurusu (2), 5/4/2017, B.No:2014/10283, p.42; AYM, Ahmet Nuri Demirsoy ve Annita Demirsoy Başvurusu, 6/4/2017, B.No. 2014/12080, p.40; AYM, Hasibe Uysal Başvurusu, 5/7/2017, B.No. 2014/3975; AYM, A.N.A. Başvurusu, 20/9/2017, B.No. 2014/109, p.78.

<sup>154</sup> AYM, Ahmet Bal Başvurusu, 11/6/2018, B.No:2015/19400, p.45-46; AYM, Hidayet Metin Başvurusu, 6/4/2017, B.No: 2014/7329, p.43; AYM, Reyhan İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, 28/09/2016, B.No: 2014/17588, p.53; AYM, Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu, 20/07/2017, B.No: 2014/5659, p.40-41; AYM, Ohannes Tomarçı Başvurusu, 28/6/2018, B.No. 2015/18992, p.43; AYM, Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, 1/6/2016, B.No:2013/865, p.138-142; AYM, Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu, 23/3/2016, B.No:2013/4488; AYM, Züliye Öztürk Başvurusu, 14/9/2017, B.No: 2014/1734, p. 59-60; AYM, Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, Genel Kurul, 21/12/2017, B.No:2014/2267, p.68; AYM, Adalet Kayalıbaş Başvurusu, 10/5/2017, B.No:2014/11382, p.59-60; AYM, Osman Sevinç ve Antranik Marancıoğlu Başvurusu, 20/7/2017, B.No:2014/12075, p.40; AYM, Döndü Demir Başvurusu, 14/4/2016, B.No: 2013/4193, p.73.

<sup>155</sup> AYM, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, 2/2/2017, B.No: 2014/1546, p.64.

<sup>156</sup> AİHM, Ziegler/Avusturya, 17/011/1996, B. No.18882/91, p.3; AİHM, Burrows/Birleşik Krallık, 27/11/1996, B.No:27558/95, p.2.

<sup>157</sup> AİHM, Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others/Yunanistan, 13/07/2006, B.No: 35859/02, p.38-39; AİHM, Matos e Silva Lda and others v. Portekiz, 16/9/1996, B.No:15777/89; AİHM, Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others/Portekiz, 11/01/2000, B.No.:29813/96 and 30229/96, p.43; AİHM, Posti and Rahko/Finlandiya, 24/9/2002, B.No: 27824/95, p.77.

<sup>158</sup> AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, 7/12/1976, B.No: Series A No. 24; AİHM, M./Almanya, 6/3/1984, B. No:10307/83, p.4; AİHM, AGOSI/Birleşik Krallık, 24/10/1986, B.No: 9118/80, p.51; AİHM, Ali Esen/Türkiye, 24/7/2007, B.No: 74522/01, p.31; AİHM, Viktor Kononov/Rusya, 24/5/2007, B.No:43626/02, p.41.

vergi tahsili<sup>159</sup>, diplomatik bağışıklıklar<sup>160</sup>, kamu güvenliği<sup>161</sup> ile ulusal güvenliğin sağlanması<sup>162</sup> ve ekonomik hayatın korunması<sup>163</sup> hususlarında mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri meşru amaç kapsamında değerlendirmiştir.<sup>164</sup>

#### **d. Müdahalenin Ölçülülük İlkesine Uygun Olması**

Mülkiyet hakkına yapılan müdahale, kanuna uygun ve meşru bir amaçla yapılmışsa son olarak müdahalenin ölçülü olup olmadığına bakılır.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden bir tanesi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu ilke, AİHM'nin müdahale olup olmadığına ilişkin incelemesinde başvurduğu son kriterdir.

Ölçülülük ilkesi<sup>165</sup> kısaca, araçla amaç arasındaki ilişkiyi ifade eder ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşur. Buna göre; ölçülülük ilkesinden bahsedebilmek için, kullanılan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli, sınırlama amacı bakımından gerekli (zorunlu) ve sınırlama amacıyla ölçülü bir oran içinde bulunması gereklidir.<sup>166</sup> Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu doğrultudadır.<sup>167</sup>

<sup>159</sup> AİHM, Jokela/Finlandiya, 21/5/2002, B.No:28856/95, p.57-60, 61-64.

<sup>160</sup> AİHM, M./İtalya, 7/10/1991, B.No:14563/89.

<sup>161</sup> AİHM, Amanda Bullock/Birleşik Krallık, 16/01/1996, B.No: 29102/95, p.4.

<sup>162</sup> AİHM, Cevat Işık/Türkiye, 29/11/1995, B.No:24128/94, p.1.

<sup>163</sup> AİHM, Smith Cline and French Laboratories LTD/Hollanda, 4/10/1990, B.No:12633/87, AİHM, Paeffgen GMBH/Almanya, 18/9/2007, B.Nos:25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, p.1; AİHM, Luordo/İtalya, 17/7/2003, B.No:32190/96, p.68.

<sup>164</sup> Guide, p.102-111.

<sup>165</sup> Ölçülülük ilkesi hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.

<sup>166</sup> Özbudun, s.113.

<sup>167</sup> AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013, B.No. 2013/817, p. 38-39.

AİHM ise ölçülülük ilkesine araç ile amaç arasındaki “adil bir denge” olarak yaklaşmakta<sup>168</sup>, müdahalede kullanılan araç ile müdahale amacı arasında makul bir denge olmasını aramaktadır. Mülkiyet hakkı özelinde ise malikin amaçla orantısız bir şekilde aşırı külfet altına sokulduğu durumda bu denge bozulacaktır.<sup>169</sup>

Aralarındaki yaklaşım farkına karşın her iki Mahkeme'nin ölçülülük ilkesinin denetlenmesinde takip ettikleri metodoloji aynıdır.<sup>170</sup> Buna göre; birinci (mülkiyete saygı) ve ikinci kuralın (mülkiyetten yoksun bırakma) uygulandığı müdahalelerde tazminat verilmesi bir zorunluluk olarak aranmaktadır. Üçüncü kural (mülkiyet hakkının kullanımının kontrolü) kapsamında ise usuli güvenceler, iyi yönetim ilkesi, müdahale süresinin makullüğü, başvurucunun özeni, zararın miktarı ve müdahalenin ayrımcı karakteri gibi unsurlar dikkate alınmaktadır.<sup>171</sup> Ölçülülük ilkesinin incelenmesinde dikkate alınan bu unsurların incelenmesinde fayda vardır.

### a. Tazminat

Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olabilmesi, malikin varlığında meydana gelen eksilme karşılığında, makul bir tazminat verilmesiyle sağlanabilmektedir. Böylece malikin malvarlığında eksilme olmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> Guide, p.112; Gözübüyük/Gölcüklü, s.145; ayrıca bkz. AİHM, Beyeler/İtalya, 05/01/2000, B.No:33202/96 p.107.

<sup>169</sup> Bkz. AİHM, Sporrong and Lönnroth/İsveç, 23/09/1982, B.Nos. 7151/75 ve 7152/75, p. 69, 73; AİHM, Akkuş/Türkiye, 23/10/1997, B.No. 19263/92, p.27; AİHM, Allard/İsveç, 24/6/2003, B. No: 35179/97, p. 54; AİHM, Ghigo/Malta, 26/9/2006, B.No: 31122/05, p.61.

<sup>170</sup> Gemalmaz, s. 142.

<sup>171</sup> Guide, p.121-150; Gemalmaz, s. 142.

<sup>172</sup> Guide, p.138; Gemalmaz, s. 143; ayrıca bkz. AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013, B.No: 2013/817, p.40; AİHM, Holy Monasteries/Yunanistan, 9/12/1994, B.Nos: 13092/87 ve 13984/88, Case No. 10/1993/405/483-484, p.70-71

Makul bir tazminat verilmeksizin kişinin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi, ölçüsüz bir müdahale teşkil ederek hakkın ihlaline yol açabilir.<sup>173</sup>

Her iki Mahkeme'nin genel eğilimi olarak, birinci ve ikinci kural kapsamında yapılan müdahalelerde tazminat verilmesi zorunlu bir unsur olarak aranmakta iken; üçüncü kural kapsamında yapılan müdahalelerde bu durum zorunlu bir koşul olarak aranmamaktadır.<sup>174</sup> Ancak AİHM, son dönem kararlarında, "üç kural arasındaki bütünsellik" ilkesinden yola çıkarak, üçüncü kural kapsamındaki müdahalelerde de tazminat zorunluluğunu aramaktadır.<sup>175</sup> Buna karşın AYM ise üç kural yaklaşımını uygulamaya devam etmekte, üçüncü kural kapsamında yapılan müdahalelerde tazminat verilmesini bir zorunluluk olarak aramaktadır.<sup>176</sup>

Tazminat bedeli, kural olarak müdahale konusu malın piyasa değerine karşılık gelen bedeldir.<sup>177</sup> Ancak kamu yararı gerekçesiyle, malın piyasa değerinin altında belirlenen tazminatlar, ölçülülük ilkesine aykırı bulunmamaktadır.<sup>178</sup>

<sup>173</sup> Bkz. AİHM, Köktepe/Türkiye, 22/7/2008, B.No: 35785/03; AİHM, Cin ve diğerleri/Türkiye, 10/11/2009, B.No: 305/03; AİHM, Turgut ve diğerleri/Türkiye, 8/7/2008, B.No: 1411/03; AİHM, Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş./Türkiye, 10/3/2009, B.No:45651/04; N.A. ve diğerleri/Türkiye, 11/9/2005, B.No:37451/97; AİHM, Abacı/Türkiye, 7/9/2008, B.No:33431/02; AİHM, Terzioğlu ve diğerleri/Türkiye, 16/12/2008, B.Nos. 16858/05, 23953/05, 34841/05, 37166/05, 19638/06 ve 17654/0; AİHM, Papastavrou ve diğerleri /Yunanistan, 10/4/2003, B.No:46372/99, p.36-37; AİHM, Katsoulis ve diğerleri/Yunanistan, 8/7/2004, B.No: 66742/01, p.33-35; AİHM, Housing Association of War Disabled ve Victims of War of Attica ve diğerleri/Yunanistan, 13/7/2006, B.No. 35859/02, p.38-39; AİHM, Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis/Yunanistan, 21/2/2008, B.No: 35332/05; Devecioğlu/Türkiye, 13/11/2008, B.No:17203/03, p.37-41; AİHM, Çetiner ve Yüçetürk/Türkiye, 22/9/2009, B.No:24620/04; AİHM, Süleyman Baba/Türkiye, 23/3/2010, B.No:2150/05; AYM, Melahat Altın ve Filiz Freifrau Von Thermann Başvurusu, 8/12/2016, B.No:2014/11408; AYM, Sefa Koşar Başvurusu, 10/5/2018, B.No:2015/18352.

<sup>174</sup> Gemalmaz, s.150.

<sup>175</sup> Bkz. AİHM, Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, 13/12/2007, B.No: 40998/98, p.96, 99-101; AİHM, Vekony/Macaristan, 13/1/2015, B.No:65681/13, p.33-37.

<sup>176</sup> Gemalmaz, s.152.

<sup>177</sup> Bkz. AİHM, Scordino v. Italy, 29/3/2006, B.No:36813/97, p.96; AYM, Selma Arıcan Başvurusu, 21/5/2015, B.No:2013/7841, p. 47, 49-50; AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013, B.No:2013/817, p. 41, 43.

<sup>178</sup> Bkz. AİHM, Holy Monasteries/Yunanistan, 9/12/1994, B.Nos: 13092/87 ve 13984/88, Case No. 10/1993/405/483-484, p.70-71; AİHM, Pincova ve Pinc/Çek Cumhuriyeti, 5/11/2002,

## b. Usuli Güvenceler ve İyi Yönetişim İlkesi

Üçüncü kural kapsamında mülkiyet hakkının kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde, müdahale ile amaç arasındaki dengeyi sağlayan unsur, usuli güvencelerdir.<sup>179</sup> Burada malikin mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmadığı, kamu yararı amacıyla kullanımı geçici olarak sınırlandırıldığı için, yukarıda ifade edildiği üzere tazminat verilmesi zorunlu bir koşul olarak aranmamaktadır.

Usuli güvenceler, malikin etkili idari ve yargısal yollara başvuru hakkına sahip olmasıdır.<sup>180</sup> Buna göre malik, yapılan müdahaleyle ilgili olarak, ilgili ve yetkili mercie başvurabilme, iddialarını ileri sürebilme ve bunlara karşı cevap alabilme hakkına sahip olmalıdır.<sup>181</sup>

Anayasa Mahkemesi kararlarında usuli güvencelerin dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin İmar Bankası'nın TMSF'ye devri sebebiyle kesinleşen alacağını tahsil etme imkânı ortadan kalkan şirketin başvurusunda Mahkeme, başvuru şirkete TMSF tarafından yürütülen işlemlere katılma veya itiraz etme imkânı tanınmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>182</sup>

Usuli güvenceler, özellikle müsadere ve el koyma tipi müdahalelerde, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir. AYM, müsadere tipi müdahalelerde, suçun/kabahatin hukuki konusu, suçun/kabahatin toplumdaki etkisi ve faile sağladığı yarar, malikin tasarrufu/davranışı ve özeni ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve kamu makamlarının tasarrufları, iyi niyetli malikin eş-

B.No:36548/97, p.53; AİHM, Scordino/İtalya, 29/3/2006, No. 1, B.No: 36813/97, p.97-98; AİHM, Velikovi ve diğerleri/Bulgaristan, 15/3/2007, B.Nos:43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, 194/02, p.181-182; AİHM, Bistrovic/Hırvatistan, 31/5/2007, B.No:25774/05, p.34; AİHM, Gashi/Hırvatistan, 13/12/2007, B.No: 32457/05, p.41; AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, 19/12/2013 B.No:2013/817, p.39.

<sup>179</sup> Gemalmaz, s.160.

<sup>180</sup> Gemalmaz, s.160.

<sup>181</sup> Guide, p.121-123; Gemalmaz, s. 160.

<sup>182</sup> Bkz. AYM, Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat Ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, 1/6/2016, B.No:2013/865.



yayı geri kazanabilme olanağı veya bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi olanağı unsurlarını dikkate alarak müdahalenin ölçülü olup olmadığına karar vermektedir.<sup>183</sup>

AYM, el koyma tipi müdahalelerde de usuli güvenceleri ölçülülük ilkesi bağlamında aramaktadır. Buna göre, malikin itiraz hakkı, amaç ile el konulan malvarlığı değeri arasındaki orantı, malikin davranışları ve özeni ile kanunun ihlali arasında uygun illiyet bağı olması, malik iyi niyetli olmasına rağmen el koyma tedbirine başvurulmuşsa malikin el konulan malvarlığını geri alma veya zararının tazminini imkânına sahip olması ve de tedbirin süresi, ölçülülük ilkesinin takdirinde dikkate alınan usuli güvencelerdir.<sup>184</sup>

Usuli güvenceler bakımından önemli bir konu da tebligat hususudur.<sup>185</sup> Mülkiyet hakkına müdahale edilen malikin, yetkili makamlarca, usulüne uygun bir şekilde, durumdan haberdar edilmesi ya da bilgilendirilmesi, iddia ve savunma hakkının kullanımı ve hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi bakımından son derece önemlidir.<sup>186</sup>

Usuli güvencelerin bir alt kategorisi ise iyi yönetim ilkesi olarak adlandırılan, kamu makamlarının her durumda uygun ve tutarlı bir şekilde davranmaları gerekliliğidir.<sup>187</sup> Buna göre, kamu makamlarının ha-

<sup>183</sup> Bkz. AYM, Bekir Yazıcı Başvurusu, Genel Kurul, 17/12/2015, B.No: 2013/3044, p. 71, 74; AYM, Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu, 28/09/2016, B.N: 2014/5167, p. 86, 88; AYM, Mahmut Üçüncü Başvurusu, 13/07/2016, B.No: 2014/1017, p. 83, 88.

<sup>184</sup> Bkz. AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, 20/09/2017, B.No: 2014/14195, p.66-67; AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, 24/5/2018, B.No: 2015/17763, p.105-106; AYM, *Üças Gıda Pazarlama ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, 6/12/2017, B.No. 2014/16633, p.71-73; AİHM, AGOSI/Birleşik Krallık, 24/9/1986, B.No: 9118/80, p.55; AİHM, Air Canada/Birleşik Krallık, 5/5/1995, Case No. 9/1994/456/537, p. 6, 41, 44, 46; AİHM, Yıldırım/İtalya, 10/4/2003, B.No: 38602/02; AİHM, Günter Schmelzer/Almanya, 12/12/2000, B.No: 45176/99, p.2; Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, 13/12/2007, B.No: 40998/98, p.97-98; AİHM, B.K.M. Lojistik Taşımacılık Ticaret Limited Şirketi/Slovenya, 17/1/2017, B.No: 42079/12; AİHM, Capital Bank AD/Bulgaristan, 24/11/2005, B.No: 49429/99; AİHM, Yaşar Holding/Türkiye, 4/4/2017, B.No: 48642/07; aksi yönde bir karar için bkz. AYM, Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu, 23/03/2016, B.No: 2013/4488.

<sup>185</sup> Gemalmaz, s.171.

<sup>186</sup> Bkz. AYM, Züliye Öztürk Başvurusu, 14/9/2017, B.No: 2014/1734, p.68-76; AİHM, Mörel/Türkiye, 14/6/2007, B.No:33663/02, p.41-50.

<sup>187</sup> Gemalmaz, s.179.

talı, keyfi ya da tutarsız davranışları sonucu mülkiyet hakları ihlal edilen maliklerin, zararlarının tazmin edilmesini isteme hakları vardır.<sup>188</sup>

AYM ise iyi yönetim ilkesini, “İyi yönetim, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir” şeklinde tanımlamıştır.<sup>189</sup> AYM’ne göre hatalı işlemin düzeltilmesi sırasında mülkiyet hakkına müdahale edilen kişiye aşırı külfet yüklenmemelidir. AYM, hatalı işlemde sebebiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde, hatalı işlemde idarenin payı, idarenin hatalı işlem karşısındaki tutumu, işlemin fark edilmesinde geçen süre, hatalı işlemin düzeltilmesinde takip edilen yöntem ile hatanın sorumluluğunu paylaşırma ve muhataba ceza uygulaması hususlarını dikkate almaktadır.<sup>190</sup>

### c. Malikin Zararının Katlanabilir Olması

Müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde zararın katlanabilir olup olmaması da önemli bir rol oynar.<sup>191</sup> Özellikle üçüncü kural kapsamında kontrol tipi müdahalelerde bu husus önem kazanır. Bu aşamada müdahaleyle ulaşılmak istenilen kamu yararı ne kadar önemliyse malvarlığında meydana gelen azalmaya da o oranda

<sup>188</sup> Bkz. AİHM, Gashi/Hırvatistan, 13/12/2007, B.No: 32457/05, p.38-40; AİHM, Pincova ve Pinc/Çek Cumhuriyeti, 5/11/2002, B. No: 36548/97, p.53; AİHM, Beyeler/İtalya, 05/01/2000, B.No:33202/96, p. 17-122; AİHM, Stretch/Birleşik Krallık, 24/6/2003, B.No: 44277/98, p. 40-41; Dacia S.R.L./Moldova, 18/3/2008, B.No: 3052/04, p.63-66; Megadat.Com SRL/Moldova, 8/4/2008, B.No: 21151/04, p.70-72; AİHM, Jokela/Finlandiya, 21/5/2002, B.No: 28856/95, p.61, 65; AİHM, Ukraine-Tyumen/Ukrayna, 22/11/2007, B.No: 22603/02, p.58; AİHM, N.K.M./Macaristan, 14/5/2013, B.No: 66529/11, p. 65-76; AİHM, Draon/Fransa, 6/9/2005, B.No: 1513/03, p. 83-85; AİHM, Maurice/Fransa, 6/9/2005, B. No: 11810/03, p. 91-93.

<sup>189</sup> AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, 3/4/2014, B.No: 2013/711, p. 68; AYM, Tevfik Baltacı Başvurusu, 9/3/2016, B.No: 2013/8074, p.70.

<sup>190</sup> Gemalmaz, s. 183; ayrıca bkz. AYM, Kırca Mühendislik Başvurusu, 29/09/2016, B.No: 2014/6241, p. 75-76; AYM, Tevfik Baltacı Başvurusu, 9/3/2016, B.No: 2013/8074, p. 71; AYM, Uğur Ziyaretli Başvurusu, 15/2/2017, B.No: 2014/5724, p. 65, 67; AYM, Necdet Çetinkaya Başvurusu, 24/3/2016, B.No: 2013/7725, p. 70-73; AYM, Fatma Ülker Akkaya Başvurusu, 22/2/2018, B.No: 2014/17809; AYM, Ayten Yeğenoğlu Başvurusu, 23/5/2018, B.No: 2015/1685, p. 51-59; AYM, Suzi Alyüz Başvurusu, 20/4/2016, B.No: 2013/679, p. 60-63.

<sup>191</sup> Gemalmaz, s. 185.

katlanılması gerektiği savunulur.<sup>192</sup> Bunun yanında, değerlendirme yapılırken malikin ve ailesinin ekonomik durumu<sup>193</sup>, malvarlığının malikin ve ailesinin geçiminde oynadığı rol<sup>194</sup>, malvarlığında azalma olan kişilerin sağlık durumları<sup>195</sup> da dikkate alınır. Buna karşın malikin uğradığı zarara karşı kamu yararının orantısız kaldığı durumda ise müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar verilir.<sup>196</sup>

#### **d. Mülkiyet Hakkıyla Bağlantılı Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**

AIHM, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirmesinde, ayrımcılık yasağını (AIHS m. 14) da dikkate almaktadır.<sup>197</sup> Ayrımcı muamele, objektif ve makul bir gerekçeye dayanmayan farklı muameledir.<sup>198</sup> Mahkeme bu tarz muameleleri ölçülülük ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir.<sup>199</sup>

AYM ise ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini (Anayasa m. 10), AIHS'nde düzenlenen bir hakla bağlantı kurulduğu takdirde incelemek, aksi halde koruma dışında bırakmaktadır.<sup>200</sup> AYM, ayrımcılık iddiası karşısında, amacın önemi, ayrımcı müdahalenin başvuruçunun mülkiyet hakkına müdahalesinin ağırlığı, ayrımcı müdahalenin amaca ulaş-

<sup>192</sup> Gemalmaz, s. 185; ayrıca AYM'nin malvarlığına yapılan müdahaleyi ölçülülük ilkesine aykırı bulmadığı kararları için bkz. Orhan Gürel Başvurusu, 24/5/2018, B.No: 2015/15358, p. 62-63; Yasemin Mutlu Başvurusu, 25/3/2014, B.No: 2013/1426, p. 60-62; Zekiye Şanlı Başvurusu, 26/6/2014, B.No: 2012/931, p. 61-63; *Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, 11/12/2014, B.No: 2012/928, p. 62-64; Adnan Alver Başvurusu, 9/11/2017, B.No: 2014/5800, p. 57-60; Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu, 20/07/2017, B.No: 2014/5659, p. 48-50.

<sup>193</sup> AIHM, Gashi/Hırvatistan, 13/12/2007, B.No: 32457/05, p. 41-42.

<sup>194</sup> AIHM, Devocioğlu/Türkiye, 13/11/2008, B.No: 17203/03, p.40.

<sup>195</sup> AIHM, Scollo/İtalya, 28/9/1995, B.No: 19133/91, p. 17, 38; AIHM, Poltorachenko/Ukrayna, 18/01/2005, B.No: 77317/01, p. 45.

<sup>196</sup> Bkz. AIHM, Donprut S.R.L./Moldova Cumhuriyeti, 21/7/2015, B.No: 45504/09, p. 24-26.

<sup>197</sup> Gemalmaz, s.189.

<sup>198</sup> Gemalmaz, s.189.

<sup>199</sup> Bkz. Kjartan Asmundsson/İzlanda, 12/10/2004, p.43; Megadat.Com SRL/Moldova, 8/4/2008, B.N: 21151/04, p. 75-78; Pine Valley Developments Ltd. ve diğerleri/İrlanda, 29/11/1991, Series A No. 222, p. 61-64; Cassar/Malta, 30/01/2018, B.No: 50570/13, p. 77-82.

<sup>200</sup> AYM, Ahmet Teyit Keşli Başvurusu, 18/9/2014, B.No: 2013/2237, p. 31-35; Hasan Kara Başvurusu, 18/9/2014, B.No: 2013/3170, p. 34-36.

mada uygun ve elverişli olup olmadığı, hak sahibinin mağduriyetinin giderilmesi için Devlet tarafından önlem alınıp alınmadığı gibi hususları denetlemektedir. Mahkeme ayrıca, kamu yararı güden müdahalenin, makul olanın ötesinde geniş veya bazı kişilere aşırı yük yükleyip yüklemediğini tespit etmeye çalışmaktadır.<sup>201</sup>

## **B. MALVARLIĞI DEĞERİ ELDE ETMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR KAPSAMINDA TEDBİRE BAŞVURULMASININ MÜLKİYET HAKKINA OLAN ETKİSİ**

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri, mülkiyet mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgilidir. AİHM ve AYM' nin inceleme yöntemi esas alınarak, malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlarla ilgili olarak tedbire başvurulmasının mülkiyet hakkına müdahale edip etmediği hususu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

### **a. Haktan Yararlananlar (Hakkın Öznesi)**

Hakkın öznesi, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbirine muhatap olan gerçek kişilerdir.

### **b. Hakkın Maddi Konusu (Hakkın Subjesi) ve Meşru Beklenti**

Hakkın maddi konusu, tedbire konu olan taşınmaz, hak ve alacaklar ve bunlara ilişkin meşru beklentilerdir.

### **c. Müdahalenin Varlığı ve Türü**

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin, hakkın kullanımını kontrol altına almak suretiyle mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı şüphe yoktur.

Müdahalenin varlığının tespitinden sonra ikinci aşamada müdahalenin türü, yani yukarıda bahsedilen üç kural yaklaşımından hangisine

<sup>201</sup> Bkz. AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 01/02/2018, B.No: 2015/6728, p. 84-113.

girdiği hususunun tespitine çalışılacaktır. Bunun önemi kendisini ölçü- lülük ilkesinde göstermektedir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

Burada inceleme konusu tedbir, mülkiyet hakkını tamamen orta- dan kaldırmadığı, yalnızca geçici olarak kullanımını Devlet tarafından kontrol altına aldığı için mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak da ad- landırılan üçüncü kural kapsamında değerlendirilebilir (P1-1-2). AYM ve AİHM, el koyma tedbirini üçüncü kural kapsamında değerlendirmekte- dir.<sup>202</sup> Nitekim tedbirin uygulanmasıyla maliklerin malvarlığı üye- rindeki mülkiyet hakları tamamen ortadan kaldırılmamakta, yalnızca kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmaktadır. Böylece malikler tedbir sona erene kadar tedbire konu malvarlığı değeri üzerinde tasarruf hakla- rını kullanmamaktadır. Dolayısıyla mülkiyetten yoksun bırakma, mül- kiyetin fiilen ve hukuken nakli, söz konusu olmadığından tedbir, ikinci kural kapsamında değerlendirilemez.

#### **d. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı Hususu**

Müdahalenin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu ortaya konulduktan sonra ikinci aşamada müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği hususu incelenecektir.

##### **(1) Kanunilik İlkesi Bakımından**

Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda yapılan ilk inceleme, müdahalenin şekli ve maddi anlamda kanunla yapıp yapılmadığıdır.

İnceleme konusu suçlarla ilgili olarak taşınmazlara, hak ve alacak- lara el koyma tedbirinin uygulanabileceği CMK m. 128'de düzenleme altına alındığından, kanunilik unsurunun mevcut olduğu ifade edilmeli- dir.

<sup>202</sup> Bkz. AİHM, İslamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, 13/03/2008, B.No:40998/98, p.87; AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, 07/12/1976, B.No:5493/72, p.61-61; AGOSI/Birleşik Krallık, 11/10/1984, B.No:9118/80, p.51; AİHM, Saccocia/Avusturya, 18/12/2008, B. No: 69917/01, p.86; AİHM, Yıldırım/İtalya, 10/4/2003, B.No: 38602/02; AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, 20/09/2017, B.No: 2014/14195, p.52.

Ancak tedbirinin amacının, belirli suçların, özellikle de organize ve örgütlü suçların, işlenmesiyle elde edilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin müsaderesine imkân sağlamak olduğu ve de tedbire başvurabilmek için bahse konu malvarlığı değerlerinin maddede sayılan suçların işlenmesiyle elde edildiğine dair somut delille dayalı kuvvetli şüphe sebebi bulunmasının gerekli olduğu (CMK m.128/1) dikkate alındığında; işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçların, suç kataloğuna dâhil edilmesinin teknik hukuk bakımından bir izahı bulunmamaktadır.<sup>203</sup> Nitekim tedbir, yargılama konusu suç her ne olursa olsun, bir suçun işlenmesiyle herhangi bir ilgisi bulunmayan malvarlığı değerlerine el konulmasına asla izin vermemektedir.<sup>204</sup> Bu düzenleme, bu suçların varlığı bahanesiyle malvarlığı değerlerine el koyma imkânı sağlamakta<sup>205</sup> ve kanaatimce tedbirin amacıyla da bağdaşmamaktadır.

Burada kanun koyucunun, Anayasa ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olduğu, düzenlemenin kamu yararına uygun olup olmadığının takdir edilmesinin de kanun koyucuya ait olduğu, haklı olarak, ifade edilebilir.<sup>206</sup> Ancak atıf yapılan kararda da ifade edildiği üzere, düzenlemenin öncelikle Anayasa'ya, ikinci olarak da kamu yararına uygun olması gerekmektedir. İnceleme konumuz olan suçlar dolayısıyla tedbire başvurulması ise ölçülülük ilkesine (Anayasa m. 13) ve kamu yararına uygun değildir. Bu iki konu aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

## (2) Meşru Amaç İlkesi Bakımından

Mülkiyet hakkının sınırlanması ancak kamu yararı, toplum yararı veya genel yarar (Anayasa m. 35 ve AİHS ek 1 Nolu Protokol m. 1) amacıyla yapılırsa “meşru amaç ilkesi”ne uygun olduğu ifade edilebilir. Ta-

<sup>203</sup> Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.348 dn. 433; Yenidünya/İçer, s.424.

<sup>204</sup> Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 101.

<sup>205</sup> Yenidünya/İçer, s.424.

<sup>206</sup> AYM, 29/3/2017, 2016/168 E, 2017/82 K.

şınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin “meşru amaç ilkesi”ne uygunluğu da bu amaçlardan birisiyle icra edilmesine bağlıdır.

Tedbirin kendisi, bütünü itibariyle, suçla mücadele bakımından kamu yararına uygundur. Nitekim tedbirin uygulanmasıyla kazanç müsadereğine konu malvarlığı değerlerinin müsadereci mümkün hale gelmekte ve böylece bu tür eşyanın mahkûmiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmaması, suçtan gelir elde edilmemesi, ayrıca suçla ilgili veya bizzati suç teşkil eden eşyanın ülke ekonomisi, kamu düzeni ve güvenliği ile toplum ve çevre sağlığı bakımından arz ettiği tehlike önlenerek, suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması ve tehlikelilik arz eden suçla konu mülkün kullanımının ve dolaşımının engellenmesi hedeflenerek suçla mücadele edilmesi amaçlanmaktadır<sup>207</sup>.

Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, tedbirin uygulanmasının şartlarından birisi de katalogta yer alan suçların işlenmesi sonucunda malvarlığı değeri elde edilmesinin gerekli oluşudur. Bu çerçevede, katalogta yer alan ve işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar bakımından tedbire başvurulması, öncelikle tedbirin amacına ve özüne aykırıdır. Bunun yanında, bu suçların işlenmesiyle malvarlığı değeri elde edilmesi mümkün olmadığından suçla mücadele edilmesi de söz konusu değildir. Çünkü tedbir suçla başlayan malvarlığı değerleri için değil maliklerin kişisel malvarlıkları için uygulanmaktadır. Kaldı ki hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi'nin içtihadıyla ortaya konulduğu üzere, tedbire kamu yararı amacıyla başvurulduğu kabul edilse dahi tedbirin bizzat uygulanmasında da kamu yararı bulunması gereklidir.<sup>208</sup> Dolayısıyla bu suçlar bakımından tedbire başvurulması, meşru amaç ölçütünü karşılamamaktadır.

<sup>207</sup> AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, 24/5/2018, B.No: 2015/17763, p.97; Bekir Yazıcı [GK], 17/12/2015, B. No: 2013/3044, p.64; Mahmut Üçüncü, 13/7/2016, B. No: 2014/1017, p.76; Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu, 28/9/2016, B. No: 2014/5167, p.69.

<sup>208</sup> Bkz. AİHM, Motais de Norbonne/Fransa,02/7/2002, B.No:48261/99, p.20; AYM, Nusrat Külah Başvurusu, 21/4/2016, B.No: 2013/6151, p. 65.

### (3) Ölçülülük İlkesi Bakımından

Ölçülülük ilkesine her iki Mahkeme'nin bakışı yukarıda ifade edilmişti. Burada konumuzla ilgili olarak, her iki Mahkeme'nin ölçülülük ilkesinin denetlenmesinde takip ettiği metodoloji dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere ölçülülük ilkesi, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin bireyin menfaatleri ile kamu yararı arasında adil bir dengede olmasıdır. Adil dengenin bozulmaması için de suça konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması gerekmektedir.<sup>209</sup> Bu çerçevede, katalogda yer alan ve işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlardan yargılanan maliklerin tedbire konu kişisel malvarlıkları, suç işlenmesi sonucu elde edilmemiştir. Dolayısıyla, suça konu eşyaya malik olma bakımından, bunların davranışları ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu durum malikin, herhangi bir illiyet bağı olmaksızın aşırı bir külfet altına sokulmasına neden olarak, adil dengeyi bozmakta ve böylece ölçülülük ilkesini de ihlal etmektedir.<sup>210</sup>

Ayrıca, ülkemizde yargılamaların uzunluğu dikkate alındığında, tedbirin yargılamanın sonuna kadar uygulanması ve hatalı bir uygulama olarak da inceleme konusu suçlar bakımından, maliklerin kişisel malvarlıklarının tamamına el konulması, maliklerin ve ailelerinin malvarlıklarını tasarruf edebilme imkânını engellemekte,<sup>211</sup> böylece malikin zararı

<sup>209</sup> AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, 24/5/2018, B.No: 2015/17763, p.105; Bekir Yazıcı [GK], 17/12/2015, B. No: 2013/3044, p.31-80.

<sup>210</sup> Bkz. AİHM, B.K.M. Lojistik Taşımacılık Ticaret Limited Şirketi/Slovenya, 17/1/2017, B.No: 42079/12, p.45, 52: Başvuran şirketin kamyonuna uyuşturucu taşımacılığı yaptığı gerekçesiyle elkonulması ve sonrasında müsadere edilmesi olayında Mahkeme, şirket ile aracın müsadere edilmesine neden olan suç arasındaki bağlantının veya şoförünün hukuka aykırı faaliyetlerinden şirketin haberdar olup olmadığının ortaya konulması gerektiğini ifade ederek (p.45), bunun ortaya konulamaması dolayısıyla başvuran şirket aleyhine aşırı yük yüklenmesi sebebiyle "adil denge"nin bozulduğu gerekçesiyle Ek Protokol m.1'in ihlal edildiğine karar vermiştir (p.52).

<sup>211</sup> Bkz. AİHM, Islamic Republic of İnan Shipping Lines/Türkiye, 13/12/2007, B.No:40998/98, p.99-100: Başvuru konusu olayda, Türkiye Devleti, başvurucu tarafından kiralanan Kıbrıs uyruklu gemiye, silah kaçakçılığı şüphesiyle Ekim 1991 tarihinde elkoymuştur. Mahkeme, gemiye içindeki kargoyla birlikte bir yılı aşkın bir süre elkonulmasını keyfi bularak "adil denge"nin bozulduğu gerekçesiyle Ek Protokol m.1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.



hem kendisi hem de ailesi için katlanılamaz bir hal alarak ölçülülük ilkesi ihlal edilmektedir.

## SONUÇ

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri, belirli suçların, özellikle de organize ve örgütlü suçların, işlenmesiyle elde edilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin müsaderesine imkân sağlanmak amacıyla başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Tedbire başvurulabilmesi için, maddede sayılan katalog suçlardan birisinin işlendiğine ve el konulacak taşınmaz, hak ve alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair somut delile dayalı kuvvetli şüphe bulunması zorunludur. Ancak suç kataloğunda, işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar da bulunmakta ve bu durum mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerden birisi olan mülkiyet hakkı, kişinin malı üzerindeki egemenliğinin hukuk tarafından koruma altına alınması ve buna dayanarak sahip olduğu isteme yetkisidir. Bu hak hem kişinin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına alarak hem kişiye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratır hem de emeğinin karşılığını güvence altına almakla kişiye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunar hem de ülke ekonomisinin gelişmesini sağlar. Bu denli önemli olan mülkiyet hakkı hem Anayasa (m. 35) hem de AİHS’de ( Ek 1 Nolu Protokol m. 1) koruma altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, mülkiyet hakkına yönelik başvurular incelenirken, ilk olarak başvuru bu hakka sahip olup olmadığı, ikinci olarak başvuru konusu hakkın mülkiyete ilişkin olup olmadığı, üçüncü olarak mülkiyet hakkına müdahale edilip edilmediği ve son olarak da yapılan müdahalenin hakkı ihlal edip etmediği hususları değerlendirilir. Hakka müdahale edilip edilmediği hususu değerlendirilirken de müdahalenin; kanunla yapılarak yapılmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı incelenir. Bunlardan birisine aykırılık halinde ise hakkın ihlal edildiği sonucuna varılır.

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbiri, tedbire konu malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımını kontrol altına aldığından mülkiyet hakkına doğrudan müdahale etmektedir. Yapılan müdahale, mülkiyetin kullanımını kontrolü niteliği taşıdığından, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel yaklaşımına göre üçüncü kural kapsamında değerlendirilmelidir (P-1-1-2).

Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda yapılan ilk inceleme, müdahalenin şekli ve maddi anlamda kanunla yapılıp yapılmadığıdır. Tedbir CMK m. 128'de düzenleme altına alındığından, kanunilik unsurunun mevcut olduğu ifade edilmelidir. Ancak burada sorunlu husus, işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçların, suç kataloğuna dâhil edilmesinin teknik hukuk bakımından izahının ve tedbirin amacıyla bağdaşır bir yanının bulunmamasıdır. Kanaatimce burada kanun koyucu, kamu yararına uygun olmayan ve Anayasa'da düzenleme altına alınan (m. 13) ölçülülük ilkesine aykırı bir düzenleme yapmıştır.

İkinci olarak, katalogda yer alan ve işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde etmeye elverişli olmayan suçlar bakımından tedbire başvurulmasının, suçla mücadele amacıyla veya başka bir meşru amaçla açıklanması mümkün değildir. Bu durumda tedbir, suça konu malvarlığı değeri üzerinde değil, maliklerin kişisel malvarlıkları üzerinde uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından tedbire başvurulmasının, kamunun yararına olan bir yönü bulunmaması sebebiyle meşru amaç ölçütünün karşılandığından söz edilemez.

Son olarak inceleme konusu suçlar bakımından uygulanan tedbir, maliklerin, suçtan elde edilmeyen kişisel malvarlıkları üzerinde uygulandığından, aşırı bir külfet altına sokulmasına neden olarak, adil dengeyi bozmakta ve böylece ölçülülük ilkesini de ihlal etmektedir. Ayrıca, uygulamada hatalı olarak maliklerin kişisel malvarlıklarının tamamı bakımından tedbire başvurulmakta, bu da zararın hem malikler hem de aileleri bakımından katlanılmaz bir hal almasına neden olmaktadır.

## KAYNAKÇA

**Akça, Kürşat:** “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl:2015.

**Akıllıoğlu, Tekin:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 5, S. 2, 2012.

**Akünel, Teoman:** Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta Yayınevi, İstanbul 1995.

**Albayrak, Mustafa/Özer, Fatma/İlhan, Fikret/Eroğan, Mustafa:** Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

**Altan, Alparslan:** Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**Antalya, O.Gökhan:** Medeni Hukuk, Legal Yayınevi, İstanbul, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, 2016.

**Astrid, R.N. Haas/Patricia, Jones:** “The Importance of Property Rights for Successful Urbanisation in Developing Countries”, [www.theigc.org](http://www.theigc.org), Ocak 2017.

**Aydın, Murat:** Arama ve El Koyma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2012.

**Başpınar, Veysel:** “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:3, Yıl:2016.

**Bell, Abraham/Parchomovsky, Gideon:** “A Theory of Property”, Cornell Law Review, Volume 90, Issue: 3 March 2005.

**Besley, Timothy/Ghatak, Maitreesh:** “Property Rights and Economic Development”, Handbook of Economic Development, Chapter 68, The Suntory Centre Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines London School of Economics and Political Science, 2009.

**Çoban, Ali Rıza:** “Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır?”, Piyasa Dergisi, Güz-2004, Sayı 12, s.295-320.

**Değirmenci, Olgun:** Uluslar arası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76), TBBD, Mayıs-Haziran 2007, s.51-115.

**Dinler, Veysel:** Anayasal Suç Ne (Değil)dir?, AÜHFHD, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1545-1575.

**Donay, Süheyl:** Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

**Donay, Süheyl:** Terörle Mücadele Yasası’nda, Ceza Yargılaması Yasası’nda ve Türk Ceza Yasası’nda 6526 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:4, Yıl:2014.

**Duran, Batuhan:** Uluslararası Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

**Dursun, İsmail:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”, içinde Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.3, Y. 2014.

**Ercan, İsmail:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Kuram Yayınları, Kocaeli, 14. Baskı, 2018.

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 21. Baskı, 2017.

**Ersoy, Uğur:** “Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m. 133)”, AÜHFD, C. 65, Y. 2016, S. 4 (CMK m. 133).

**Ersoy, Uğur:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009 (Şirket Yönetimine Kayyım Tayini).

**Eşitli, Ezgi Aygün:** Anayasayı İhlal Suçu, AÜHFD, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1689-1724.

**Etgü, Mehmet Akif:** Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**Evik, Vesile Sonay:** Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozma Suçu, AÜHFD, Cilt:65 (4), Yıl:2016, s.1725-1747.

**Gemalmaz, H.Burak:** Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Nisan 2018, s.15.

**Gedik, Doğan:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2016.

**Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 12. Baskı, 2008.

**Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 8. Bası, 2009.

Guide on Article 1of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 1. Baskı, 2019 (Guide).

**Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

**Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2016.

<https://hudoc.echr.coe.int>

<http://sozluk.gov.tr/>

**Kapani, Münci:** Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 1993.

**Karakehya, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Savaş Yayınevi, Ankara, 1. Bası, Ekim 2014.

**Kayar, İsmail:** Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, Kasım 2013

**Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İbrahim:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2018.

**Kocaoğlu, Serhat S.:** “Suçların Suçu:Soykırım”, TBBD, Sayı:90, Eylül Ekim 2010, s.139-163.

**Köprülü, Timuçin:** Uluslar arası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soy-kırım Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.

**Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe:** Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (Ceza Muhakemesi Kanunu).

**Locke, Anna:** “Property Rights and Economic Growth”, [www.odi.org](http://www.odi.org), Ağustos 2013.

**Metin, Yüksel:** Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

**Ölmez, Aslan:** 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkloyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

**Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, Ekim 2016.

**Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 11. Baskı, 2018.

**Özgenç İzzet:** Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2019.

**Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 10. Baskı, 2009.

**Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Soyer Güleç, Sesim:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2013.

**Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer:** 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi

Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008.

**Ristik, Jelena:** “Right to Property: From Magna Carta to the European Convention on Human Rights”, SEEU Review, Volume 11, Issue 1, 2015.

**Sırma, Özge:** “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt I, İstanbul, 1.Baskı, 2008.

**Soyaslan, Doğan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, 2014.

**Soyaslan, Doğan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, 2018.

**Şahin, Cumhuri:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 2016.

**Şahin, Cumhuri:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara, 9. Baskı, 2018.

**Şen, Ersan/Eryıldız, Sefa:** Elkoyma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

**Şimşek, Suat:** “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, TBB Dergisi, 91. Sayı, Kasım-Aralık 2010.

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Önok, Rıfat M.,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 16. Baskı, 2018.



**Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 2015.

**Toroslu, Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 9. Baskı, 2018

**Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel:** Şekli Eşya Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 7. Baskı, 2015.

**Ünver, Yener/Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 8. Baskı, 2013 (Ceza Muhakemesi).

**Ünver, Yener/Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 2018 (Ders Kitabı).

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

**Yenidünya, A.Caner/İçer, Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

**Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004.

**Yurtcan,** Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 6. Baskı, 2013.

■ Av. A. Sinan SÜRÜCÜ\* - Dr. Vadym ZHAMİLOV \*\* ■

## BEDEN MUAYENESİ, İŞKENCE SUÇU ve İKİSİNİN KESİŞTİĞİ ALAN: ZORLA YAPILACAK BEDEN MUAYENESİ

### ÖZET

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ceza yargılamasının üzerinde en çok düşünülen, tartışılan konularından birisidir. Anılan işlemlerin, muhatabının rızası hilafına zorla yapılıp yapılamayacağı ise daha da tartışmalı bir konudur. Konu birden fazla disiplini ilgilendirdiğinden çözüme sadece hukuki değerlendirme ile ulaşılabileceği de mümkün değildir. Bu nedenle çalışma kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma; kişi dokunulmazlığı, işkence suçu ve tıp etiği kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışma ile insan haklarının hem hukuk hem de tıp alanında gelişip yaygınlaşmasına katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Beden muayenesi, vücuttan örnek alma, kişi dokunulmazlığı, işkence suçu, insan onuru.

#### ABSTRACT

Physical examination and taking body sample are two of the most debated and considered subjects of the criminal procedure law. Furthermore, the issue of body sampling against the acceptor's will is a much more disputative matter. By the fact that these topics are related to several disciplines; it seems almost unfeasible to achieve a solution only by a legal assesment. Thus within this study; physical examination and body sampling have been assessed within the frame of personal immunity, torture and medical ethics. The purpose of this study is to proliferate and improve the understanding of human rights, both in law and medical areas.

**Keywords:** Physical examination, taking body sample, personal immunity, torture, human dignity.

\* Avukat, İzmir Barosu

\*\*Uzman Doktor, İzmir Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ortopedi ve Travmatoloji Bölümü

## GİRİŞ

Anayasa'nın 17. maddesi kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına ve kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağına dair çok önemli kurallar getirmektedir. Bununla birlikte gündelik hayatta anılan hükümlere aykırı birçok eylem ve işlem gerçekleştirilmekte, nitekim ceza yargılaması kapsamında da vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına dair kural ile çelişkili tedbir ve usullere başvurulduğu görülmektedir.

Çalışma kapsamında açıklanmaya çalışılacağı üzere vücut bütünlüğünü ihlal eden eylemlerin kamu görevlileri tarafından ve insan onurunu ihlal eder şekilde gerçekleştirilmesi halinde işkence suçu ortaya çıkacaktır. Hiçbir durumda istisnası kabul edilmeyen işkence yasağı ile tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücuduna dokunulamayacağına dair anayasal korumanın kimilerine göre istisnası kimilerine göre de ihlali olarak kabul edilebilecek beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ceza yargılaması kapsamında sıklıkla kullanılmaktadır. Konunun incelenmesi hem Anayasa hem de ceza hukukunu ilgilendirdiğinden çalışmanın ilk bölümünde kavramların kısa tanımı verildikten sonra detaylı bir şekilde işkence suçu incelenmeye çalışılacaktır. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>1</sup> ile işkence suçunun sınırları oldukça genişletilmiş ve eski halinden farklı olarak bir çok eylem işkence suçu kapsamına girmiştir. Bu nedenle işkence suçunun detaylı bir şekilde açıklaması yapılmadan ve her yönüyle tartışılmadan, zorla yapılacak beden muayenesinin işkence suçu kapsamına girip girmeyeceğinin değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Çalışmanın takip eden kısmında ise ceza yargılaması kapsamında kişinin rızasına aykırı olarak vücuduna müdahale edilmesinin Anayasa ve hukuka uygun olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak da anılan müdahalenin tıp etiği açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

## I. KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

### 1. Kişi Dokunulmazlığına İlişkin Anayasa Düzenlemesi

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın zorla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini değerlendirmek için açıklanması gereken ilk kavram kişi dokunulmazlığıdır.

Kişi dokunulmazlığına ilişkin temel düzenleme Anayasa'nın 17. maddesinde yer almaktadır<sup>2</sup>. Madde ile, çalışmanın konusu hakkında çok temel ve önemli iki kural getirilmiştir. Bunlardan ilki tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı<sup>3</sup>, ikincisi ise kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağıdır. Madde metni incelendiğinde yaşam hakkının dahi istisnasının bulunduğu görülecektir. Nitekim benzer şekilde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni<sup>4</sup> 2. maddesi incelendiğinde yaşam hakkının dahi kimi durumlarda (Madde metninde yer alan ölüm cezası 6 sayılı Ek Protokol ile yasaklanmıştır.) sınırlandırıldığı görülmektedir.

Yine kişinin vücut bütünlüğüne hangi hallerde dokunulabileceği de Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde içerisinde işkence ve eziyet yapılamaz denilmiş ve herhangi bir istisna getirilmemiştir. Aynı şekilde İHAS'ın 3. maddesi içerisinde de "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya

<sup>2</sup> Madde metni şu şekildedir:

"I. KİŞİNİN DOKUNULMAZLIĞI, MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI

MADDE 17 - Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(...) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili mercin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

<sup>3</sup> İnsanlardan kan alınması, zorunlu aşı, saç ve sakal biçiminin değiştirilmesinin vücut bütünlüğüne müdahale olduğuna, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen doktor tedavisinin ise müdahale oluşturmayacağına dair görüş için bkz. Zafer Gören, "Anayasa Hukuku", Yetkin Yayıncılık, 2011, Ankara, s:415,416.

<sup>4</sup> Bundan sonra İHAS olarak anılacaktır.

*cezaya tabi tutulamaz*” denilmiş ve işkence ile insanlık dışı muamelenin yapılabileceğine ilişkin herhangi bir istisna tanınmamıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 17/2. fıkrasında “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” denildiğinden, bir kişinin ceza yargılaması kapsamında zorla muayeneye tabi tutulması ya da vücudundan örnek alınması 17. madde ile çelişmektedir. Zira ceza yargılaması kapsamında gerçekleştirilecek olan anılan işlemler tıbbi zorunluluk olarak kabul edilemeyecek-tir<sup>5</sup> (Anayasa içerisinde tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında denilmek suretiyle “ve” bağlacı kullanıldığından<sup>6</sup> vücuda müdahale şeklindeki eylemin kanunda yazılı olması da yeterli olmayacak tıbbi zorunluluk bulunması da gerekecektir.<sup>7</sup>). Bu durumda normlar hiyerarşisi

<sup>5</sup> Tıbbi muayene; “*kişinin vücut bütünlüğüne yönelik (bedensel ve ruhsal) ehliyetli kişilerce tıp bilgi ve tekniğine uygun olarak, bir eksikliğin giderilmesi amacıyla yapılan uygulamalardır. Tıbbi müdahale; teşhis, tedavi, rehabilitasyon, koruma, estetik amaçlı olabilir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu'nun koşulları; yetkili kişilerce yapılması, kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması –kamta dayalı tıbbi uygulamalar olması- ve hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olmasıdır*” şeklinde tanımlanmaktadır (Nüket Örnek Büken, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı*”, “*TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu*” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018, s:96)

<sup>6</sup> Doktrinde kişilerin herhangi bir hastalıklarının giderilmesini sağlayabilmek için yapılacak tıbbi müdahaleye izin verebilecekleri, ancak buna zorlanamayacakları, bu müdahalenin belirli şartlar altında gerçekleşiyor olması ve ilgilinin de rızasının bulunması nedeniyle hukuka aykırı olmadığı belirtilmektedir (Özlem Yenerer Çakmut, “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003, s:53). Görüleceği üzere tıbbi müdahale, tedavi amaçlı ve rıza çerçevesinde gerçekleştiğinde hukuka uygun olacaktır. Bununla birlikte kişi rıza göstermez ise zorla tedaviye tabi tutulamayacaktır. Yine hasta, bir çocuk olduğunda, müdahaleye rıza göstermese ya da kendisine aşı yapılmasına itiraz etse de Medeni Kanun çerçevesinde vasisinin izni olduğu takdirde kendisinin rızası aranmayacaktır. Sonuçta tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı olma şartları birlikte gerçekleştiğinde yapılan müdahale Anayasa'ya uygun olacaktır. Aynı eserde tıbbi zorunluluk bulunması ve kanunda yazılı olma koşullarının gerçekleştiği başka örneklere de yer verilmektedir; Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda yer alan çeşitli düzenlemeler, kişilerin salgın hastalıklardan korunmaları amacıyla zorla aşılınmaları, tecrit edilmeleri, bir takım işlemlere tabi tutulmalarının rıza hilafına gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir (Çakmut, s:222,223).

<sup>7</sup> Anayasa'nın 17. maddesi hakkında doktrinde; tıbbi zorunluluk bulunmasa da, kanunda yazılı olması şartıyla adli amaçlı olarak bir kişinin vücudundan örnek alınabileceği belirtilmek suretiyle farklı yönde görüş belirtilmektedir (Pervin Aksoy İpekçioğlu, “*Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, , Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s:1158). Eserin 1170. sayfasında da vücuttan örnek alma işleminin tıbbi bir müdahale oluşturduğu, tıbbi müdahale koşulları arasında da ilgilinin rızasının alınmasının gerektiği yer aldığından, ilgilinin rızası olmaksızın yapılacak her türlü müdahalenin CMK veya başka bir kanunda yer alması koşuluyla mümkün olabileceği belirtilmektedir.

kapsamında Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>8</sup> veya diğer kanunlar ile getirilen düzenlemelerin Anayasa karşısında bir geçerliliği bulunmayacaktır. Sonuçta 17. madde, kanımızca zorla beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya izin vermemektedir<sup>9</sup>.

Ancak Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kabul edilmiştir. Yine Anayasa'nın 90/son fıkrası ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." düzenlemeleri kabul edilmiştir. Anılan kapsamda olan İHAS'ın 6. maddesi de adil yargılanma hakkını, 13. maddesi etkili başvuru hakkını düzenlemektedir. Birbiriyle çelişiyor gibi duran bu düzenlemelerden hangisinin uygulama alanı bulacağına da tartışılması gerekmektedir.

## 2. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Almanın Tanımı ve Kapsamı

Doktrinde ceza muhakemesi açısından beden muayenesi; "kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut ta vücut sıvılarında, delil elde etmek veya tespit yapmak amacıyla "tıbbi yöntem ve araçlar" kullanılmak suretiyle özelliklerinin sistematik şekilde incelenmesidir"<sup>10</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere tanım hukuki niteliği ortaya koymamaktadır. Bu nedenle konu hakkında ceza hukuku açısından temel düzenlemeyi getiren CMK'nın 75. maddesinin niteliğine bakılması gerekmektedir. Konunun, kanunda gözlem altına alınma, keşif ve otopsi ile birlikte düzenlenmesi yine beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının bilirkşi olarak adlandırılabilir olan hekim tarafından gerçekleş-

<sup>8</sup> Bundan sonra CMK olarak anılacaktır.

<sup>9</sup> Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere Anayasa'nın "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklindeki 38/5. fıkrası da konu kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>10</sup> Hakan Kızıllarslan, "Vücutun Muayenesi & Örnek Alma", 1. Bası, Ankara 2007, s:79.

tiriliyor olması nedeniyle bilirkişi incelemesi olarak kabul edilebileceği öne sürülebileceği gibi<sup>11</sup>; bir suça ilişkin delil elde etme amacını taşıması, kişinin belirli işlemlere zorlanabilmesi gibi unsurlar barındırdığından koruma tedbiri olarak kabul edilmesi gerektiği de öne sürülebilir<sup>12</sup>. Yine doktrinde beden muayenesinin sayılan hususlar nedeniyle karma bir yapıya sahip olduğu da belirtilmektedir<sup>13</sup>.

75. madde içerisinde iç beden muayenesinden bahsedilmiş, hatta dördüncü fıkrada “*Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.*” denilmiş, ancak iç beden muayenesinin kapsamı açıklanmadığı gibi başka bir muayene şeklinden de bahsedilmemiştir. Bununla birlikte CMK’nın 82. maddesine dayanılarak çıkarılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>14</sup> ile beden muayenesi; iç

<sup>11</sup> Beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasının bilirkişi incelemesi kapsamında olduğuna dair görüş için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s: 259, Hüseyin Ertuğrul, “*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü*”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:55, Mart 2011, s:48.

<sup>12</sup> Vücuttan örnek alma işleminin koruma tedbiri niteliği taşımasına karşın, koruma tedbiri gibi sıkı koşullar öngörülerek başvurulması ve uygulanması nedeniyle koruma tedbirleri arasında düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. İpekçioğlu, s:1164,1165.

<sup>13</sup> Gizem Dursun, “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s:2960; Gözde Kazaker, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2016, Sayı:31, s: 177; Berrin Akbulut, “*Dış Beden Muayenesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s:89; Özge Apış, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2012, s:272; Ümmügülsüm Kılıç, “*Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*”, yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, file:///Users/sinansurucu/Downloads/273566.pdf(Erişim:12.08.2019), s:31,95; Recep Doğan, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, TBB Dergisi, Sayı:142, 2019, s:98.

İşlemin karma yapısına karşın koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığı yönünde görüş için bkz. Merve Konrat, “*Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi*”, Adli Bilimler Dergisi, 10 (4), 2011, s:44, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, “*Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, Eylül 2016, s:518; Zekiye Özen İnci, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:1, Ocak 2007 sayısı, s:136,137, Şenel Sarsıkoğlu, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim: 30.08.2018), Aydın Aygün, “*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8. Sayı, 2016, s:52.

<sup>14</sup> Bundan sonra 25832 sayılı Yönetmelik olarak anılacaktır.

ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Anılan Yönetmelik'in 2. maddesi ile de iç beden muayenesi; "*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*" şeklinde, dış beden muayenesi ise; "*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>15</sup>. Ancak belirtilmelidir ki tıp bilminde ve özellikle de adli tıp alanında iç beden ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Bu nedenle de madde 25832 sayılı Yönetmelik'in uygulanması sırasında sorunlarla karşılaşmaktadır.

CMK içerisinde iç beden muayenesinden bahsedilmiş ancak dış beden muayenesi denilmemiş ve dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir usulden bahsedilmemiştir. Doktrinde bu nedenle dış beden muayenesi hakkında arama hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtildiği gibi, 75. madde hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>17</sup>.

İlk görüşün savunucuları tarafından CMK'nın 75. maddesi içerisinde, 76. maddeden farklı olarak dış ve iç beden denilmediği, bu nedenle 75. madde kapsamında dış beden muayenesinin dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>. Bu nedenle de ge-

<sup>15</sup> Yine Yönetmelik'in 5. maddesi "*Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır.*" hükmünü içermektedir.

Doktrinde ise dış beden muayenesi; "*kural olarak tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılarak kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesini ifade etmektedir*" şeklinde tanımlanmakta (Akbulut, s:84), dış beden muayenesine ilişkin 25832 sayılı Yönetmelik'te yer alan tanımın yalnızca elle ve gözle yapılan muayene olarak kabul edilmesi eksik olması nedeniyle eleştirilmekte ve dinleyerek ya da koklayarak da dış beden muayenesinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir (Akbulut, s:91).

<sup>16</sup> Aynı yönde bilgi için bkz. Akbulut, s:91. Doktrinde beden muayenesinin bir bütün olduğu, bunu ayrı ayrı değerlendirmenin mümkün olmadığı, bu nedenle yasal düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gerektiği de belirtilmektedir (Mehmet Akif İnanıcı, "*Ulusal Yasal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması*", Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı:7, Haziran 2010, s:29).

Nitekim mehzaz kanunda da bu yönde bir ayırım bulunmamaktadır. Alman Ceza Usul Yasası'nda "muayene" ve "müdahale" yönünde ayırım bulunduğu ve ilkinin gözle bakma veya vücuda dokunma şeklinde, ikincisinin ise operasyonel bir giriş, vücuttan örnek alma, vücuda bir şey verilmesi şeklinde olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. Kazaker, s:175 ve Konrat, s:44.

<sup>17</sup> Akbulut, s:90.

<sup>18</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s:521. Ancak anılan eser içerisinde de arama ile beden muayenesinin farklı unsurları nedeniyle uygulamada sorun çıkabileceği belirtilmiştir.

Benzer yönde görüş için bkz. Ayşe Nuhoglu, "*Beden Muayenesi*", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Aralık 2006, s:325, Kılıç, s:108,109.



cikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan durumlarda ise kolluk amirinin yazılı emriyle dış beden muayenesi yapılabileceği belirtilmektedir.

Kanımızca dış beden muayenesi hakkında da 75. madde hükümleri uygulanmalıdır. Zira beden muayenesi ile arama arasında herhangi bir benzerlik bulunmamaktadır<sup>19</sup>. Bununla birlikte iç beden ve dış beden muayeneleri arasında hem nitelik hem de yapılış şekli açısından ciddi benzerlikler bulunmaktadır<sup>20</sup>.

Benzerliğin bulunmasının yanı sıra dış beden muayenesinin hakim kararı olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde kanuna ve hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirilmiş olacaktır<sup>21</sup>. Zira idarenin yetkisizliği asıldır ve bir yetki tanınmak isteniyorsa, bu yetkinin kanun ile tanınması gereklidir. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesi de *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz."* kuralını içermekte ve kanun ile düzenleme getirilmesini şart koşmaktadır. CMK ile hakim kararı olmaksızın dış beden muayenesi yapılabilmesi yönünde bir yetki tanınmış değildir. Bu nedenle yorum ya da kıyas ile olmayan bir yetkinin

<sup>19</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, s:115,116.

Doktrinde aramanın giyinik vücudun kontrolü ile yetinilmesi şeklinde olduğu, muayenede ise çıplak vücudun incelendiği belirtilmektedir (Centel, Zafer, s: 257).

Bir başka eserde ise dış beden muayenesi ile aramanın benzerlik gösterdiği, ancak arada farklar bulunduğu, aramanın vücut üzerindeki elbiselerin veya giyinik kimsenin üstünün kontrol edilmesi, herhangi bir tıbbi müdahale veya araç kullanılmasını gerektirmeyecek şekilde doğal vücut boşlukları veya cildin incelenmesi şeklinde olduğu, buna örnek olarak da vücutta yara izi aranması, tırnak diplerinin aranmasının verilebileceği belirtilmektedir. Beden muayenesinin ise doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile ve tıbbi araçlar kullanılmak suretiyle incelenmesi olduğu belirtilmekte ve buna örnek olarak da deride belirlenen bazı morlukların, çiziklerin mahiyetinin, hangi tür bir eylemden dolayı meydana gelmiş olabileceğinin tıbbi yöntemler kullanılmak suretiyle incelenmesi verilmektedir. Son olarak da üst aramasını yasayla görevli her memurun yapabileceği, buna karşın beden muayenesini ise bir hekim veya bir sağlık memurunun yapabileceği belirtilmektedir (İnci, s:151).

<sup>20</sup> Doktrinde benzer şekilde, dış beden muayenesi için aramaya ilişkin düzenlemeler yerine daha benzer olan iç beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin uygulanmasının yerinde olacağı belirtilmekte, vücut dokunulmazlığı ihlal edileceğinden, Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığa da dikkat çekilerek, düzenlemenin kanun ile ayrı ve açık bir şekilde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır (Dursun, Beden Muayenesi, s: s:2963, 2964).

<sup>21</sup> Dış beden muayenesi için hakim kararına gerek bulunmaksızın soruşturma mercilerine yetki sağlanması amacıyla düzenleme getirildiği şeklindeki aksi yöndeki yorum için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, *"Ceza Muhakemesi Hukuku"*, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2016, Ankara, s:285.

tanınması mümkün olmayıp ancak kıyasen iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkündür<sup>22</sup>.

Her ne kadar 25832 sayılı Yönetmelik'in 5. maddesi ile getirilen "Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir" şeklindeki düzenleme farklı ve kanımızca hatalı yorumlara neden olabilecek nitelikte ise de normlar hiyerarşisi uyarınca yönetmelik düzenlemesi ile yukarıda açıkladığımız Anayasa ve kanun düzenlemesine aykırı kurallar getirilemez<sup>23</sup>. Eğer yönetmelik hükümleri, yukarıdaki açıklamalarımıza ters bir şekilde yorumlanır ise CMK'ya aykırı olduğundan yok hükmünde olacak ve bu durumda da dış beden muayenesi için hakim kararı gerekecektir<sup>24</sup>.

Sonuçta iç beden ve dış beden muayenesi açısından farklı bir usulden bahsedilebilmesi kanımızca mümkün değildir ve dış beden muayenesi açısından da 75. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

<sup>22</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kazaker, s:183, 184, Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, "Ceza Muhakemesi Hukuku", 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012, s:461, 462.

<sup>23</sup> Normlar hiyerarşisi uyarınca kanunun anayasaya, yönetmeliğin de kanuna uygun olması bir zorunluluktur. Nitekim doktrinde "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kanun ile yapılabilir (m. 13). Yasal bir düzenleme olmaksızın, yürütme ve idare bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlayamaz" denilmektedir (Erdoğan Teziç, "Anayasa Hukuku", Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1998, s:13).

Aynı yönde dış beden muayenesinin kanun içerisinde düzenlenmeyip yönetmelik ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde görüş için bkz. Ali Ersin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:16, Ağustos 2011, s:197. Benzer yönde eleştiri için bkz. Akbulut, s:86,90, Kılıç, s:136, yine aynı yönde ve kapsamlı görüş için bkz. Dursun, Beden Muayenesi, s:2964, Kılıç, s:62, Ünver, Hakeri, s:285,286.

<sup>24</sup> Ancak doktrinde aksi yönde, Yönetmelik'in 5. maddesi nedeniyle dış beden muayenesi için ayrıca karar verilmesine gerek olmadığını belirten müellifler de bulunmaktadır (Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:521, Ertuğrul, s:48).

Kanunda iç beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı, dış bedene ilişkin yapılmadığı, bu nedenle de dış beden muayenesinin hakim kararı dışında bırakıldığına ilişkin görüş için bkz. İnci, s:138.

Dış beden muayenesi açısından aynı bir karara gerek olmadığı ancak düzenlemenin kanun ile değil yönetmelik ile yapılmış olması nedeniyle elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışılmalı hale geldiği, bu nedenle de dış beden muayenesine kim tarafından karar verileceğinin önemini yitirdiği şeklindeki görüş için bkz. Apış, s:276.

## II. İŞKENCE

Bedene yapılan rıza dışı müdahalelerin çoğunlukla insan onurunu da ihlal eder nitelikte olacağı bir gerçektir. Beden muayenesinin kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği de başka bir gerçek olduğuna göre, zorla gerçekleştirilecek olan beden muayenesinin işkence suçu ile ayırımını yapmak da kolay olmayacaktır<sup>25</sup>. Kişi dokunulmazlığını düzenlemekte olan Anayasa'nın 17. maddesi aynı zamanda işkence yasağını da getirmektedir. Bu nedenle kişi dokunulmazlığı ile beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın zorla yapılıp yapılamayacağına ilişkin değerlendirmede işkence suçunun detaylı bir şekilde değerlendirilmesi bir zorunluluktur.

### 1. İşkencenin Tanımı ve Kavrama İlişkin Açıklama

İşkence, Farsça kökenli “şikenc/işkenc” sözcüğünden gelmekte olup<sup>26</sup> Türk Dil Kurumu<sup>27</sup> işkenceyi; “Bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet”, “düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet”, “aşırı gerginlik, sıkıntılı durum, azap”, “vidalı bir tür sıkıştırma aracı” şeklinde tanımlamaktadır<sup>28</sup>. Hukuk sözlüğünde ise işkence; “herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını

<sup>25</sup> “Sanık, kendisinin suçlu olduğunun ispatlanmasına aktif bir şekilde katılma ödeviyle sorumlu tutulmaz. Bu ilke ismini Latince hukuk terimi olan “Nemo tenetur se ipsum accusare” den almaktadır” (Kılıç, s:25), “Söz konusu ilke, kendi suçunun ispatlanması konusunda sanığı, kovuşturma organlarıyla işbirliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakır. İlke, bir taraftan susma diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendini suçlamadan kurtarabilme hakkını ihtiva eder”, yine aynı sayfada “eğer sanığa kendisini suçlandıracak faaliyetlerde bulunma ödevi yüklenilirse, sanık kendisinin suçlu ilan edilmesi için bir nesne/obje konumuna getirilmiş olur ki, bu durumda sanığın haysiyetine/insanlık onuruna müdahale edilmiş olur. Bunun yanında sanığın bu ödevi icra etmeyi reddetmesi halinde güç kullanılması da zorunlu olacaktır. Geçmişten elde edilmiş tecrübeler, bunun önlenemez şekilde işkenceyle birbirine gireceğini ortaya koymaktadır” denilmektedir (Kılıç, s:26).

<sup>26</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Mart 2014, s:129.

<sup>27</sup> Bundan sonra TDK olarak anılacaktır.

<sup>28</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd2bd65cf6118.46524738](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd2bd65cf6118.46524738) (Erişim:25.10.2018).

*yakıcı işlemlerde bulunmak. Anayasaya göre kimseye işkence yapılamaz.*"<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmaktadır<sup>30</sup>.

İşkence uluslararası metinlerde de tanımlanmıştır. Buna göre İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkence; "Bu Sözleşmenin amacı bakımından "işkence", bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>31</sup>.

Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere yukarıda sayılan tanımların hiçbirisi TCK düzenlemesindeki işkence suçu ile tam anlamıyla örtüşmemektedir. Bu aşamada sadece belirtilmelidir ki, TCK düzenlemesi çok daha geniş bir alanı kapsamakta, işkenceye karşı geniş bir koruma alanı getirmektedir. Buna karşın, uygulamada işkence suçunun, kanun koyucunun amacına uygun bir şekilde geniş bir alan kapladığını söyleyebilmek mümkün değildir.

İşkenceyi tanımlarken genellikle referans alınan öge, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere 5237 sayılı TCK açısından geçerli

<sup>29</sup> Ejder Yılmaz, "Hukuk Sözlüğü", Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996, s:413.

<sup>30</sup> Doktrinde işkence; "İnsanın fizik ve moral varlığına ve onuruna karşı girişilen bir saldırı olan işkence, ilk çağdan bu yana, yalnız bir sorgulama ya da cezalandırma yöntemi değil, iktidar ilişkilerinin de bir parçası olagelmıştır; yüzyıllımızda da daha çok totaliter ve otoriter rejimlerde görülen bir insanlık suçudur" şeklinde tanımlanmaktadır (Bülent Tanör, "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", Özal Matbaası, Ocak 1990, s:40).

<sup>31</sup> Doktrinde Sözleşme'de yer alan tanım hakkında; günümüz itibarıyla geçerliliği evrensel olarak kabul edilmiş başka bir tanım olmadığı belirtilmektedir (Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusal İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi", Ankara Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006, s:31).

olmamakla birlikte, şüpheli/sanığa suçunu ikrar ya da itiraf ettirme<sup>32</sup> olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Oysa masumiyet karinesinin geçerli olduğu bu aşamada ancak suç kabullendirmeden bahsedilebilmesi mümkündür<sup>34</sup>. Zira işkence altında isnat edilen suçlu ikrar eden kişinin gerçekten suçlu olup olmadığını bilebilmek mümkün değildir<sup>35</sup>. İşkenceye maruz kalan herkesin her isnadı kabul etmesi mümkündür. Bu nedenle kanımızca, işkence sonucunda suçun ikrar edilmesinden değil en fazla suçun kabullendirilmesinden bahsedilebilmesi mümkündür<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> 765 sayılı TCK zamanında suçun manevi unsuru olarak kabul edilmiştir.

<sup>33</sup> Doktrinde; işkencenin insanlık tarihinde çok ciddi acılara yol açtığı ve işkence suçunun ceza yargılaması esnasında işleniyor olmasının da suça daha dikkat çekici bir nitelik kazandırdığı belirtilmektedir (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2011, s:270) Zira işkencenin en tipik örneği bir suçun işlendiğinin ortaya çıkartılması amacıyla yeni bir suç işlenmesi şeklinde kendini göstermektedir.

<sup>34</sup> Bu aşamada ayrıca belirtilmelidir ki, işkenceye ilişkin yapılan istatistiki çalışmalar sadece adli olgularda işkence yapıldığını (Melek Göregenli, Evren Özer, “Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980’lerden Günümüze Türkiye’de İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Sayı:70, Kasım 2010, Ankara, s:25), aynı zamanda kitlesel eylemlerde de işkence yapıldığını ortaya koymaktadır (Göregenli, Özer, s:55).

<sup>35</sup> 1764 yılında yayınlanan ve bir başyapıt olarak kabul edilebilecek eserinde Beccaria işkence için şunu söylemektedir: “Bir insanın hem suçlayan hem de suçlanan olmasını, ayrıca gerçeğin ölçütü/esası bir zavallının kasları ve sınırları içindeymiş gibi verilen acının gerçeğin ta kendisi bulunduğunu kararlaştırıp buyurmak, bütün nedensellik bağlantıları birbirine karıştırmayı bilerek istemek demektir. Besbelli ki, güçlü kuvvetli, serseri, vicdansız katilleri aklayıp kurtarmanın ve sıkı suçsuzlara hüküm giydirmenin en güvenilir yolu budur(!)” (Cesare Beccaria, Çev. Sami Selçuk, “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Nisan 2018, s:86).

<sup>36</sup> Doktrinde ülkemiz tarihi açısından mahkemelerin ilginç ve insan hakları açısından üzücü kabullerine yer verilmiştir (Tanör, s:42). Eserde Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi’nin 1984/107 esas, 1984/375 karar, 04.09.1984 tarihli kararında; “Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, işkence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun sanıklarca da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantiki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkence arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir” denildiği belirtilmektedir. Karar hukukilik barındırmadığı gibi, mantığa da aykırıdır. Zira maddi gerçek ya da kararda belirtildiği üzere “doğru” ancak işkencenin doğrusu olarak kabul edildiği takdirde bu önerme tutarlı olacaktır. Aksi halde, kendi istediği cevabı alamayan işkenceci, cevap maddi gerçeğe uygun olsa dahi işkence yapmaya devam edecektir. Mahkemenin tüm yargılamayı işkenceye bağlayarak kendi varlık nedenini ortadan kaldıran kabulünün tarihte kalmasını, benzer yönde kabullerin bir daha mahkeme kararlarında yer almamasını ummaktayız.

İşkencenin suç olarak kabul edilmesi ve yasaklanması ise bir günde olmamış<sup>37</sup>, insanlığın yaşadığı acı tecrübeler sonunda gerçekleşmiştir<sup>38</sup>. Sonuçta bu acı tecrübeler, her ne kadar unutulmakta ve bu nedenle işkencenin karanlığı insan haklarının ışığını yeniden gölgelemekteyse de, insanlığı işkencenin yasaklanması<sup>39</sup> ve işkencenin suç olarak kabul edilmesine getirmiştir<sup>40</sup>. Anılan tecrübeler o denli kötüdür ki İHAS'ın 3. maddesi istisnasız olarak işkenceyi yasakladığı gibi 15/2. fıkrası da işkence yasağının olağanüstü hallerde dahi askıya alınmayacağını düzenlemektedir<sup>41</sup>. Yine İHAS'ın yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi açısından dahi kısıtlamalar söz konusu iken<sup>42</sup>, Sözleşme'nin işkence ya-

<sup>37</sup> İşkencenin tarihi gelişimi, yasallaşması, destekleyen görüşler, yasaklanması, suç olarak kabul edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Timur Demirbaş, "İşkence Suçu", Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2016, s:25-35.

Konu hakkında doktrinde işkencenin itiraf elde etme yöntemi olarak kullanıldığı, farklı yöntemlerle de olsa yaklaşık olarak beş yüzyıl boyunca Avrupa ülkelerinde uygulandığı da belirtilmektedir (Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muameleler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, 2007, s:147). Bu da işkencenin nasıl köklü bir geçmişinin olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>38</sup> "Alman Anayasası insan haysiyeti kavramına, en üst değer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu değerler sisteminin odak noktası yapmıştır. İnsanlığın üzerine bir kabus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yasamış insanların, bu korkunç düzeni kurtulur kurtulmaz yaptıkları Anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış olan öteki insanlar bakımından daima hatırdan tutulması gereken çok önemli bir mesajdır." şeklindeki görüş için bkz. Bahri Öztürk, "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim:10.10.2018).

<sup>39</sup> Doktrinde, işkence yasağı gibi, bir hakkın içeriğinde yer alan yasakların; kişi haklarını oluşturan hürriyetlerden önemli bir bölümünü oluşturduğu ve bu tip yasakların insanın olumsuz bir eyleme veya uygulamaya karşı korunması olduğu belirtilmektedir (Halil Kalabalık, "İnsan Hakları Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Eylül 2017, Ankara, s:46)

<sup>40</sup> Tarih boyunca ütöpik örnekler üzerinden giderek işkencenin gerekliliğini savunan düşünürler olmuştur. Ancak "Montesquieu, "Bugün çok medeni bir milletin (İngilizlerin) işkenceyi reddedylediği ve bundan da bir zarara uğramadığını görüyoruz. Demek ki, işkence mahiyeti itibariyle zaruri değildir" (Demirbaş, İşkence Suçu, s:35) demek suretiyle realist bir yaklaşımla da işkencenin gerekli olmadığını ortaya koymuştur. Hukuki bir yaklaşımla ortaya konulması gereken bir diğer husus şudur; işkenceyi uygulayan kişi, işkence mağdurunun eylemi gerçekleştirdiğinden o kadar emindir ki, bu artık onun için mutlak bir gerçeklik halini almıştır. Bu nedenle duymak istediği sonuca ulaşana kadar işkenceye devam edecek ve büyük bir ihtimalle bir süre sonra amacına ulaşacaktır. Bu işkencenin haklı olduğunu göstermeyecek sadece onun kafasında tasarladığı gerçeğe ulaşmış olacaktır. Bu süreç sonunda insan onurunun yanı sıra adil yargılama, masumiyet karinesi gibi en temel ceza ve insan hakları hukuku kavramları da ortadan kaldırılmış olacaktır.

<sup>41</sup> Konu hakkında doktrinde de terör ve örgütlü suçlar açısından da işkenceye izin verilmediği, hatta ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile işkence yasağının askıya alınmasının, bu konuda yükümlülük azaltmaya (derogation) gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Nal, s:152,153).

<sup>42</sup> Yukarıda açıklandığı üzere sonradan yürürlüğe giren 13. Protokol ile yaşam hakkının sınırları genişletilmiş ve idam cezası da tamamen yasaklanmıştır.

sağını düzenleyen 3. maddesi “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” şeklinde tek cümleden ibaret olup, istisnası bulunmayacak şekilde mutlak bir yasak getirmektedir<sup>43</sup>.

Konu hakkında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi<sup>44</sup> Büyük Daire tarafından da; işkence, insanlık dışı veya kötü muamelenin bir kişinin hayatı risk altındayken dahi uygulanabilir olmadığı, hatta kamunun hayatını tehlikeye atan acil durumlarda dahi işkence yasağı konusunda derogasyona gitmenin mümkün olmadığı, 3. maddenin çerçevesinin kesin sınırlarla çizilmiş olduğu ve en zor koşullar da dahil olmak üzere hiçbir şart altında kimseye işkence, insanlık dışı veya kötü muamelede bulunulmayacağı belirtilmiştir<sup>45</sup>. Yine İHAM kararları uyarınca sözleşmecî devletlerin işkence yapmamasının (negatif yükümlülük) yanı sıra işkenceyi önleyici yükümlülükleri de (pozitif yükümlülük) bulunmaktadır<sup>46</sup>. Bu nedenle devletlerin işkenceyi önleyici tedbirler almaları bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun bir yansıması da işkencenin kendisini suç olarak kabul etmektir. İşkence suçunun mağdurunun, yani işkenceye uğrayanın, herhangi bir suç işlemiş olup olmamasının da önemi yoktur. Bu nedenle işkencenin masuma/görünüşte suçluya ve hatta gerçekten suçluya karşı yapılması dahi bu sonucu değiştirmez.

<sup>43</sup> Konu hakkında doktrinde de belirtildiği üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edildiği tarihten bu yana, yaşanan ağır ihlallerin de etkisi ile, işkence yasağı ilgili tüm uluslararası belgelerde mutlak olarak düzenlenmiştir. Diğer tüm hakların uygulanması ve kısıtlanmasında sınırlamalar, istisnalar kabul edilmekteyken işkence yasağı hiçbir istisnaya yer vermeyecek ve hiçbir durum ya da şart altında yapılmasına onay verilmeyecek şekilde düzenlenmiştir (Aysun Koç, Hülya Üçpınar, Nazan Sakallı, Nergiz Tuba Atas, “İşkenceye Açık Kapılar”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2009, İzmir, s:23).

4616 sayılı Kanun çerçevesinde getirilen şartla salıverilme kapsamına kamu görevlilerinin yaptığı işkence suçlarının alınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş ancak Anayasa Mahkemesi'nce kamu görevlileri tarafından yapılan işkencenin koruduğu hukuki değer ve uluslararası hukukun getirileri de dikkate alınarak anılan düzenleme anayasa-ya aykırı bulunmamıştır (Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2012, s:124). Kanımızca karar, işkence yasağına verilen önemi göstermesi açısından önemlidir.

<sup>44</sup> Bundan sonra İHAM olarak anılacaktır.

<sup>45</sup> Gafgen & Almanya, Başvuru No:22978/05, 01.06.2010, para.107.

<sup>46</sup> Pretty & Birleşik Krallık, Başvuru No:2346/02, 29.07.2002, para.51.

## 2. İşkence Suçu

İşkence suçu, yukarıda açıklanan işkence eyleminden farklıdır. Bu durum doktrinde; işkence ve işkence suçu farklı anlamları olan hukuki terimler olup, işkence tarihsel ve politik bir anlama sahiptir, işkence suçu, işkencenin yanında zalimane, gayri insani ve aşağılayıcı muameleleri kapsayan bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır şeklinde tanımlanmaktadır<sup>47</sup>.

İşkence suçu TCK'nın 94. maddesinde<sup>48</sup>, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ise TCK'nın 95. maddesinde<sup>49</sup> düzenlenmiştir.

<sup>47</sup> Bilge Sayıcı Pehlivan, "İşkence Suçunun Kapsamı", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm> (Erişim:09.10.2018).

<sup>48</sup> TCK'nın 94. maddesi şu şekildedir:

MADDE 94 - (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmalî davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

(6) (Ek : 6459 - 11.4.2013 / m.9) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.

<sup>49</sup> TCK'nın 95. maddesi aşağıdaki şekildedir:

MADDE 95 - (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir.



İşkence suçuna ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 17/3. fıkrasının TCK'daki yansıması olduğunu söylemek mümkündür.

### a. Korunan Hukuki Değer

İşkence suçu ile korunan hukuki değer ne olduğuna ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Konu hakkında bir sonuca ulaşabilmek için öncelikle suçun hangi bölüm içerisinde düzenlenmiş olduğuna bakılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. İşkence suçu, TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir.

Oysa 765 sayılı Kanun içerisinde işkence devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler kapsamında düzenlenmiş idi. Bu da kanun koyucunun 5237 sayılı TCK ile yeni bir kabule gittiğini ve önceliği insan onuruna vererek, işkence suçunun asıl mağdurunun işkenceye uğrayan kişi olduğunu kabul ettiğini göstermektedir.

Ancak işkence suçunun sadece kişi onurunu korumayı amaçladığı söylenemez. Zira işkence suçu ile birden çok hukuksal yarar korunmaktadır. Belirtildiği üzere korunan asıl hukuki yarar "insan onuru" olmak ile birlikte "kişi dokunulmazlığı ve adliye; diğer yandan kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı da korunan hukuksal yarar olarak kendisini göstermektedir"<sup>50</sup>. Bir başka ifadeyle işkence suçunun; suç mağduru birey başta olmak üzere, ceza adaleti ve kamu idaresine ilişkin menfaatleri koruduğu söylenebilecektir<sup>51</sup>. Nitekim bu durum işkence suçu ile eziyet suçu için belirlenen ceza miktarlarına bakıldığında daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira kamu görevlisinin gerçekleştirdiği benzer nitelikli eylemler için temel olarak 3 yıl ile 12 yıl arasında hapis cezası öngörülmüşken, eziyet suçunun temel hali için ise 2 yıl ile 5 yıl arasında hapis cezası öngörülmüştür.

<sup>50</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ekim 2015, s:265,266. Anılan eser içerisinde, işkencenin suç olarak kabul edilmesiyle, diğer değerlerin yanı sıra, susma hakkının da korunduğu, yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerine başvurunun da cezalandırıldığı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:264).

<sup>51</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2006, s:105. Benzer yönde görüş için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:271.

Görüleceği üzere doktrinde işkence suçu ile adli sistemin de korunmaya çalışıldığı belirtilmekle birlikte bu durum tartışmalıdır. Zira aşağıda açıklanacağı üzere işkence suçunun failinin kamu görevlisi olması yeterli olup; failin, adliye, yargı sistemi veya kolluk görevlisi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda işkence suçunun kapsama alanında adliye ile ilgisi olmayan suçlar da bulunabileceğinden suçun adliyeyi, yargıya duyulan güveni korumayı amaçladığı konusu tartışmalıdır<sup>52</sup>.

İşkence suçunun faili ancak bir kamu görevlisi olabileceğinden, suça konu eylem sonucunda ortaya çıkacak olan zarar/haksızlık/ mağduriyet; benzer nitelikteki eylemlerin bir sivil kişi tarafından işlenmesi haline göre çok daha fazla olacaktır<sup>53</sup>. Bu nedenle işkence suçuna, eziyet suçuna nazaran daha ağır cezalar öngörülmüştür. Öyleyse işkence suçu ile devlet idaresine duyulan güvenin sağlanmasının esas alındığı iddia edilebilirse de burada suça ilişkin eylemlerin doğrudan muhatabı ve asıl acı çeken olan bireyin ikinci plana atılarak devlete olan güvenin esas alınmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

## **b. Fail / Mağdur**

### **ba. Fail**

Yukarıda belirtildiği üzere herhangi bir kamu görevlisi işkence suçunun faili olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki işkence suçundan bahsedilebilmesi için failin kamu görevlisinin görevi ile ilgisi olması gerekir<sup>54</sup>. Suç ancak kamu görevlisi tarafından işlenebileceğinden özgü suçtur.

Bilindiği üzere TCK'nın 6. maddesinde kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere TCK ile kamu görevlisi olabilecek kişiler oldukça ge-

<sup>52</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s:266.

<sup>53</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s:266.

<sup>54</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:267.

niş bir şekilde düzenlenmiştir<sup>55</sup>. Bu nedenle TCK'nın 6. maddesi kapsamındaki şartlardan birini taşıyan herhangi bir kişi işkence suçunun faili olabilecektir.

İşkence suçunun failinin kamu görevlisi olmasına ilişkin zorunluluk doktrinde üzerine basılarak vurgulanmakta ve bu suçun failinin resmi sıfatla hareket eden bir kişi olduğu, bu durumun işkencenin en önemli ayırıcı vasfını oluşturduğu belirtilmektedir<sup>56</sup>.

Sivil vatandaşların kamu görevlilerine özgülenmiş suçların faili olabilmesi mümkün değildir. Nitekim TCK'nın 40/2. fıkrası; "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmünü ihtiva etmektedir. Bununla birlikte işkence suçunu düzenleyen 94. maddenin 4. fıkrası ile; "Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır." şeklinde özel bir düzenleme getirilmek suretiyle artık 40/2. fıkranın işkence suçuna uygulanabilmesi olanaksız kılınmıştır. Bu nedenle 94/4. fıkra uyarınca kamu görevlisi olmayanların da işkence suçundan sorumlu olabileceği durumlar olabilir. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus işkence suçuna yardım eden sivil kişinin eyleminin 94/4. fıkra

<sup>55</sup> Konu hakkında doktrinde; 765 sayılı TCK'da memur olabilmek için aranan ölçütün kamu görevini yerine getirmek olduğu, 5237 sayılı TCK'da ise yeni bir anlayış getirildiği belirtilmektedir. Getirilen yeni ölçütün idare hukukuna daha yakın bir ölçüt olduğu, daha geniş sınırlar içerdiği ve kamu görevi yerine getirmeyenlerin de kamu görevlisi sayılacağı, tanımın Devlet Memurları Kanunu'ndaki "memur" tanımından da daha geniş olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle din hizmetlileri veya genel hizmetler sınıfında görev yapanlar kamu görevi yerine getirmediği halde, tek ölçütün kamusal faaliyetin yürütülmesine (atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak) katılma olması nedeniyle artık kamu görevlisi olarak değerlendirileceklerdir. Ancak Yargıtay kararlarında gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasının kamu görevlisi sayılmak için yeterli olmadığı, ancak avukatlar, sağlık ocağında görev yapan hekimler, tanıklar, ihtiyar heyeti üyeleri, belediye başkanı, federasyon başkanları, vali yardımcıları, kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir de denilmektedir. (Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", TBB Dergisi, Sayı:94, 2011, s:113-121). Aynı eser içerisinde düzenlemeye yönelik eleştiriler de bulunmakta ve sonuçta kamu görevlisi kavramı ile bazı suçlar, özellikle de bazı ağır suçlar, açısından fail bakımından çok geniş düzenleme getirildiği, anılan düzenlemenin gerekli olmadığı belirtilmekte ve demokratik toplumlarda ceza hukukunun istisnai ve son çare olduğu belirtilerek kamu düzeninin öncelikle özel hukuk uygulama ve yaptırımları suretiyle korunması ve geliştirilmesi gerektiği açıklanmaktadır (Dönmez, s:127).

<sup>56</sup> İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK.nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 3-4, Yıl 2002, s:150.

uyarınca her durumda asli fail gibi mi cezalandırılacağı noktasındadır. Kanımızca böyle bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. TCK'nın 37-39. maddeleri genel hükümler olup, anılan hükümler her suç açısından uygulanır. Bu nedenle işkence suçunun işlenmesine; örneğin suçun işlenmesinden önce faillerin kaçmasına yardım edeceğini vaat ederek yardım eden sivil kişi, eylemi uyarınca ancak işkence suçuna yardım eden sıfatıyla cezalandırılabilecektir<sup>57</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere; işkence suçunun failinin kamu görevlisi olması yetmekte, kendisine özel bir yetki tanınmış olması gerekmemektedir. Oysa 765 sayılı TCK döneminde suçun failinin kamu görevlisi olması yetmemekte ve failin ifade almaya ve sorgulamaya yetkisi olması gerekmektedir<sup>58</sup>.

94. madde düzenlemesi bu yönüyle doktrinde eleştirilmekte ve işkence suçunun amacının, tüm kamu görevlilerini kişilere karşı işledikleri suçlar açısından cezalandırmak olmadığı, işkence fiillerinin cezalandırılma amacının ceza yargılamasının güvenilirliğini garanti etmeye çalışmak olduğu belirtilmektedir<sup>59</sup>. Nitekim bu görüşe uygun olarak işkence suçu uygulamada neredeyse hiç karşımıza çıkmamaktadır. Zira madde düzenlemesinin geniş bir alana yayılması nedeniyle, cezasızlık kültürünün de etkisiyle<sup>60</sup>, aslında işkence suçunu ihlal eden eylemlere ilişkin

<sup>57</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, , s:115.

<sup>58</sup> Bu durum doktrinde sorgu ve ifade alma konusunda yetkili ve görevli olanların işkence suçunun faili olabileceği şeklinde açıklanmaktaydı (İsmail Malkoç, "2004 değişiklikleri ve içtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu", Malkoç Kitabevi, 1. Bası, Eylül 2004, s:653).

<sup>59</sup> Demirbaş, "İşkence Suçu", s:87, aynı yönde görüş için Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:272.

<sup>60</sup> Cezasızlık kültürü veya cezasızlık sorunu olarak adlandırılan sorun; İHAM tarafından 02.09.1998 tarihli Yaşa & Türkiye kararında (Başvuru No:22495/93) "impunity" kelimesi kullanılmak suretiyle bir dokunulmazlık, cezadan muaf olma durumu yaratıldığı şeklinde ortaya konulmuştur. Anılan tarihten başlayarak İHAM'ın bir çok kararında Türkiye'de yaratılan bu cezasız bırakılma durumu ihlal nedeni olarak sayılmıştır (Birçok karar içerisinde bkz. Benzer ve Diğerleri, Başvuru No:23502/06, 12.11.2013, Kurt & Türkiye, Başvuru No:15/1997/799/1002, 25.05.1998; Akdeniz ve Diğerleri & Türkiye, Başvuru No:23954/94, 31.05.2001; Dink & Türkiye, Başvuru No:1668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010). Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gülşah Kurt, "Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci", Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, s:16-18.

İHAM tarafından Türkiye aleyhine ihlal kararları verilmesi sonrasında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine 4748 sayılı Kanun ile ek yapılmış ve İHAM tarafından verilen "işkence yada zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları" nedeniyle Devlet tarafından ödenmek

yürütülen soruşturmalar henüz en başında diğer suç tipleri kapsamına dahil edilmekte<sup>61</sup> ve suçun mağduru, yani işkenceye uğrayan hakkında da soruşturma başlatılmaktadır<sup>62</sup>. 2006-2008 yıllarına ilişkin gerçekleştirilen bir araştırmada şu çarpıcı sonuçlara ulaşılmıştır:

2006 yılında 2.668, 2007 yılında 3.700, 2008 yılının ilk 4 ayı içinde 1.123 kişi hakkında TCK'nın 265. maddesi uyarınca görevi yaptırma için direnme suçundan soruşturma açılmıştır. Buna karşılık işkence şikayetine ilişkin açılan dava sayısı ise toplam 614'tür. Görüleceği üzere görevi yaptırmamak için direnme iddiasıyla açılan dava sayısı işkence suçu nedeniyle açılan dava sayısının 10 katından fazladır. Bu nedenle de işkence mağduru olan şahıslar hakkında açılan davaların, mağdurların hak arama mücadelesini olumsuz etkilediği, mağdurlara karşı korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın bir şekilde uygulandığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>63</sup>.

---

zorunda kalan tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu imkanı getirilmiştir (Zeynep Engin, "İşkence ve Türkiye: Türkiye'de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/1, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., s:14).

Cezasızlık kültürünün yeni bir durum olduğu da söylenemeyecektir. 1990 basımlı olan bir eserde bu durum şu şekilde açıklanmaktadır; "İşkence altında alınan ifadeleri delil sayma anlayışı bu noktada da etkili olmuş gibidir. Dahası, işkence ihbarları hakkında pek duyarlı görünmeyen yargı mercilerinin bu tutumunun, temyiz en üst katna da yansımalarıdır. İşkence yapıldığı iddialarına sık sık başvurulmasının nedenini, "Türkiye'yi uluslararası kuruluşlar nezdinde zor duruma düşürmek, mevcut demokratik rejimi kötüleyerek, antidemokratik bir uygulama bulunduğu izlenim(ini) yaymaya çalışmak" şeklinde açıklayan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 23 Ocak 1986 tarihli kararı bunu göstermektedir"(Tanör, s:44).

<sup>61</sup> Konu hakkında doktrinde;94. maddenin kapsama alanının geniş olması, özel kasit aranmaması ve fiilin ağırlığı gibi bir kıstas içermemesi nedeniyle aslında pek çok işkence ve diğer kötü muamele fiilleri için doğrudan doğruya 94. madde kapsamında soruşturma başlatılabilecek iken tam tersi bir yol izlenilerek işkence olduğu açık olan eylemlerde dahi diğer suç tipleri üzerinden soruşturma yürütüldüğü belirtilmektedir (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş, s:65).

<sup>62</sup> Bu konu hakkında ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki "İşkence ve kötü muamele yaptığı iddia edilen görevliler hakkında ulusal hukukta kovuşturma açılarak takipsizlikle sonuçlanmış olması yahut görülen davada isnat edilen suçlardan beraat etmelerine hükmedilmiş olması, AİHM önünde davalı Devletin sadece bunu belirtmekle yapacağı bir savunmayı yeterli kılmaz. Başka deyişle, örnek olsun, güvenlik görevlilerinin beraat etmesi, polisin kontrolü altındaki bir bireyde vuku bulan yara-berenin bu görevlilerce yapılmamış olduğunu göstermek bakımından AİHS (md.3) çerçevesinde ilgili Devleti bu eylemlerin Devlete atfedilemeyeceğini kanıtlama yükümlülüğünden bağışık kılmaz ve buna bağlı olarak da ilgili Devleti, Sözleşme ekseninde sorumlu tutulmaktan kurtarmaz" (Gemalmaz, s:382).

<sup>63</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş, s:18.

Yapılan bir başka araştırma TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ile 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçlarının karşılaştırmasına ilişkindir. Anılan çalışma sonuçları uygulamadaki cezasızlık kültürünü net bir şekilde ortaya koymakta olduğu gibi, durumun iyileşmek yerine her geçen gün kötüleştiği de görülmektedir. Zira 2006 yılı verilerine göre TCK'nın 265. maddesi uyarınca verilen 10 bin 207 mahkumiyet kararına karşılık, aynı süreçte sadece TCK'nın 256. maddesi uyarınca sadece 116 mahkumiyet kararı verilmiştir. Rakamların ortaya koyduğu üzere hakkında mahkumiyet hükmü kurulan her kolluk görevlisi için yaklaşık 100 vatandaş hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuştur. 2009-2014 yıllarına bakıldığında ise durumun çok daha kötü bir seviyeye geldiği anlaşılmaktadır.<sup>64</sup>

İstatistik çalışmalarının ortaya koyduğu gerçeğe ve yukarıda değinilen doktrindeki değerli tespitlere karşın işkence suçunun alanının geniş tutulmasının ve her türlü kamu görevlisinin anılan suçun faili olabileceğine ilişkin düzenlemenin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira; günümüzde işkence suçunun en belirgin görünüm yerleri toplantı ve

<sup>64</sup> 2006 yılı verilerine göre "TCK 265. maddeden verilen 10 bin 207 mahkumiyetine karşılık, sadece 116 TCK 256. madde mahkumiyeti dikkat çekiyor.

Her bir kolluk görevlisi için 100 kat vatandaşın cezalandırılması dikkat çekici bulunmuş ve aslında karşı dava tehdidinin nasıl yıldırıncı bir silaha dönüştüğünün altı çizilmiştir.

2016'da bu kez 2009-2014 yıllarına ilişkin yaptığımız benzer bir inceleme durumu düzeltmek bir yana korkunç bir seviyeye geldiğini gösteriyor. Zor kullanma yetkisinin aşılmasını düzenleyen TCK 256. madde artık hemen hemen hiç bir mahkumiyetle sonuçlanmazken, TCK 265. maddeden verilen mahkumiyet kararlarının katlanarak arttığı gözleniyor.

Gezi olaylarının gerçekleştiği 2013 ve onu izleyen 2014'te ise TCK 256. madde mahkumiyetleri sıfıra yaklaşırken, TCK 265. madde mahkumiyetlerinin tarihi zirvelerini gördüğünü tespit edebiliyoruz.

Öyle ki 2006' da her bir kolluk görevlisine 100 vatandaşın mahkum olması şeklinde belirlediğimiz oran, 2013'te yaklaşık her bir kolluk görevlisine karşı 10 bin vatandaşa dönüşmüş durumda."

"Bununla birlikte, soruşturulan vaka sayısı esas alındığında ortaya çıkan şikayet / mahkumiyet oranı 4 binde 13 gibi anlaşılması mümkün olan bir düzeydedir. Bir başka deyişle, soruşturulması istenen 4 bin vakada sadece 13 kolluk görevlisi ceza almakta, bunların da 2012-2014 yılları arasında sadece dördü şeklinde gerçekleşmektedir. Bu yıllar içerisinde soruşturma başlatılan olay 12 bin 295 iken hapis cezası verilen toplam kişi sayısı dördür.

Bu koşullarda, şikayet edilen her 3000 polisten sadece birinin hapis cezası aldığı sonucu çıkarılabilir. Bu hapis cezalarının fiilen uygulanıp uygulanmadığı da bilinmiyor." (Kerem Altıparmak, Feray Salman, "Adalet İstatistiklerinin Dili: Gezi'de Yazılan Cezasızlık Destanı Kahramanlık Değil", 09.06.2016, <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/175633-adalet-istatistiklerinin-dili-gezi-de-yazilan-cezasizlik-destani-kahramanlik-degil> (Erişim:10.08.2019)). Çalışma kapsamında TCK'nın 256. maddesi esas alınmıştır. Eğer işkence suçu esas alınmış olsaydı sonuçların daha da karamsar çıkacağı ve cezasızlık kültürünün etkisiyle bilimsel bir araştırma yapmaya yeterli verinin dahi ortaya çıkamayacağı tahmin edilmektedir.

gösteri yürüyüşlerine yapılan müdahaleler olmaktadır<sup>65</sup>. Eğer işkence suçunun kapsamı sadece ifade almaya ve sorgu gerçekleştirmeye yetkili kamu görevlisi ile dar tutulmuş olsaydı anılan müdahalelere karşı TCK'nın 94. maddesini uygulamak mümkün olmayacaktı. Uygulamada zaten böyle bir usul izlenmediği yönünde eleştiri getirilebilir ise de kanımızca mevzuatı uygulamaya değil, uygulamayı olması gerekene uygun hale getirmek gereklidir.

## bb. Mağdur

İşkence suçunun mağduru herkes olabilir. Bu durum doktrinde, suçun mağdurunun insan olması dışında başka bir özel nitelik aranmadığı şeklinde açıklanmaktadır<sup>66</sup>. Bununla birlikte bazı kimselerin suçun mağduru olması<sup>67</sup> suçun nitelikli halini ortaya çıkartacaktır<sup>68</sup>.

765 sayılı TCK'nın 243. maddesi suçun mağduru olabilecekler açısından da 94. madde düzenlemesinden farklıdır. Zira 243. madde uyarınca suçun mağduru ancak “sanık, mağdur, şahsi davacı, müdahil veya tanık” olabilecek iken belirtildiği üzere 94. madde uyarınca suçun mağduru herkes olabilir.

Doktrinde 94. maddenin anılan düzenlemesi de eleştirilmekte ve ceza yargılaması ile ilişkisi olmayan kişilerin suçun mağduru olarak kabul edilmesinin uygun olmadığı belirtilmektedir<sup>69</sup>.

Faile ilişkin kısımda belirtilmiş olan gerekçelerle doktrindeki görüşten ayrılmakta ve herkesin suçun mağduru olabileceğine ilişkin dü-

<sup>65</sup> Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kararları uyarınca; toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale eden kolluk kuvvetlerinin, gösteriye katılanları suçlarından çekerek yürütmesi, vücutlarının alt kısımlarını tekmelemesi ve coplaması gibi eylemler insanlık dışı muamele kabul edilmektedir (Kalabalık, s:438).

<sup>66</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:116.

<sup>67</sup> TCK'nın 94/2. fıkrası uyarınca suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

<sup>68</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:267.

<sup>69</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:272.

zenlemenin doğru olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim işkence suçunun son zamanlarda toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı gerçekleştirilen müdahaleler sırasında görüldüğü gerçeğinin yanı sıra, Türkiye’de son zamanlarda işkencenin bilgi alma ihtiyacından çok korku veya gözdağı vermek, cezalandırmak amacıyla<sup>70</sup> uygulandığı da doktrinde belirtilmektedir. Bu durumda işkence suçunun mağdur kısmını daraltmak, aslen işkence suçunun tüm unsurlarını taşıyan ve insan onurunu ortadan kaldıran eylemlerin yaralama, hakaret gibi suçlar kapsamında kalmasına yol açacaktır.

### c. Suçun Unsurları

#### ca. Maddi Unsur

İşkence suçundan bahsedilebilmesi için bulunması gereken temel unsur, gerçekleştirilen eylemin insan onuruyla bağdaşmaması gerekliliğidir. Gerçekleştirilen eylemin<sup>71</sup> insan onuru ile bağdaşmamasının yanı sıra 94. madde içerisinde sayılan seçimlik hareketler olan:

- bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine<sup>72</sup>,
- algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine,
- aşığılanmasına

yol açacak davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bu vasfı nedeniyle işkence suçu seçimlik hareketli bir suç olup sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi dahi suçun oluşması için yeterli olacaktır. Bununla birlikte eylem veya eylemler madde içerisinde sayılan hareketlerden birden fazlasını kapsayacak nitelikte ise bu durum suçun oluşumu açısından değil cezanın tayini sırasında dikkate alınacaktır.

<sup>70</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:15.

<sup>71</sup> Aşağıda açıklanacağı üzere işkence suçu ihmalî hareket ile de işlenebilecektir. Bu nedenle sadece eylemden değil eylemsizlikten de bahsedilebilir.

<sup>72</sup> Doktrinde de belirtildiği üzere insan onurunun korunması sadece bedensel alanla sınırlı değildir. Manevi baskı, işkence ve buna uygun sorgulama metotları da beden bütünlüğü üzerindeki hakkı zedelemektedir (Gören, s:415).



Bu durumda üzerinde durulması gereken ilk unsur insan onurudur. İnsan onuru doktrinde “İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür”<sup>73</sup> olarak tanımlanmaktadır. Yine insan onurunun, kişinin en temel değeri olduğu ve işkencenin de bu değere yapılan saldırı olduğu belirtilmektedir<sup>74</sup>.

İnsan onuruyla bağdaşmadıktan sonra eylemin ağır bir acı veya etkilenmeye yol açması aranmamalıdır. Konu hakkında doktrinde; uluslararası insan hakları hukuku ile karşılaştırmalı hukuk açısından işkence için failin eyleminin asgari bir ağırlık derecesine varması gerektiği, ancak fiil ağır neticelere yol açmışsa, ortaya çıkan netice nedeniyle cezanın artırılacağı, ancak sadece ortaya çıkan neticenin hafif olmasından dolayı işkence suçunun oluşmadığının söylenemeyeceği belirtilmektedir<sup>75</sup>.

Doktrinde işkence suçu; dar ve geniş anlamda işkence olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. “Dar anlamda işkence sadece ceza muhakemesine özgü bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre ifade veya sorgu faaliyetini gerçekleştirmeye yetkili görevlilerin şüpheli veya sanığa karşı işlenen ve söz konusu kişiden belli bir beyan almaya yönelik kötü muamele fiilleridir. Geniş anlamda işkence ise ceza muhakemesi dışında idari veya disiplin soruşturmalarını da kapsamakla birlikte; mağdurun da şüpheli veya sanık dışında mağdur, tanık, bilirkişi ve hatta müdafii de olabileceğini kabul etmektedir”<sup>76</sup>. Kanımızca doktrinde açıklanan geniş anlam dahi TCK’nın 94. madde düzenlemesini tam olarak kapsamamaktadır. Zira işkence suçu, sadece adli veya idari bir soruşturma kapsamında ortaya çıkmak zorunda değildir. Bu nedenle suçun sınırları geniş anlamın dahi dışına çıkmaktadır.

TCK’nın 94. maddesinin ihlalden bahsedebilmek için aranan seçimlik hareketlerden ilki bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine neden olacak davranıştır.

<sup>73</sup> Öztürk, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)”.

<sup>74</sup> Üzülmüş, s:147.

<sup>75</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:272,273.

<sup>76</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:273.

Bu seçimlik hareket kendi içerisinde de ikiye ayrılmaktadır. İlk hareket bedensel yönden acı çekmesine neden olma durumudur. Burada bedensel yönden acı için bir sınırlama getirilmemiştir. Bu durumda basit tıbbi müdahale ile giderilebilir eylemler de işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecek midir? Kanımızca insan onuruna aykırı olduğu sürece basit tıbbi müdahale kapsamında kalan eylemler de işkence kapsamında olacaktır<sup>77</sup>. Örneğin bir baba veya annenin çocukları önünde tokatlanmasının küçük düşürücü olacağı açıktır. Bu nedenle eylemin basit tıbbi müdahale kapsamında kalmasının kanımızca önemi yoktur.

Ruhsal yönden acı çekmesine neden olacak seçimlik hareketin madde içerisinde sayılması başlı başına tartışma içermektedir. Zira insan onuru ile bağdaşmayan her hareket, hareketin muhatabı olan mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olacağından suç açısından seçimlik hareket olarak kabul edilmesinin anlamı bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Bununla birlikte kanun koyucunun sayım usulünü tercih etmesi kanımızca yerindedir<sup>79</sup>. Böylece işkence kapsamındaki eylemlerin görünür olması ve suç tipi kapsamında olduğunun belirlenmesi kolaylaşmaktadır.

Ancak üzerinde durulması gereken husus mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olma sınırının ne olduğudur. Zira insan onurunu ihlal edecek nitelikte olmayan basit bir eylem, örneğin aşağılama kastı olmaksızın çimdik atma eylemi de mağduru sinirlendirebilir ve ruhsal

<sup>77</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:110. Yine bir diğer eserde mağdurda ortaya çıkacak olan bedensel veya ruhsal acının mutlaka mağdura temas edilerek gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:274). Bir başka eserde ise "davranışların mutlaka vücuda cismen eza vermeleri şart değildir; dolayısıyla mağdurun vücudunda harabiyet oluşturmamakla beraber, onda bedeni ve ruhsal acı veren, vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü kötü muamele bu kapsama girer"(Demirbaş, "İşkence Suçu", s:95) denilmek suretiyle benzer yönde görüş bulunmaktadır.

Doktrinde "her darbin işkence teşkil etmeyeceği doğrudur. Ama fiili değerlendirirken, yol açtığı neticeye göre a posteriori bir değerlendirme yapmak yanlıştır. Doğrusu, fiilin yapıldığı ana göre ve objektif niteliğini dikkate alarak sonuca varmaktır." şeklinde görüş de bulunmaktadır (Tezcan, Erdem, Önok, s:273).

<sup>78</sup> Konu hakkında doktrinde, insan onurunu zedeleyen davranışın söz konusu olduğu hallerde, bunun ağır acı ve ezaya yol açmadığını söyleyebilmenin mümkün olmadığı, insan onuruyla bağdaşmayan her davranış zaten ağır olduğundan, TCK'da ağırlık kistasına ayrıca yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı belirtilmektedir (Demirbaş, "İşkence Suçu", s:99).

<sup>79</sup> İşkence suçunun, bireyin beden ve ruh dünyasında doğurduğu etkiler nazara alınarak düzenlenmesinin yerinde olduğuna dair aynı yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:108.

yönden acı çekmesine neden olabilir. Yine günlük hayatta hakaret amacıyla kullanılmayan bazı tabirler, kişiye “sen” diye hitap edilmesi gibi sözler muhatabı kişiyi rahatsız ederek ruhsal yönden acı çekmesine neden olabilecektir. Bu durum kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen her suç fiilinin işkence kapsamında değerlendirilmesini gerektirecektir. Bu nedenle doktrinde; kişinin ruhsal yönden acı çekmesi sınırlandırılmak istenilmiş ve bu unsurun psikolojik durumun bozulmasına, kişinin ruhsal durumunun normalin dışına çıkmasına yol açacak davranış şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>80</sup>. Sonuçta ruhsal yönden çekilen acının belirli bir seviyede olması gerektiğinin arandığı görülmektedir<sup>81</sup>.

Kanımızca buradaki temel kıstas insan onurudur. Eğer fail eylemi ile insan onurunu ihlal ediyorsa, bu durumda en basit ruhsal acı dahi TCK'nın 94. maddesini ihlal eder nitelik kazanacaktır. Kişinin ruhsal yönden daha fazla ya da daha az acı çekmesinin önemi olmayacaktır<sup>82</sup>. Nitekim eylemler sonucunda kişi hiç acı çekmemiş, hatta hissetmemiş, algılamamış da olabilir<sup>83</sup>. Acı verebilecek nitelikte insan onuruna aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesi ile suç ortaya çıkmış olacaktır<sup>84</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus CMK'nın 148. maddesi ile yasaklanmış ifade ve sorgu usullerinden biri olan kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi suretiyle ifade veya sorgunun gerçekleştiril-

<sup>80</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s: 274.

<sup>81</sup> Doktrinde belirtildiği üzere işkenceye uğrayanların seyrettirilmesi ya da seslerinin dinlemeye mecbur bırakılması da işkence kapsamında değerlendirilmelidir (Tezcan, Erdem, Önok s:268). Dava dosyalarına yansıyan; rutin olarak yüksek sesli müzik ya da tekrarlanan şeylerin dinletilmesi (Başka sesin olmadığı bir ortamda sürekli su damlaması sesi dinletilmesi) gibi eylemler de işkence kapsamında kabul edilmelidir.

<sup>82</sup> Konu hakkında; acıların yarıştırılması sonucuna yol açacak bir acı değerlendirmesi yapmanın doğru olmadığını düşünmekteyiz. Zira bir eylemin muhatabında yarattığı acı, her zaman dışarıdan gözlemleyen kişinin hissedebileceği yoğunlukta olmayabilir. Doktrinde anlatıldığı üzere bir müfettiş tarafından gerçekleştirilen inceleme sırasında, müfettişin incelemeyi gerçekleştirdiği hastanenin başhekimine karşı gerçekleştirdiği eylemler neticesinde başhekim intihar etmiştir. Eğer kişi intihar etmemiş olsaydı kendisinde oluşan acının büyüklüğünü dışarıdan ya da dosya üzerinden anlayabilmek mümkün olmayacaktı (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş s:42,43).

<sup>83</sup> Örneğin nezarethanedeki sarhoş bir şekilde yatmakta olan kişiye ağır hakaretler edilmesi, soğuk zeminde yatırılması, sonradan ağrı hissetmeyeceği şekilde olsa dahi tekmelenmesi ve benzeri eylemler mağdur bunlardan haberdar olmasa dahi işkence suçunu oluşturacaktır.

<sup>84</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Gizem Dursun, “İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2018, Ankara, s:44.

mesi halinde işkence suçunun oluşup oluşmayacağıdır. Kanımızca burada işkence suçundan bahsetmek mümkün değildir<sup>85</sup>. Nitekim CMK'nın ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrasında işkence ayrıca sayılmış olmasına karşın ikinci fıkra içerisinde özel olarak “*Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*” denilmiştir.

Bununla birlikte ifade ve sorgu sırasında, hakim veya savcı tarafından şüpheli veya sanığa doğruları söylemediği takdirde polis tarafından dövüleceğinin söylenmesi durumunda işkence suçu oluşacaktır<sup>86</sup>. Doktrinde, hakimin, itirafa zorlamak amacıyla tutuklama yetkisini sanığa hissettirmesinin, kendisine tanınan yetkiyi kötüye kullanma olacağı nedeniyle işkence suçu kapsamında kalacağı belirtilmektedir<sup>87</sup>.

94. madde içerisinde sayılan bir diğer seçimsel hareket “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*” neden olacak davranışlardır. Algılama doktrinde; “*beş duyu organı vasıtasıyla alınan uyarıların, sinir sistemi üzerinden beyne sevk edilmesi sonucunun doğmasıdır. Algılanan uyarının kalitesi, duyu organlarının fonksiyon yeteneğine bağlıdır*”<sup>88</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Öyleyse tanımda anılan kalitenin etkilenmesi halinde algılama yeteneği etkilenmiş olacak, bu eylem diğer şartları taşıdığı takdirde ortaya işkence suçu çıkacaktır.

İrade ise, kişinin kendi başına bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü şeklinde açıklanabilir<sup>89</sup>. Bu durumda kişi, kendi iradesi doğrultusunda değil de kendisinden istenen şekilde davranmak zorunda kalıyorsa iradesi etkilenmiş olacaktır. Öyleyse mağdurun karar alması, insan onuruna aykırı bir şekilde etkileniyorsa yine işkence suçu ortaya çıkmış olacaktır<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Kanunen öngörülmemiş vaatlerde bulunma veya kandırma hareketlerinin Alman Hukuku ve TCK açısından işkence oluşturmayacağına ilişkin görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:90.

<sup>86</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:91.

<sup>87</sup> Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:91.

<sup>88</sup> Timur Demirbaş, “*Şüphelinin İfadesinin Alınması*”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2011, s:209.

<sup>89</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd4895c721c73.40357835](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd4895c721c73.40357835) (Erişim:27.10.2018).

<sup>90</sup> Dursun, İşkence Yasası, s:45.

TCK'nın 94. maddesi kapsamındaki son seçimlik hareket; kişinin aşağılanmasına yol açacak davranışlardır. Aşağılanmasına yol açacak davranış doktrinde kişiyi "büyük ölçüde utandıran, rezil eden", "büyük ölçüde küçük düşmesine neden olan" eylemler<sup>91</sup>, kişinin onur ve şerefine yönelik eylemler; "kişiyi hakaret edilmesi, çirliçiplak soyulması ve vücut özellikleriyle alay edilmesi vb. davranışlar" olarak kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Bu seçimlik hareket tüm dünyada en yaygın olarak kullanılan işkence metotlarından bir tanesidir. En bariz örneklerinden bir kısmı da yakın zamanda herkesin önünde cinsel ilişkiye zorlama, çıplak gezdirme şeklinde ABD'nin Guantanamo üssünde gerçekleşmiştir.

Madde metni içerisinde davranıştan bahsedilmiş ise de işkence suçu ihmali davranış ile de işlenebilecektir. Örneğin kişinin bir rahatsızlığı nedeniyle acı çekmesine karşın doktora götürülmemesi, tuvalet ihtiyacını gidermesine izin veya imkan verilmemesi, yiyecek içecek verilmemesi<sup>93</sup>, aşırı sıcak ya da soğuk ortamda tutmak<sup>94</sup> gibi eylemler de işkence kapsamında olacaktır.

Yine işkence suçunun işlendiğini görmesine rağmen müdahale etmeyen kamu görevlisinin fiilinin de tıpkı icrai davranışla işkence suçunu işleyen gibi cezalandırılacağı kabul edilmelidir<sup>95</sup>. Ancak bu konuda doktrinde farklı görüşler de bulunmaktadır. Doktrinde işkence suçundan ihmali davranış ile sorumlu olunabilmesi için "failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında ("garantör" konumunda) olması"<sup>96</sup> gerektiğini belirtenler bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca ancak önleme yönünde maddi olanak sahibi olan amirin sorumluluğunun doğacağı, yine garantör konumunda olan<sup>97</sup> kamu görevlileri açısından suçun

<sup>91</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:271.

<sup>92</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:274.

<sup>93</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:110, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:275.

<sup>94</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:268.

<sup>95</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:275.

<sup>96</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:269.

<sup>97</sup> Garantörlük doktrinde; "Hareketsiz kalan bir kimseyi bir sonuç nedeniyle hukuken sorumlu tutmaya izin veren yakın ilişkiye garantörlük denmektedir" şeklinde açıklanmaktadır (Ş. Cankat, Taşkın, "Kasten İhmali Davranışlar Adam Öldürme", TBB Dergisi, Sayı 79, 2008, s:142).

oluşacağı<sup>98</sup>, ancak garantör konumunda olmayan memur açısından ise TCK 279. maddesi uyarınca ihbar etme yükümlülüğü kapsamında sorumluluktan bahsedilebileceği belirtilmektedir<sup>99</sup>. Bununla birlikte doktrinde, PYSK 1. maddesi uyarınca her kolluk görevlisinin her suçtu olduğu gibi işkence suçtu kapsamında kalan bir eylemi de önleme yükümlülüğü olacağı, bu nedenle bu görevini yerine getirmeyen her kolluk görevlisinin en azından ihmali açıdan işkence suçundan sorumlu olacağı belirtilmekte ve işkence eylemlerinin kolluk görevlisinin amiri, alt veya eşit derecede bulunan bir başka görevli tarafından gerçekleştirilmesinin de sonucu değiştirmeyeceği şeklinde tarafımızca da desteklenen görüş de bulunmaktadır<sup>100</sup>. Yargıtay'ın ise konu hakkında değişik yönde kararları bulunmaktadır<sup>101</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus kendini İHAM içtihatlarında göstermektedir. İHAM; iade ve sınır dışı etme gibi durumlarda

<sup>98</sup> Doktrinde benzer şekilde “Kamu görevlisinin işkence teşkil eden davranışlardan haberdar bulunan amirin, neticesi önleme yükümlülüğünün bulunduğu ve gerçekleşen işkenceden bu sebeple ihmali davranışı ile sorumlu tutulacağı muhakkaktır.” denilmektedir (Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:111).

Yine “kanun koyucu bu yükümlülüğü daha ziyade amirlere yüklemiştir. Diğer taraftan her kamu görevlisinin bu suçtu ihmali hareketle işleminin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir” de denilmektedir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:276).

<sup>99</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:269.

<sup>100</sup> Dursun, İşkence Yasağı, s:40; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:111.

<sup>101</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2016/5680 esas, 2017/3721 karar sayılı ve 05.04.2017 tarihli kararında “üç polis memurunun bir şahsı gözlem odasına götürmek için kullanması gereken zor kullanmanın sınırları içinde kabulünün mümkün görülmesi karşısında başka bir olay sebebiyle polis merkezine getirilen katılan sanık ...'i polis merkezine birlikte getirildiği diğer şahsın odaya alınıp ikramda bulunmasına itiraz etmesi kendisinin ise gözlem odasına konulmak istenmesine tepki göstermesi ve gözlem odasına gitmek için direnmesi üzerine polis memuru sanıklar ..., ... ve ...'in darp ettikleri; daha sonra da nöbet değişiminde polis memuru ...'nin ...'i kameranın olmadığı koridora çektiği ve burada da dövdükleri, bu şekilde eylemlerinin sürekli ve sistematik bir hal aldığı, o sırada polis merkezinin amiri olan ve darp olayını görmesine, önleme görevi bulunmasına rağmen müdahale etmeyerek suçtu iştirak eden ...'nin üzerlerine atılı işkence yapmak suçunu işledikleri sabit olduğu halde delillerin takdirinde yanılıya düşülecek yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” denilmiştir. Ancak yine 8. Ceza Dairesi'nin 2013/7707 esas, 2014/5504 karar sayılı ve 06.03.2014 tarihli kararında “Sanık İ. hakkında görevi kötüye kullanma suçundan kurulan hükme yönelik Cumhuriyet Savcısının temyizine gelince; Sanığın suç tarihinde görevli olması, polis memuru olan diğer sanıkların katılanı darp etmeleri karşısında sadece uyarıda bulunması, katılanı darp etmelerine engel olmaması ve olayı olduğundan farklı şekilde aktarması, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçtu işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmaması eyleminin, TCK.nun 279/1-2 maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçtu bildirmemesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” denilmek suretiyle sorumluluğun işkenceden değil kamu görevlisinin suçtu bildirmemesinden kurulduğu görülmektedir.

kötü muamele ile karşılaşma açısından “gerçek bir risk” varsa 3. maddenin ihlal edilmiş olacağını kabul etmektedir<sup>102</sup>. Bu kabul, mağdurun henüz kötü muameleye maruz kalmamış olmamasına karşın 3. maddenin ihlal edilmiş olacağını tespiti açısından önemlidir.

İşkence suçu açısından Türk hukukundaki en büyük tartışma tek bir eylemin işkence oluşturup oluşturamayacağı noktasındadır. Doktrinde 94. madde içerisinde “davranışlar” denilmekte olması nedeniyle işkence suçuna konu eylemlerin, ani olmaması, belirli bir süre sistematik olarak devam etmesi gerektiği<sup>103</sup>, nitekim suça ilişkin gerekçede fiillerin sistematik olarak ve belli bir süreç içerisinde işlenmesinin arandığı belirtilmektedir<sup>104</sup>.

Tek bir eylem ile işkence suçunun ortaya çıkmayacağı yönündeki görüş oldukça fazla müellif tarafından savunulmakta ve aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerden oluşan işkence suçunun farkının anılan fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmektedir<sup>105</sup>. Bununla birlikte aynı eylemin tekrarlanmasının zorunlu olmadığı, 94. madde kapsamında yer alan farklı seçimlik hareketlerin sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi ile de suçun ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>106</sup>.

Doktrinde, tekrarlanmayan fiillerin işkence suçunu oluşturmayacağını genel olarak kabul eden ancak bazı fiillerin; örneğin Filistin askısı ve falakanın sistematik uygulama özelliği taşıdığı<sup>107</sup>, mağdura 1 saniye için

<sup>102</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s:166. Aynı eser s:163'te de; “Mahkemenin deyimiyle, “işlenen suç ne kadar haince olursa olsun, bir devletin, bir kaçağı işkence, insanlık dışı muamele ya da küçük düşürücü muameleye maruz kalma tehdidi altında olduğu diğer bir ülkeye bu durumu bilmesine rağmen teslim etmesi, üçüncü maddenin ruh ve amacına açıkça aykırı olur” denilmektedir.

<sup>103</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya s:108, aynı yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok s:273.

<sup>104</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:275.

<sup>105</sup> Haydar Erol, “Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 1. Bası, s:470.

<sup>106</sup> İsmail Malkoç, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 2007, s:613, Artuk, Gökçen, Yenidünya s:108, Tezcan, Erdem, Önok, s:273.

<sup>107</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:273.

dahi olsa elektrik verilmesinin de tekrarlanması gerekmeksizin işkence kapsamında kabul edileceğini<sup>108</sup> savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>109</sup>. Bu eylemlerin işkence suçu kapsamında kabul edilmesi gerektiği açıktır. Ancak kanımızca sistematik olmayan<sup>110</sup>, tekrarlanmayan, yukarıda sayılanlar dışında bir çok eylem de işkence suçu kapsamında kalacaktır<sup>111</sup>. Zira 94. madde kapsamında “sistematik” olma yönünde bir unsur aranmamıştır<sup>112</sup>. Bu nedenle kanun ile suçun unsuru olarak kabul edilmemiş bir hususun gerekçe, yorum vb. yollarla suçun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir<sup>113</sup>. Nitekim kanun koyucu sistematik olmayı suçun unsuru olarak kabul etmek istediğinde buna açıkça yer vermiştir. TCK’nın 77. maddesine bakıldığında açıkça “füllerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistematik olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur” denilmektedir. Görüleceği üzere kanun koyucunun iradesi sistematikliği suçun unsuru olarak kabul yönünde olduğunda, bu duruma madde metni içerisinde yer verildiği görülmektedir. Bu durumda TCK’nın 94. maddesi içerisinde yer verilmemiş olan sistematik olmanın işkence suçunun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

<sup>108</sup> Özbeke, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:275.

<sup>109</sup> Konu hakkında bir başka eserde ise “Bu örneklere dayanarak işkencenin süreklilik göstermesi, sistematik olması gerektiği sonucu çıkarılabilir. İşkence, onur kırıcı hareketleri, insanlık dışı ve zalimane muameleleri de kapsayan ancak bunlardan daha ağır acılar veren fiiller olarak sınıflandırılabilir. Örneğin suç şüphesi ile gözaltına alınan kişiye kamu görevlisinin bir kereye mahsus olarak küfür etmesi onur kırıcı hareket olarak kabul edilebilirken kamu görevlisinin belirli bir süre içerisinde gözaltına alınan kişiye tekrarlayan ve sürekli biçimde küfür etmesi işkence olarak tanımlanacaktır” denilmektedir (Pehlivan).

<sup>110</sup> Doktrinde sistematiklik unsurunun gerçekleşmesi için, suçun, bir plan çerçevesinde tasarlanarak işlenmesinin şart olmadığı da belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:273).

<sup>111</sup> Doktrinde aynı yönde olarak; sistematik olmayan ve süreklilik arz etmeyen; gözaltındaki bir kişinin göz kapağında sigara söndürülmesi, sinirlenen polislerin göstericinin üzerine çullanarak hep beraber tekmeleri gibi eylemlerin de işkence suçu kapsamında olacağı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:273,274).

<sup>112</sup> Bu konu hakkında da doktrinde katıldığımız şekilde, madde metninde yer almayan ve sadece gerekçede yer alan bir hususun suçun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir denilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:274).

Yine doktrinde, sistematikliğin şart olmadığı ancak sistematikliğin işkenceyi karakterize ettiği de belirtilmektedir (Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:93).

<sup>113</sup> Konu hakkında doktrinde bir başka önemli saptama yapılmakta ve tek hareketle işlenen suçların işkence ve kötü muamele kapsamında kabul edilmemesi halinde anılan bu hareketin kişide yarattığı sonuçlar gözardı edilmiş olacak ve işkence gibi önemli bir hususun tartışılması suçun unsurları ile sınırlı bir teknik tartışmaya indirilmiş olacaktır denilmekte ve sonuçta “bir tokattan bir şey olmaz” sonucuna gelineceği eleştirisi getirilmektedir (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş s:41).



Yargıtay'ın da eski dar kalıplardan çıktığı ve işkence suçunu modern ve olması gereken hukuk standartlarında yorumladığı kararlarına<sup>114</sup> rastlanılmaktadır<sup>115</sup>.

Nitekim işkence suçundan bahsedebilmek için sistematikliğin bulunması gerektiğini belirten müellifler dahi kanun maddesine sistematiklik ve belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilmesi şeklinde açık bir ibare bulunması gerektiğini, kanun koyucunun işaret etmekle yetindiğini belirtmişlerdir<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2018/207 esas, 2018/6390 karar sayılı ve 04.06.2018 tarihli kararı içerisinde; "işkence suçunun oluşması için insanlık onuruna aykırı, anlık müdahalelerin de yeterli olduğu, zira bu müdahalelerin de insan onuruyla bağdaşmayıp bedensel ve ruhsal yönden katılanın acı çekmesine neden olduğu, işkence suçunun varlığı için cezaevinde sistematik bir kötü muamelelerin her seferinde beklenemeyeceği, açıklanan sebeplerle sanıkların eylemlerinin işkence yapmak suçunu oluşturduğuna karar veren mahkemenin delilleri takdir ve değerlendirmesi ile suç vasfının tayininde bir isabetsizlik bulunmadığından" denilmiş ve sistematik bir kötü muamelelerin suçun zorunlu bir unsuru olmadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadından bahsetmek güçtür. Zira Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2016/12186 esas, 2017/12375 karar sayılı ve 06.11.2017 tarihli kararı içerisinde ise; "Katılanın bir suç şüphesi ile takibi sırasında polis memuru sanıklardan kaçmaya çalışırken, tel örgülere takılarak yere düştüğü ve bu esnada sanıkların yere düşen katılanın yanına gelerek batın bölgesine tekme atmaları sonucu katılanın dalağının ağır derecede hasar gördüğü, bilahare dalağının alındığı şeklinde iddia olunan olayda; katılanda meydana gelen yaralanmanın telden atlama sırasında düşme sonucu oluşmayıp, sanıkların attıkları tekme neticesinde oluştuğu, katılanın aşamalarda değişmeyen anlatımları, dosyada mevcut doktor raporları, adli tıp raporu ve tanık beyanlarından anlaşılacakla, sanıkların eylemleri sistematik ve süreklilik arz eder şekilde olmadığından, işkence suçunu oluşturmadığı, bu haliyle eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu oluşturmakla bu suçtan cezalandırılmaları gerekirken, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi" denilmek suretiyle sistematik olmayan eylemleri işkence kapsamında kabul etmediği de görülmektedir.

<sup>115</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2017/468 esas, 2017/4455 karar sayılı ve 20.04.2017 tarihli kararı ile her ne kadar işkence suçunun oluştuğuna karar verilmiş ise de "sanığın eyleminin ani olarak gelişen nitelikte olmayıp, mağdurun elleri kelepçeli vaziyette iken kendisine tokat vuran sanığa tepki olarak iteklemesi üzerine sanığın mağduru kelepçelerinden tutup karakolun başka yerine götürerek burada copla vücudunun değişik yerlerine vurma, aynı zamanda tehdit, hakaret içeren sözler sarfetme şeklinde sübut bulan eyleminin işkence suçunu oluşturması karşısında" denilmek suretiyle ani olarak gelişen nitelikte olan eylemlerin işkence suçu kapsamında kabul edilemeyeceğine dair zımni bir kabul getirilmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2012/31460 esas, 2013/6705 karar sayılı ve 27.02.2013 tarihli kararı içerisinde de sistematik olmaya vurgu yapılmış ve "olay tarihinde 4. Zirhlı Tuğay Komutanlığı Disiplin cezaevinde gardiyan olan sanığın, oda hapsi cezası verilen katılan İ. F.'in elbiselerini çıkartarak çirliçiplak vaziyette sınav çektiirdiği, üzerine oturduğu, hortumla ıslattığı, özellikle kafasını masaya vurmak suretiyle dövdüğü, böylece sistematik olarak gerçekleşen ve insan onuruyla bağdaşmayacak eylemlerin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 243. (suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 94.) maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylemin efrada kötü muamele suçunu oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde düşme kararı verilmesi" denilmiştir.

<sup>116</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:108.

Bu aşamada tartışılması gereken bir diğer husus, yukarıda da belirtildiği üzere, TCK düzenlemesinin uluslararası belgelerdeki işkence tanımından daha geniş olmasıdır. Bu durumda Anayasa'nın 90/son hükmü uyarınca işkence suçunun daraltılması sağlanabilecek midir sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Bu sorunun cevabı da olumsuz olmak zorundadır. Zira öncelikle hak ve özgürlükleri koruyucu bir amacı olan Anayasa'nın 90/son hükmü aksi yönde bir yoruma izin vermez. Nitekim İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin 2. fıkrası da *"Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmez"* hükmünü içermektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 90/son hükmü ile işkence suçunun kapsamının daraltılabilmesi mümkün değildir.

İşkence suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi için illa eylemin elektrik verme, gözkapığında sigara söndürme gibi ağır nitelikte olması da gerekmemektedir. Zira 94. madde içerisinde, uluslararası belgelerdeki; insanlık dışı, onur kırıcı muamele ile işkence arasındaki gibi bir fark düzenlenmemektedir<sup>117</sup>. Mevzuatımızda bu yönde ayrıca bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle insanlık dışı, onur kırıcı eylemlerin işkence suçu kapsamında mı yoksa yaralama, hakaret vb. suçlar kapsamında mı değerlendirileceği de bir tartışma konusudur. Kanımızca işkence suçu, TCK'nın 94. maddesinin unsurları olan insan onuruyla bağdaşmayan ve seçimlik hareketlerden en az birinin biraraya geldiği tüm insanlık dışı, onur kırıcı muamele eylemlerini de kapsamına alacaktır<sup>118</sup>. Ancak eylemin uluslararası belgeler ve İHAM kararlarında işkence

<sup>117</sup> Kanımızca bu yönde bir ayrıma gidilmemiş olması yerindedir. Zira birçok İHAM kararında aslında her biri çok ağır ve insanlık dışı eylemler, acı değerlendirmesine tabi tutulmaktadır. Örneğin 22277/93 başvuru sayılı ve 27.06.2000 tarihli İlhan & Türkiye kararında İHAM, tekmeleme, dövülme, kafasına G3 piyade tüfeği ile vurulması, beyin hasarı ve kalıcı nitelikte izler ve fonksiyon kayıplarının oluşması, eylemler sonucunda oluşan yaralanmalara karşın 36 saat boyunca hastaneye götürülmemesi gibi eylemlerin işkence oluşturup oluşturmadığını tartışmak ve sonuçta başvuru kapsamında işkencenin ortaya çıktığını belirlemek durumunda kalmıştır (para. 86-88). Oysa TCK düzenlemesi sayesinde bu yönde bir tartışmaya suçun ortaya çıkıp çıkmadığı aşamasında girmeye gerek kalmamakta sadece cezanın belirlenmesi aşamasında eylemlerin ve ortaya çıkan sonucun ağırlığının dikkate alınması gerekmektedir. Böylece, tümü insan onuruna aykırı olan eylemler arasında kötü/daha kötü/en kötü şeklinde bir acı değerlendirmesi/yarıştırması yapılmasının önüne de geçilebilecektir.

<sup>118</sup> Aynı yönde Kalabalık, s:438. Ancak yazar tarafından, görüşümüzün aksi yönünde en azından hakaret ve

olarak kabul edilen aşamaya gelmiş olması halinde ceza tayini sırasında alt sınırdan ayrılınması gerekecektir. Kısaca belirtmek gerekirse; eylemin ve eylem ile ortaya çıkan sonucun ağırlığı ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacak ve kanun koyucunun vermiş olduğu geniş takdir hakkı çerçevesinde ceza tayinine gidilecektir<sup>119</sup>.

### cb. Manevi Unsur

765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde “*Bir kimseye cürümlerini söyletme, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple*” denilmek suretiyle özel kast aranmıştı<sup>120</sup>. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesi ile eski kanunun aksine genel kast yeterli kabul edilmiştir<sup>121</sup>. Bu nedenle failin işkence suçu oluşturan eylemlerini hangi nedenle gerçekleştirdiğinin, amacının bir önemi bulunmamaktadır<sup>122</sup>. Bu düzenlemenin birçok önemli sonucu olmakla birlikte yukarıda belirtildiği üzere düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Özel kast aranmaması nedeni ile işkence ve birçok diğer suçun birbirine karışma, iç içe geçme ihtimalinin ortaya çıktığı doğrudur<sup>123</sup>. Anılan olumsuzluğa karşın düzenlemenin bu şekliyle “işkenceye sıfır tolerans” olarak da adlandırılan, işkencenin tüm alanlardan çıkması sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

---

tehdidin işkence kapsamında sayılmaması gerektiği belirtilmektedir. Kanımızca kimi tehditler, örneğin kişinin sevdiklerine zarar verileceğine yönelik tehditler, işkencenin en ağır türlerinden biridir.

<sup>119</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:41.

<sup>120</sup> Doktrinde bu durumun 765 sayılı TCK'nın 243. maddesini benzer suçlardan ayırt eden en önemli özellik olduğu belirtilmektedir (Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:105'te).

<sup>121</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:276.

<sup>122</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:44.

<sup>123</sup> Doktrinde işkencenin kamu görevlisince gerçekleştirilen yaralama gibi suçlardan nitelik olarak farklı olduğu, anılan farklılığın da failin saikine dayandığı, 5237 sayılı TCK düzenlemesi ile anılan durumun gözden kaçırıldığı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:276).

## cc. Hukuka Aykırılık Unsuru

İşkence istisnası olmayan, hiçbir durumda mazur görülemeyecek ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan bir suç tipidir<sup>124</sup>. Nitekim doktrinde de işkenceye olanak sağlayan herhangi bir hukuk kuralı bulunmadığı, bu nedenle TCK'nın 24/1. fıkrası uyarınca kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir<sup>125</sup>.

Burada cevaplanması gereken bir diğer soru, işkence teşkil eden eylemlerin amirin emrine dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde failin durumunun ne olacağına ilişkindir. Anayasa'nın 137/2. fıkrası "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" şeklinde olup sorumluluğun ortadan kalkmayacağını düzenlemektedir. TCK'nın 24. maddesinde de; "*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*" denilmektedir. Doktrinde de amirin emrinin yerine getirilmesinin hangi hallerde sorumluluğu kaldıracağı düzenlenmiştir. Buna göre; emrin meşru bir nitelik taşıması için öncelikle emri verenin, bu emri vermeye yetkili olması, emri yerine getiren kimsenin de bu emri yerine getirmeye mecbur olması ve emrin mevzuat hükümlerine uygun olması gereklidir<sup>126</sup>.

Açıklamalar ışığında işkence suçu incelendiğinde; işkence oluşturan eylemlerin hiçbir şekilde mevzuat hükümlerine uygun olması mümkün olamayacağından ve hata hükümleri açısından da; gerçeğin bilinmemesi ya da yeterince bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmesi söz konusu olması gerektiğinden zorunlu olarak bilmemeyi de içerdiğinden<sup>127</sup>, işkence teşkil edecek bir davranışın faili tarafından bilinmemesi de mümkün olamayacağından hata hükümlerinin de uygulanabilmesi

<sup>124</sup> Demirbaş, "İşkence Suçu", s:103.

<sup>125</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:277.

<sup>126</sup> Muhammed Demirel, "Amirin Emri", XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s:63.

<sup>127</sup> Timur Demirbaş, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin Yayınları, 12. Baskı, 2017, s:420.

mümkün değildir. Sonuçta amirin emrine dayalı olarak gerçekleştirilen işkence filleri, faili sorumluluktan kurtaramayacaktır<sup>128</sup>.

İşkence fillerini mağdurun rızası da hukuka uygun hale getiremeyecektir<sup>129</sup>. Zira işkence ile korunan haklar, insan onuru başta olmak üzere, vazgeçilebilmesi, üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün olmayan haklardır<sup>130</sup>. Nitekim suç ile korunan temel değer insan onuru ve kişi dokunulmazlığı olmakla birlikte, adliye ve kamu idaresinin güvenilirliği de korunmak istenildiğinden mağdurun rızası bu nedenle de eylemlerin suç olma vasfını değiştirmeyecektir<sup>131</sup>.

İşkence suçu açısından zorunluluk hali ya da meşru savunma hükümlerinden de bahsedilebilmesi mümkün değildir. Ancak işkencenin lehine görüşler öne sürenlerin dayandıkları en yaygın örnek “ticking bomb” ya da “ticking time bomb” teorisi olarak adlandırılmaktadır. Anılan teori uyarınca çok fazla kişiyi öldürebilecek bir bombayı bir yere koyduğundan şüphelenilen kişi yakalanmış ancak bombanın yeri kendisine söylenememiştir. Bu durumda yüzlerce kişiyi kurtarmak ile işkence arasında bir tercih yapıp yapılamayacağı tartışılmaktadır. Masumiyet karinesi, adil yargılanma gibi temel ceza hukuku ilkelerinin yanı sıra mahkemelerin gerekliliğini de ortadan kaldıracak bu yaklaşım hakkında doktrinde; *“korunmak istenen hak ya da değer, feda edilen değere en az eşit olmasıdır (TCK m.25/2). Oysa ki, işkence yasağı ile korunan insan onuru, en üst değerdir.”*, *“İnsan onurunun, diğer hiçbir hukuksal yarar karşısında feda edilmesi de düşünülemez. Meşru savunma açısından da, oranlılık koşulu arandığı düşünürsek, varılacak sonuç aynıdır.”*<sup>132</sup> denilmektedir.

128 Tezcan, Erdem, Önok s:277.

129 Tezcan, Erdem, Önok, s:277.

130 Doktrinde mağdurun narcoanaliz veya hipnotizmaya razı olması halinde dahi sonucun değişmeyeceği belirtilmektedir (Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:104).

131 Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:104; Tezcan, Erdem, Önok s:277.

132 Tezcan, Erdem, Önok s:278. Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:103.

## d. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### da. Teşebbüs

İşkence suçuna teşebbüs mümkündür. Doktrinde, işkence yapmak amacıyla mağdura elektrik bağlanması ancak amirin gelerek bu duruma engel olması halinde işkence suçuna teşebbüsün ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>133</sup>.

Ancak doktrinde aksi yönde görüş de bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca; insan onuruna aykırı nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olacağından teşebbüsten bahsedilebilmesi mümkün değildir<sup>134</sup>. Kanımızca değerli yazarın vurgulamış olduğu husus yerinde olduğu gibi, yine yazar tarafından; *“tipikliğin maddi unsurlarını gerçekleştirmek için elverişli hareketlerin mağdura yönelmesine rağmen, mağdurun kişisel özellikleri nedeniyle mağdurda netice doğurmamış olması halinde suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmektedir”*<sup>135</sup> şeklinde ortaya konulan görüşe de katılmaktayız. Bununla birlikte yukarıda verilen örnekte olduğu gibi kişiye elektrik vermek için hazırlıkların tamamlandığı ancak amirin engel olması nedeniyle eylemin tamamlanamadığı her durumda, suçun tamamlanmış olacağını kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Burada mağdura elektrik verilmemesine karşın, kendisinde insan onurunu ihlal edecek şekilde bir korku yaratıldığı, bu nedenle de suçun oluştuğu söylenebilir ise de, bu her zaman bu şekilde gerçekleşmeyebilir. Örneğin kişi o sırada, sağlık nedenleri ile kendinde değilse ve parmağına elektrik akımı verilmeye hazırlanıldığını görmüyorsa mağdurda bir korku oluşmayacağı açıktır. Bu nedenle kanımızca olayın özelliklerine bakılması gerekmekte, zor da olsa, eğer şartlar oluşmuş ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

<sup>133</sup> Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:107.

<sup>134</sup> Dursun, s:53.

<sup>135</sup> Dursun, s:52.

## db. İştirak

İştirake ilişkin tartışma büyük ölçüde yukarıda yapıldığından tekrarlanmayacak olmakla birlikte kısaca belirtilmelidir ki; işkence suçu bir özgü suç olup ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Nitekim TCK'nın 40/2. fıkrası; *“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”* şeklindedir. Bu nedenle işkence suçuna iştirakin de ancak diğer bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebileceği, sivil kişiler açısından ancak azmettirme veya yardım etme uyarınca sorumluluklarının doğacağı iddia edilebilir ise de TCK'nın 94. maddesinin *“Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır”* şeklindeki 4. fıkrası bu iddiayı ortadan kaldırmakta ve sivil kişilerin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı sonucunu getirmektedir.

## dc. İçtima

TCK'nın *“Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”* şeklindeki 43/3. fıkrası uyarınca farklı kişilere karşı gerçekleştirilen işkence eylemleri uyarınca fail, mağdur sayısınca cezalandırılacaktır.

İşkence eylemlerinin aynı kişiye karşı gerçekleştirilmesi açısından ise tek bir suçtan mı bahsedileceği yoksa ayrı ayrı suçların mı ortaya çıkacağı tartışmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere TCK'nın 94. maddesi kapsamında eylemlerin sistematik bir şekilde gerçekleştirilmesi bir unsur olarak aranmamıştır. Bu durumda mağdurun falakaya tabi tutulması durumunda TCK 43/3 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde darbe sayısınca suç olduğu iddia edilebilecek midir? Doğaldır ki böyle bir durumda TCK'nın 94. maddesinin örneğin yüz ayrı kez ihlal edildiği söylenemeyecektir. Doktrinde bu durum; *“Aynı kişiye karşı, aynı suçu itiraf ettirmek amacıyla, farklı zamanlarda art arda işkence yapılmışsa, hukuksal anlamda tek hareket olduğundan, suç da tektir. Buna karşılık, hareketlerin arasına kastın yenilendiğini gösteren belirli bir zaman dilimi*

*girmişse, artık yeni bir kastla tekrar suç işlendiği söylenebilir*<sup>136</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Kanımızca burada zamandan ziyade kesintiye dikkat edilmelidir. Zira aradan ne kadar zaman geçerse ayrı bir suçun oluşacağına açıklanması kolay değildir. Örneğin bir kişi hiç ışığın olmadığı karanlık bir hücrede, tek başına ve az yemek verilmek suretiyle 4 gün tutulur ise tek bir işkence suçunun oluşacağı açıktır. Kişiye bu süreçte farklı zamanlarda 4 kez tokat da atılsa kanımızca ulaşılan sonuç değişmeyecektir. Zira bu süreçte suç kesintiye uğramamış, işkence süreklilik arz etmiştir. Ancak böyle bir durumda cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan ayrılınması gerekecektir. Bununla birlikte kişi aynı suçun ikrarı amacıyla farklı zamanlarda iki kez ekip arabasına bindirilip tehdit ve darp edildiği takdirde iki ayrı işkence suçu ortaya çıkacaktır.

TCK'nın 94. maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden bir kaçını aynı anda gerçekleştirildiği takdirde de ortaya tek bir suç çıkacaktır<sup>137</sup>.

İşkence oluşturan eylemler aynı zamanda başka suçların ortaya çıkmasına da neden oluyorsa, örneğin tehdit, yaralama gibi, eylemler TCK 44. maddesi uyarınca sadece işkence suçu kapsamında cezalandırılabilirlerdir<sup>138</sup>.

### III. KİŞİNİN VÜCUDUNA ZORLA DOKUNMA, MUAYENE ETME VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA

Çalışmanın en başında da belirtildiği üzere Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Ancak vücut dokunulmazlığına müdahalede bulunulabileceği istisnai durumlara da madde içerisinde yer verilmiştir. Buna göre tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Madde içerisinde "ve" bağlacı kullanılmak suretiyle "tıbbi

<sup>136</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281.

<sup>137</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281.

<sup>138</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281, 282. Doktrinde cinsel suçlara dikkat çekilmekte ve eylemlerin işkence-nin cinsel taciz şeklinde gerçekleştirilmesi halinde bileşik suçun ortaya çıkacağı, ancak cinsel saldırı söz konusu olursa iki ayrı suçtan cezalandırmanın gerçekleştirileceği belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:282, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:280).



zorunluluk” ile “kanunda yazılı” olma unsurları bir arada aranmıştır. Kısacası tıbbi bir zorunluluğun söz konusu olmadığı alanlarda kişinin vücuduna rızası dışında dokunulması mümkün olmayacaktır<sup>139</sup>. Ancak bilindiği üzere CMK başta olmak üzere mevzuatımızda bir çok yerde, ceza yargılaması kapsamında kişinin vücuduna istemi olmaksızın dokunulabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır<sup>140</sup>. Aşağıda öncelikle anılan düzenlemelerden, yukarıda tanımı ve kapsamına yer verilen beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın ilgili kişinin rızasına karşı uygulanmasının Anayasa ve hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

### **1) Kişinin Rızası Hilafına Ceza Yargılaması Kapsamında Beden Muayenesine Tabi Tutulabilmesi ve Zorla Vücutundan Örnek Alınabilmesi Mümkün Müdür? Anayasa'nın 17. Maddesi Bu Nedenle Askıya Alınabilir Mi?**

Anayasa'nın 17. maddesi ile kabul edilen hakka karşın CMK'nın 75 ve devamı maddelerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması- na ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Anılan maddeler kapsamında şüpheli veya sanığın rızası hilafına vücut dokunulmazlığının ihlal edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında tek yönlü bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilmesi de mümkün değildir, zira süreçte birden fazla disiplin aktif olmaktadır.

Doktrinde çoğunlukta olan görüş, CMK'nın 75. maddesine uygun olarak verilen bir karar varsa, şüpheli ya da sanık karşı çıksa dahi işlemlerin zorla yerine getirilebileceği yönündedir<sup>141</sup>. Nitekim CMK'nın 76/2.

<sup>139</sup> Nitekim doktrinde tedavi etmek amacıyla yapılan müdahalelerin tıp mensuplarının mesleki hakkı olduğu, bu nedenle de hekim müdahalesinin TCK'nın 26/1. fıkrası kapsamında hakkın icrası olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak tedavi amacı taşımayan hekim müdahalelerinde, örneğin estetik ameliyat, ancak rızanın bulunmasının eylemi hukuka uygun kılabilceği belirtilmektedir (Afra Nur Çaprak, “Sünnet Operasyonu Özelinde Türk ve Alman Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğu Sorunu”, Suç ve Ceza Dergisi (Türk Ceza Hukuku Derneği Dergisi), 2018/2, Ağustos 2018, s:51).

<sup>140</sup> CMK'nın 75 ve devam eden maddeleri ile getirilen beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın 17. maddesinin istisnasını oluşturduğu yönünde görüş için bkz. Nuhoglu, s:323.

<sup>141</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s:200, Aygün, s:67, Akbulut, s:113,114, Kılıç, s:138, Ünver, Hakeri, s:293,294, Apış, s:282,283 (Ancak yazar, eserin 288,292 sayfalarında bu müdahalenin yasallık ilkesine aykırılık teşkil eder nitelikte olduğunu da belirtmektedir).

Bir diğer eserde ise; Alman Hukuku'nda kişinin katlanma yükümlülüğü altında olduğu ancak iş-

fıkrasında mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir<sup>142</sup>. Bu nedenle mağdurun rızası<sup>143</sup> olmamasına rağmen anılan işlemlerin yapılabileceği kabul edildiği takdirde, şüpheli ve sanık açısından da işlemlerin gerçekleştirilebileceği iddia edilebilir. Konu hakkındaki görüşümüz aşağıda açıklanacak olmakla birlikte, bu aşamada belirtilmelidir ki, mağdurun rızasına karşın beden muayenesi yapılabileceğine ilişkin düzenleme bu kuralın şüpheli veya sanık açısından uygulanabileceği sonucunu ortaya çıkartamaz. Zira mağdur, ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığa değil tanığa yakın bir durumdadır. Nitekim CMK'nın 236. maddesi de "Mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır" hükmünü içermektedir. Bu nedenle doğruyu söylemek ile yükümlü olan tanık ve mağdur ile kendi aleyhine delil verme zorunluluğu altında bulunmayan şüpheli veya sanığın kıyaslanması mümkün değildir.

lemelerin kişinin sağlığına zarar vermemesi ve hakim kararına dayanması gerektiği, Fransız Hukuku'nda ise beden üzerinde arama gerçekleştirilebilmesi için suçüstü ve istinabe halleri dışında ilgilinin rızasının alınması gerektiği belirtilmiş ve sonuç olarak ilkenin bu denli geniş yorumlanmasının ceza muhakemesinin gerçeğin araştırılması amacı ile çelişeceği, Alman hukukundaki görüşe katılmakla birlikte, Fransız hukukunda aranan suçüstü kriterinin de kullanılmasının susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı açısından yerinde olacağı belirtilmiştir (Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı", TBB Dergisi, sayı:91, 2010, s:171,172).

Yine doktrinde, işlemlerin rıza hilafına gerçekleştirilebileceğini kabul eden müellifler dahi, işlemleri zorla gerçekleştirilmeden önce şüpheli veya sanıktan talep edilmesi, vermiyorsa öncelikle kişinin dış dünyaya bıraktığı vücutsal artıklarının ele geçirilmeye çalışılması, bunda da başarılı olunmadığı takdirde son çare olarak zorla alma yoluna gidilmesi ve orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir (İnci, "Beden Muayenesi". Benzer görüş için bkz. Konrat, s:45).

<sup>142</sup> Bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve mağdur tarafından beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına rıza gösterilmemesi halinde, bu işlemlerin zorla yapılabilmesine kanunda imkan tanınmış olmasının, temel ve hak özgürlükler açısından sakıncalı olduğu, zira çağdaş ceza yargılamasında maddi gerçeğe her türlü yolla ulaşılmasının kabul edilemeyeceği, temel hak ve özgürlükleri zedeleyici nitelikteki düzenlemenin yeniden ele alınması gerektiği belirtilmektedir (Devrim Güngör, Okan Bakşi, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, 2009, s:67).

<sup>143</sup> Doktrinde mağdurun geçerli bir rızasından söz edebilmek için kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olması, özgür irade çerçevesinde verilmiş olması gerekmektedir. İfade ve sorguda yasak usuller ile benzerinin amacı, içeriği, muhtemel sonuçları, risk ve yan etkileri konusunda kişiye bilgi verilmesi gerektiği, ancak bundan sonra mağdurun izin vermesi halinde rızadan bahsedilebileceği belirtilmektedir (Doğan, s:120).

Rızaya ilişkin bu aşamada ayrıca belirtmek gerekir ki; hem şüpheli/sanık hem de mağdurun rızasının, özgür irade çerçevesinde verilmiş olması gerekmektedir. İfade ve sorguda yasak usuller ile benzeri yöntemlerle rızanın sakatlanmış olması ve kişinin alkol ve benzeri iradeyi etkileyen unsurlar altında olması halinde gerçek bir iradeden bahsedilebilmesi mümkün olamayacaktır (Benzer yönde görüş için bkz. Kılıç, s:41).

Kanımızca mağdurun rızasının bulunması halinde karar alınmasına gerek olmamasına ilişkin düzenleme, şüpheli/sanığın rızası olsa da karar alınmasının gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu düzenleme şüpheli/sanığın rızası yoksa zorlanabilir sonucunu ortaya çıkartamaz<sup>144</sup>.

Ceza yargılamasında her türlü eylem için rıza bulunması gerekmemektedir. Buna katlanma yükümlülüğü denilmekte<sup>145</sup> ve katlanma yükümlülüğü doktrinde; *“Yükümlülükler ceza muhakemesi açısından deyim yerindeyse olmazsa olmaz öneme sahiptir. Zira şüpheli, sanık veya diğer kişilere bazı yükümlülüklerin yüklenmemesi halinde ceza muhakemesinin düzgün ve eksiksizce ilerlemesi mümkün değildir. Kişinin burada rızası aranmış olsaydı, maddi gerçek kişilerin keyfine feda edilmiş olacaktı. Bu nedenle, kişilerin rızasının aranmayışı katlanma yükümlülüğünün de temelini oluşturmaktadır”*<sup>146</sup> ve *“soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın kendisine karşı yapılan bu işlemlere karşı koymamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır ki, ceza muhakemesi hukukunda buna katlanma yükümlülüğü adı verilir”*<sup>147</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Doğaldır ki katlanma yükümlülüğünün sınırları da vardır<sup>148</sup>. Bu sı-

<sup>144</sup> Ancak doktrinde görüşümüzden farklı olarak; vücuttan örnek alma işleminin koruma tedbiri niteliği ağır bastığından şüpheli veya sanığın rızaları aranmaksızın vücutlarından örnek alınabileceği, ancak diğer kişiler ile mağdur açısından aynı sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını savunanlar da bulunmaktadır (İpekçioğlu, s:1172).

<sup>145</sup> Katlanma yükümlülüğüne doktrinde “boyun eğme mecburiyeti” veya “uyma zorunluluğu” da denildiğine ilişkin bilgi için bkz. Doğan, s:109.

<sup>146</sup> Ersin, s:194, benzer yönde görüş ve tanım için bkz. Ertuğrul, s:47.

<sup>147</sup> Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2017, Cilt 7, Sayı 2, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale7.pdf>, (Erişim:07.09.2018), s: 122.

<sup>148</sup> Doktrinde iç beden muayenesi kapsamında cerrahi (Doğan, s:113; benzer şekilde Kılıç, s:131’de de sağlık için tehlike oluşturmadığı kararı verilmesi halinde cerrahi müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir), hatta ağır cerrahi operasyonlara tabi tutulabileceği belirtilmektedir (Apış, s:286). 25832 sayılı Yönetmelik içerisinde sadece mağdur ve diğer kişiler açısından cerrahi müdahalede bulunmama zorunluluğu getirildiği doğru olmakla birlikte, kanımızca, diğer tartışmalar bir yana, cerrahi bir müdahalenin katlanma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim en ufak cerrahi operasyonun dahi sağlık için tehlike oluşturmadığını kesin olarak söyleyebilmek de mümkün değildir (*Muayene ve parça almak maksadıyla, hiçbir suretle, cerrahi müdahalede bulunulamaz*” şeklinde aynı yöndeki yorum için bkz. Ünver, Hakeri, s:284,285).

nırların en temeli insan onurudur<sup>149</sup>. Ceza yargılaması maddi gerçeğe ulaşma çabası ile hareket etmeyi zorunlu kılmaktaysa da bu zorunluluk her ne pahasına olursa olsun değildir<sup>150</sup>. Bu nedenle insan onuruna aykırı bir şekilde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri gerçekleştirilemez. Nitekim nemo tenetur ilkesi uyarınca kişi, kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacaktır. Anayasa'nın 38. maddesi de “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmünü içermektedir. Görüleceği üzere Anayasa’da sadece susmadan bahsedilmemiş, kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı da belirtilmiştir. Nitekim İHAM kararlarında da doksanlı yıllardan itibaren susma ve kendini suçlamama hakkına yer verilmektedir<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> Bu gerçek, doktrinde, insan onurunun, maddi gerçeğe ulaşma gayesine feda edilemeyeceği ve modern ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın insan onuruna aykırı bir işleme katlanma yükümlülüğü altında olduğundan bahsedilemeyeceği şeklinde açıklanmaktadır (İnci, “Katlanma Yükümlülüğü”, s: 128,129).

Bir başka eserde iç beden muayenesinin oranlılık ilkesi yanında ikincilik ilkesine de uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, eğer iç beden muayenesi ile elde edilebilecek delile başka tedbirlerle ulaşılması mümkünse iç beden muayenesi yapılmaması gerektiği belirtilmektedir (Aygün, s:59. Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, s:113).

<sup>150</sup> Doğrudan ilgili olmasa da rızanın önemini belirtmek için ölüm oruçları konusuna da değinmek gerekmektedir. Doktrinde de; “İnsan hür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Nitekim 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın RIZASINA büyük önem vermiş ve 24>ncü maddesinde «TIBBİ MÜDAHALALERDE HASTANIN RIZASI ARANIR» kuralını öngörmüş; 25>nci maddesinde de TEDAVİYİ REDDETME VE DURDURMA HAKKI düzenlenmiştir.

Ölüm oruçlarına yapılan müdahale bu bağlamda ele alınabilirse de, oruca başlayan kişi, başladığında hasta değildir. Bu nedenle hasta muamelesine tabi tutulması mümkün olamaz.

*Bunun tabii sonucu olarak insan KENDİ HAYATI KONUSUNDA YİNE VE ANCAK KENDİSİ KARAR VEREBİLİR. Burada önemli olan İRADENİN SAĞLIKLI olup olmadığıdır.* (Öztürk, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yaşığı”) denilmekte ve yaşam hakkı konusunda dahi rızanın önemine vurgu yapılmaktadır.

Yine İHAM tarafından da Nevmerzhtsky & Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005 tarihli karar içerisinde “Mahkeme, yerel makamlarca başvurusunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbi zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvurusunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvurusunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez.” denilmiştir (Serkan Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Parodoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010).

<sup>151</sup> Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı”, Beta Yayıncılık, 2. Bası, Nisan 2005 İstanbul, s:272. Aynı eser s:271’de ceza yargılamasında hakkaniyete uygun yargılamanın kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını içerdiği belirtilmiştir.

Kanımızca sayılan hususlar uyarınca şüpheli veya sanığın rızası bulunmadıkça beden muayenesine tabi tutulması ya da vücudundan örnek alınması mümkün değildir<sup>152</sup>.

Ayrıca belirtmelidir ki, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın 17. maddesinde "tıbbi zorunluluk" ve "kanunda yazılı" olma unsurları bir arada aranmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde de "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" denilmekte olduğundan Anayasa'da yer almayan bir sebebe bağlı olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerin kısıtlanabilmesi mümkün değildir<sup>153</sup>.

Ancak belirtildiği üzere doktrinde aksi yönde görüşler vardır. Bunlardan ilki; kan, idrar veya diğer doku örnekleri gibi materyallerin, susma ve kendi aleyhine beyanda bulunmaya ve delil vermeye zorlanamama hakkı kapsamında olmadığı, bu nedenle de anılan materyallerin suçun ispatı amacıyla kullanılabilmesi yönündedir<sup>154</sup>. Bu durumda tartışılması gereken ilk husus susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkelerinin beden muayenesi ile vücuttan örnek almayı kapsayıp kapsamadığı hakkındadır<sup>155</sup>. Belirtildiği üzere susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama anayasal koruma altındadır. Bu nedenle kanımızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma da kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama kapsamındadır<sup>156</sup>. Zira kişinin kendisi ile

<sup>152</sup> Doktrinde biyolojik örneğin şüpheli veya sanıktan zorla alınmaya çalışılması halinde fiziksel mücadelenin kaçınılmaz olacağı, bu mücadelenin boğuşma şekline dönebileceği, örnek alınmak istenilen ile örnek almaya çalışan ve buna yardımcı olan kişilerin birbirlerine zarar verebileceği, sonuçta da iç beden muayenesi veya örnek almanın, kişinin istememesi durumunda, onun sağlığına zarar vermeden yapılabilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Güngör, Bakşi, s:65).

<sup>153</sup> Konu hakkında detaylı açıklama için bkz. Fevzi Demir, "*Anayasa Hukuku*", 9. Baskı, İzmir 2015, s:358.

<sup>154</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:520. Benzer yönde; susma hakkının beyanda bulunma yükümlülüğüne ilişkin olduğu, muayenede ise bir beyan söz konusu olmadığı, beden muayenesinde şüphelinin aktif bir katılımının bulunmadığı, bu nedenle de aleyhe delil verme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Nuhoğlu, s:328.

<sup>155</sup> Susma hakkının sadece isnat edilen fiille mi ilgili olduğu yoksa muayenenin "vücut diliyle ifade" olarak kabul edilerek susma hakkı çerçevesinde mi kabul edileceğine dair detaylı bilgi için bkz. Kazaker, s:186.

<sup>156</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın koruma tedbiri olduğu, bu nedenle diğer koruma tedbirleri gibi kişinin aleyhine bazı delilleri vermesine sebep olabileceği ve böylesine güvenilir, kesin bir delil

ilgili bir bilgiyi vermek istememesi hali ne kadar makul karşılanıyorsa, bedeninden bir parçayı vermek istememesi ya da bedenine dokunulması suretiyle bir delile ulaşılmaya çalışılmasını kabul etmeme iradesi de makul kabul edilmelidir. Benzer bir örnek ile açıklamak gerekirse; suç mağduru, faili görmediğini ancak sesini net bir şekilde duyduğunu ve konuştuğu takdirde şüphelinin fail olup olmadığını söyleyebileceğini belirtse, şüpheli konuşmaya zorlanabilecek midir? Bu sorunun cevabı tabii ki hayırdır<sup>157</sup>. Bu örneğin çok uyumlu olmadığı, zira konuşmak ile

elde etmek suretiyle hukuk ve insan haysiyeti ile hiçbir şekilde bağdaşmayan başka yöntemlerin uygulanmasının önüne geçilebileceği şeklinde aksi yönde görüş için bkz. İnci, "Beden Muayenesi", s:153.

Kanımızca anılan görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya rıza dışı başvurulamayacağını söylemek, diğer hukuka ve insan haysiyetine aykırı yöntemlerin uygulanabileceği sonucunu çıkartmayacaktır. Hukuka uygun olmayan hiçbir yöntemin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Koruma tedbirleri sonucunda kişinin aleyhine bazı delillere ulaşılabileceği doğrudur. Ancak örneğin arama tedbirinde kişinin aranan yerde olmasına dahi gerek yoktur. Oysa beden muayenesi ve vücuttan örnek almada doğrudan kişinin bedenine müdahale vardır. Kanımızca aradaki bu büyük fark görmezden gelinemezdir.

Nitekim değerli yazar tarafından; bir diğer eserinde "herhangi bir ifade alma dışı anda da soruşturma ve kovuşturma makamları delil toplarken şüpheli veya sanıktan zorlama yoluyla kendisi aleyhine bir delil elde edemez. Bu delilin, beyan delili veya belge delili yahut vücutsal bir delil olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır" (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:147) denilmek suretiyle teşhis açısından görüşümüze uygun yönde fikir ortaya konulmuştur.

Doktrinde muayeneyi vücut diliyle ifade olarak kabul eden ve muayeneden önce sanığa bunu kabul etmeme hakkının hatırlatılmadığı hallerde elde edilen bulguların değerlendirme yaşağı kapsamında olacağı yönünde (Centel, Zafer, s: 263) ve "Susma ve kendi aleyhine delil vermeme hakkının bir gereği olarak, kişinin zorla vücudunun muayene edilemeyeceği, vücuda yapılan müdahaleler yasak ifade ve sorgu yöntemlerinin kapsamına giriyorsa, bu yolla elde edilen delillerin kullanılmayacağı" (A. Aytekin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000, 156'dan naklen Centel, Zafer, s: 263) şeklinde tarafımız ile aynı yönde görüşler de bulunmaktadır.

Konu hakkında doktrinde; "Kişinin bedeni, onun kişiliğinden ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla kendi bedeni bir ispat vasıtası elde edilebilmesi için zor kullanılan kişi de kendi kendisine karşı ifade vermeye zorlanan kişide olduğu gibi kendi kendisine karşı delil oluşturmuş olmaktadır. Sanıktan kan örneği alınmasında veya sanığın zorla kusturulmasında delile ilişkin durum daha açıktır ve yine sanığı kendi kendisine karşı yapacağı suça ilişkin ikrarlarına kıyasla çok daha güçlü delil niteliğine sahiptir. Kan değerleri ve kişinin midesinden çıkarılmış nesnelere doğruluk derecesi son derece yüksek iken, sanığın zorlamayla elde edilmiş olan, suça yönelik açıklamaları büyük şüphe altındadır. Dolayısıyla kendisinden kan örneği alınan veya zorla kusturulan sanığın içinde bulunduğu hukuki durum, zorlamaya dayalı olarak suç ikrarında bulunan sanığın durumuna kıyasla çok daha kötüdür. Yani kendi kendini sıkıntıya düşürme hali burada daha yüksek oranda oluşacaktır" denilmektedir (Hendrik Theismann, "Die rechtliche Zulässigkeit einer zwangswegen Verabreichung von Emetika", Zugl.Diss. Bielefeld Uni. Logos Yayınevi, 2008, 75-76'dan naklen Kılıç, s:48).

<sup>157</sup> İHAM tarafından P.G. ve J. H. & Birleşik Krallık (Başvuru No:44787/98, 25.09.2001) kararında benzer bir konu tartışılmıştır. Başvuru kapsamında konuşmaya zorlama yoktur ancak kararın 16. paragrafında açıklandığı üzere başvuru sahiplerinin sesleri haberleri olmadan kaydedilmiş ve yargılama kapsamında kullanılmıştır. İHAM kararın 80. paragrafında anılan ses kayıtlarının adli bilimler kapsamında

aktif bir yükümlülük getirildiği, beden muayenesi ve vücuttan örnek almada da aktif katılıma zorlanamayacağı, ancak pasif katlanma yükümlülüğü altında bulunduğu söylenebilir<sup>158</sup>. Ne var ki; beden muayenesi ve vücuttan örnek alma açısından aktif katılım ile pasif katlanma arasındaki fark da net değildir. Doktrinde bu durum da tartışılmakta ve doktorun basit talimatlarının (yürümesi, eğilmesi gibi) ya da sorularının (ağrısı olup olmadığı gibi) aktif katılım oluşturup oluşturmayacağı konusunda görüşler öne sürülmektedir<sup>159</sup>.

Yine sorulması gereken bir diğer soru da; şüpheli veya sanık pasif olarak katlanma yükümlülüğüne uygun hareket etmiyorsa sakinleştirici yapılabilir mi, elleri kelepçelenebilir ya da kolları görevliler tarafından tutulabilir mi, tükürük örneği almak için ağzını açmaya zorlanabilir mi? Kanımızca tüm bu soruların cevabı olumsuzdur. Ancak doktrinde, beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın da her koruma tedbirinde var olan potansiyel bir zorlamayı içinde barındırdığı, bu nedenle gerektiği takdirde zor kullanılabileceği<sup>160</sup>, tutma, bağlamanın caiz olduğu, bununla birlikte sakinleştirici iğne yapılmasının ancak şüpheli veya sanığın rızası çerçevesinde mümkün olabileceği şeklinde aksi yönde görüşler de

---

değerlendirilebilecek olan kan, tüy ve diğer fiziksel örnekler kapsamında olduğunu, kendini suçlamama kapsamında olmadığını belirlemiştir.

<sup>158</sup> Ersin, s:200. Benzer yönde İpekçioğlu, s:1169.

Doktrinde şüpheli veya sanığın hiçbir şekilde aktif katılıma zorlanamayacağı (Kılıç, s:40), beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün sınırının insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, oranlılık ilkesi ve ilgili işleme aktif olarak katılmaya zorlama yasağı olduğu (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:138) belirtilmektedir.

<sup>159</sup> Detaylı bilgi için bkz. İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:139.

Bir başka eserde ise zorla muayene yapılabileceği, doktorun bilirkişi olarak sorular sorabileceği ancak şüpheli veya sanığın kendisine sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmektedir (Akbulut, s:112).

Diğer bir eserde de şüpheli veya sanığa muayene edenin sorularına cevap verme yükümlülüğünün yüklenemeyeceği belirtilmektedir (Kılıç, s:40).

Bununla birlikte farklı yönde olarak; beden muayenesinin susma hakkı kapsamına dahil edilemeyeceği, beden muayenesi ve örnek alma sırasında şüpheli veya sanığın, hekimin görevini yerine getirmesi için zorunlu sorulara yanıt vermesi gerektiği, isnat edilen suçla ilgili olarak sorulan soruların ise susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak anılan eserde şüpheli veya sanığın muayeneye yönelik sorulan sorulara cevap vermemesi halinde nasıl cevap vermeye zorlanacağı açıklanmamıştır (Doğan, s:109).

<sup>160</sup> Doktrinde zor kullanmanın sınırının da TCK'nın 256. maddesi ile PVSK'nın 16. maddesi kapsamında olduğu belirtilmektedir (Apış, s:289). Kanımızca TCK'nın 256. maddesi bir sınır olarak kabul edilebilir ise de PVSK'nın 16. maddesi konu hakkında uygulanabilir değildir.

bulunmaktadır<sup>161</sup>. Kanımızca anılan ayırım geçerli ve makul bir nedene dayanmamakta, sadece değerli yazarların kişisel takdir ve görüşüne dayanmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere zor kullanılan yani bağlanan, tutulan bir kişiden örnek alan ya da muayene eden hekimin, hekimlik ilkelerine aykırı davranışta bulunacağı açıktır. Nitekim kişinin rızasının olmadığı hallerde insan onuruna uygun bir şekilde muayenenin ya da örnek almanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>162</sup>. Yine belirtilmelidir ki kelepçenin hangi şartlarda takılabileceği CMK'nın 93. maddesinde<sup>163</sup> düzenlenmiştir. Madde içerisinde sayılan haller CMK'nın 75. maddesi uyarınca zorla muayene ya da örnek almayı kapsayacak şekilde genişletilemez<sup>164</sup>.

Yine belirtilmelidir ki 75. madde, kişinin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaması kapsamında değerlendirilmez ise ortaya bir başka sorun çıkmaktadır. Zira 25832 sayılı Yönetmelik'in 10. maddesi ile

<sup>161</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:526.

Konu hakkında bir başka eserde zorla gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin çoğu zaman nemo tenetur ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkelerine aykırılığa yol açacağı belirtilmektedir (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:140).

<sup>162</sup> Aynı yönde; ceza yargılamasında maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılmayacağı, salt maddi gerçeği ortaya çıkartmak için kişilik haklarının yok sayılmayacağı, maddi gerçeğin yargılama kullarına uygun olarak ve insan hakları ihlal edilmeksizin araştırılabileceği, sonuç olarak da bedene müdahalenin ancak kişinin muhakeme makamları önünde alınmış açık rızasıyla başvurulabilecek bir işlem olduğu şeklindeki görüş için bkz. Sarsıkoğlu.

<sup>163</sup> CMK'nın 93. maddesi şu şekildedir:

"Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı halinde kelepçe takılabilir"

<sup>164</sup> Nitekim hekimler de bu duruma karşı çıkmakta ve "Muayene ve tedavi süreçlerinde kelepçe vb. kısıtlayıcı araçların varlığı: Hastayı kelepçeli olarak muayene girişiminde bulunmak, tıbbi müdahalelerin kelepçeli olarak yapılmasına göz yummak; ayrımcılık yasağına, insan onuruna-haklarına-özgürlüklerine saygı gösterilerek tıbbi hizmet sunulmasını zorunlu tutan etik ilkelere, hekimin hastasının sağlığını en önde tutarak birincil önceliğinin hastasının sağlık gereksinimi olması gerektiğini belirten temel kurala, hekimliğin hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılmasına özen gösterme ilkesine ciddi ihlal anlamına gelecek ve hasta- hekim ilişkisinin temeli olan güveni ortadan kaldıracaktır.

Hastanın muayene ve tedavi ortamına "kelepçe, gözbağı ve zincir gibi kısıtlayıcılar" ile girmesine engel olmak, muayeneleri ve tedavileri herhangi bir kısıtlayıcı olmaksızın gerçekleştirmek hekimin sorumluluğundadır. Hekim görevlilerden bu kısıtlayıcıların çıkarılmasını talep etmeli, talep yerine getirilmediğinde ise bildirgede aktarıldığı şekilde tutanak tutularak sağlık kuruluşu yöneticileri, yargı organları ve meslek odası durumdan haberdar edilmelidir" demektedirler (TTB internet sitesi, Özgürlüğünden Yoksun Birakılanların Sağlık Hakkı İle İlgili Etik Kurul Görüşü, [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd)(Erişim:14.08.2019).



CMK'nın 76. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar muayene ve vücuttan örnek alma işleminden çekinebileceklerdir. Görüleceği üzere bu yönde bir kabul çelişki ortaya çıkartacaktır. Zira kişi kendi aleyhine delil vermek zorunda kalacak, ancak diğer kişiler aynı ilkenin devamı olan “yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaz” hükmü çerçevesinde tanıklıktan çekinme sebepleri uyarınca muayeneden ve örnek vermeden kaçınabileceklerdir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma susma hakkı çerçevesinde kabul edilmediği takdirde, tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların da muayeneden çekinememesi gerekir<sup>165</sup>. Zira bu görüş uyarınca muayene ve vücuttan örnek alma beyan kapsamında değerlendirilmemektedir, bu nedenle de tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar da konuşmaya zorlanamayacak ancak bedenleri muayene edilebilecektir. Ancak ne 25832 sayılı Yönetmelik'te ne de doktrinde bu yönde bir kabul bulunmamaktadır.

Aslen sorun kanun koyucunun niyetinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu 75. madde kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın rıza hilafına yapılabileceğini düzenlemek istemiştir. Ancak bunu açık bir şekilde düzenlemek yerine zımnen yapmaya çalışmıştır<sup>166</sup>. Zira CMK içerisinde muayenenin zorla yapılabileceğine dair bir düzenleme yapılmamış olmasına karşın<sup>167</sup> CMK'nın 75 ve devamı maddeleri muayene ve örnek almanın zorla yapılabileceğine dair zımni kabuller içermektedir. Ancak kanımızca açık bir düzenleme olmadıkça anılan işlemleri yapabilmek mümkün değildir. Bu eksikliğin Yönetmelik'in “*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır*” şeklindeki

<sup>165</sup> Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar ile şüpheli/sanık arasında muayene açısından aktif/pasif olma yönünden de bir fark olmadığı açıktır. Bu nedenle bir grubun muayeneye tabi tutulmasını mümkün kabul edip, diğerini kabul etmemek çelişkili bir sonuç yaratmaktadır.

<sup>166</sup> CMK düzenlemelerinden bu yönde bir sonuca ulaşabileceğine dair benzer yönde görüş için bkz. Kılıç, s:28.

<sup>167</sup> Doktrinde müdahalenin zorla yapılıp yapılamayacağına kanunda yer almadığı belirtilmektedir (Kılıç, s:27).

18. maddesi ile giderildiği söylenebilir ise de<sup>168</sup>, kanımızca bu da mümkün değildir<sup>169</sup>. Zira kanun ile düzenlenmeyen bir husus yönetmelik ile düzenlenemeyeceği gibi doğrudan anayasal koruma altında olan bir konuda<sup>170</sup>, yönetmelik düzenlemesi ile müdahalenin mümkün kılınması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle yönetmelik hükmü kanımızca hukuken yok hükmündedir<sup>171</sup>.

Nitekim mehz kanuna bakıldığında; “*Alman Ceza Usul Yasasında yer alan §81a’ya göre, “sanığın vücudu, gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla, yargılama açısından önem taşıyan durumlarda muayene edilebilir. Bu amaçla, bir hekim tarafından tıp mesleğinin gereklerine göre yerine getirilecek tıbbi müdahaleler ve alınacak kan örnekleri açısından, sanığın sağlığına yönelik sakınca bulunmaması koşuluyla, rıza aranmaz.”*<sup>172</sup> hükmünün bulunduğu görülmektedir. Görüleceği üzere Alman Ceza Usul Yasası’nda açıkça rızanın bulunmasının zorunlu olmadığı düzenlenmiştir<sup>173</sup>. Eğer ülkemizde de rıza bulunmamasına rağmen müdahalede bulunma yetkisi tanınmak isteniyorsa, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayacak bu düzenlemenin en azından kanun ile yapılması gerekmektedir<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 22. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında da; “*Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimın kararına bağlıdır.*

*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir” denilmektedir.*

<sup>169</sup> Yönetmelik düzenlemesi nedeniyle, CMK ve İHAM içtihatlarında aranan şartlar sağlandığında zorla müdahale yapılabileceğine dair aksi yönde görüş için bkz. Konrat, s:48.

<sup>170</sup> Anayasa’nın 13. maddesi de “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” kuralını getirmekte ve temel hak ve özgürlüklerin ancak özlerine dokunulmaksızın ve kanun ile sınırlanabileceğini düzenlemektedir.

<sup>171</sup> İnci, “*Katlanma Yükümlülüğü*”, s:140, 141.

Düzenlemenin kanun ile yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. İpekçioğlu, s:1171, Doğan, s:102.

<sup>172</sup> Barış Erman, “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara, 2003, s: 178.

<sup>173</sup> Farklı ülke uygulama ve düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Konrat, s:48.

<sup>174</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kazaker, s:185.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus rıza bulunmamasına karşın bedene müdahaleye nereye kadar izin verileceği, maddi gerçeğe ulaşmanın tek kriter olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasındadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; yakın zamana kadar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde

Ancak belirtmek isteriz ki, böyle bir müdahale kanun ile düzenlendiği takdirde dahi şüpheli veya sanığın rızası hilafına müdahalede bulunmak ve beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması mümkün olmayacaktır. Zira hem yukarıda belirtildiği üzere kişinin rızasının olmadığı hallerde insan onuruna uygun bir şekilde muayenenin ya da örnek almanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>175</sup>, hem yine belirtildiği üzere, vücutta müdahale için tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerin birlikte bulunmasını arayan Anayasa hükmü uyarınca, hem de hukuki açıdan sorun çözülmüş kabul edilse dahi, işlemleri gerçekleştirecek olan heki<sup>176</sup> ve

eşinsel ilişki suç olarak kabul edilmekte ve bu suçun ispatı açısından kişiler zorla anal muayeneye tabi tutulabilmekteydi. Görüleceği üzere maddi gerçeğe ulaşma, insan onurundan üstün tutulduğunda ulaşılabilecek olan sonuç da hukuk ve insan haklarına uygun olmayacaktır. Nitekim ülkemiz tarihinde de bu yönde acı hatıralar bulunmaktadır. Tanör, s:46'da "kocası polis tarafından aranan bir kadın ile, aranan kişilere yataklık yaptıklarından kuşkulanan genç kızların" devlet hastanelerinde bekaret muayenesine tabi tutulduğu, ilgili yerde görev yapan dönemin valisi tarafından bu durumun doğrulandığı ve hatta savunulduğu, yine "gözetilme alınan kızlara da "bekaret muayenesi" uygulandığı", "turistik bir otelde kalan bir bayan turist de, otel yöneticileriyle arasında çıkan bir tartışma sonunda devlet hastanesinde -sperm kontrolü-nden" geçirildiği şeklinde, maddi gerçeğe ulaşma gereksizi ile beden muayenesine rıza bulunmasa dahi izin verildiği takdirde sonucun nereye varacağına dair örnekler verilmiştir.

175 İnsan onurunun ihlal edildiği bir durumda da işkence suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılması gerekecektir.

176 CMK'nın 75/3. fıkrası iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemektedir. Ancak 25832 sayılı Yönetmelik'in 4/2 fıkrası iç beden muayenesininin, 5/2. fıkrası ise dış beden muayenesininin tabip tarafından yapılacağını düzenlemektedir (CMK'da düzenleme yer almamasına karşın 25832 sayılı Yönetmelik'in 7/2. fıkrası uyarınca mağdur ve diğer kişilerin de beden muayenelerininin tabip tarafından yapılacağı kabul edilmiştir). Yönetmelik'in 5/4. fıkrası girişimsel olmayan görüntüleme yöntemlerininin dış beden muayenesi kapsamında olduğunu ve bu incelemeler ile 6/2. fıkraya uyarınca vücuttan örnek alınmasınının da ancak tabip veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemektedir (Yine CMK'da düzenleme yer almamasına karşın 25832 sayılı Yönetmelik'in 8/2. fıkrası uyarınca da mağdur ve diğer kişilerin vücudundan örnek alınması da tabip veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir).

Anılan düzenlemelerin CMK düzenlemesine uygun olmadığı açıktır. Bu nedenle kanuna aykırı olan Yönetmelik hükümlerinin geçerli olmadığı iddia edilebilir ise de; hekim, diğer sağlık mesleği mensuplarına göre daha üstün bir koruma getirdiğinden, 25832 sayılı Yönetmelik ile CMK'dan daha üst bir koruma getirilmektedir. Hak ve özgürlükleri daraltmayıp, genişleten bu düzenleme Anayasa'ya uygun olduğundan kanımızca geçerliliğinde de bir sorun bulunmamaktadır (Konu hakkında kanunun yönetmelik ile sınırlandırıldığına dair görüş için bkz. Apiş, s:287). Nitekim bu düzenleme muayenenin olması gerektiği şekilde yapılabilmesi açısından da önemlidir. Bir örnek vermek gerekirse; bazen hekimler atlanmış kırıklar ile karşılaşmaktadırlar. Bu yüzden hastadan iyi öykü alınması, detaylı muayene edilmesi bir gerekliliktir. Gereken grafilerin çekilmemesi veya çekilen filmlerin yanlış yorumlanması kırıkların ve hatta çıkıkların atlanmasına neden olabilmektedir. Bazı kırıkların daha sık gözden kaçabileceği ve atlanma ihtimalininin yüksek olduğu bilinmektedir (Halil Burç, Barbaros Baykal, Tolga Atay, Elif Nisa Ünlü, "Ortopedi ve Travmatolojide Sık Karşılaşılan Atlanmış Kırık ve Çıkıkların Değerlendirilmesi", TOT-BİD Dergisi 2013;12(1), s:28-34). Örneğin el bileğinde skafoid kırıkların atlanma ihtimali %13 olarak

tıp açısından giderilemez bir sorun karşımıza çıkacaktır<sup>177</sup>. Çünkü her ne nedenle olursa olsun, bu bir soruşturma kapsamında beden muayenesi nedeniyle de olabilir, bir hekim, huzuruna getirilen kişiye şüpheli veya sanık gözüyle değil hasta gözüyle bakacaktır<sup>178</sup>. Nitekim 25832 sayılı

gösteren makaleler bulunmaktadır (Howard A. Freed, Naomi N. Shields, "Most Frequently Overlooked Radiographically Apparent Fractures in a Teaching Hospital Emergency Department", *Annals of Emergency Medicine*, Ekim 1984, 13(10), s:904). Atlanan kırıklar uzun süren ağrı, hareket ve fonksiyon kaybı gibi olumsuz etkilere neden olabilir (Andrew D. Perron, William J. Brady, Theodore E. Keats, Robert E. Hersh, "Orthopedic Pitfalls In The ED: Scaphoid Fracture", *American Journal of Emergency Medicine*, Cilt:19, Sayı:4, Temmuz 2001, s:310). Bu nedenle de hekim koruması, hem muayene edilenin sağlığı açısından hem de doğru değerlendirme yapılabilmesi açısından önemlidir. Sonuçta 25832 sayılı Yönetmelik düzenlenmesinin yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

177 Adli tıp uzmanlarının kişinin rızası olmadan beden muayenesi ve örnek alma gibi işlemleri gerçekleştiren evrensel tıbbi etik ve deontoloji kurallarıyla çeliştiği ayrıca rızanın olmaması halinde komplikasyon oluşma riskini arttırarak sağlığı tehlikeye attığını savundukları yönünde bilgi için bkz. Konrat, s:47.

178 Ceza muhakemesinde muayene edilecek kişinin rızası olmadığı; şüpheli/sanık/mağdur veya diğer kişi olacağı iddia edilebilir ise de bu tartışma ceza hukuku alanında kalan bir tartışmadır (Ertuğrul, s:48'de bu yönde bir tartışma getirilmekte ve beden muayenesini yapan doktorların, şüpheli/sanığın rızası olmadığı gerekçesiyle muayeneden kaçınmayacağı, çünkü şüpheli/sanığın tedavi amacıyla kendisine gönderilmediği ileri sürülmektedir. Ancak başka bir eserde de tıbbi muayenenin; bir kimsenin sağlık durumunu saptamak üzere hekimin yaptığı klinik ve laboratuvar araştırmaların tümü olduğu gibi, bir suça ilişkin eser, emare ve delillerin elde edilmesi amacıyla şüpheli, sanık ve mağdurun beden muayenesi yapılarak tıbbi inceleme yapılması şeklinde de olabileceği belirtilmektedir (Güngör, Bakşi, s:64)). Zira hekimler muayene ettikleri her kişiyi hastaları olarak kabul etmekte ve tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket etmenin zorunlu olduğunu belirtmektedirler.

Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Şebnem Korur Fincancı, "Adli Olguya Yaklaşım- Audi Alterem Partem", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:95-97, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4808.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

Bu durum bir diğer eserde; "Sağlık çalışanları; "fiziksel, ruhsal ve sosyal" iyilik halini gerçekleştirmek için sağlığın etkilenebildiği ve değerlendirme ihtiyacı olan durumlarda tıbbi değerlendirme ve önleme ödevlerini hiçbir ayırım yapmadan herkes için eşit ve nitelikli olarak yerine getirmek yükümlülüğündedir. Adli amaçlı yapılan değerlendirmelerin yam sıra özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere verilecek sağlık hizmetlerinde de aynı ilkelere göre hareket edilmesi, herhangi bir ayırım yapılmaması esastır.

Adli tıbbi değerlendirmeler de dahil olmak üzere özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tıbbi yaklaşımda temel kural; "tutuklu ve hükümlülerin muayenelerinin de diğer hastalar gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılması, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ile ekonomik ve sosyal durumları ile benzer farklılıkları dikkate alınmaması, her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle yerine getirilmesidir" şeklinde açıklanmaktadır (Türkcan Baykal, Ümit Biçer, "Özgürlüğünden Alıkonulmuş Kişilerin Adli Muayene ve Raporlandırması", "TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu" (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018, s:115,116).

Bununla birlikte azınlıkta da olsa aksi yönde görüşler de bulunmaktadır ("Adli olguların muayeneye hazırlanması ve muayenesi de normal hastaların muayenesinden oldukça farklılık göstermektedir. Çünkü bu olgular çoğu kez şüpheli sanık durumunda oldukları için her fırsatı kendi lehlerine çevirme çabası içerisinde olacaklardır. Hekim, karşılaştığı adli olgunun böyle bir mentalite ile davranacağını düşünerek bu olgulara dikkatle yaklaşmalıdır" şeklinde görüş için bkz. Abdi Özasan, "Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:188).

Yönetmelik'in 6/4. fıkrası da; "Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır." şeklinde olup ceza yargılamasına ilişkin müdahalelerin de tıp bilimine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>179</sup>. Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere temel tıp ilkeleri hekimlere çok önemli ve değerli sorumluluklar yüklemektedir<sup>180</sup>.

Sonuçta kanımızca, rıza bulunmaksızın gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma eyleminin, yukarıda değerlendirilen işkence suçunun tüm unsurlarını taşıma ihtimali çok yüksek olup, bu nedenle de hem eylemi gerçekleştirenlerin (eylemi gerçekleştiren hekim ve sağlık mensubu çalışanları ile eğer fiziki güç kullanan kolluk görevlileri varsa anılan kişilerin tümü) hem de bu yöndeki emri veya kararı verenlerin işkence suçundan sorumluluğu doğabilecektir. Anılan sorumluluk; zorla muayene ve vücuttan örnek almanın yapılma amacının çok önemli olması ya da başka bir anayasal hakkı koruma amacıyla yapılması durumunda da ortadan kalkmayacaktır<sup>181</sup>.

Doktrinde düzenleme eleştirilmekte ve hem hukuksal hem de tıbbi anlamda sorun çıkabileceği ve en az iki kişinin rol aldığı bir süreçte yalnız bir tarafın yapması gerekenlerin tanımlanmasının uygun olmadığı belirtilmektedir (Akbulut, s:116).

179 "Rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan husus söz konusu CMK m.75 ve devamıdır. Ancak hangi amaçla olursa olsun bir insanın hekim tarafından zorla muayene edilmesi, ne tıbbi etiğe, ne mesleğin ruhuna, ne alınmış olan eğitime, ne de edilmiş olan yemine uygun bir davranış olmayacaktır. Dolayısıyla kendisiyle ilgili bir uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmak üzere samktan kan örneği istendiğinde samğın bu örneği vermeme hakkı vardır" denilmektedir (Kılıç, s:139).

180 "Kamıtların adli olgulardan, bir suç işlediğinden kuşkulanan ya da sanık konumunda olan ve/veya suça maruz kaldığı ifade edilen mağdurdan elde edilmesinde muayene ve örnek alma aşamalarına ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacın karşılanmasında, hekim ve/veya sağlık çalışanları tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar" (Şebnem Korur Fincancı, Coşkun Yorulmaz, "Beden Muayenesi", İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, s:142, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4812.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

181 Doktrinde "İnsan haysiyetine yönelik müdahaleler hiçbir biçimde hukuka uygun hale getirilemedikleri gibi, bu durum diğer anayasal değerler için müdahalenin gerçekleştirilmesinde de değişmez" (Kılıç, s:64), Kişiyi kendi kendisini suçlandırmaya yöneltecek her nevi zorlama ise, insanın varlığını sürdürdürebilme "güdüüsü" ile sınırları çizilen psikolojik sınırın aşılması anlamına gelecektir. Bu sınırların aşılması hukuk güvenliği duygusunun zarar görmesinin yanı sıra, işkencenin farkında olunmadan meşru kabul edilmesine sebep olabilecektir" (Kılıç, s:65), "Bu açıklamalardan sonuç olarak ortaya çıkan husus, kişinin kendi kendisini suçlandırmaya yasağının anayasal açıdan dokunulamaz bir kişilik hakkı olduğu ve bu hakkın yoğun bir biçimde insan haysiyeti içeriğine sahip olması dolayısıyla yasa koyucunun yetki alanının dışına çıkarılmış olduğudur" denilmektedir.

## 2) Konuya İlişkin Tıp Etiği Ne Demektedir? Zorla Örnek Alma Yönündeki Savcı ve Hakim Kararını Hekim Yerine Getirebilir Mi?

Tıbbın en temel kuralı olarak kabul edilen temel ilke “*Primum non nocere*” (Önce (hastana) zara verme)<sup>182</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Yani bir hekim, hastasına öncelikle zarar vermeyecek şekilde yaklaşmaktadır ya da başka bir ifadeyle yaklaşmak zorundadır<sup>183</sup>. Bu durumda zorla gerçekleştirilen bir muayene ya da örnek almanın zarar vermemesi mümkün olamayacağından, hukuken zorla muayene kabul edilse dahi tıbbi açıdan kabul edilmesi ve uygulanması mümkün olmayacaktır.

Nitekim zorla muayene ve örnek almayı engelleyen tıp bilimine ilişkin tek kural anılan ilke de değildir. TDK tarafından “*ödev bilimi*”<sup>184</sup> olarak tanımlanan ve kabaca bir mesleğin uygulanması sırasında uyulması gerekli ahlaki değer ve etik kuralları inceleyen bilim dalı olarak kabul edilebilecek olan deontoloji, tıp açısından doktrinde; “*Tıbbi deontoloji ve etik ilkeler tıbbın başladığı günden bu yana örf ve adet hukukunda ve yazılı metinlerde tanımlanmış, insan haklarındaki gelişmelerle paralel şekilde kurumsallaşmıştır. Tıp etiği ilkeleri; tıp etkinliği konusundaki süreç üzerinde oluşan “consensus”u ifade etmektedir.*”<sup>185</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Yine ana tıp etiği ilkeleri de “*hastana zarar verme, hastana yararlı ol, yapılacak her tıbbi işlem için hastanı aydınlat ve rızasını (onamını) al, hastanın sırrını sakla, adil ol*”<sup>186</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>182</sup> Kızıllarslan, s:79.

“*Primum non nocere*” ilkesine ek olarak önceleri “*salus aegroti suprema lex*” (Hastanın sağlığı en üstün yasadır) şeklinde kabul edilen sonradan “*voluntas aegroti suprema lex*” (Hastanın iradesi en üstün yasadır) haline gelen ilkenin de tıbbın diğer en temel ilkesi olduğu söylenmektedir.

<sup>183</sup> Bu yönde bilgi için bkz. Fincancı, Yorulmaz, s:143.

“*Cenevre Bildirisi “hastanın sağlığı benim ilk önceliğimdir”* sözüyle başlamakta olduğu bilgisi için bkz. Kızıllarslan, s:72.

<sup>184</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&karama=gts&guid=TDK.GTS.5b9b6c02def379.58617454](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&karama=gts&guid=TDK.GTS.5b9b6c02def379.58617454) (Erişim:14.09.2018).

<sup>185</sup> Kızıllarslan, s:68.

Doktrinde “*Tıbbi etik ilkeler, hekimlik uygulamaları içinde tarih boyunca geliştirilmiş ve uluslararası kabul görmüş ilkeler olup, ulusal sağlık mevzuatı içinde de benimsenmiş ve gerek yasalar, gerekse Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hasta Hakları Yönetmeliği benzeri düzenlemeler ile hekimlik uygulamasının çerçevesini oluşturmuştur*” da denilmektedir (Fincancı, Yorulmaz, s:142).

<sup>186</sup> Kızıllarslan, s:72. Rızanın önemi doktrinde; hastanın rızası üzerine hekimin müdahalede bulunabileceği,

Yine hekimlik mesleğine başlarken edilen ve Hipokrat Yemini olarak adlandırılan yemin içerisinde de; *“Hastamın sağlığına ve esenliğine her zaman öncelik vereceğime”* ve *“Tehdit ediliyor olsam bile, tıbbi bilgimi, insan haklarını ve bireysel özgürlükleri çiğnemek için kullanmayacağıma”* şeklinde mesleki taahhütler bulunmaktadır.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Klavuzu İstanbul Protokolü'nde<sup>187</sup> de; *“Ne şekilde ifade edilirse edilsin, sağlık hizmeti etik kurallarının ana kuralı, kısıtlamalar, baskılar ve yasal sözleşmelere bağlı yükümlülüklerden bağımsız olarak, sağlık hizmeti veren kişinin daima hastanın iyiliğini gözeterek ve yararını düşünerek davranmakla görevli olduğudur”*<sup>188</sup>, *“Sağlık çalışanlarının tıbbi bilgi ve yeteneklerini kişilerin uluslararası platformlarda dile getirilen haklarını çiğneyecek bir şekilde kullanmaları özellikle yasaktır”*<sup>189</sup>, *“Kişinin baygın olduğu ya da düzgün onay vermeğe muktedit olmadığı durumlarda, sağlık çalışanları kişinin çıkarlarının nasıl korunup gözetilebileceğine ilişkin bir karar vermelidir. Hemşireler ve doktorların, hastalarının avukatıymış gibi davranmaları beklenir”*<sup>190</sup>, *“Etik ile hukukun çeliştiği durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Sağlık çalışanlarının, etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgilerin açıklanması gibi bir yasal yükümlülüğe uymamalarını gerektiren durumlar olabilir. Ulusal ve uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidir.”*<sup>191</sup> şeklinde çok önemli kriterler ortaya konulmuştur.

tıp biliminin gereklerini önceden belirlenmiş amaçları yerine getirmek için kullanacağı, ancak rızanın kapsamının hekimin hareketlerinin sınırını da çizeceği şeklinde vurgulanmaktadır (Çakmut, s:193).

<sup>187</sup> Bundan sonra İstanbul Protokolü olarak anılacaktır.

<sup>188</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:27, 28, para.51.

<sup>189</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:28, para.52.

<sup>190</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:31, para.63.

<sup>191</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:32.

25832 sayılı Yönetmelik'in 4, 5 ve 6. maddelerinde ayrı ayrı "Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir" denilmektedir. Bu durum doktrinde de; "kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir" şeklinde bir ifadenin yer almış olması bu anlamda tıbbi etik ilkelere ve hekimlik mesleğinin gereklerine bir ölçüde hürmet eden bir tutum olarak değerlendirilmelidir. Hastanın onam vermediği koşullarda muayene yapılabilmesi için hastanın etkisiz hale getirilmesi, bu amaçla bağ, zincir vb. kısıtlayıcı araçların ya da bilincin yerinde olmasını engelleyecek ilaçların kullanılması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla hem kısıtlayıcı araçlarla muayene yapılmasını engelleyen etik ilkelere aykırı bir tutum alınmış olacak, hem de hastanın isteği dışında ilaç verilmesi gibi etik ilkelere aykırılığın yanı sıra uluslararası ve tarafı olunan sözleşmelerde açıkça "işkençe" olarak tanımlanan bir davranış gerçekleştirilecektir. Bu yöntemlerin uygulanmasının, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini barındırdığını ifade etmek koşulu ile muayeneden ya da, benzer bir koşul getirilmiş olan örnek alımından çekilmek olanaklı kılınmıştır. Bu yöntemlerin sağlığa öngörülebilir zarar verme tehlikesi ise ortadadır. Hem biyolojik anlamda hem de psikolojik anlamda iyilik halinin bozulmasına yol açabilecek bu davranışlar, etkileri açıklanarak reddedilebilecek uygulamalar olarak kabul edilebilir. Ayrıca yasal düzenlemeler hukuka aykırı deliller başlığı altında zor yoluyla delil elde edilmesini de tanımlamaktadırlar. Dolayısıyla kuşkusuz zor yoluyla elde edilmesi gerekecek, onama dayanmayan muayene ve örnek alımları hekimin hastasına zor kullandığı ile kalacak ve yargılama süreçlerinde yararlanılabılır olmayacaktır"<sup>192</sup> şeklinde yorumlanmaktadır.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesi içerisinde de "Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır" düzenlemesine yer verilmiştir<sup>193</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere 25832 sayılı

<sup>192</sup> Fincancı, Yorulmaz, s:145.

<sup>193</sup> Konu hakkında yaşanan önemli bir örnek de söz konusudur. 05.01.2010 tarihinde Muğla'da E.K. isimli kişi Muğla E Tipi Cezaevi'nden hastaneye kontrole getirilmiş ancak Dr. N. B. hasta mahremiyeti nedeniyle jandarma görevlilerinden muayene odasının dışına çıkmalarını talep etmiş, ancak çıkmalarını üzerine muayene yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine ertesi gün E.K. tekrar cezaevinden hastaneye götürülmüş ve cezaevi savcısı tarafından doktor hakkında muayene yapmayı reddederek gereksiz yere



Yönetmelik'in 6. maddesinin 4. fıkrası "Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır" hükmünü getirmektedir. Bu nedenle tıp etiği ve hekimlikten gelen yükümlülükler sadece tıp açısından değil hukuk açısından da geçerlidir. Görüleceği üzere hekimlerin hastanede kendilerine gelen hastaya yaklaşma ilkele-ri, muayene için kendilerine gönderilen şüpheli ve sanık açısından da geçerlidir<sup>194</sup>. Bu nedenle kanımızca hukuken zorla muayene ve örnek almanın mümkün olduğu sonucuna ulaşılsa dahi<sup>195</sup> tıp bilimi açısından tartışma sonuçlanmayacaktır<sup>196</sup>.

19,20 TL nakil masrafına yol açtığı gerekçesiyle soruşturma başlatılmıştır (Bilgi için bkz. <https://t24.com.tr/haber/dr-naki-bulut-yasaya-uydugu-icin-suclaniyor,87833> Erişim:14.08.2019). Ancak sonuçta Dr. N. B. hakkında soruşturma izni verilmemiştir. Görüleceği üzere hukukun hak ihlalini hekimler gidermiştir.

194 "Hastaya (adli nitelikteki olgulara) yapılan bu tür bir yaklaşımı "adli tıbbi değerlendirme" olarak tanım-lamak gerekmektedir" (İnanıcı, s:29) denilmekte ve adli tıbbi muayenenin hangi şekilde yapılması ge-rektiği detaylı bir şekilde açıklanmaktadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus; yazarın adli muayenenin nasıl yapılacağını açıklarken ilk adımın "Bilgilendirilmiş rızasının alınması" olduğunu belirtmiş olmasıdır.

Doktrinde önemli bir hususa vurgu yapılmış ve hasta ile hekimin aynı dili konuşmıyor olmaları halinde onam alma işleminin bir tercüman vasıtasıyla yapılması gerektiği belirtilmiştir (Abdi Özslan, "Aydınlatılmış Onam", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çer-çevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlen-mesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:46).

Yine adı geçen eser s:49'da verilmiş olan onamın, hasta tarafından dilendiği zaman geri alınabile-ceği de belirtilmiş (Aynı konu doktrinde; "hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, hasta her zaman rızasını geri alabilecektir" şeklinde de ifade edilmektedir (Çakmut, s:210)) ve "Standart bir form hazırlayarak hastaneye yada kliniğe müracaat eden hastaların hepsine aynı aydınlatıl-mış onam belgesini kullanmak hem olanaklı değil hem de yasal ve etik açıdan uygun değildir" denilerek çok önemli bir hususa daha vurgu yapılmıştır.

Yine doktrinde; "Muayene odasının hasta-hekim gizliliğini sağlayacak şekilde, dışarıdan görülüp, duyulamayacak ve içeriye girişin kontrol edilebileceği tam güvenli bir oda olması, hekim ve hastanın otu-rabilecekleri rahat sandalyelerin bulunması gereklidir" (Kızılarslan, s:85) gibi ceza hukuku açısından da geçerli olduğu belirtilen önemli kriterlerden bahsedilmiştir.

195 Doktrinde, görüşümüze uygun olarak; rıza olmaksızın gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin hu-kuka aykırı olacağını, İstanbul Protokolü'nün de rızayı aradığını ancak görüşümüzden farklı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin kanun ile rıza aranmasına yönelik istisna getirilebileceği ve bu durumda adli muayenenin hukuka aykırı olmayacağını savunan yazarlar da vardır (Ünver, Hakeri, s:294).

196 "Yönetmelikte, ulusal sağlık mevzuatı ve tıbbi etik ilkeler ile çelişen tanımlara yer verilmektedir. Hekimi mua-yene yapmaya zorlayan, hasta onam vermediğinde dahi muayene ve örnek almayı zorunlu kılan, gerektiğinde C. Savcısı tarafından ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınacağını ifade eden yönetmelik uygulama gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. En az iki kişinin rol aldığı bir süreçte, yalnız bir tarafın yapması gerekenler tanımlan-dığında, sürecin akışında aksaklıklar ortaya çıkması muhakkaktır" şeklindeki aynı yönde görüş için bkz. Fincancı, Yorulmaz, s:143.

Fincancı, s:97'de de konu hakkında; "Yargı süreci hekimlik uygulamasının niteliğini belirleyemez. He-kimlik uygulaması yargıdan bağımsız olmalıdır" denilmektedir.

Ancak konu hakkında, Sağlık Bakanlığı'nın çıkartmış olduğu 22.09.2005 tarihli Genelge'nin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira anılan genelgenin 3.1.2. maddesinde "Bunların yanında, adli vakaların muayenesinde tıbbî deontoloji kurallarına titizlikle uyulacaktır" denilmekte<sup>197</sup>, ancak 3.2.2. maddesinde ise aksi yönde "Muayene edilenin, tabip tarafından muayene ve yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmesi esastır. İlgilinin, buna rağmen muayene yapılmasına ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde, bu durum tutanakla tespit edilerek ilgili adli makama bildirilecek ve gerekli tedbirlerin alınması istenecektir" denilmektedir. Kanımızca yukarıda sayılan nedenler ve doktrinde de belirtildiği üzere; 25832 sayılı Yönetmelik ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nde yer alan zorla muayeneye dair düzenleme, Türkiye tarafından imzalanan ve TBMM'nin usulüne uygun bir şekilde onaylayarak iç hukuk normu niteliği kazandırdığı Biyotıp Sözleşmesi'ne (5013 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna dair Kanun, 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı R.G.) aykırıdır<sup>198</sup>. Bu nedenle de Yönetmelik ve Genelge ile getirilen bu kural uygulanabilir değildir.

Yine belirtmelidir ki kimi hekimler, kendilerini müdahaleye zorlayan Cumhuriyet savcılarına, kendilerinin bir nevi bilirkişi olarak görevlendirildiğini, kendilerinin uzmanlığının hekimlik olduğunu ve hekimlerin zorla örnek alma konusunda bir uzmanlığının bulunmadığını belirterek zorlamaya başka bir açıdan karşı çıkmaktadırlar<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> Aynı Genelge içerisinde "3.2.3. Adli vakalarda muayeneye getirilen kişinin üzerinde beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tırnak veya tükrük gibi örneklerin alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmasına dikkat edilecektir" de denilmektedir.

<sup>198</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş.

<sup>199</sup> Konu hakkında "Türkiye'de hekimlerin adli tıbbi değerlendirmelerde mesleki bağımsızlık içinde hareket etme yükümlülüğü yasal olarak da güvence altındadır. Türk Ceza Kanunu Madde 288'de bilirkişileri hukuksal aykırı bir işleme zorlamamanın "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu" olduğu düzenlenmiştir" denilmektedir (Baykal, Biçer, s:123).

Başka bir eserde ise "Beden muayenesinde kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelerin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla gerçekleştirilmelidir. Hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul etmediği yöntemlerle elde edilmiş delillerin hukuki durumları tartışmalı hâle geleceklerdir" denilmektedir (Aygün, s:62). Hekimler açısından zorla örnek alma da hekimlik sanatı ve tıp bilimi kapsamında kabul edilmemektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere CMK'nın 76/2. fıkrasında mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığı düzenlendiğinden, karar alındığı takdirde mağdurun zorla muayene edilebileceği ve vücudundan örnek alınabileceği kanunun zımni sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüleceği üzere kanuna dayanan bir kuraldan bahsetmek mümkündür. Ancak hekimler, anılan kanun hükmünün de meslek ilkeleri nedeniyle bağlayıcı olmadığını söylemektedirler. 2013 yılında yaşanan bir örnekte, cinsel istismar suçunun gerçekleştiği şüphesi ile çocuk olan mağdurların genital muayenesini yapması kendisinden talep edilen Prof. Dr. G.A., mağdurları bilgilendirmiş, ancak mağdurlar ısrarla muayeneyi reddedince herhangi bir muayene gerçekleştirilmemiştir. Bunun üzerine hekim G.A. hakkında dava açılmış ancak kendisi beraat etmiştir. Yerel mahkeme kararı Cumhuriyet savcısı tarafından temyize götürülmüş ve Yargıtay tarafından karar bozulmuştur<sup>200</sup>. Hem G.A. hem de meslektaşları olan hekimler anılan davranışı savunmakta<sup>201</sup> ve "iyi hekimlik" in yargılanamayacağını belirtmektedirler<sup>202</sup>. Görüleceği üzere hekimler konu hakkında net olup, zorla muayene hukuksal bir tartışma olarak varlığını devam ettirmektedir<sup>203</sup>.

200 Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2015/1213 esas, 2019/2001 karar sayılı ve 14.02.2019 tarihli kararı.

201 Doktrinde "Eğer hekim müdahalede bir yarar görmüyorsa rıza bulunsa bile bunu yapmağa zorlanamaz" (Çakmut, s:208) şeklinde ifade edildiği üzere hekim, rızanın bulunduğu bazı durumlarda dahi tıbbi müdahalede bulunmayabilecektir.

202 Konu hakkında TTB [http://www.ttb.org.tr/haberarsiv\\_goster.php?Guid=67152970-9232-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=67152970-9232-11e7-b66d-1540034f819c)(Erişim:14.08.2019), Adli Tıp Uzmanları Derneği <https://www.atud.org.tr/2016/12/06/iyi-hekimlik-degerleri-bir-kez-daha-kazandi/> (Erişim:14.08.2019), İstanbul Tabip Odası <https://www.istabip.org.tr/5277-etik-ilkeler-hukukun-hekim-bagimsizligi-yargi-kararlarinin-uzerindedir.html> (Erişim:14.08.2019) gibi meslek örgütleri hekimlik ilkelerini uygulamaya devam edeceklerini açıklamışlardır.

203 Konu hakkında doktrinde hekimlerin yasal merciler tarafından görevlendirildiği durumlarda, hekimin; hukuksal sorumluluklar ile hastaya bağlılığını sürdürme arasında tercih yapmak zorunda kaldığı, buna "ikili bağlılık" veya "ikili sadakat" (dual loyalty) denildiği, ancak hekim açısından etik yükümlülükler yönünden önceliğin hekimin hastasına karşı bağlılığı ve sorumluluğu olduğu belirtilmekte ve "Adli rapor düzenlemekle görevlendirilmiş olan hekim; görev tamamı, yeri, bağlı olduğu kurum ne olursa olsun; savaş, silahlı çatışma, olağanüstü hal durumları dahil hiçbir durumda tıbbi etik ilkelere aykırı davranamaz. Hekimlik yeminine ve etik ilkelere uymalı ve her durumda hastasına karşı sorumluluğu ve bağlılığının öncelikli olduğunu hatırlamalıdır" denilmektedir (Baykal, Biçer, s:125,126). Aynı yönde bilgi için bkz. Fincancı, s:94,95.

Yine konu hakkında TTB tarafından da; "Karar verme yeterliliği olan bir hastanın muayenesi sırasında hekimin herhangi bir biçimde zora başvurmaması, zor uygulanan bir hastayı değerlendirmesi hekimlik uygulaması ile bağdaşmamakta, "zarar vermeme ilkesi, mahremiyet hakkı" başta olmak üzere mesleğin evrensel ilkelerine aykırılık oluşturmamakta, hekim hasta ilişkisindeki güven değerini örselemektedir. Ayrıca hastanın beden ve ruh sağlığı açısından ciddi tehlikelere de yol açabilecektir.

İkili Yükümlülük: Hekimler yasal merciler veya ikinci bir kurum ya da kişi tarafından görevlendirildiği durumlarda, hukuksal olarak çerçevesi çizilmiş sorumluluklar ile hastasına karşı duyması beklenen sorumluluk ve bağlılığı sürdürme yükümlülüğü arasında tercih yapmak durumunda kalmaktadır. “İkili bağlılık” veya “ikili sadakat” (dual loyalty) olarak adlandırılan durumlarla karşılaşması durumunda da etik yükümlülükler yönünden öncelik, hastasına karşı bağlılığı ve sorumluluğudur. Tıp mesleği, yaşam ve sağlığa erişim hakkı boyutunda hekimlerin hastalarıyla sadakate ve güven ilişkisine dayalı özel bir ilişkiyi gerektirdiğinden, hekimlerin mesleğin temel ilkelerini zedeleyecek ve hastalarının sağlığını bozacak uygulamalar içinde yer alması düşünülemez. Bu nedenle hekimlerin disiplin ve ceza amaçlı kurul ve uygulamalar içinde yer alması, bu süreçlere katılması etik ilkelere aykırıdır.

Esasen işkence ve kötü muameleyi mümkün kılan eylemlerin hukuken de meşru olması mümkün değildir. Bir an için ulusal düzenlemelerin buna izin vermesi olasılığı kabul edilse bile bu tür düzenlemelerin uluslararası hukuka aykırı olacağı açıktır. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca insan haklarına ilişkin antlaşma hükümleri ile ulusal mevzuat çatıştığında insan hakları antlaşmaları esas alınacaktır. İşkence ve kötü muamele yasağı açısından bu husus daha da önemlidir. Mutlak işkence yasağı, uluslararası toplum açısından oynadığı özel rolün bir gereği olarak uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi açısından da üstün bir kural niteliği kazanmıştır. Koruduğu değerler nedeniyle, işkence yasağı buyruk kural (jus cogens) olarak tanınmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve teamül hukukundan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuştur. Bir başka deyişle, işkence yasağı uluslararası toplumun mutlak bağlayıcı bir kural olarak tanıdığı, hiçbir istisnası olmayan temel bir ilkedir. Bu nedenle, işkence yasağıyla çatışan ulusal hukuk kuralları aynı zamanda uluslararası hukukla da çatışma içinde olduğundan hukuki geçerliliği olamaz.

TTB Bildirgelerinde hekimlerin, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulandığı ya da böyle bir gözdağının verildiği yerlerde bulunması yasaklanmıştır. İşkence ve diğer kötü muamele davranışları ile karşılaştığında etik duyarlılıkla işkenceye göz yummayacak, önlemek için çaba harcayacak, belgeleme, raporlandırma ve bildirimde bulunma yükümlülüklerini yerine getirerek gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı verecektir.

Adli tıbbi amaçlı yapılacak değerlendirmeler: Adli amaçlı değerlendirmelerde de hekimlerin temel etik ve mesleki ödevleri değişmemektedir. İP ve CPT standartları, hekimin ve hastanın kendini özgür ve bağımsız hissedebilmesi için kolluk güçlerinin muayene ortamında olmamasının, hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmasının sağlanmasının, muayenenin güvene dayalı hekim-hasta ilişkisinin oluşturulabileceği çerçevede yapılmasının esas olduğunu ve tıbbi değerlendirme ve belgeleme süreçleri ile ilgili kişinin bilgilendirilerek aydınlatılmış onamının alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Kişilerin gözetiminde tutulduğu birimlerde veya bu birimlerin kontrolünde olan mekanlarda söz konusu gereklilikler sağlanamayacağı için adli tıbbi değerlendirme yapılamaz. Güvenlik, personel yetersizliği, vb. nedenler değerlendirmenin sağlık kuruluşu dışında yapılmasının gerekçesi olarak kabul edilemez.

Uygun muayene ortamı ve bağımsız çalışma koşulları bulunmadığında; hekim çalıştığı kurum sorumlularına durumu bildirerek uygun ortam sağlanmasını talep etmelidir. Uygun koşullar sağlanmadığında; değerlendirmeyi yapan hekim, muayene ortamına ait kısıtlılıklar ile muayene yapılamamasının gerekçesini genel adli muayene rapor formuna kaydetmeli ve bir tutanak ile yargı organlarına iletmelidir.

Adli değerlendirme süreçlerinde aydınlatılmış onamla ilgili bilgiler düzenlenecek rapora kaydedilmelidir. Hekim sağlıkla ilgili konularda değerlendirme yapmakla yükümlü olduğunu, ulaştığı bilgileri veya talepleri yargı organlarına iletmek durumunda olduğunu da açık ve anlaşılır biçimde hastasıyla paylaşmalıdır. Kişinin değerlendirmeyi kabul etmemesi durumunda belge inandırıcılığın sağlanması amacıyla alıkonulan kişi, diğer bir sağlık görevlisi ve mümkünse kişinin avukatı tarafından imzalanmalıdır” (TTB internet sitesi, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılanların Sağlık Hakkı İle İlgili Etik Kurul Görüşü, [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd) (Erişim:14.08.2019) denilmekte ve hukuksal açıdan da çok önemli sonuçlar doğuracak tespitlerde bulunmaktadır.

Sonuçta kanımızca, tıp bilimi ve uygulamacıları tarafından değer verilen ilkelerin hukuk açısından da korunması gereklidir. İnsanlığın can, kan ve özgürlük kaybı ile bedelini ödemiş olduğu insan hakları uyarınca bu bir zorunluluktur. Nasıl tıp için en temel ilke “Primum non nocere” yani zarar verme ise, hukuk için de en temel ilke önce hukuka, adalete zarar verme olmalıdır. Aksi halde kendi kurallarına uymayan, koruması altında olan kişiye zarar veren bir bilim dalı ve uygulayıcılarına saygı duyulması mümkün değildir. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere doktrinlerdeki ağırlıklı görüş tarafımız ile hemfikir değildir. Bu nedenle, katlanma yükümlülüğü çerçevesinde zorlama söz konusu olduğunda en azından gerçekleştirilecek olan işlemin ölçülü olması, kişinin aktif katılıma zorlanmaması ve hepsinden önemlisi hiçbir şart altında insan onuruna en ufak dahi zarar verecek eylemlerde bulunulmaması gerekmektedir<sup>204</sup>. Aksi yöndeki davranışın çalışmanın başında açıklanan işkence suçu kapsamında kalacağı da açıktır.

### 3) Zorla Örnek Alma Gerçekleştirilmez İse Mağdurun Adil Yargıya Ulaşım ve Etkili Soruşturma Talep Hakkı İhlal Edilmiş Olacak Mıdır?

Yukarıda belirtildiği üzere kişi dokunulmazlığı anayasal bir haktır ve tarafımızca savunulan kişinin rızası hilafına beden muayenesi ve vücudundan örnek almaya tabi tutulamayacağına ilişkin görüş doğru kabul edildiği takdirde; kaynağını Anayasa ve İHAS'tan<sup>205</sup> alan adil yargılanma hakkı ve etkili başvuruda (Etkili soruşturma yapılmasını isteme hakkı)

<sup>204</sup> İnci, “Katlanma Yükümlülüğü”, s: 143. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus CMK'nın “İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.” şeklindeki 75/2. fıkrası ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin kuralları düzenleyen 5. maddesinin “Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir” şeklindeki 3. fıkrasıdır. Anılan düzenlemeler uyarınca, müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi söz konusu ise rızanın dahi hiçbir öneminin kalmayacağı ve herhangi bir müdahale yapılamayacağı ortaya çıkmaktadır.

<sup>205</sup> Belirtmek gerekir ki İHAS'ın 6. maddesi ile tanınan haklar ceza yargılamasında sanık olanlara tanınmış haklardır. Nitekim Sözleşme'nin resmi çevirisi “cezaî sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar veren” şeklindedir. Bu nedenle ceza yargılamasında şikâyetçi, müşteki, katılan konumunda bulunanlar İHAS'ın 6. maddesinde tanınan haklardan istifade edemeyeceklerdir (İnceoğlu, s:83,84).

bulunabilme hakları gibi haklar açısından ortaya bir çelişki çıkacağı söylenebilecektir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi<sup>206</sup> hak arama özgürlüğünü düzenlemekte ve madde iddiada bulunma hakkını da içermektedir. Buna göre meşru vasıta ve yollardan gerçekleşen bir suç duyurusuna ilişkin devletin etkili bir soruşturma yapması gerekmektedir. Bu kapsamda; örneğin şikayetçi, kendisine karşı yaralama eyleminde bulunan faili olay sırasında yaraladığını beyan etse ve olay yerinden alınan kan örnekleri ile yakalanan şüphelinin kan örneğinin karşılaştırılması istenirse ve şüpheli buna itiraz ettiği için kan örneği alınmasından vazgeçilse, bu durumda şikayetçi açısından da etkili soruşturma hakkı ihlal edilmiş olacak mıdır? Kanımızca bu sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Zira soruşturmalar hukuk ile sınırlıdır ve şikayetçinin etkili başvuruda bulunma hakkının sınırları da hukuka uygunluk ile belirlenmiştir<sup>207</sup>. Yargılamanın hiçbir süjesi hukuka aykırı delillere dayanılarak hüküm kurulmasını talep edemez<sup>208</sup>.

Eğer görüşümüz uyarınca; zorla beden muayenesi yapılamayacağı, yapılsa da bu suretle elde edilen delillerin yargılamada kullanılamayacağı kabul edilirse nasıl şikayetçi, başvuru hakkı kapsamında, yasak ifade ve sorgu yöntemlerine başvurulmasını talep edemiyorsa, zorla beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınmasını da talep edemez hale gelecektir. Nitekim CMK'nın 160/2. fıkrası da bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısına; *"maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumak"* yükümlülüğünü yüklemekte-

<sup>206</sup> Hak arama hürriyeti başlığını taşıyan maddenin içeriği şu şekildedir:

*"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."*

<sup>207</sup> Aynı yönde yorum için bkz. Fatih Birtek, "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat", Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2017, s:68, 69.

<sup>208</sup> Konu hakkında doktrinde; ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırma zorunluluğunun en gerçek, güvenilir ve sağlam delile ulaşmayı zorunlu kıldığı belirtilmekte, ancak bu zorunluluğunun her ne pahasına olursa olsun anılan delile ulaşılması anlamına gelmediği eklenmektedir. Zira hukuka aykırı yollardan ulaşılan deliller yargılamada kullanılamayacaktır (Mehmet Yayla, "Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüpheli", Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2016, s:103).

dir. Bu nedenle her ne pahasına olursa olsun değil, şüphelinin hakları da korunarak ve hukuk kapsamında maddi gerçeğin araştırılması gerekmektedir<sup>209</sup>. Nitekim ceza yargılaması kapsamında bazı delillerin ancak bazı şartlarda toplanabileceği kabul edilmiştir. Örneğin CMK'nın 135. maddesi uyarınca iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak maddenin sekizinci fıkrasında sayılan suçlar açısından söz konusu olabilecektir. Bu nedenle TCK'nın 141. maddesi kapsamında hırsızlık mağduru olduğunu beyan eden bir kişinin şikayette bulunarak şüpheli hakkında iletişimin dinlenilmesi talebinde bulunulması talebi de değerlendirilemeyecektir. Oysa hırsızlık suçunun nitelikli hali, CMK'nın 134/8. fıkrasında sayılan suçlar arasındadır. Bu nedenle şikayetçinin etkili başvuruda bulunma hakkının kanun koyucu tarafından kısıtlandığı söylenebilir ise de anılan hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmek pek mümkün görünmemektedir.

#### **4) Zorla Örnek Alındığı Taktirde Anayasa ve İHAM ile Koruma Altına Alınan İşkence Yasağı İhlal Edilmiş Olur Mu?**

Yukarıda açıklandığı üzere kanımızca başlıktaki sorunun cevabı ihlal edilmiş olacağı yönündedir<sup>210</sup>. Bununla birlikte İHAM'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. İHAM'ın konu hakkındaki ilk ve önemli kararı Saunders & Birleşik Krallık kararıdır<sup>211</sup>. Anılan karar içerisinde *“Kendine karşı tanıklık etmemek hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma istemine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan arama*

<sup>209</sup> Doktrinde konuya ışık tutacak şekilde; *“Hekim, her durumda mesleğini bağımsız ve yansız biçimde uygulamakla yükümlüdür. Adli olgularda hakikati ortaya çıkartmak için hekim tıbbi sürecin başından raporun tamamlanmasına kadar bütün aşamalarda bağımsız ve özgürce mesleki standartlarına uygun davranmalıdır. Bağımsız davranma yükümlülüğü uluslararası ve ulusal belgelerde tanımlanmıştır”* denilmektedir (Türkcan, Biçer, s:123).

<sup>210</sup> Konumuzla doğrudan ilgili olmasa da başvurunun götürüldüğü doktorlar, muayene yapmayı reddettikleri için, başvurucuya zorla jinekolojik muayene yapılmamış, bu nedenle de Devrim Turan & Türkiye, Başvuru No:879/02, 02.03.2006 kararında İHAM'ın 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>211</sup> Saunders & Birleşik Krallık, Başvuru No: 19187/91, 17.12.1996.

*emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür*<sup>212</sup> denilmektedir<sup>213</sup>. Görüleceği üzere İHAM, rızayı önemsememiş, anılan örnekleri kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkesi kapsamında kabul etmemiştir<sup>214</sup>.

İHAM'ın vücut dokunulmazlığına müdahaleyi tartıştığı bir diğer kararında ise Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. İHAM'ın önemli kararlarından olan Jalloh & Almanya<sup>215</sup> kararına konu olay kapsamında; yakalandığı sırada içerisinde uyuşturucu madde bulunan küçük poşeti yutan başvurunun vücutuna müdahale edilerek kusturucu ilaç verilmiş<sup>216</sup>, bunun sonucunda da başvuru poşeti kusmuştur.

<sup>212</sup> Naula Mole, Catharina Harby, "Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz", TBB Yayınları 89, 2005, s:39, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/adil-yargilanma-hakki.pdf> (Erişim:18.12.2018).

<sup>213</sup> Benzer bir yorum Tirado Ortiz ve Lozano Martin & İspanya, Başvuru No:43486/98, 22.06.1999 kararında yapılmış ve "Başvuranlar, alkol testi yaptırmayı kabul etmemeleri nedeniyle kurallara uymama ağır suçundan mahkûm edilmelerinin, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her kişinin kendini suçlayan ifadeler vermeme hakkına sahip olduğu ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. ... Ancak, kendini suçlamama hakkı, esas olarak, sanık kişinin sessiz kalma isteğine saygı göstermekle alakalıdır ... zorlama yetkisi kullanılarak sanıktan ele geçirilebilecek ancak, diğer şeylerin yanı sıra, izin belgesi ile ele geçirilen belgeler, nefes, kan ve idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu gibi sanığın rızasından bağımsız olarak mevcut olan materyallerin cezaı yargılamada kullanılmamasını kapsamaz ... AİHM, somut davada, itiraz edilen yasal hükmün benzer bir ilkeye dayandığını kaydetmiştir.

AİHM, aynı zamanda, polis memurlarının, başvuruların suç işlediklerinden şüphelendikleri için alkol testi talep ettiklerini gözlemlemiştir. Ayrıca, keyfi ve uygunsuz test uygulamasına karşı muhtelif güvenceler sunulmuştur. Buna ek olarak, alkol düzeyine ilişkin testler, trafik mevzuatı ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyi üye ülkelerde genel olarak kullanılmaktadır. Yukarıda belirtilen hususları dikkate alan AİHM, söz konusu yasal hükmün, başvuruların davasında uygulandığı şekliyle, AİHS'nin 6. maddesinin ihlâlini oluşturmadığını değerlendirmiştir." (Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları", TBB Yayınları, Kasım 2008, Ankara, s:136) denilmiştir.

<sup>214</sup> Bu kabul doktrinde; "AİHM bu konuda sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabileceğini bunun da adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği kamsındadır" şeklinde açıklanmaktadır (Aydın, s:163). Bu husus İHAM'dan önce Komisyon'un da önüne gitmiş ve X & Hollanda, 8239/79 başvuru sayılı ve 04.12.1978 tarihli kararda, kısıtlı inceleme yapılmak suretiyle, alkollü araç kullanıp kullanmadığının tespiti için kişiden kan alınmasının masumiyet karinesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>215</sup> Jalloh & Almanya, Başvuru No: 54810/00, 11.07.2006.

<sup>216</sup> Kişilere zorla kusturucu madde verilmesinin engizisyon döneminde işkence ile sanığın suçu ikrarının sağlanmasına benzediği, bu nedenle de zorla kusturucu madde verilmesinin işkence kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Kılıç, s:124.



İHAM başvuru kapsamında Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>217</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 2015/19012 sayılı B.P.O. başvurusuna ilişkin vermiş olduğu 27.03.2019 tarihli kararı da çalışma konusunu ilgilendirmektedir. Zira başvuruya konu olay kapsamında Kolombiya vatandaşı olan başvuruçunun uyuşturucu ticareti yaptığı gerekçeyle üzerinde ve cinsel organında arama gerçekleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nce yapılan değerlendirme sonucunda başvuruçunun cinsel organında gerçekleştirilen aramanın başvuruçunun hemcinsi olan kadın polis memurunca, üçüncü kişilerin göremeyeceği bir ortamda ve hijyen kurallarına dikkat edilerek yapıldığı, başvuruçunun vücudunda herhangi bir yaralanma oluşmadığı ve başvuruçu tarafından da olağanın ötesinde dayanılmaz bir cismani acı ya da psikolojik harabiyetten bahsedilmediği belirtilmek suretiyle arama eyleminin işkence ve kötü muamele kapsamında değil, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış<sup>218</sup> ve sadece bu kapsamda ihlal kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonuçta katılmadığımız gibi, karara ilişkin üç ayrı karşı oyun önemli olduğunu düşünmekteyiz.

## SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile işkence suçu eski dar kılıplarından çıkmış ve sadece ceza hukuku alanında değil genele yayılan bir koruma sağlamaya başlamıştır. Ancak uygulamada bunun karşılığı görülmediğinden kanun ile amaçlanan sonuca ulaşamamıştır. Bir hukuk devletinde işkenceyi önlemek için getirilen yasal düzenlemelerin karşılığını bulamaması sadece idare, kolluk, savcılık ve hakimlerin kusuru olmayıp; bunu sağlayamayan avukatların, sivil toplum örgütlerinin ve aslen tüm vatandaşlarıdır. İşkenceye sessiz kalmak ya da tepki göstermemek işkenceyi olağanlaştıracak ve aslında bu durum işkence suçunun ceza kanunlarında hiç yer almamasından daha tehlikeli bir sonuca yol açacaktır.

<sup>217</sup> Karar hakkında detaylı bilgi ve tartışma için bkz. Dursun, "Beden Muayenesi", s:2985.

<sup>218</sup> 2015/19012 sayılı B.P.O. başvurusu, 27.03.2019 tarihli kararı para. 49,50.

Bir kişiyi rızasına aykırı olarak beden muayenesine tabi tutmanın ve kişinin vücudundan örnek alınmasının kanunda açık bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir. Böylesine önemli bir konuda zımnî çıkarımlar içeren düzenlemeler yerine, temel hak ve özgürlük niteliğinde olan vücut dokunulmazlığına müdahalenin yasal sınırlarının açık düzenlemeler ile çizilmesi gerekmektedir. Nitekim bu konuda öncelikle anayasal bir düzenlemeye gidilmelidir.

Anayasa'nın 17. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde rıza hilafına gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuka aykırı olacağı ve işlem sırasında insan onuru da ihlal edilmiş olacağından eylemin işkence suçuna vücut vereceği düşünülmektedir. Çalışma kapsamında açıklandığı üzere; işlem, hakim kararı veya savcı emrine dayansa da sonuç değişmeyecektir, zira hem anılan emir ve karar Anayasa koruması altında olan temel bir hakkı ortadan kaldıramayacak hem de bu karar veya emri yerine getirenlerin de sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

Yine çalışma içerisinde açıklandığı üzere konu hukuksal olarak bir çözüme kavuşturulsa ve anayasa değişikliğine gidilse dahi tıp ve hekimler açısından sonuç değişmeyecek ve zorla beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması söz konusu olamayacaktır.

Suç oluşturan eylemlerin ortaya çıkartılması, maddi gerçeğe ulaşılması, suç oluşturan eylemlerin cezalandırılması önemlidir ancak insanlığın yüzyıllardır sürdürdüğü ve bedelini can, kan, gözyaşı olarak ödediği insan hakları daha önemlidir. Kaldı ki ceza hukukunu insancılıktan uzaklaştırmadan da suçların ortaya çıkartılması, suçluların cezalandırılması mümkündür. Hiçbir suçun ortaya çıkartılması ya da failinin belirlenmesi insan onurundan, insanlığın bu yolda ödediği bedellerden daha önemli değildir. Aksi davranış bizi engizisyon mahkemesi kararı ile katledilenlerin, cadı olduğu iddiasıyla yakılanların, toplama kamplarında öldürülenlerin ve tarih boyunca işkencenin karşısında duranların ödediği bedeller açısından sorumlu hale getirecektir.

## Kaynakça

**A. Aytekin**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.

**Abdi Özasan**, “Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006.

**Abdi Özasan**, “Aydınlatılmış Onam”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006.

**Afra Nur Çaprak**, “Sünnet Operasyonu Özelinde Türk ve Alman Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğu Sorunu”, Suç ve Ceza Dergisi (Türk Ceza Hukuku Derneği Dergisi), 2018/2, Ağustos 2018.

**Ali Ersin**, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:16, Ağustos 2011.

**Andrew D. Perron, William J. Brady, Theodore E. Keats, Robert E.**

**Hersh**, “Orthopedic Pitfalls İn The ED: Scaphoid Fracture”, American Journal of Emergency Medicine, Cilt:19, Sayı:4, Temmuz 2001.

**Aydın Aygün**, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8. Sayı, 2016.

**Aysun Koç, Hülya Üçpınar, Nazan Sakallı, Nergiz Tuba Ataş**, “İşkenceye Açık Kapılar”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2009, İzmir.

**Ayşe Nuhoglu**, “*Beden Muayenesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Aralık 2006.

**Bahri Öztürk**, “*Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)*”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim:10.10.2018).

**Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü**, “*Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, Eylül 2016.

**Barış Erman**, “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara, 2003.

**Berrin Akbulut**, “*Dış Beden Muayenesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016

**Bilge Sayıcı Pehlivan**, “*İşkence Suçunun Kapsamı*”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim:09.10.2018.

**Burcu Demren Dönmez**, “*Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı*”, TBB Dergisi, Sayı:94, 2011.

**Bülent Tanör**, “*Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*”, Özal Matbaası, Ocak 1990

**Cesare Beccaria, Çev. Sami Selçuk**, “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*”, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Nisan 2018.

**Çağrı Kan Aydın**, “*Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak ‘Susma Hakkı’*”, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010.

**Devrim Güngör, Okan Bakşı**, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, 2009.

**Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok**, “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ekim 2015.

**Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok**, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Mart 2014.

**Ejder Yılmaz**, “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996

**Erdoğan Teziç**, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1998.

**Fatih Birtek**, “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat”, Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2017.

**Fevzi Demir**, “Anayasa Hukuku”, 9. Baskı, İzmir 2015.

**Gizem Dursun**, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017.

**Gizem Dursun**, “İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2018, Ankara

**Gözde Kazaker**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2016, Sayı:31.

**Gülşah Kurt**, “Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci”, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi

**Hakan Kızıllarlan**, “Vücutun Muayenesi & Örnek Alma”, 1. Bası, Ankara 2007.

**Halil Burç, Barbaros Baykal, Tolga Atay, Elif Nisa Ünlü**, “Ortopedi ve Travmatolojide Sık Karşılaşılan Atlanmış Kırık ve Çıkıkların Değerlendirilmesi”, TOTBİD Dergisi 2013;12(1)

**Halil Kalabalık**, “İnsan Hakları Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Eylül 2017, Ankara.

**Haydar Erol**, “Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 1. Bası.

**Howard A. Freed, Naomi N. Shields**, “Most Frequently Overlooked Radiographically Apparent Fractures in a Teaching Hospital Emergency Department”, Annals of Emergency Medicine, Ekim 1984, 13(10)

**Hüseyin Ertuğrul**, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:55, Mart 2011.

**İlhan Üzülmöz**, “Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK.nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 3-4, Yıl 2002

**İsmail Malkoç**, “2004 değişiklikleri ve içtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 1. Bası, Eylül 2004

**İsmail Malkoç**, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 2007

**Kerem Altıparmak, Feray Salman**, “Adalet İstatistiklerinin Dili: Gezi’de Yazılan Cezasızlık Destanı Kahramanlık Değil”, 09.06.2016,

<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/175633-adalet-istatistiklerinin-dili-gezi-de-yazilan-cezasizlik-destani-kahramanlik-degil> (Erişim:10.08.2019)

**Mehmet Akif İnanıcı**, “Ulusal Yasal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması”, Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı:7, Haziran 2010.

**Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya**, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2006.

**Mehmet Semih Gemalmaz**, “Ulusal İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi”, Ankara Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006.

**Mehmet Yayla**, “Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphe”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2016.

**Melek Göregenli, Evren Özer**, “Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980’lerden Günümüze Türkiye’de İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Sayı:70, Kasım 2010, Ankara.

**Merve Konrat**, “Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi”, Adli Bilimler Dergisi, 10 (4), 2011.

**Muhammed Demirel**, “Amirin Emri”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

**Naula Mole, Catharina Harby**, “Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz”, TBB Yayınları 89, 2005, <http://tbbyayinlari.barobirlilik.org.tr/TBBBooks/adil-yargilanma-hakki.pdf> (Erişim:18.12.2018).

**Nur Centel, Hamide Zafer**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

**Nüket Örnek Büken**, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı”, “TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018.

**Özge Apış**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2012.

**Özlem Yenerer Çakmut**, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003.

**Pervin Aksoy İpekçioğlu**, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, , Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013.

**Recep Doğan**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, TBB Dergisi, Sayı:142, 2019.

**Sabahattin Nal**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkençe ve İnsanlık Dışı Muameleler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı:2, 2007.

**Serkan Cengiz**, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010.

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

**Sibel İnceoğlu**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, Beta Yayıncılık, 2. Bası, Nisan 2005 İstanbul.



**Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk**, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2012.

**Ş. Cankat, Taşkın**, “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme”, TBB Dergisi, Sayı 79, 2008.

**Şebnem Korur Fincancı**, “Adli Olguya Yaklaşım- Audi Alterem Partem”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4808.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

**Şebnem Korur Fincancı, Coşkun Yorulmaz**, “Beden Muayenesi”, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4812.pdf>, (Erişim 30.08.2018)

**Şenel Sarsıkoğlu**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim: 30.08.2018.

**Timur Demirbaş**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, 2017

**Timur Demirbaş**, “İşkence Suçu”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2016

**Timur Demirbaş**, “Şüphelinin İfadesinin Alınması”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2011

**Türkcan Baykal, Ümit Biçer**, “Özgürlüğünden Alıkonulmuş Kişilerin Adli Muayene ve Raporlandırması”, “TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018

**Ümmügülsüm Kılıç**, “*Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*”, Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, file:///Users/sinansurucu/Downloads/273566.pdf(Erişim:12.08.2019)

**Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012

**Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe**, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2011

**Yener Ünver, Hakan Hakeri**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2016, Ankara

**Zafer Gören**, “*Anayasa Hukuku*”, Yetkin Yayıncılık, 2011, Ankara

**Z. Özen İnci**, “*Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2017, Cilt 7, Sayı 2, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale7.pdf>, (Erişim: 07.09.2018)

**Zekiye Özen İnci**, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:1, Ocak 2007 sayısı

**Zeynep Engin**, “*İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/1, Beta Basın Yayıncılık A.Ş.



# MAKALELER



■ Prof. Dr. İoanna KUÇURADI ■

## İNSANCA YAŞAYABİLMENİN NESNEL ve ÖZNEL KOŞULLARI ÜZERİNE

Türkiye’de insan hakları sorunlarına dikkat çeken en eski hukukçularımızdan, değerli Güney Dinç’in anısına, saygıyla.

Değerin ve değerlerin “evrenselliği-göreliliği”, ya da kimilerine göre “mutlaklığı-göreliliği” yüzyıllar boyu felsefede tartışılan bir konudur. Her bir tarafı savunanlar da, savlarını ilk bakışta haklı çıkaran örnekler veriyor. Acaba sorun nedir burada?

Ayrıca, günlük yaşamda, *aynı* bir şeyin –bir kişinin bir eyleminin, bir insansal durumun, bir eserin, bir yasanın v.d.– farklı kişiler tarafından *farklı* değerlendirildiğini görüyoruz: kimilerinin “iyi” dediklerine başkaları “kötü” diyor, herkes de kendini haklı görüyor.

26 yüzyıl önce Sokrates, çağdaşlarına da bizlere de “bir şeyin *ne* olduğunu bilmeden (yani felsefi bilgisi olmadan), onun hakkında birbirinden çok farklı savların ileri sürülebileceğini” öğretmeye çalışmıştı. Ama fazla öğrenen olmadı. Bu tür bilgisizlikler zincirlenerek yayılıyor, bugün de. Bu zincirlenen bilgisizliklerin bir ürünü de “ne olsa olur” (*anything goes*) diyen postmodernizm, başka bir ürünü de, nerede söz konusu olabileceği, nerede söz konusu olamayacağı bilinmeden, çok övülen çoğulculuktur.

Burada, değer konularıyla ilgili bu kargaşalığın temelinde yatan karıştırmalar üzerinde durmakla yetineceğim ve olan bitenlere açık, özellikle de seçik kavramlarla baktığımızda a) sorun olarak karşımıza çıkan değerlerin ve değerlerin evrenselliği/mutlaklığı-göreliliği, sorun olmaktan çıktığını (bir pseudo-problem olduğunu) göstereceğim, b) bunu görünce de açılan farklı bakma ve görme imkânlarının bir-ikisine işaret edeceğim.

\*

İlkin, en çok karıştırılan şu üç kavram: değer yargıları, değer (bir şeyin doğru değerlendirilmesiyle *bilgisine* ulaşılan değer) ve değerler arasındaki farka bir göz atalım.

\* **‘Değer yargıları’**, sınırları farklı şekillerde çizilebilen belirli bir grubun “iyidir, ... kötüdür” dedikleridir. Ahlâklar, böyle değişik ve değişken değer yargıları sistemleridir –kültürden kültüre farklılık gösteren değer yargıları sistemleri. Bugünkü dünyada, farklı değer yargılarına sahip gruplar iç içe (aynı mekânda) yaşıyor. Birçok çatışma da, *aynı* şeylere ilişkin *farklı* değer yargılarıyla bakmaktan ortaya çıkıyor. Çokkültürlü toplum (*multicultural society*) terimi de, aynı mekânda yaşayan farklı değer yargıları, dünya görüşleri, yaşama biçimleri olan gruplardan oluşan toplum tipini dile getiriyor. İşte *görelî olan, bu kültürel-ahlâksal* değer yargılarıdır. Ve değerler değer yargılarıyla karıştırıldığı için, değerlerin *görelîliğinden söz ediliyor. Hiç şüphe yok ki, genel değer yargıları görelidirler; oysa değerler, biraz sonra göreceğimiz gibi, görelî-mutlak veya yerel-evrensel alternatiflerin ötesindedirler.*

Şöyle: Değer yargıları (grupların iyi veya kötü saydıkları) gruptan gruba fark gösteriyor, görelidirler; bu değer yargılarıyla yapılan değerlendirmeler de (benim ‘değer biçme’ dediğim değerlendirmeler) görelidirler. Oysa değer kavramı ve değerler kavramı *açık* ise (yani bunların *ne* olduğunu biliyorsak), bu değer bilme konusu olduğunu (doğru bir değerlendirmeye *bilgisinin* ortaya konabileceğini); aynı şekilde değerlerin de bilgisinin (değerlerin *ne* olduğunun *bilgisinin*) söz konusu olduğunu görmek mümkündür. Bilginin ise göreliliği veya mutlaklığı değil, geçerliliği-geçersizliği de değil, doğruluğu-yanlışlığı söz konusudur.

İşte bütün normlar gibi bilgi olmayan ve görelî olan bu kültürel değer yargıları, bir şeyin değerini belirlemek için kullanılınca (örneğin: –Büyüklerin karşısında bacak üstüne bacak atarak oturmak ayıptır. –Ahmet kayınpederinin karşısında bacak üstüne bacak atarak oturuyor. –Ahmet ayıp bir şey yapıyor), bir şeyin (örneğimizdeki davranışın) değerinin de görelî sayılmasına şaşmamak gerekir. Oysa bir şeyin bilme konusu olan değerinin *bilgisi*, görelîlik-evrensellik sorununun ötesindedir.

\* Şimdi: Değer yargılarının bilgisini ortaya koyamadığı, ancak doğru bir değerlendirmeyle bilgisi edinebilecek olan **bir şeyin bu ‘değeri’** nedir? Bir şeyin –bir insanın bir durumdaki bir eyleminin (örneğin, geçenlerde basında okuduğumuz, kadın kaptanın yasaya rağmen kaçan mültecileri boğulmaktan kurtarması), bir eserin (örneğin *Kutadgu Bilig’in*)– değeri, aynı türden şeylere göre özelliğidir.

*Kutadgu Bilig’in* bir edebiyat eseri olarak değeri, başka bu tür eserlere göre özelliğidir. Bu özellik, doğru bir değerlendirme sonucu, benzerlerinden farklı olarak *neyi görmemizi sağladığını* ve bu gördüğümüzün bize açtığı yeni görme imkânlarının ne olduğu; bu eserin varlığının okuyana, okuyandan da öte dünyamıza neyi/neleri kattığını ve bunların öneminin bilgisinden oluşur. Yani bunlar, bu eserin değerini oluşturur.

\* **Değerler** ise –ve burada etik değerlerin ne olduğunu söylemekle yetinirsem– *belirli kişi özellikleri* (‘erdemler’ dediğimiz kişi özelliklerinden bir kısmı) ve değerlilik yaşantılarıdır. Şöyle: Kişi özellikleri olan değerler veya erdemler –dürüst olma, adil olma gibi özellikler– kişilerin başka kişilerle ilişkilerinde belirli nitelikte yapıp ettikleriyle –doğru ve değerli eylemleri sayesinde– kazandıkları özelliklerdir. Yaşantılar olan değerler ise –saygı, güven, minnet gibi değerler–, bir kişinin başka belirli bir kişiyle ilişkisinde, onun doğru/değerli eylemlerini değerlendirmesiyle yaşadığı, *tortu bırakan yaşantılardır*. Bu değerleri kimileri “evrensel” sıfatıyla nitelendiriyor. Bu nitelendirmenin uygunluğu ise ‘evrensel’den kastedilene bağlı görünüyor.

Görüldüğü gibi bu değerler de görelidirler; onları *bilen* her insan için, o kim olursa olsun ve nerede yaşarsa yaşasın, önemlidirler.

Bunun empirik bir kanıtını size sunmak istiyorum. Bu, benim Hindistan’da yaşadığım bir olaydır.

Hindistan’da, Mumbai yakınlarında, Fil Adası (*Elephant Island*) adlı bir ada var. Bu adada eski bir uygarlığın kaya heykelleri var. Evlerde akan suyun olmadığı bu adada çok az sayıda yoksul insan yaşıyor.



Mumbai Üniversitesinin düzenlediği bir konferanstan sonra, bu adaya gittik. Vapurun bıraktığı yerde, kıyıda, turistik eşyanın satıldığı birkaç kulübe vardı. Taşa oyulmuş çeşitli boylardaki filler, bu turistik eşya arasındaydı.

Bir satıcıya yaklaşıp, daha önceki Hindistan yolculuklarımda aldığım böyle fillere baktım ve heykellerin bulunduğu yere yürüyerek çıkmamız gerektiği için, “dönüşte alırım” diyerek uzaklaştım. Dönüşte aynı satıcıdan fillerimi satın alıp giderken, satıcı arkamdan koştu ve bu fillerin en küçüğü olan bir fili bana uzatarak “Bu benim size hediyem. Sözünüzde durdunuz” dedi.

Dünyanın bir ucundaki bir adada, adını bilmediğim, yüzünü hatırlayamadığım bir insanın bana hediye ettiği bu küçük fil, Fil Adası’nda turistik eşya satan bu insanın yaptığı, değer ve değerlerin göreliliğinin bir doğurmasıdır. Şunların:

Kültürel değer yargıları –yani grupların “şunu yapmak iyidir-bunu yapmak kötüdür” dedikleri– ile etik değerler –yani dürüstlük, saygı, güven v.d.– arasındaki farkı gördüğümüz takdirde, değer ve değerlerin göreliliği-mutlaklığı tartışması son bulur. Göreliliği olan, kültürel değer yargılarıdır, değerler ise göreliliği ya da mutlak olacak bir şeyler değil. Etik değerlerle ilgili sorulduğu takdirde bu soru, yanlış sorulmuş bir sorudur. Fil Adası’ndaki satıcı herhalde çok dinlemiştir, dönüşte alma niyetiyle söylenmeyen “dönüşte alırım” sözünü. Bunun için, dönüşte almak niyetiyle bu sözü söyleyeni kendince ödüllendirmek istedi. Dürüstlüğü Fil Adası’ndaki bir insan da önemli görüyor.

\*

Değerlerin karıştırıldığı bir kavram da ilkelerdir. İlkelerin türleri vardır –teorik ilkeler (örneğin atalet), pratik ilkeler gibi. Pratik ilkeler, kişilerin istemesini ve eylemlerini belirlemesi söz konusu olan ilkelerdir (örneğin işkence yapmamak gerekir). Bir de meta ilkeler/ilkeler için ilkeler var.

Pratik ilkeler, gereklilikler ve imkânlar (-bilirlik'ler) dile getiriyor. İnsan hakları da pratik ilkelerdir, değerler değerlidir: Kişilerin, insansal olanaklarını gerçekleştirip geliştirebilmeleri için nasıl muamele görmeleri, ama aynı zamanda başka insanlara nasıl muamele etmeleri gerektiğini dile getirirler. İnsan hakları değer korumaya –insan olmanın değerini korumaya– ilişkin talepler getiren normlardır. Bir insan hakkının talep ettiği, en temelde, kişilerin insansal olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin bir koşulunu, içinde bulunulan koşullarda yerine getirmektir. Bu koşullar yerine getirilmediği zaman –yani insan haklarının gerektirdikleri yapılmadığı zaman– adaletsizlik *durumu* ile karşılaşırız.

Kişi düzeyinde bakıldığında adaletsizlik, kişilerin bazı haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilmesine yol açan veya yaşanmasını engelleyen bir *muamele biçimi* olarak karşımıza çıkıyor. Bu muamele sonucu kişilerin *haksızlığa* uğradığı söyleniyor.

Ülkeler düzeyinde bakıldığında bir durum olan adaletsizlik, bugün, bir devletin bir kısım yurttaşlarının temel haklarının başka yurttaşlar tarafından çiğnendiği ya da gözardı edildiği zaman, etkili bir şekilde müdahale etmediği durumlarda, ya da kendi organlarıyla bu hakları ihlal ettiği veya mevcut koşullarda bu hakların gereklerini yerine getirmediği-getiremediği zaman ortaya çıkıyor.

Dünya düzeyinde ise adaletsizlik, belirli koşullarda temel kişi haklarının zorunlu sonuçları olan grup haklarının, grup çıkarları lehine ihlal edildiği ya da göz ardı edildiği durum olarak ortaya çıkıyor.

Böylece bir insansal durumu dile getiren ve çeşitli görünümlemlerle karşımıza çıkan adaletsizlikten hareket ederek, adalet fikrini şöyle dile getirebiliriz: *Adalet*, kişilerin temel ve diğer haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin, sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebidir.

Böyle belirlendiğinde adalet, bir üst ilke olarak karşımıza çıkıyor. Talep ettiği şey: Sosyal, ekonomik ve siyasal ilişkilerin düzenlenmesini

belirleyen ilkeleri ve kamu alanında kişilerin göreceği muameleyle ilgili normları –**yani hukuku**– her tarihsel anda mevcut koşullara insan hakları bilgisinin ışığı altında bakarak türetmektir.

Böylece adalet, *değişik ve değişken* koşulların, ama kişilerin ve insan türünün gelişmesine elverişli ya da en azından engelleyici olmayan *değişik ve değişken* koşulların sürekli yaratılmasını talep ediyor; yani ülkeler düzeyinde ve dünya düzeyinde *insan haklarının korunmasını* talep ediyor. Çünkü insan hakları, kişilerin insansal olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin genel koşullarını dile getiriyorlar: Kişilere insan olarak kendilerine borçlu olunanların verilebileceği ve insan olarak kendilerinin de başka kişilere borçlu olduklarını verebilecekleri koşulları.

Adaletin talep ettiği, adalet teorilerinin sandığı gibi *belirli içerikli* ilkelerin etkili kılınması *değildir*; talep ettiği şey, belirli bir *istemedir* – *değişik ve değişken*, ama *belirli nitelikte* olan düzenleri oluşturan bu koşullar zincirini sürekli geliştirmeyi isteme. Bu belirli nitelikteki düzenler, insan haklarına dayanılarak oluşturulan düzenler, yani mevcut gerçek durumlarda **insan haklarından türetilen hukukun** belirlediği toplumsal-siyasal ilişki bütünlerinden oluşan düzenlerdir.

Böylece insan haklarıyla karşılaştırıldığında adalet, bir *isteme ilkesi* olarak karşımıza çıkıyor; insan haklarının ise kişilere muamele etmede *eylem ilkeleri* olduğu, ama aynı zamanda toplumsal-siyasal ilişki düzenlemeleri ve **hukukun oluşturulması için/hukuk kurallarının türetilmesi için** temel ilkeler olduğu görülüyor.

Ne var ki, adalet fikrini kavramlaştırmak, hatta biraz önce sözünü ettiğim nitelikte ilkeler-kurallar türetmek, adaletsizlikle savaşmak için *onsuz olunamayacak koşullar* ise de, tek başına yetmez. Böyle ilkeleri-kuralları yaşamda yüz yüze geldiğimiz bir durumda belirleyici kılmayı gerçekten *istiyorsak*, o durumda bunların *nasıl* belirleyici kılınabileceğini *bulabilme yolunu* da bilmemiz gerekiyor: Yani *bir durumu doğru değerlendirmenin nasıl* bir etkinlik olduğunu da bilmemiz, başka bir deyişle bu felsefi bilgiye de sahip olmamız gerekiyor. Gerçekten, yani bir özlemden

öte adalet isteyenlerimiz için, özellikle yargıç ve kamu görevlisi olanlarımız için, bu bilgi, onsu olunamayacak bir bilgidir.

İnsan haklarının talep ettiklerinin *niçini* –yani insan haklarının amacı– kişilerde insan olmayı/insanlığı korumaktır: Hakkı korunanın olduğu kadar, hatta daha çok, hakkı *koruyanın* insanlığını. Oysa insan haklarının talep ettiğinin *bilgisi* eksik olduğu zaman, insanlar değil ilkel korunmaya çalışılıyor. Bugün bunca sözü edilen “ifade özgürlüğü” bunun bir örneği olarak düşünülebilir. İnsan haklarıyla ilgisinde sık sık anılan, hakkında olumlu bir değer yargısı olan, ama çoğu zaman ne kastedildiği belli olmayan “insan onuru”nu (*human dignity*) uğradığımız muameleyle değil, insanlarla ilişkilerimizde *yaptıklarımızla* koruduğumuz; insan haklarının da her insan ve istisnasız bütün insanlar için belirli muamele talepleri dile getirdiğini unutmamalı.

Rastlantılar dışında ancak ezberle değerlendirmelere götüren kültürel değer yargılarını bir yana bırakırsak; insan olmanın değerini başkalarında ve kendimizde korumayı olanaklı kılan, etik değerlerin olduğunu da unutmamalı.

Kültürel değer yargılarıyla değil, değer koruyan felsefi bilgiyle donatılmış eğitimcilerin yaptığı ve küçük yaşlardan başlayan bir “değerler eğitimi” ile etik ilkeler olarak insan hakları eğitimi, insan olmayı kendimizde ve başkalarında daha çok korumayı mümkün kılma umudunu veren bir eğitimidir.

Yargıtay’ın önerisi üzerine üniversitelerdeki hukuk fakültelerinde bir “Yargı Etiği” dersi konması memnuniyet verici. Ama unutmamamız gerekir ki, insan olmaya yakışan bir yaşam için, doğru ve değerli eylemlerde bulunmayı istemek şartsa da, yetmez. Bu isteme bilgiyle –: Etik değerlerin bilgisi ve insan haklarının felsefi-etik bilgisiyle– beslenmelidir. Çünkü insan haklarının *bu* bilgisi, insan haklarını koruyabilmenin *nesnel* koşullarını, etik değerlerin *bilgisi* de öznel koşullarını oluşturuyor.

Bu nedenle –genç insanların eğlenmek için birbirine işkence yaptıkları, bu yaptıklarını videoya çektikleri ve bu videoları 10 milyon insanın seyrettiği; “mavi balina”nın genç insanları intihara sürüklediği ve internet yoluyla “intihar edeyim mi, etmeyeyim mi?” sorusunu soran genç bir insana, cevap verenlerin %69’u “et” diye cevap verebildiği günümüz dünyasında– etik değerler eğitimini ve insan haklarının felsefi-etik eğitimini üniversite öncesi eğitimde –önce bu eğitimi yapabilecek eğiticileri eğiterek– zorunlu bir eğitim ögesi olarak yer vermek; üniversite eğitiminde de, bütün dallara –yaşama olduğu kadar her meslekle ilgisini de gösteren– bir etik ve insan hakları eğitimini eklemek, biraz önce sözünü ettiğim ve hepinizin bildiği günümüzdeki diğer yaygın sıkıntıların azalmasına yardımcı olacağı umudunu canlı tutmamıza yardımcı olabilir.\*

---

\* Türkiye Barolar Birliğinin *Kutadgu Bilig*'in 950. yılı vesilesiyle düzenlenen toplantıda yapılan konuşmanın metnidir.

■ Prof. Dr. Zafer GÖREN\* ■

## ERKLER AYRILIĞI İLKESİ ve 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İLE BENİMSENEN HÜKÜMET SİSTEMİ

PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND THE GOVERNMENT  
SYSTEM ADOPTED BY 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

### ÖZET

2017 Anayasa değişikliği ile, başkanlık sisteminin vazgeçilmez öğelerini içermeyen ve bu sistemi parlamenter sisteme ait bazı öğelerin dahil edilmesiyle başkalaştran bir sistemin getirilmiş olduğu görülmektedir.

Bu sistemin, odak noktasını başkan ya da Anayasadaki nitelendirme ile Cumhurbaşkanlığı oluşturmaktadır.

Yürütmenin tek başlı oluşu, parlamenter hükümet sisteminin terk edildiğini göstermekle birlikte monist tek başlı yürütmenin, sistemi başkanlık sistemi olarak nitelendirmek için yeterli olmadığını göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanı, erkler ayrılığı ilkesi, hükümet sistemleri, parlamenter hükümet sistemi, başkanlık sistemi.

### ABSTRACT

With the constitutional amendment in 2017, it is seen that a system that does not contain the indispensable elements of the presidential system and that transforms the Presidential system with the inclusion of some elements belonging to the parliamentary system is introduced.

President or President of the Republic as described by Constitution forms the focal point of this system

The single-headed execution shows that the parliamentary government system has been abandoned, but the monist single-headed execution is not sufficient to characterize the system as a presidential system.

**Keywords:** President of the Republic, principle of separation of powers, government systems, the parliamentary government system, presidential system.

## I. Erklar Ayrıllığı İlkesinin Niteliği

Erklar Ayrıllığı İlkesi Devlet niteliğini taşıyan her siyasi toplulukta birbirinden farklı kuvvetler bulunduğu ve bu kuvvetlerin yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılabilceği, özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için, bu üç kuvvetin birbirinden ayrı, bağımsız organlara verilmesi gerektiği temeline dayanmaktadır.

Her Devlette “yasama”, “yürütme” ve “yargı” kuvvetleri vardır. Yasama erki ile toplum yaşamını düzenlemeye yönelik kanunlar hazırlanır. Yürütme erki ile bu hazırlanan kanunlar uygulanır. Yargı erki ise bu kanunların uygulanmasıyla ortaya çıkacak anlaşmazlıkları çözümler.

Erklar ayrıllığı özgürlüklerin korunması amacıyla Devlet gücünün sınırlanması gerektiği düşüncesinden yola çıkarak bu üç kuvvetin değişik eller tarafından kullanılması durumunda erkin kötüye kullanılmacasına kabul eden bir kuramdır.

Erklar ayrıllığı temelde Montesquieu'nün (1689-1755) açıkladığı ve önerdiği bir ilkedir<sup>1</sup>. Ondan önce de erklar ayrıllığı ilkesini benimseyen düşünürler çıkmakla birlikte bu teoriyi belirgin kılan ve onun ün salmasını sağlayan Montesquieu olmuştur. Montesquieu, daha önce bu konuda görüşünü açıklamış olan Lock'tan (1632-1704) faydalanmıştır<sup>2</sup>. Ancak teoriyi Lock'tan farklı olarak soyut temellere göre değil, o dönemde İngiltere'de uygulanan hükümet sisteminden esinlenerek geliştirmiştir<sup>3</sup>. Montesquieu'ye göre önemli olan üç kuvvetin bir tek elde toplanmamasıdır. Yasama ve yürütme güçleri aynı kişinin veya grubun elinde bulu-

<sup>1</sup> Montesquieu'nun görüşleri konusunda Bkz. Feyzioğlu Turhan, Kuvvetler ayrıllığı Nazariyesi SBFD, C.II, s. 1-2, Ankara, 1947, s. 50 vd.; Güneş T., Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, 1956, s. 4 vd.; Akbay M., Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara, 1958, s. 209 vd.; Gürkan Ülker, Montesquieu ve Kanunların Ruhu, AÜHFĐ, C.XL, 1985, S. 1-4, s. 9-31; Bağgil Ali. Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, C.I, İstanbul, 1960, s. 281 vd.; Aldıkaçtı Orhan, Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960, s. 33 vd.; Akın İlhan F., Kamu Hukuku, İstanbul, 1987, s. 140 vd.; Göze Ayferi, Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul, 1983, s. 220 vd.

<sup>2</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 256.; Krş. Esen Bülent Nuri. Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 1970, s. 238 vd.

<sup>3</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 256.

nacak olursa, özgürlükten söz edilemez. Yasama ve yürütme güçlerini kendinde toplayan kişi ya da grubun bu iki güce dayanarak baskıcı yasalar çıkarması ve bu yasaları baskıcı bir şekilde uygulaması her zaman olasıdır. Yargı gücünün de yasama ve yürütme gücünden ayrı tutulması gerekir.

Çünkü yargı, yasama ile birlikte bulunacak olursa yargıç, aynı zamanda yasa koyucu olacağından bireyin özgürlüğü onun keyfine bırakılmış olacak, kendi yaptığı yasaları kendi bildiği gibi uygulayacaktır. Yargı, yürütme gücü ile bir arada olacak olursa, yargıcın baskısı söz konusu olacaktır<sup>4</sup>.

Her üç kuvvetin tek elde toplanması durumunda, bütün kuvvetleri elinde bulunduran kişi istediği gibi yasa yapmak, onları uygulamak ve bu yasalara bağlı kişileri yargılama olanağına aynı zamanda sahip olacak demektir. Oysa elinde erk bulunduran kişi ya da grup bu erki her zaman kötüye kullanmaya eğilimlidir. Sınırları belirsiz bir erke sahip olan kimse bir sınır ortaya çıkana kadar bu erki kötüye kullanır. Montesquieu'ye göre erdem bile sınıra ihtiyacı vardır<sup>5</sup>. Montesquieu erkin ancak erkle sınırlanabileceğini ve bunun erkler ayrılığına dayanan bir mekanizmayla sağlanabileceğini savunmuştur.

Erkler ayrılığı kuramı Fransız devrimi döneminde büyük etki yaratmış, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları bildirisininin 16. maddesinde “erkler ayrılığının uygulanmadığı bir toplumda Anayasanın da olmayacağı” kuralı yer almıştır. Fransa'da devrim Anayasaları (1791, 1795, 1848) erkler ayrılığı ilkesini benimseyerek üç kuvveti, üç ayrı erke vermişler, 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası da erkler ayrılığı kuramını temel kabul etmiştir.

Klasik demokrasi, erkler ayrılığı ilkesini özgürlüklerin başlıca güvencesi olarak değerlendirmiş, ulus tarafından seçilmiş organların iktidarın tümünü değil, belli bir bölümünü kullanmaları durumunda bu güvencenin sağlanabileceğini kabul etmiştir.

<sup>4</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 397.

<sup>5</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 259.



Erkler ayrılığı ilkesinde temel, egemenliğin ulusa ait olduğudur. Ancak egemenliği oluşturan kuvvetler (erkler) çeşitli temsili organlara (yasama yürütme yargı) verilmişlerdir. Bu organlar kendilerine bırakılmış olan erki kullanırlarken birbirlerini bir yandan sınırlandırır, bir yandan denetlerler. Böylece özgürlükler güvence altına alınmış olur<sup>6</sup>.

Erkler ayrılığı sisteminde hiçbir organ kendi yetki alanına girmeyen bir işi göremez. Aksi halde çeşitli erkler aynı elde toplanmış olacaktır. Çeşitli erklerin kendi alanlarına girmeyen işleri görmeleri durumunda erkler ayrılığı ilkesi doğrudan zedelenmiş olur<sup>7</sup>. Yargıcın, yürütme erkine karşı bağımsızlığa sahip olmaması, yürütme organının yargıcı keyfi olarak görevden alması ya da yürütme erkinin yasamanın baskısı altına girmesi durumunda ise erkler ayrılığı ilkesi dolaylı olarak zedelenmiş olur. Klasik demokraside erkler ayrılığı ne doğrudan ne dolayısıyla zedelenmelidir. Bununla birlikte erkler ayrılığı, erklerin birbirinden salt bir biçimde büsbütün ayrı kalmaları ve soyutlanmaları anlamına da gelmemektedir. Aksi halde siyasal örgütlenme mekanizması hareket yeteneğini yitirir. Klasik demokrasiye göre erklerin ne salt bir biçimde ayrı olmaları ne de birleşmeleri gerekir<sup>8</sup>.

## II. Erkler Arasındaki İlişkiler ve Hükümet Sistemleri

Erkler arasındaki ilişkiler söz konusu olduğunda yasama-yürütme ilişkilerinin esas alınması gerekir. Erkler ayrılığı ilkesi siyasal bir ilke olduğundan ancak siyasal fonksiyonlarda uygulanır. Yargı ise niteliği gereği siyasal olmayıp hukuksal gerçeği ortaya çıkarma işlevidir. Bu nedenle siyasal rejimlerin belirlenmesinde yasama yürütme ilişkisi esas alınır<sup>9</sup>. Yasama -yürütme arasındaki ilişkiler açısından ortaya üç çeşit hükümet sistemi çıkmaktadır.

<sup>6</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 42 vd.

<sup>7</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 262.

<sup>8</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 264.

<sup>9</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 392 (DN.77).

Erkler birliğini esas alan hükümet sistemi (örnek: Meclis Hükümet Sistemi).

Erklerin sert bir biçimde ayrılığını esas alan hükümet sistemi (Başkanlık Sistemi).

Erklerin dengeli bir biçimde ayrılığını esas alan hükümet sistemi (Parlamentar Sistem).

### 1. Erklar Birliğini Esas Alan Hükümet Sistemleri

Bu hükümet sisteminde erkler (özellikle yasama ve yürütme erki) birbirinden ayrı değildir. Ayrı ellerde değil, aynı elde toplanmıştır. Kuvvetlerin toplandığı organ yasama ya da yürütme organı olabilir.

Yasama ve yürütme erki, yürütme organına verilmişse (Almanya'da Hitler zamanında olduğu gibi) ortaya icra organının diktatoryası çıkar.

Fransa'da VIII. yıl Anayasası (1799) ile Napoleon Bonaparte ve İtalya'da Mussolini (20.yy.ın ilk yarısında) tarafından uygulanan yönetim de buna örnek oluşturur<sup>10</sup>.

Bu erkler yasama organına verilmişse, "meclis hükümet sistemi" söz konusudur. Buna "konvansiyonel hükümet sistemi" de denir. Meclis hükümet sisteminde, yasama ve yürütme erkleri hukuksal ve eylemsel olarak meclise aittir. Yürütme organı meclisin bir delegesi olarak görev yapar. Devlet içinde en yüksek otorite meclistedir. Yürütme organını kuran yine yasama meclisidir. Yürütme organı meclise karşı tam bir sorumluluk içindedir. Meclis istediği zaman yürütme organını değiştirebilir.

Bakanlar kurulu bir tür Anonim şirketteki "yönetim kurulu" durumundadır. Yönetim kurulunun genel kurulun kararlarını uygulaması gibi, meclis hükümet sisteminde de hükümet, yasama meclisinin belir-

<sup>10</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 401.

leyeceği temeller çerçevesinde görev yapmak ve bu meclisin açıklayacağı iradeyi uygulamakla görevlidir. Hükümetin kendine özgü bağımsız bir programı ve siyaseti olmadığı gibi, güven oyuna başvurmak yoluyla yasama meclisine belli bir siyaseti empoze etme olanağı da bulunmamaktadır. Hükümet, meclisin istediğini yapmakla yükümlüdür<sup>11</sup>.

Meclis hükümet sistemine kendi Anayasa tarihimizden 23 Nisan 1920 tarihli “Birinci BMM Hükümeti”<sup>12</sup> ile “1921 tarihli Anayasa ile kurulan hükümet”<sup>13</sup> örnek oluşturmaktadır. Bugünkü Devletler arasında İsviçre Anayasası meclis hükümet sistemini öngörmüştür<sup>14</sup>. İsviçre Federal Anayasasına göre, Parlamento iki meclisten oluşmaktadır: “Ulusal Meclis” ve “Devletler Meclisi”. Devletler Meclisi, federasyona dahil olan kantonların tüzel kişiliklerini temsil eder. Her kanton bu meclise eşit sayıda temsilci ile katılır (ikişer temsilci). “Ulusal Meclis” ise bütün federasyon halkını temsil eder. Bu iki meclisin oluşturduğu Genel Kurula “Assamblée Fédéral” denir.

Ulusal Meclis ve Devletler Meclisi yılda en az bir defa Genel Kurul olarak birleşerek toplanır. Federal Devlet Başkanının, yeni hükümet üyelerinin ve federal yargıçların atamasını yapar.

Anayasa, Federal Devletin yetki sınırlarını belirlemiştir. Bu yetkiler dışında kalan bütün işler kantonlar tarafından kanton organları aracılığıyla yerine getirilir. Ulusal Meclis ve Devletler Meclisi eşit yetkilerle donatılmışlardır.

Yürütme görevi Federal Hükümet “Conseil Fédéral” denilen ve 7 bakandan oluşan bir kurula bırakılmıştır. Conseil Fédéral, Federal Devletin icra organıdır. Federal hükümet üyelerini Assamblée Fédéral

<sup>11</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 265.

<sup>12</sup> Server Feridun, Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul, 1962, s. 41-44; Arsel İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965, s. 66.

<sup>13</sup> Server Feridun, Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul, 1962, s. 48; Arsel İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965, s. 72; Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003 s. 404.

<sup>14</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 405.

doğrudan seçer. Federal Hükümete dahil bakanlar parlamentoda çeşitli partilere mensup olabilirler. Hükümet doğrudan doğruya Federal Meclislerin belirleyeceği programı uygulamakla yükümlüdür. Hükümet için Parlamenteoya karşı bir ortak sorumluluk söz konusu değildir<sup>15</sup>.

Hükümetin Assamblée Fédéral'e yasa önerisinde bulunma hakkı vardır. Ancak hiçbir bakan tek başına böyle bir öneride bulunmaz, teklifin kurulca alınmış bir karar gereğince yapılması gerekir. Böyle bir öneriyi Federal Meclislerin reddetmesi durumunda da hükümetin düşmesi ya da çekilmesi söz konusu olmaz.

Assamblée Fédéral "halk"tan sonra gelen en yüksek organdır. Federasyon içinde ve bütün Devlet işlerinde tam bir denetim hakkına sahiptir. Federal Hükümeti tam bir denetim altında tutar ve onun kararlarını, yürütümünü istediği gibi iptal edebilir, düzeltebilir. İsteddiği bakanı değiştirebilir. Assamblée Fédéral, her yıl toplantısına başlarken bakanlardan birini kurulun başkanı olarak atar. Hükümet başkanı aynı zamanda Federasyonun da başkanıdır. Fakat onun diğer bakanlardan hiçbir farkı yoktur. Yetki ve görev açısından bütün bakanlar eşit durumda olup, başkanın kurul içinde bile seçkin bir mevki yoktur<sup>16</sup>.

## 2. Erkler Ayrılığının Sert Bir Biçimde Uygulandığı Hükümet Sistemleri

Bu hükümet sistemlerinde yasama ve yürütme erkleri ayrı ayrı organlara verilmiştir. Bu organlar arasındaki ilişkiler çok sınırlıdır. Hiçbir organ bir diğer organın yetki ve görev alanına giremez. Erkler ayrılığı temelinin en iyi uygulandığı sistem olan başkanlık sisteminde yürütme gücü bir kişiye bırakılmıştır. Bu kişi ya doğrudan doğruya halk tarafından, ya da iki dereceli bir seçim yöntemi gereğince yine halk tarafından seçilir.

<sup>15</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 266.

<sup>16</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 267; Teziç Eroğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 404 vd.

Başkan, Anayasanın kendisine verdiği yetkileri tam bir serbestlik içinde kullanır. Başkanın yasama organına karşı siyasi sorumluluğu yoktur<sup>17</sup>.

Yürütümünden dolayı yasama organına hesap verme zorunda değildir. Başkan yasama organına karşı sorumlu olmadığı için, ondan güvenoyu almasına da gerek yoktur. Yasama organı “impeachment” durumu<sup>18</sup> ayrı tutulacak olursa başkanı düşüremez.

Başkan, yürütme yetkisini, kendisine yardımcı olarak atayacağı bakanlarla birlikte kullanır. Ancak atayacağı bakanlar yasama organı mensubu olamazlar. Bu kişiler gerçek anlamda birer bakan değil, başkanın yardımcıları statüsündedirler. Çünkü doğrudan doğruya başkana karşı sorumlu olup onun verdiği emir ve direktif çerçevesinde hareket ederler. Diğer yandan yasama organı da yürütme organına karşı bağımsız durumdadır.

Başkan yasama organını toplantıya davet edip, dağıtma yetkisine sahip olmadığı gibi yasama organının, Başkan tarafından feshedilmesi de mümkün değildir. Kanun önerisinde bulunma hakkı, sadece yasama meclisi üyelerine tanınmıştır. Ancak Başkan göndereceği mesajlarla belli konularda kanun hazırlanmasının faydalı olacağını bildirebilir. Amerika Birleşik Devletlerinin hükümet sistemi, başkanlık sistemine en çarpıcı örneği oluşturur.

Başkanlık sisteminde erkler ayrı ellerde olmasına ve kesin bir biçimde ayrılmasına karşın, uygulamada onların salt bir biçimde ayrı kalamayacakları gerçeği ortaya çıkmış ve bu sistemi uygulayan ülkelerde erkler arasında birçok bakımlardan kendiliğinden işbirliği ve kesişme doğmuştur<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 268.

<sup>18</sup> Impeachment (cezai sorumluluk): Başkan'ın yüksek ihanet, zimmet ya da ağır suçlar nedeniyle itham edilmesi durumunda söz konusu olur. Başkan Temsilciler Meclisince itham edilir, Senatoda yargılanıp mahkum edilebilmesi için üçte iki oy çoğunluğu gereklidir. (Bkz. Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 432)

<sup>19</sup> Buna ilişkin örnekler için Bkz. Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 269.

### 3.Erklerin Dengeli Bir Biçimde Ayrılığını Esas Alan Hükümet Sistemleri (Parlamenter Sistem)

Parlamenter hükümet sistemi, İngiltere’de ortaya çıkmış, İngiliz örf ve adetlerine göre gelişmiş bir sistemdir. Bu rejim diğer ülkeler tarafından da kabul edilip uygulanmış, bu arada bazı değişikliklere uğramıştır. Klasik anlamda parlamenter rejim ne tam anlamıyla erkler ayrılığını, ne tam anlamıyla erkler birliğini uygulayan bir sistemdir. Yasama ve yürütme erkleri arasında bir denge sistemidir. Bu nedenle meclis hükümet sistemi ile başkanlık sistemi arasında yer alır. Parlamenter sistemde bu iki erk bağımsız ve eşit durumdadır. Aralarındaki ayrılık kesin değil dengeli ve uyumludur.

Parlamenter rejim, meclis hükümet sisteminden farklıdır. Çünkü meclis hükümet sisteminde yürütme organı, yasama organının bir delegesi durumundadır, yani onun kararlarını uygulayan bir organdır. Parlamenter sistemde yürütme organı, yasama organının denetimi altında bulunsa da, yasama organına karşı kullanabileceği etkili bir silahla donatılmıştır.

Parlamenter sistemin temel öğeleri aşağıdaki şekilde belirlenir:

(a)Devlet başkanı siyasal açıdan sorumsuzdur;

(b)Bakanlar bireysel olarak ve birlikte parlamentoya karşı siyasal bakımdan sorumludurlar.

(c)Parlamento yürütme organı tarafından feshedilebilir<sup>20</sup>.

#### a) Sorumsuz Devlet Başkanı<sup>21</sup>

Parlamenter hükümet sistemlerinde yürütme iki başlıdır. Yürütme organı, Devlet Başkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşur.

<sup>20</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, S. 406; Arsel İhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 271.

<sup>21</sup> Geniş bilgi için Güneş Turan, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, 1956.

Devlet Başkanı bir kral (hükümdar) ya da cumhurbaşkanı olabilir. Çünkü parlamenter rejim, hem monarşik devlet şekli ile, hem cumhuriyetle bağdaşabilir. Monarşik parlamenter devletlere: İngiltere, Belçika, İsveç; cumhuriyetlere: İtalya, F. Almanya örnek olarak gösterilebilir.

Parlamenter rejimlerde Devlet Başkanının siyasi ve kural olarak cezai sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

Bununla birlikte Devlet Başkanının sorumsuzluğu açısından, monarşilerle Cumhuriyetler arasında fark vardır.

Kralın siyasi ve cezai sorumsuzluğu monarşilerde mutlaklıdır. İngiltere’de kralın dokunulmaz ve kutsal bir kişiliği olduğu kabul edilir. Kral hiçbir eyleminden dolayı sorumlu değildir.

Cumhuriyetlerde Devlet Başkanının siyasal sorumluluğu yine yoktur. Ancak cezai sorumsuzluk kural olarak kabul edilmiştir. Cumhuriyetlerde Devlet Başkanın görevi ile ilgili olmayan konularda hukuksal ve cezai sorumluluğu, görevi ile ilgili konularda ise yalnız vatan hainliği ile sınırlı cezai sorumluluğu vardır.

Parlamenter rejimlerde Devlet başkanının, (ister kral, ister cumhurbaşkanı olsun) işlemlerinden kendisi değil, Bakanlar kurulu sorumludur.

Parlamenter rejimlerde Devlet başkanı sahip olduğu yetkileri tek başına değil, Başbakan ve bakanlarla ortak imzalı olarak kullanabilir. Parlamenter rejimlerde siyasal sorumluluğu hükümet taşıdığı için Devlet Başkanı sorumlu olmaz. Sorumluluk kime aitse, yetkiye de o sahiptir. Çünkü kamu hukukunda yetki ve sorumluluk birlikte yürür<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s.315.

<sup>23</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 411.

## b) Siyasal Bakımdan Sorumlu Bakanlar Kurulu<sup>24</sup>

Parlamentar sistemde, bakanlar parlamentoya karşı bireysel, ayrıca birlikte ve zincirleme olarak siyasal sorumluluk taşırlar. Bakanların siyasal bakımdan sorumluluğu parlamenter rejimin en belirgin kriteridir. Bakanların parlamentoya karşı siyasal bakımdan sorumlu olmaları, parlamentonun güvenini kaybetmeleri durumunda iktidardan düşmeleri anlamına gelmektedir<sup>25</sup>. Parlamentonun güven beslemediği bir hükümeti istifaya zorlamak için sahip olduğu gensoru, güven oyu gibi bazı silahları vardır. Bakanların her biri kendi bakanlıklarının bütün işlerinden sorumludurlar. Ayrıca hükümetin izlemekte olduğu genel siyasetten dolayı da birlikte sorumlu durumdadırlar. Bu ortak sorumluluk hükümetin dayanışması ilkesini doğurmuştur.

Bakanların parlamentoya karşı siyasal bakımdan sorumlu olmalarından önemli sonuçlar doğmaktadır<sup>26</sup>.

Devlet Başkanı herhangi bir bakanın katılımı olmadan hiçbir işlemde bulunamaz. Çünkü kendisi sorumsuz durumdadır. Bakanlar, Devlet Başkanının bütün işlemlerinden dolayı parlamentoya karşı sorumludurlar. Devlet Başkanı tarafından çıkarılan kararlar, ilgili bakanın imzası olmadan bir hüküm ifade etmez.

Hükümet üyeleri, parlamento görüşmelerine katılma ve söz hakkına sahiptirler. Hükümet üyeleri parlamentonun güveni ile izledikleri siyaseti devam ettirebildiklerinden parlamentoya ikna ve tatmin etme zorundadırlar.

Parlamentar rejimde Devlet Başkanı, hükümeti kesinlikle bizzat kendisi kurmamakta, hükümeti kurmak üzere birisini görevlendirmektedir. Bu kişi Başbakanıdır.

<sup>24</sup> Bu konuda Bkz. Özbudun Ergun, *Parlamentar Rejimde Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara, 1962, s. 72-98.

<sup>25</sup> Bkz. Başgil Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku, C.I, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, İstanbul, 1960, s. 363.

<sup>26</sup> Arsel İlhan, *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara, 1961, s. 274.



Şu halde Devlet başkanı Başbakanı atamakta, Başbakan ise seçtiği bakanları onun onayına sunmaktadır.

Devlet Başkanının Başbakanı atama konusundaki serbestliği, salt değildir. Başbakan olarak atayacağı kimsenin, parlamentonun güvenini kazanabilecek, onun karşısında sorumluluk üstlenebilecek bir kimse olması gerekir<sup>27</sup>.

Başbakan, parlamentoda çoğunluğa sahip bir siyasal partinin lideridir. Parlamentonun gözünde hükümetin birliğini ve dayanışmasını temsil eden kişidir. Hükümetin diğer üyelerini o belirler, ortak ve zincirleme sorumluluk üstlenecek kurulu o oluşturur. Gerektiğinde parlamentodan güven isteyen ve buna göre hükümetin istifasına karar veren o olduğu gibi, parlamentoya karşı izlenecek taktiği belirleyen, hükümetin ortak bir görüşe ve siyasete sahip olmasını sağlayan yine Başbakandır<sup>28</sup>.

### c) Yürütmenin Parlamentosu Feshi

Parlamente hükümet sisteminin üçüncü ögesi fesih kurumudur. Seçim döneminin sona ermesinden önce parlamentosu feshedebilmek hakkı, yürütme organına tanınmıştır. Parlamento, hükümeti düşürmek istediğinde çeşitli yöntemlere başvurarak ona karşı güven beslemediğini açığa vurur<sup>29</sup>. Parlamentodan güvensizlik oyu almış bir hükümet, istifa etmek durumundadır. Parlamentonun bu çok etkili silahı karşısında hükümet de aynı etki gücünde bir silahla donatılmıştır. Aksi halde yasama organı yürütme organının üstünde bir otoriteye sahip olur, rejim gerçek özelliğini yitirip, meclis hükümet sistemine benzer bir rejim haline gelebilirdi. Dengeyi sağlamak için yürütme organına fesih silahı verilmiştir<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 335; Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 275.

<sup>28</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 275.

<sup>29</sup> Parlamento rejimlerde hükümetin siyasal sorumluluğuna yol açan denetim konusunda Bkz. Özbudun Ergun, Parlamento Rejiminde Hükümeti Murakabe Vasıtaları, Ankara, 1962, s. 72-98.

<sup>30</sup> Bu konuda karşılaştırmalı bir araştırma için Bkz. Karamustafaoglu Tuncer, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara, 1982.

Parlamentodan güvensizlik oyu alarak iktidarı terk etmek durumunda kalan hükümet, izlediği siyasetin kamuoyu tarafından onaylandığına ve yeni seçimler sonucunda seçmenlerin bu siyaseti onaylayacaklarına inanıyorsa istifa etmek yerine parlamentonun feshini Devlet Başkanından isteyebilir<sup>31</sup>.

Parlamente sistemde fesih hakkının siyasal açıdan etkinliği, onun varlığından çok kullanılma tehdidinde belirmektedir. Yürütmenin sahip olduğu fesih hakkının onun tarafından kullanılabilmesi olasılığı, güvensizlik oyu vererek hükümeti düşürmeden önce yasama meclisini daha ölçülü davranmaya yöneltecektir<sup>32</sup>.

Yukarıda ana hatlarıyla netleştirilmeye çalışılan rejim, klasik parlamenter rejim olup uygulamada kimi ülkelerde bu klasik şeklini kaybetmiş, parlamenter rejimin çeşitli türleri ortaya çıkmıştır<sup>33</sup>.

### III. 1982 Anayasasının İlk Şeklinin Benimsediği Hükümet Sistemi

1982 Anayasasının 2017 Anayasa değişikliğinden önce benimsediği hükümet sistemi 1961 Anayasasında olduğu gibi yine bir parlamenter sistemdi<sup>34</sup>. Ancak Cumhurbaşkanı, klasik parlamenter rejimlerdeki Devlet Başkanının rolünü aşan bir mevki verilmiş, Devlet Başkanı, sembolik ve temsili bir organ olmaktan çıkarılarak oldukça önemli ve köklü yetkilerle donatılmıştı.

Yürütmenin önemli ölçüde güçlendirilmesi<sup>35</sup> özellikle Devlet Başkanına tanınan çok sayıda ve radikal yetkiler (Anayasa değişikliğine

<sup>31</sup> Bu konuda Bkz. Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 417 vd.

<sup>32</sup> Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 418.

<sup>33</sup> Arsel İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961, s. 276.

<sup>34</sup> Sosyal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1987, s. 284.

<sup>35</sup> 1982 Anayasasına göre yürütme diğer iki erkle eşit duruma getirilmiştir. Statüsü bu iki erkin aleyhine önemli ölçüde güçlendirilmiştir. Yürütme hem yetki hem görev olarak nitelendirilerek yasama ve yargıya tabi kılınmamış onlarla eşit basamakta Anayasaya ve yasalara tabi kılınmıştır.8. maddenin gerekçesinde: Yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulamaya konulmuştur. Bu nedenle yürütme ,1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkarılmış, gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir." denilmektedir.

ilişkin kanunları yeniden görüşülmek üzere meclise geri göndermesi ya da halk oyuna sunması konusundaki ihtiyari yetkisi gibi) parlamenter hükümet sisteminde ağırlığın, yürütmeye kaydırıldığının bir göstergesi<sup>36</sup>.

21.10.2007 Anayasa değişikliği ile (madde 101 f. I) (Değişik:21.10.2007-5678/4 md.), halk tarafından seçilmesi de öngörülerek Cumhurbaşkanının demokratik meşruluğu güçlendirilmişti<sup>37</sup>.

Ama bu güçlendirilmiş Cumhurbaşkanına karşın hükümet sistemi, parlamenter bir sistem olma özelliğini yitirip bir başkanlık ya da yarı başkanlık sistemine dönüşmemiştir:

Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmesine karşın siyasal sistemin temel ögesi durumuna gelmiş değildir<sup>38</sup>;

Cumhurbaşkanına klasik parlamenter sistemdeki Devlet başkanının rolünün üstünde bir statü kazandırılmış olmakla birlikte parlamenter rejimin en belirgin ögesi olan hükümetin parlamento karşısında siyasal sorumluluğu ilkesi devam etmekte;

Yürütme organının düalist yapısı<sup>39</sup>;

Bakanlar Kurulunun hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumluluğu, her bakanın kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu olduğu ilkesi varlığını sürdürmekteydi (2017 Anayasa değişikliği ile ilga edilen md. 112);

Bakanlar Kurulunun göreve başlarken ve görev sırasındaki güven oyuna ilişkin kurallar devam etmekte;

<sup>36</sup> Hirsch Ernst E., Die Verfassung der Türkischen Republik, JöR 32 (1983), s. 507.

<sup>37</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 322.

<sup>38</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 68.

<sup>39</sup> Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2010, s. 297.

Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu;  
Karşı imza kuralı varlığını sürdürmekte;

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler karşı imza kuralının istisnasını oluşturmakla birlikte, bu yetkilerden önemli bir bölümü Cumhurbaşkanının yürütmenin başı değil Devletin başı olması niteliğinden kaynaklanmaktaydı.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler de kural değil istisna oluşturduğundan öğretide bunların daraltıcı bir biçimde yorumlanması gerektiği önerilmişti<sup>40</sup>.

1982 Anayasası ilk şeklinde fesih ya da parlamento seçimlerinin yenilenmesi kurumunu da kabul ederek parlamenter rejimin üçüncü ögesini de benimsemiş bulunmaktaydı.

1961 Anayasasının çok ayırık bazı durumlarda Millet Meclisi seçimlerinin Cumhurbaşkanınca yenilenmesini öngörmesine (md.108) karşın 1982 Anayasasının, 2017 Anayasa değişikliğinden önceki 116. md.'siyle bu kurumu gerçek bir işlerliğe kavuşturması, "rasyonelleştirilmiş parlamentarizm"<sup>41</sup> in sağlanması çabalarının bir anlatımıydı<sup>42</sup>. 1982 Anayasası "fesih" yerine 2017 Anayasa değişikliğinden önceki 116. md. ile "seçimlerin yenilenmesi" deyimini kullanmıştı<sup>43</sup>.

1961 Anayasasına oranla güçlendirilmiş olan yürütme içinde ağırlığın Cumhurbaşkanında olması yanında, 2017 Anayasa değişikliğiyle ilga edilen 112. maddesi ile 1982 Anayasasında, Başbakan da öncekine göre daha güçlü bir statüye kavuşturulmuştu.

<sup>40</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 352.

<sup>41</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 68.

<sup>42</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 354.

<sup>43</sup> Parlatonun feshi durumunda, üyelerin temsilcilik statüsü hukuken sona ermesine karşın, seçimlerin yenilenmesinde bu statü yeni seçimlere kadar sürmektedir. (Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 419).

1982 Anayasasında 1961 Anayasasından farklı olarak bakanların, TBMM'den başka Başbakana karşı da sorumlu oldukları öngörülmüştü. Bunun sonucu olarak Başbakana, Cumhurbaşkanı'dan bakanların görevden alınmasını isteme yetkisi tanınmıştı. Bu kurullarla Başbakanın Bakanlar kurulunun gerçek lideri durumuna getirilmesi, klasik parlamenter sistemden bir sapma olarak değil, rasyonelleştirilmiş parlamentarizm yönünde bir gelişme olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür<sup>44</sup>.

Yine de 1961 Anayasasının öngördüğü hükümet sisteminin klasik bir parlamenter sistem olarak tanımlanabilmesine karşın, 1982 Anayasasıyla kurulan sistemin, Devlet başkanının köklü ve önemli yetkilerle donatılması ve halk tarafından seçilerek demokratik meşruiyetinin pekiştirilmesi nedeniyle klasik bir parlamenter sistem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>45</sup>.

#### **IV. 2017 Anayasa Değişikliği İle Benimsenen Hükümet Sistemi**

2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemin iki başlı (düalist) yürütme modeli terkedilerek tek başlı (monist) yürütme modelinin benimsenmesi, sistemi parlamenter sistem olmaktan çıkarmakla birlikte, onu (monist) tek başlı yürütmenin egemen olduğu başkanlık sistemi haline getirmiş değildir.

2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemin terkedildiği noktada bir duraksama söz konusu değildir. Ama başkanlık sisteminin sert erkler ayrılığı ve bu sistemin temel öğelerinin gerçekleştirilmiş olduğu söylenemez.

Getirilen yeni sistemde, sistemin odak noktasını Cumhurbaşkanı oluşturmaktadır.

<sup>44</sup> Bu konuda Bkz. Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2003, S. 424 vd; Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2008, s. 68, 350, 354.

<sup>45</sup> Soysal Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, 1987, s. 284; Krş. Gözler Kemsil *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2010, s. 299.

Getirilen sistemde başkanlık sistemine ait kurumlara yer verilmeyle birlikte başkanlık sistemiyle bağdaşmayan, bu sistemde rastlanmayan salt parlamenter sisteme ait kurumlara da yer verilmiştir<sup>46</sup>.

Parlamenter sistemin terkedilmesinin sonucu olarak “gensoru” kaldırılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin denetim araçlarından yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması hala varlığını sürdürmesine rağmen, bunlarla etkili bir denetimin sağlanması mümkün değildir. Anayasa yüksek nitelikli çoğunluklar aradığından Meclis soruşturmasının işlevselliği de zor görünmektedir<sup>47</sup>.

Parlamenter sistemin temel öğelerinden birini, yürütme organının, yasama organını, görev süresi sona ermeden yeni seçimlere gitmek üzere feshedebilmesi oluşturmaktadır.

Başkanlık sisteminde erkler, hem organik hem fonksiyonel bakımdan ayrı tutulmuş olup birbirinden türemezler ve birbirlerinin görevine son verici araçlarla donatılmamışlardır.

2017 Anayasa Değişikliği sonucu 116. madde ile Cumhurbaşkanı, gerektiğinde TBMM seçimlerini yenileme kararı alabilme yetkisi verilmektedir. Başkanlık sistemini sert erkler ayrılığı haline getiren özellik, yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin varlığına bağlı olmamaları olduğundan, henüz anayasal görev süresini tamamlamadan yürütme organı tarafından yasama organının görevinin sona erdirilmesi olan seçimlerin yenilenmesi ile başkanlık sisteminin bağdaşması olanaksızdır.

Seçimlerin yenilenmesi ile Cumhurbaşkanının, kendi görevini de sona erdirmiş olması ve bir dönemlik görev hakkını kaybetmiş olması, kurumu, fesih ya da seçimlerin yenilenmesi olmaktan çıkarmış değildir. Başkanlık sisteminde yasama yetkisini salt yasama organı kullanabilir.

<sup>46</sup> Anayurt Ömer- Ekinci Ahmet, Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 483 .

<sup>47</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017 s. 328.

Başkanlık sisteminde yürütme, saklı düzenleme alanına sahip değildir. Parlamenter sistemde de yürütme organı yasama yetkisine sahip değildir. Her iki sistemde de yürütme organının saklı düzenleme alanı yoktur. Yürütme organı ancak kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve onlara aykırı olmamak üzere düzenlemelerde bulunma yetkisine sahiptir. Ancak parlamenter sistemde yürütme organı, parlamentoda sahip olduğu sayısal çoğunluk aracılığıyla yasama yetkisinin kullanımında da etkili olabilmektedir. Buna karşılık başkanlık sisteminde yürütme, ne Anayasada ne uygulamada yasama yetkisine sahip değildir.<sup>48</sup>

2017 Anayasa Değişikliği ile getirilen sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumuna yer verilmiştir. 2017 değişikliğinden önce mevcut olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki kanununa ihtiyaçları yoktur ve bunların Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanması gerekmemektedir. Bu suretle yürütmenin asli düzenleme alanı genişletilmiş olmaktadır<sup>49</sup>.

Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütme alanına ilişkin hemen her konuda düzenleme yapılabilmesi ve kanunların açıkça düzenlemediği pek çok konuda bu kararnamelerin çıkartılabilmesi mümkündür. Olağanüstü dönemlerde olağanüstü halin gerekli kıldığı her konuda kararname çıkarılabilmektedir.

Bu suretle kararnamelerle belirli alanlarda yasama organına ihtiyaç kalmaksızın düzenlemeler yapılabilecektir<sup>50</sup>. (Değişik: 16./4/2017-6771/9 md.)

2017 Anayasa Değişikliği ile 89. maddenin III. fıkrasının 1. cümlesindeki: “TBMM geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse, kanun

<sup>48</sup> Anayurt Ömer- Ekinci Ahmet, Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 485.

<sup>49</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 329.

<sup>50</sup> Anayurt Ömer- Ekinci Ahmet, Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 486.

Cumhurbaşkanınca yayınlanır.” kuralı yerine “TBMM, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır.” kuralı getirilmiştir.(Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.)

Böylece Cumhurbaşkanın kanunları geri gönderme yetkisi geciktirici veto olmaktan çıkarak, güçleştirici bir veto haline gelmiştir<sup>51</sup>.

123. maddenin son fıkrasının ilk şeklinde yer alan: ”Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur ” cümlesinde yer alan “ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” ibaresi 2017 Anayasa değişikliği ile “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” şeklinde değiştirilmiştir. (Değişik:16/4/2017-6771/16 md.) Böylece çok önem taşıyan bu konuda yürütme, yasama işlevine dahil edilmiştir<sup>52</sup>. (Değişik: 16./4/2017-6771/16 md.)

Yasama ve yürütme organlarının seçimlerinin aynı günde gerçekleşmesi, Cumhurbaşkanına, yasama organında da ihtiyacı olan çoğunluğun sağlanmasını mümkün kılacaktır. ((md.116 f.I): Değişik: 16/4/2017-6771/11))

TBMM seçimleri ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin aynı günde ve birlikte yapılması, Cumhurbaşkanını ve TBMM çoğunluğunun aynı partiden olması olasılığını yaratabilecektir. Aynı zamanda çoğunluk partisinin lideri olan Cumhurbaşkanı, partisinin milletvekili adaylarının belirlenmesinde büyük bir etkiye sahip olabilecektir. Bütün bunlar güçlü bir yasama denetiminin sağlanmasını engelleyecektir .

Öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü gibi:

<sup>51</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 329

<sup>52</sup> Anayurt- Ömer-Ekinci Ahmet, Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanını Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 486



Meclis çoğunluğunun ve Cumhurbaşkanının ayrı partilerden olması halinde bile, Cumhurbaşkanı tek başına TBMM seçimlerini yenileme yetkisine sahip olduğu halde, Meclisin bu yola başvurması, Anayasada öngörülen nitelikli çoğunluk nedeniyle güç koşullarda gerçekleşebilecektir<sup>53</sup>.

Bütçeyi reddetme yetkisi, bütün temsili rejimlerde yasama organının yürütme karşısındaki en etkili silahını oluşturmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile bu silah da etkisini kaybetmiştir<sup>54</sup>.

2017 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 161. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu maddenin III. fıkrasının 1. cümlesine göre:

“Cumhurbaşkanı bütçe kanunu teklifini, mali yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar.”

”Bu maddenin yeni IV. fıkrasına göre: “Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulmaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkartılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanır.”

Anayasada bir önceki yıla ait bütçede belirli oranda artış yapılarak devam edilebilmesinin öngörülmesi ile, bütçe gibi yasama organının en önemli işlevlerinden biri olup TBMM'nin kabulüne bağlı olan kanun teklifinin reddi veya görüşülmesinin gecikmesi problemi çözümlenmiş olmaktadır<sup>55</sup>. (Değişik: 16/4/2017-6771/15 md.)

Getirilen bütün bu değişikliklerin, sistemin başkanlık sistemi olarak nitelenmesini engellediği ve erkler arasında, olması gereken fonksiyonel

<sup>53</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 328.

<sup>54</sup> Özbudun Ergun., Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 328.

<sup>55</sup> Anayurt Ömer- Ekinci Ahmet Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 486.

ve organik ayrılığın değil, parlamenter sistemde var olan esnek ayrılığın kurulduğu<sup>56</sup>, etkili bir yasama denetiminden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

## KAYNAKLAR

**Akbay Muvaffak** : Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara, 1958.

**Akın İlhan** : Kamu Hukuku, İstanbul, 1987.

**Aldıkaçtı Oohan** : Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960.

**Anayurt Ömer- Ekinci Ahmet** : Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 441-510.

**Arsel İlhan** : Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1961.

**Arsel İlhan** : Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965.

**Başgil Ali Fuat** : Esas Teşkilat Hukuku, C. I, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, İstanbul, 1960.

**Esen Bülent Nuri** : Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 1970.

<sup>56</sup> Anayurt Ömer - Ekinci Ahmet., Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 486.

<sup>57</sup> Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 328 vd.: Bkz. Venedik Komisyonu’nun 2017 Anayasa Değişikliklerine İlişkin Raporu: Venice Commission, “Turkey: Opinion on the Amendments to the Constitution”, 10-11 March 2017, Opinio No.875/2017, CDL\_AD(2017)005, para.126,130,133).

**Feyzioğlu Turhan** : Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi, SBFD, C.II, s.1-2, Ankara, 1947.

**Göze Ayferi** : Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul, 1983.

**Gözler Kemal** : Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2010.

**Güneş Turan** : Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, 1956.

**Gürkan Ülker** : Montesquieu ve Kanunların Ruhu, AÜHFD, C. XL, 1985, S. 1-4, s. 9-31.

**Hirsch E.Ernst** : Die Verfassung der türkischen Republik, JöR 32 (1983), s.513-623.

**Karamustafaoğlu Tuncer** : Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara, 1982

**Özbudun Ergun** : Parlamenter Rejimde Hükümeti Murakabe Vasıtaları, Ankara, 1962.

**Özbudun Ergun** : Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, 2017.

**Server Feridun** : Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul, 1962.

**Soysal Mümtaz** : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1987.

**Tanör Bülent- Yüzbaşıoğlu Necmi** : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukukİstanbul, 2001.

**Teziç Erdoğan** : Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003.

## ADALET, SOSYAL ADALETSİZLİK ve İNSAN HAKLARI: ADALET VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ ÜZERİNE\*

Sosyal adaletsizlik ve insan hakları ihlalleri dünyanın açık olgularıdır. Ülkeler ve bölgeler arasında kimi belirgin farklar olsa da, bugün genel olarak dünyamızda ne sosyal adaletin sağlandığını ne de insan haklarının korunduğunu söylemek mümkündür. Bazı ülke ve bölgelerde fazla, bazılarında az olsa da, neredeyse dünyanın her yerinde sosyal adaletsizlikle, az ya da çok, şu veya bu türden insan hakları ihlalleriyle karşılaşırız. İlki ne kadar artarsa ikincisi de genellikle buna koşut olarak artmaktadır. İkisi neredeyse ayrılmaz bir ikili oluşturmaktadır.

İhlaller ve adaletsizlikler kadar sık karşılaştığımız, bunların doğal sonucu olan, başka bir olgu da sosyal adalet ve insan hakları talepleridir. Yoksulluk, ayrımcılık ve iç savaşlar vb. nedenlerle hak ihlalleri yaşayanlar veya hak ihlalleri yaşayanlarla duygudaşlık kuranlar, gerek kendi ülkelerinde gerekse dünyada adalet istemekte, daha adil bir dünya için seslerini yükseltmektedirler. Bir ülkede adaletin sağlanması kadar sıkça küresel adaletin sağlanması da talep edilmekte, hatta kimileri küresel adalet sağlanmadan bir ülke ya da bölgede adaletin tam olarak sağlanamayacağını, sağlansa bile bunun yeterli olmayacağını düşünmektedir. Bu nedenle küresel adalet bugün –en azından bu sorunlara duyarlı düşünürler tarafından- sıkça dile getirilen, nasıl sağlanacağı yolunda kafa yorulan düşüncelerden biridir. Bugün dünya olup bitenlere gözlerini, yükselen seslere kulaklarını tıkamayan herkes bu adalet taleplerine tanık olmaktadır. Adalet veya hak talepleri de sosyal adaletsizlik ve insan hakları ihlalleri gibi çağımızın öne çıkan olguları arasındadır.

\* Bu yazı 22 Şubat 2017’de Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Politikalar Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen Sağlık Politikası ve Hakkaniyet Çalıştayı’nda sunulmuş “Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları: Adalet Sağlanmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?” başlıklı bildirinin geliştirilmesiyle oluşturulmuştur.

Hak talepleriyle haksızlıklar, adalet istekleriyle adaletsizlikler yan yanadır. Sosyal adaletsizliğin arttığı yerde insan hakları ihlalleri de artmakta, hak isteyenlerin sesleri daha fazla duyulur olmaktadır. Haksızlıklar veya haksızlık olduğu düşüncesi doğal olarak hak taleplerinin de zeminini oluşturmaktadır. İnsan hakları da içinde olmak üzere hak talep edenler ise adaleti ya da adil olanın yapılmasını istemektedirler. Bu nedenle adaletsizlik ve hak arama çabaları aynı ortamın ürünüdürler. Bunun da ötesinde haklar genel olarak bu türden haksızlık, adaletsizlik durumlarından türetilmektedirler. Ayrılmaz ikili olmalarının arkasında bu ortak zemin yatmaktadır. Bu durum ise kimi zaman aralarında neden sonuç bağının kurulmasına ya da böyle bir bağın aranmasına kadar gidebilmektedir. Akıllıoğlu bu bağı her ikisinin de ahlak temeline dayanmasında bulur ve iki kavramın da ortak olduğunu söyler. Ona göre “adalet aramak ve istemek” insan haklarından biridir; insan hakları da adalet içinde gerçekleşir (Akıllıoğlu 2013: 49).

Bu bağlamda söz konusu olan adalet ise sosyal adalettir. Sosyal adalet bir ülkede ya da bölgede, ama mutlaka belli bir coğrafi ve siyasal birlikte –bu alan küresel adalet düşünülduğünde tüm dünyadır- gerçekleşebileceği için, adalet sorunu o ülkenin ya da bölgenin –veya dünyanın- siyasal, ekonomik ve toplumsal yapısıyla ilişkili bir sorundur. Bir ülkede, bölgede veya dünyada gerek insanlar arası ilişkiler gerek insanlar ile devlet arasındaki ilişkiler belli bir biçimde kurulduğu veya doğru kurulan ilişkiler işlemediği için sosyal adaletsizlikler yaşanmaktadır. Bu nedenle sorunun çözümü de bu yapının belli bir şekilde, belirli ilke ya da ilkelere dayanarak düzenlenmesiyle ilgilidir.

Fakat sorunun çözümüne geçmeden önce, sorunu daha açık hale getirmek için öncelikle adalet, sosyal adalet kavramları ile hak ve insan hakları kavramları üzerinde durulması gerekmektedir. Adalet ve hak kavramları neredeyse düşünce tarihi kadar eski kavramlar iken, sosyal adalet ve insan hakları kavramları göreceli olarak daha yeni kavramlardır. Ayrıca sosyal adaletin bir adalet türü olarak kavramlaştırıldığını, insan haklarının da belirli türden hakları nitelemek için tarihin daha yeni dönemlerinde kavramlaştırıldığını görüyoruz. Bu nedenle hak ve adalet

kavramları üzerine her çalışma insan hakları ve sosyal adalet kavramlarına ilişkin bir çalışma olacak, bize onlara ilişkin de bilgiler sağlayacaktır.

Belirli bir ülkede ya da dünyada sosyal adaletsizliğin hüküm sürdüğünü söylemek, ister bir ülke için ister tüm dünya için adalet istemek, ancak söz konusu ülke ya da dünya düzeninde adaletsizlik gören kişi için mümkündür. Olan bitende sorun görmeyen, yaşananı ya da mevcut durumu normal, olması gereken durum olarak gören birisi için sorun da yoktur. Bir ülkede ya da dünyada kimi insanlar lüks içinde yaşarken kimilerinin başını sokacağı bir barınağının olmamasını, bazı ülkelerde insanlar sınırsız bir zenginlik ve lüks içinde yaşarken başka bazı ülkelerde yurttaşların en temel gereksinmelerini karşılamada güçlük çekmelerini normal ya da olması gereken durum olarak görenler için bir sorun yoktur. Olup bitende bir sorun yoksa orada adaletsizlik de, bunun sonucu olarak adalet talebi de yoktur. İnsan haklarının korunmasını isteyenler, ülkelerinde veya dünyada adalet isteyenler, dünyanın bu halini sorunlu görenlerdir. Yoksul ve zengin arasındaki farkın uçuruma dönüşmemesi gerektiğini, bu dünyada herkesin insana yakışır bir hayat sürmeye hakkı olduğunu düşünenlerdir. Sosyal adaletten, insan haklarından içtenlikle söz edenler, bu tür düşünceleri savunanlardır. Kanımca insan olmanın ve insan olmanın ne olduğunu bilmemin doğal bir sonucu olan bu gereklilik, herkesin paylaştığı bir gereklilik değildir. *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'nde dile getirildiği gibi "İnsanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit olduğunu" düşünenlerdir bu gerekliliğe inananlar. Her birimiz onur ve haklar bakımından eşitse, hiçbirimiz bir diğerinden daha fazla onur ya da değere sahip değilsek, biz keyifli bir yaşam sürerken başka bazı insanların açlık ve sefalet içinde yaşamalarını görmezlikten gelemeziz. Ama bu durum, ancak tüm insanların onur ve haklar bakımından eşit olduğunu düşünüyorsak söz konusudur. Başka bir deyişle, bu sorun görme ya da durumdan rahatsız olma, ancak belli bir insan görüşü, belli bir değer görüşüyle olan bitene baktığımızda söz konusudur. Kafasında böyle bir değer görüşü olan, şu ya da bu etnik gruba, dine veya ülkeye ait olma yerine insan olmayı değerli gören ve her insan tekinin insanca yaşama hakkı olduğuna inanan kişilerin gördüğü bir problemdir sosyal adaletsizlik ve eşitsizlik. İnsan olduğunun farkında olan, diğer aidiyetleri

yanında insan kimliğini öne çıkaran, ben insanım ve diğer insanlar da benimle aynı onur ve haklara sahiptir diyebilen kişilerin problemi olmaktadır sosyal adaletsizlik ve haksızlıklar.

Birçokları içinse doğal olan eşitsizliktir, doğal ve toplumsal eşitsizliktir. Onlara göre, nasıl diğer canlılar arasında eşitsizlikler varsa insanlar arasında da olması doğaldır. Etnik, dinsel veya kültürel kimliklerini öne çıkaran, insan olmayı geriye iten, grup çıkarlarını veya kişisel çıkarlarını merkeze koyan kişiler adalet ve eşitlik düşüncesinden uzaktırlar. Doğada güçlü ve zayıf canlılar olduğu, ancak güçlü olanlar hayatta kalmayı başardığı, zayıflar da yok olduğu gibi, insanlar arasında da aynı durumun olması, bu kişilerce olağan karşılanır. Onlara göre, “Güçlü olan hayatta kalır” doğa yasası burada da geçerlidir. Zayıflara ya da yoksullara yardım etmek bu doğal duruma müdahaledir. Yardım etmek onlara iyilik değil kötülük etmektir. Bir biyolog olan Garrett Hardin’in Cankurtaran Sandalı Etiği adını verdiği görüşü bunun en bilinen ve çarpıcı örneğidir. Hardin “*Lifeboat Ethics: The Case Against Helping the Poor*” ve “*Living on a Lifeboat*” adlı makalelerinde bu görüşü savunur. Başka bir yazısında “*The Immorality of Being Soft-hearted*” ise aşırı nüfus artışı olan bir ülkeye yapabileceğimiz en kötü şeyin onlara gıda göndermek olduğunu söyler. Onlara gıda yardımı göndermek yerine atom bombası atmak daha nazik olurdu der. “Birkaç saniye içinde çok acı çekilir, ama kısa zamanda birçok kişinin acısı sona erer, geriye kalan insanlar da rahat ederlerdi” diye yazar (Ünder 1996: 244).

Hardin’e göre kimi Afrika ülkelerinde görülen açlık, ülkenin “taşıma kapasitesinin aşıldığını” gösterir. Kapasite aşılsa, yaşamak için gerekli besini bulamayan nüfusun bir kısmı ölür ve nüfus taşıma kapasitesinin kaldırabileceği sınırın altına iner. Doğadaki kural budur. İnsanlar da aynı yasaya tabidir. Dış yardım, ne yolla yapılırsa yapılsın, bu doğal sürece müdahale demektir. Çünkü yardım, yoksul sandalının taşıma kapasitesini yapay olarak artırır. (...) Besin kaynakları artınca doğum oranları yükselir, nüfus çoğalmaya devam eder. Nüfus çoğalınca kapasite yine aşılır, kıtlık ve ölümler yine başlar. (Bkz. S. 101). Yine dış yardım –bu kez daha fazla- yapılması gerekir .... Yardım politikasının sonu

yoktur. Dış yardımı sürdürmeye hiçbir zengin ülkenin gücü yetmez. Dış yardım yolu, denize kum atarak doldurmaya benzer (Ünder 1996: 242).

Bir biyolog olan Hardin'in bu görüşü çok yaygın olan bir bakışın, kendisi ve "ailesi" –bu aile bazen gerçek aileden daha geniş olabilmekte, mahalleyi, ülkeyi, aynı etnik ve dinsel gruba ait olma gibi ortaklıkları kapsayabilmektedir- dışındakilerin çektiği sıkıntıları önemsemeyen bencil bakışın en açık ve sert ifadesidir. İnsanı, insanları onur ve haklar bakımından eşit görmeyen görüşlerin bu türden sonuçlara varması doğaldır. Doğadaki diğer canlılarla insan arasındaki farkları gördükleri gibi, görülmesi farklılıklar kadar kolay olmayan, insanlar arasındaki ortaklıkları göremeyen, değerlere duyarlılığı olmayan görüşlerin, insanı da doğal seçime tabi bir varlık olarak görmelerinde şaşılacak bir şey yoktur. Bu görüşlerin adalet ve eşitlik gibi kavramlardan uzak oldukları da açıktır. Bu da bize, insan haklarından ve sosyal adaletsizlikten söz etmenin belli bir insan ve değer görüşüyle mümkün olduğunu göstermektedir. İnsanın ancak biyolojik bir varlık olduğu kadar bir kültür varlığı, değerlere sahip ve değerlere göre eyleyebilen bir canlı türü olduğunu düşünülürse, ondan adil olması ve başkalarının haklarına saygılı davranması beklenebilir.

## I. Adalet Kavramı

Soruna ilişkin bu genel saptamalardan sonra adalet kavramına ve onun tarihteki serüvenine baktığımızda, kavrama ilişkin ilk bilgilerin Platon tarafından ortaya konulduğunu görürüz. Platon'a göre adalet, her insanın kendine düşeni yapmasıdır. Her toplum üyesinin kendine göre ödevleri vardır, adalet bu ödevlerin, herkesin kendine düşen görevi yerine getirmesinin sonucu ortaya çıkacaktır. Bazı insanlar yönetecek, bazıları koruyacak, bazıları da üretici ve tüccar olarak işlerini yapacaklardır. Dolayısıyla bir toplumda adalet, toplumsal yapının farklı bölümlerinin her birinin kendi işlevlerini yerine getirmesi halinde ortaya çıkacaktır (Güriz 2013: 7). Bir kişide adalet ise insan ruhunun iki yanı olan bilen ve arzulayan yanlarının üçüncü yanı olan isteme (irade) tarafından dengelenmesiyle oluşmaktadır. Adil kişi ne arzularının, yeme içme ar-



zularının sürüklediği bir kişi ne de bilen yanının diğer yanları bastırıp susturduğu kişidir; adil kişi bu iki yanını bilgiyle (*episteme* yoluyla) dengeleyen kişidir.

Yunan düşüncesi adaleti, adaletsizlik olgusuna dayanarak belirleme yoluna gitmiştir. Ayrıca adalet, ahlak ve hukuk kavramları henüz birbirinden ayrılmamış, adalet de bazen iyilik sevgisi anlamında kullanılmıştır (Güriz 2013: 7). Adaleti daha ayrıntılı ve sistematik bir biçimde ele alarak farklı adalet türleri üzerinde duran ise Aristoteles'tir. Adaletin iki ayrı alanda ve anlamda kullanımına dikkati çeken Aristoteles, dağıtıcı ve denkleştirici (düzeltici) adaletin farklılığına dikkati çekmiştir. Dağıtıcı adalet, şeref ve malların paylaşılmasında, herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre kendine düşeni almasıdır. Bu ise kişi ile toplum, kişi ile devlet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini sağlamaktadır. Denkleştirici veya düzeltici adalet ise hukuksal ilişkilerde taraf olanların eşit muamele görmesi gerektiği düşüncesidir. Buna göre tazminat hukukunda zarar verenin neden olduğu zararı ödemesi, sözleşmeyi ihlal edenin sebep olduğu zararı tazmin etmesi, ceza hukukunda suç işleyenin hak ettiği cezayı çekmesi düzeltici veya denkleştirici adaletin gereğidir (Güriz 2013: 8).

Romalı hukukçu Ulpian adaleti "herkese payını vermek konusunda sürekli olarak ve sonsuz çaba harcamak" olarak nitelendirirken, Hollandalı hukukça Grotius adaleti söze bağlılık formülü içinde değerlendirmiştir. İngiliz düşünür Hobbes sözleşmeye uymayı adalet sayarak, adaletin gerçekleşmesinin temel koşulunun toplumda güvenliğin sağlanması olduğunu söylemiştir. Alman filozofu Kant ise, Roma hukukundan gelen üç ilkeyi öne çıkarmıştır: Şerefli yaşa, kimseye zarar verme ve herkese payına düşeni ver. Kant özellikle bu üçüncü "herkese payına düşeni ver" ilkesiyle adaletle ilgili klasik tanımı tekrar etmektedir (Güriz 2013: 9).

19. Yüzyılda J. S. Mill adalet ve fayda arasındaki ilişkiye dikkati çekerek, adaletin fayda sağladığı için değerli olduğunu söyler. Ona göre sağladığı faydayla bağlantı kurulmazsa adalet kavramı soyut ve anlam-

sızdır. 20. Yüzyılda John Raws ise adalet görüşünü iki ilkeye dayandırır. Birinci ilke, her kişinin diğeri ile eşit haklara sahip olması; ikinci ilke ise sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin herkesin yararına olacak şekilde bertaraf edilmesini, toplumdaki görev ve mevkilerin herkesin onlara sahip olmada eşit şansa sahip olacak biçimde dağıtılmasını gerektirmektedir. Rawls birinci ilkenin önceliğini vurgulayarak, özgürlüğün ancak özgürlük adına sınırlandırılabileceğini, sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri gidermek için bile özgürlüklere zarar verilemeyeceğini ileri sürmüştür (Güriz 2013: 10-12).

Adalet kavramının tarihçesi gibi adalet talep veya isteklerine baktığımızda, bunun da insanlık tarihi kadar eski olduğunu görürüz. “Adalet özlemi insanların en eski özelelerinden biri; adaletin ne olduğu ise, felsefenin en eski sorularından biridir. Ancak bu soru, dünyamızda nüfus arttıkça daha da önem kazanıyor. Yalnız önemli değil, cevaplandırılması acil bir soru haline gelmiştir adaletin ne olduğu sorusu; çünkü günümüzde artık adalet özleyen değil, adalet talep edenlerin sayısı gitgide artmakta ve bu insanlar adaleti ‘elde etme’ umudunu yitirince silaha sarılmakta, rastgele insan öldürmekte, kendileri de ölmektedirler” (Kuçuradi 2007a: 27). Haksızlığa uğrayan ya da haksızlığa uğradığını düşünen her kişi adalet talep etmekte, uğradığı haksızlığın giderilmesini istemektedir. “Hak. Hukuk. Adalet!” seslerini dünyanın her yerinde gür ya da cılız, az ya da çok her gün duymak mümkündür. Çeşitli adalet isteklerine, adalet arayışlarına dikkatle baktığımızda, bunların farklı türden eksiklikleri dile getirdiklerini farklı türden şeyleri istediklerini görmek güç değildir. Bu nedenle Kuçuradi “adalet nedir?” sorusuna bilgisel bir cevap vermenin pek mümkün olmadığını söyler. Ama yine de adaletin ne olduğunu belirlemeye girişir. Bunu da felsefe tarihine bakarak, kavramın felsefe tarihinde izini sürerek yapar. Ona göre, bu konuda bize ilk ipuçlarını sağlayan filozof Platon’dur. Platon’dan öğreneceğimiz ilk şey ise adaletin bir fikir olduğudur. İnsanların tarihe getirdikleri bir fikirdir adalet (Kuçuradi 2007a: 27-28). Bir olması gerekir düşüncesidir; adalet, olanı değil olması gerekeni dile getirmektedir. Adalet olan değil olması gerektir. Olansa adaletsizliktir. Kuçuradi’nin adalet fikrini kavramlaştırırken izlediği yolun çıkış noktası tam da burasıdır. Adalet

isteyenlerin adalet derken dile getirmeye çalıştıklarına, adaletsizlik denilen durumlara bakarak adalet kavramının içeriğini belirlemeye çalışır. Kişilerin adaletsiz dedikleri durumlara, adalet talep ederken, haksızlığa uğradıklarını söylerken, haklarını isterken dile getirmeye çalıştıklarına, yerli veya yersiz talep ettiklerine bakarak adaletin kavramlaştırılabileceğini söyler.

Belirli bir durumda adalet isteyenlere bakıldığında, bunların kendilerine veya bir başkasına bir şeyin verilmesi gerektiğini, o anda sahip olmadıkları ama kendilerine ait olduğunu düşündükleri bir şeyin kendilerine verilmesini istediklerini görürüz. Adalet isteyen insanlar, yoksun bırakıldıkları, kendilerinden alınan, kendilerine borçlu olunan şeyin onlara geri verilmesini istemektedirler. Bu ise Platon'un adalet tanımını anımsatmaktadır: adalet "her birine gerekeni, borçlu olunanı vermektir." (Kuçuradi 2007: 29). Ama borçlu olunan ya da verilmesi gereken nedir? Bunu bize verebilecek bir ilke yoktur. Ama kişinin yoksun olduğu, kendisine verilmesi gerekeni bulmada bir ipucu vardır yine de, bu da *adaletsizlik durumlarıdır*. Birinin sahip olup diğerinin olmadığı ve olmasını istediği şeyi bulmamızda bize yardımcı olabilecek tek ipucu budur. Kuçuradi bir olgu olan adaletsizliğin, insanlara borçlu olunanları bulduğumuz yer olduğunu, bugünkü adlarıyla temel insan haklarının da türetildiği yer olduğunu söyler (Kuçuradi 2007a: 31). Birer olgu olan adaletsiz durumları, insanların diğer insanlara bakarak, kendilerinin nelere sahip olmadıklarını gördükleri, böylece neye hakları olduğu çıkarımını yaptıkları, başka bir deyişle hakları türettikleri yerler olmaktadır. İnsanların çoğu içinde yaşadıkları bir konuta sahipken, kendilerinin ya da kimi insanların ya hiç bir barınağa sahip olmadıklarını ya da insanca yaşamaya uygun olmayan barınaklarda yaşadıklarını gördüklerinde, kendilerinin haksızlığa uğradıklarını, kendilerinin de diğer insanlar kadar barınma hakkına sahip olmaları gerektiğini düşünmelerine yol açmaktadır.

Adaletsizliğin genel olarak hak çiğneme ya da hakları göz ardı etmeyle ilgili olduğunu, farklı hakların çiğnenmesinin farklı adaletsizliklere yol açtığını görürüz. Adaletsizlik kişi düzeyinde yaşanabildiği gibi ül-

keler düzeyinde ve dünya düzeyinde de yaşanabilmektedir. Adaletsizliğe uğrayan bir kişi olabildiği gibi, bir ülke veya bir topluluk da olabilmektedir. *Kişi düzeyinde adaletsizlik*, kişinin kimi temel haklarının çiğnenmesine yol açan veya kişinin bazı haklarını kullanmasının engellenmesiyle ortaya çıkar bir durumdur. Böyle bir durumla karşılaşan kişi haksızlığa uğradığını söyleyerek hakkını ister. Kimi hak talepleri böyle ortaya çıkar ve böylece haklar dizgesinde yerlerini alırlar. *Ülkeler düzeyinde adaletsizlik* ise bir devletin bir kısım yurttaşlarının temel haklarının başka bazı yurttaşlarca çiğnediği ya da göz ardı edildiğinde devletin etkili bir biçimde müdahale etmediği durumlarda ya da devletin kendisinin bu hakları çiğnediği veya bu hakların gereklerini yerine getirmede olduğu durumdur (Kuçuradi 2007: 31-32). Sosyal adaletsizlik denilen durumlar genellikle bu türden, taşıyıcısı ülkeler olan –ama küresel adaletten söz edildiğinde dünya olan- durumlardır. Bu ikisine ek olarak Kuçuradi, aşağıda daha geniş bir şekilde değinilecek olan, temel kişi haklarının zorunlu sonuçları olan grup haklarının, grup çıkarları lehine çiğnediği ya da göz ardı edildiği *dünya düzeyinde adaletsizlikten de* söz etmektedir (Kuçuradi 2007: 32)

## II. Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları

Sosyal adalet veya sosyal adaletsizlik Aristoteles'in dağıtıcı (denkleştirici) dediği türden adaletin bir türevidir ya da modern biçimidir denebilir. "Sosyal adalet kavramı, gerçek anlamda XX. yüzyılın ürünü, özellikle çoğulcu demokratik toplumların dayanağı, amacı ve itici gücü olarak karşımıza çıkmaktadır. ... Sosyal adaletin amaçlarından biri olan 'sosyal ve ekonomik haklar'dan ilk söz eden 1793'te Robespierre olmuştur" (Ülker, 2013: 115). *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nde bugün sosyal ve ekonomik haklar olarak nitelendirilen bazı haklara yer verilmesi ise bunun kanıtı olarak gösterilmektedir.

Kimi liberal düşünürlerin sert biçimde karşı çıktığı, kimilerininse pek sempatiyle bakmadığı bir kavram olan sosyal adalet, kimi insan hakları teorisyen ve savunucularına göre, hakları korumanın olmazsa olmaz koşuludur. Bu görüş ayrılıklarının temel nedenlerinin başında ise sosyal

adaletten farklı şeylerin anlaşılması, kavramın farklı biçimlerde içeriklendirilmesi gelmektedir.

“Günümüz çoğulcu demokrasilerinin dayanağı ve itici gücü olan sosyal adalet, en geniş anlamda toplum ile onu oluşturan üyeler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu, artık Aristoteles’in ‘dağıtıcı adalet’indeki gibi, her ferde kendi yetenek ve değerine göre düşenin ne olduğunu değil, herkese bütünü bir parçası, bir üyesi olarak düşen ‘hak ve görevlerin’ ne olduğunun tespitidir. ... Artık sosyal adaletin ve dolayısıyla, toplumda düzeni ve adaleti gerçekleştirmek zorunda ve amacında olan hukuki düzenin karşısında eşit kişiler değil, toplumsal ve ekonomik yönden güçlüler, güçsüzler; işçiler, işverenler; memurlar, üreticiler, tüketiciler, kısacası gerçek insanlar vardır. Bu insanların insanca yaşayabilmeleri için çalışmaları, işsizlikten korunmaları, sosyal güvenlik, dinlenme, adil ücret, sendika, toplu sözleşme, eğitim, sağlık, sağlıklı çevrede yaşama vb. haklara sahip kılınmaları, yani ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla donatılmaları ve ekonomik yaşamın düzenlenmesinde söz ve rol sahibi olmaları gerekiyor” (Ülker 2013: 123).

Günümüz koşullarında toplumsal adalet sosyal, ekonomik ve siyasal (kimi zaman kültürel) haklarla ilintilidir ya da ancak onların belirli bir düzeyde sağlanmasıyla kendisine yaklaşılabilecek bir idedir. 20. yüzyılda toplumsal adalete ilişkin en önemli görüşlerin başında Rawls’un adalet görüşü gelir. Rawls genel olarak adalet ilkeleri üzerinde durmuş olsa da, onun görüşünün özünde bir toplumsal adalet görüşü olduğunu görmek güç değildir. “Rawls’un teorisi başlıca üç soru ile ilgilidir. Bu sorulardan birincisi, ‘adalet ilkeleri’nin bulunması ve yorumlanması; ikincisi, kendi ifadesiyle ‘bir anayasal demokrasinin kurumlarını, bu ilkeleri gerçekleştirecek şekilde düzenlemenin mümkün olup olmadığı’ ve üçüncüsü de yine kendi ifadesiyle ‘belirlenen dağıtım paylarının, adaletin sağduyuya dayalı kavramlarına uygun düşüp düşmediğinin test edilmesidir” (Rawls 1973, s. 322-323’ten aktaran Savaş 2013: 128-129). Rawls adalet ilkeleri sorusuna iki adalet ilkesi ortaya koyarak yanıt verir. Bu ilkeleri en açık biçimde ifade etmeye çalışır. Bu ilkelere “birincisi: Her insan, başkaları için de tanınmış olan benzer özgürlüklere uygun

olacak şekilde, temel özgürlükten en geniş şekliyle yararlanma hakkına sahiptir. İkincisi: Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler o şekilde düzenlenmelidir ki bu eşitsizliklerin, a) Herkesin yararına olacağını ümit etmek mümkün olmalı ve b) Herkese açık mevkilerde ve kurumlarda ortaya çıkmalıdır (Rawls 1971 s. 60 ve s. 302'den aktaran Savaş 2013: 129). Rawls birinci ilkeye öncelik verir ve bu ilkedен sapmanın sosyal ve ekonomik eşitlik veya yarar uğruna yapılsa bile yanlış olacağını belirtir. Bu nedenle onun önerdiği adalet ilkelerinin, önem açısından, “siyasal ve ekonomik özgürlük ilkesi”, etkinlik ilkesi ve fırsat eşitliği ilkesi olarak sıralanabileceği düşünülmektedir (Savaş 2013: 130).

Rawls'un düşüncelerini izleyerek veya onlara karşı çıkararak yirminci yüzyılda adalet tartışması sürer. Bu yüzyılın baskın sosyal ve siyasal adalet düşüncesi zenginlik ve gelirin nasıl dağıtılacağı üzerine yoğunlaşır. Bu çabaların sonucu olarak da bazı dağıtım ölçütleri bulunmaya çalışılır. Bulunan ölçütler hak etme (*desert*), layık olma (*merit*), ihtiyaç ve eşitlik sağlama gibi şeyleri temele alırlar. Bu ölçütler konusunda bir anlaşma olmasa da sosyal adaleti savunanların tümü bu durumun devlete sosyal adaleti sağlamada pozitif bir yük yüklediğine inanırlar (Barry 1989, s. 133-134'ten aktaran Erdoğan 2013: 180). Bu nedenle devletin serbest piyasaya müdahalesinin sınırlı olması gerektiğini ileri süren Hayek ve Nozick gibi liberal düşünürler sosyal adalet ilkesine pek sıcak bakmazken, Rawls çizgisinde yol olan sosyal adalet düşüncesinin savunucuları devletin sosyal adaleti sağlamada müdahalelerini, bunlara kimi sınırlar koymakla birlikte, meşru görürler.

Dağıtıcı veya sosyal adalet vurgusu, bireysel eylemlerin haklılık veya adilliği yerine bir toplumun veya toplumsal durumun adil olmasını esas alır. Bir toplum belirli bir adalet ölçüsüne uygunsa, yani o toplumdaki kaynakların ve malların dağıtımı önceden belirlenmiş bir ahlaki ilke veya ölçüte göre yapılıyorsa, o toplum adil sayılmaktadır (Erdoğan 2013: 181). Dağıtıcı veya sosyal adaletin ilkelerini, Vlastos'tan (Vlastos 1992: 44) hareketle, Erdoğan şöyle özetlemektedir: “ (a) Herkese ihtiyacına göre, (b) Herkese değerine (*worth*) göre. (c) Herkese hakettiğine (*merit*) göre, (d) Herkese çalışmasına göre, (e) Herkese yaptığı

anlaşmaya göre (Yazar, bu son ilkenin genellikle, diğerleriyle aynı düzeyde saygıya değer görülmediğine işaret etmektedir)” (Erdoğan 2013: 181). Dağıtımda esas alınabilecek tüm ölçütleri kapsamayan çalışan Vlastos’un listesiyle kısmen örtüşen başka sınıflama örneği olarak Erdoğan Ecknoff’un (Cook 1987: 55’ten) adalet ilkelerini aktarmaktadır. Bunlar “ (a) Objektif eşitlik (her bir alıcıya eşit miktar), (b) Subjektif eşitlik (ihtiyaç ve hak edişe dayanan eşit miktarlar), (c) Nisbi eşitlik (alıcının uygunluk ve hakkedişine dayanan tahsis), (d) Fırsat eşitliği (değerli bir hasılayı elde etmek bakımından her alıcıya eşit fırsat veya olanak tanınması)”dır (Erdoğan 2013: 182).

Sosyal adalet teorileri toplumdaki değerlerin belli ilkelere göre toplumun farklı kesimlerine dağıtımını üzerine odaklanmaktadır. Böyle olunca belirleyici olan da bu ilkenin belirlenmesi oluşturmaktadır. Sosyal adaleti savunan düşünürler böyle bir ilkenin ya da ilkelerin bulunabileceğine ve devletlerin bunları uygulayabileceğine inanmaktadırlar. Buna karşın M. Erdoğan’ın içinde yer aldığı liberal düşünürler buna kuşkuyla bakmakta, ne böyle bir ilkenin bulunabileceğine ne de devletin sosyal adaleti gerçekleştirebileceğine – ne de devletin böyle bir görevi olduğuna- inanmaktadırlar. Onlara göre böyle bir çaba, iktidarda olanların kendi adalet anlayışlarını devlet zoruyla kişilere dayatmaları ve özgürlük yitimiyle sonuçlanması kaçınılmazdır (Erdoğan 2013: 183).

Adil bir toplumun kurulmasında ya da bir toplumda –veya dünyada- adaletin sağlanmasında devletlerin –veya uluslararası kurumların- etkin rol alması gerektiğine inananlar ise devletlere önemli görevler yüklemektedirler. Bu düşünceyi savunanlardan biri olan Kuçuradi, bir ülkedeki siyasal yönetimlerin veya devletlerin temel işlevlerinden ya da varlık nedenlerinden birinin yurttaşlar arasındaki ilişkileri düzenlemek olduğunu; devletlerin bu görevlerini yerine getirememesi veya getirememesi durumunda, bir kısım yurttaşların diğer yurttaşları ve devleti sömürmelerini engelleyememesi ya da engellememesinin sonucu olarak –diğer yurttaşların temel haklarının korunmaması pahasına- kendilerine ayrıcalıklar sağlamalarının sosyal adaletsizlik denilen duruma yol açtığını söyler (Kuçuradi 2007b: 15).

Bir ülkedeki sosyal adaletsizliğin temelinde o ülkedeki gelir adaletsizliğinin yattığı kanısının yanlış olmasa da eksik olduğunu, bunun önemli olsa bile sosyal adaletsizliğin yalnız tek bir görünümü olduğunu düşünür Kuçuradi. Sosyal adaletsizlik sorununa insan haklarıyla ilgisinde bakan Kuçuradi, onun çok daha geniş boyutlu bir olgu, *dolaylı korunan bütün temel haklarla* ilgili bir sorun olduğunu ifade eder (Kuçuradi 2007b: 12). “Kişi merkeze alınarak bakıldığında, sosyal adaletsizlik, dolaylı korunan kişi haklarının –ya da bazılarının- *hiç* korunmadığı durum değildir; böyle hakların ilgili *bütün yurttaşlar* için korunmadığı durumdur: *bütün insanların eşit olduğu* ama ancak dolaylı korunabilen hakların, bir ülkede devletçe bütün yurttaşlar için *eşitçe* –aynı derecede- korunma olanaklarının sağlanmamış olduğu durum”dur. (Kuçuradi 2007b: 14).

Bu açıdan bakıldığında, sosyal adaletsizliğin etik bir sorun olduğunu görür. Yurttaşlara yasalarla tanınan sosyal, ekonomik ve kültürel haklar, tüm yurttaşların temel haklarını sağlayacak düzeyde değilse, kimi yurttaşların –eğitim, sağlık hakkı gibi- dolaylı korunan temel hakları korunurken, kimilerinin korunmuyorsa, burada ortaya çıkan durumdur sosyal adaletsizlik. Sosyal adaleti sağlamanın yolu da tüm yurttaşlarının tanınan haklara ulaşımının onların temel haklarını koruyacak düzeye getirilmesidir. Kişiler sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel haklarına belli bir düzeyde ulaşmalıdır ki, onların yaşama hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi temel hakları korunabilsin. Örneğin asgari ücretin altında bir geliri olan kişinin bütün bu temel haklarının korunması da tehlikeye girmektedir.

“Devleti merkeze alarak bakıldığında, sosyal adaletsizlik, siyasal bir olgu olarak: toplumsal ilişkilerin düzenleniş –kuruluş ve yürütülüş- tarzıyla ilgili, başka bir deyişle yurttaşlara devletçe tanınan veya tanımayan haklarla ve sağlanan veya sağlanmayan olanaklara ilgili bir olgu olarak kaşımıza çıkar” (Kuçuradi 2007b: 14). Kişilere tanınan sosyal, ekonomik ve siyasal (kimi zaman kültürel) hakların sınırları çizilirken, temel haklarla ilgi kurmak yerine, kişisel, grupsal, sınıfsal çıkarlar gibi başka etkenler belirleyici olduğunda, sosyal adaletsizlik durumu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, sosyal ve ekonomik ilişkilerin kurulmasını ve yü-



rütülmesini sağlayan yasalar hazırlanırken, kişilere tanınan olanaklar bu tür temel haklarla ilgileri kurulmadan ve bu olanakların haklar bakımından ne gibi sonuçlara yol açacağı düşünülmüyorsa, bu tür düzenlemeler de söz konusu ülkelerde sosyal adaletsizliğe yol açabilmektedir.

Bu nedenle Kuçuradi'ye göre, sosyal adaletsizlik bir ülkede yalnız olanın eşitçe paylaştırılmamasıyla değil, aynı zamanda olmayanların ya da yoklukların da eşitçe paylaştırılmamasıyla da ilgilidir. Bugün özellikle birçok üçüncü dünya ülkesinde sosyal adaletsizliğin, devletin elinde olanları yurttaşlarının temel haklarını eşiklikle koruyabilecek şekilde paylaşmadığı, yani “yokları” eşitçe paylaşmadığı için ortaya çıktığını söylemektedir. Bu da devletin temel varlık nedenlerinden bir başkası olan, kamu varlığını tüm yurttaşların temel haklarına ilişkin ihtiyaçlarını eşitçe karşılayabilmelerini sağlayacak şekilde yönetmediği ve bu ihtiyaçlara göre kurum ve kuruluşlar kurma ve işletme görevini yerine getirmede için sosyal adaletsizlik durumu ortaya çıkmaktadır (Kuçuradi 2007b:16-17).

Eğitim, sağlık ve çalışma gibi dolaylı korunan hakların gerektirdikleri ise her tek kişiye sahip olduğu insan olanakları- her tekin ya da kişinin sadece insan olduğu için sahip olduğu olanakları- gerçekleştirebilmelerini sağlamanın yolunu açmaktır, bunu yapabilmemesinin koşullarını onlara sağlamaktır. Kısaca bu tür haklar her kişinin insan olarak olanaklarını geliştirebilmesini sağlayan koşullara ilişkin istemlerdir. Kuçuradi bunlara örnek olarak, sağlık için gerekli yaşam düzeyini, eğitim hakkını verir. Sağlığını koruyamayan, yeterli eğitimi almamış bir kişiden ne bilimde yeni bir bilgi getirmesi beklenebilir ne de yeni bir düşünce, yeni bir etik bilgi, etik ilke ortaya koyması. Sağlıklı yaşam hakkının korunması ve iyi bir eğitim alma da bu türden bir bilgi veya fikir ortaya koymaya yetmez, ama onun ortaya konulmasının olanağının kapılarını açar. Bu dolaylı korunan temel hakların yaşama hakkı ve dokunulmazlıklar gibi – genellikle negatif haklar denen- diğer temel haklardan farkı, bu hakların bir ülkede devletçe tanınan haklarla, yani sosyal, ekonomik ve bazı siyasal haklar ile ancak bazı kurum ve kuruluşlar aracılığıyla korunabilmeleridir. Negatif hakların tersine bu hakların korunması doğrudan doğruya

kişilere bağlı değildir, bir ülkede yapılan düzenlemelere ve alınan siyasal kararlara bağlıdır. İşte bu türden hakların korunabilmesinin koşullarının başında ekonomik ve sosyal haklar gelir. Bu tür haklar söz konusu olduğunda, “tanınan haklar” olan sosyal ve ekonomik haklar korunmadan bu haklar da korunamaz. Sosyal güvenlikle ilgili düzenlemeler, sendikalarla ilgili düzenlemeler, asgari ücretle, çalışanların çocuklarının bakımı ve eğitimiyle, dinlenme ve çalışma saatleriyle ilgili kimi düzenlemeler amaca uygun biçimde yapılmazsa eğitim hakkı, sağlıklı yaşama hakkı da korunamaz. Bunun da ötesinde birçok insan hakkı ihlalinin temelinde yatan yoksullukla ilgili durumlar yetersiz beslenme, insanca yaşam için gereken bir barınağı sahip olmama, sağlıksız koşullar neredeyse tek temel hak görülen yaşama hakkının korunmasını da olanaksız kılar.

Bazı yurttaşların temel haklarının çiğnendiği ya da korunmadığı ülkeler adaletin olmadığı yerlerdir. Hakları korunan kimi yurttaşlar her ülkede vardır. Bir ülkedeki durum ne kadar adaletten veya sosyal adaletten uzak olursa olsun, o ülke tüm haklarını kullanan kimi yurttaşlar mutlaka vardır. Ama bir ülkede kimi yurttaşların hakların hakları korunurken, kimi yurttaşların hakları diğer yurttaşlar veya devlet tarafından göz ardı ediliyor veya çiğneniyorsa, devlet de buna seyirci kalıyor, hak kaybını önlemek için yapması gerekenleri yapmıyorsa, o ülkede adalet (ve sosyal adalet) yoktur.

Kuçuradi'nin adalet, sosyal adalet ve sosyal adaletsizliğe ilişkin çözümlenmeleri ve kavramlaştırmaları, adaletin ve sosyal adaletin doğrudan haklarla ilintili olduğunu, kimi hakların ya da kimilerinin haklarının korunmaması sonucu ortaya çıktığını göstermektedir. Genel olarak adaletsizliğin –aynı zamanda siyasal bir soru olsa da– etik bir sorun olduğu, hak çiğneme ve hakları göz ardı etmeyle ilgili olduğu görülmektedir. Bu nedenle haklarla ilişki kurmadan adaletten ve adaletsizlikten söz etmek de mümkün değildir. Farklı türden haklar olduğu gibi, hakları çiğnemenin ve göz ardı etmenin de farklı şekilleri vardır. Bunlar ise adaletsizliğin farklı şekilleridir. Yukarıda ortaya konan işte bu farklı şekilde, farklı öznelerde karşımıza çıkan adaletsizliklerdir. Kuçuradi farklı düzeylerde karşımıza çıkan adaletsizliklere insan hakları açısından bakarak, kişi dü-

zeyinde, ülkeler düzeyinde ve dünya düzeyinde adaletsizliklerin farkını –bu arada ortaklıklarını da- ortaya koyar.

*Kişi düzeyinde* “bakıldığında adaletsizlik, kişilerin bazı haklarının doğrudan veya dolaylı olarak çiğnenmesine yol açan veya yaşanmasını engelleyen bir muamele biçimi olarak ortaya çıkıyor. Bu muamele sonucu kişilerin haksızlığa uğradığı söyleniyor” (Kuçuradi 2007a: 31). Adaletsizlik haksızlığa uğrama durumunun adı olmakta, bu da kişi düzeyinde etik bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

*Ülkeler düzeyinde* “adaletsizlik bugün, bir devletin bir kısım yurttaşlarının temel haklarının başka yurttaşlar tarafından çiğnendiği ya da göz ardı edildiği zaman, etkili bir şekilde müdahale etmediği durumlarda, ya da kendi organlarıyla bu hakları çiğnediği veya mevcut koşullarda bu hakların gereklerini yerine getirmediği-getiremediği zaman ortaya çıkıyor” (Kuçuradi 2007a: 31-32). Ülkeler düzeyindeki adaletsizlik durumları da yurttaşların haklarının korunmadığı, korunamadığı ya da çiğnendiği durumlardır. Devletlerin kendilerine düşeni yapmadıkları veya yapamadıkları durumlardır. Bunun sonucunda ise bazı insanların temel hakları ya da insan hakları korunamamaktadır. Bu durumdan zarar görenler ise şu ya da bu kişilerdir. Bu nedenle sorun siyasal olduğu kadar etik bir sorundur.

*Dünya düzeyinde ise adaletsizlik*, “belirli koşullarda temel kişi haklarının zorunlu sonuçları olan grup haklarının grup çıkarları lehine çiğnendiği ya da göz ardı edildiği durumda ortaya çıkar” (Kuçuradi 2007a: 32). Bazı ülkelerin yurttaşlarının temel hakları korunurken bazılarınınki korunamadığında yaşanan durumdur küresel adaletsizlik. Bazı devletlerin ya da ülkelerin yurttaşlarının temel hakları korunurken, diğer bazı ülke veya bölgelerin insanlarının temel hakları korunamıyorsa, bazı ülkelerde insanlar lüks içinde yaşayıp tüketim rekorları kırarken, bazı ülkelerde kimi insanlar hayatlarını sürdürmek için gereken temel gıdalara ulaşmada güçlük çekiyorlarsa, bu durum küresel adaletsizlik ya da sosyal adaletsizliktir. Kişi başına düşen milli gelir açısından ülkeler arasında uçurumlar bunun temel nedenlerinden biridir, ama tek neden değildir.

Öte yandan, diğer koşullar ne olursa olsun, zengin ve fakir ülkeler arasında uçurumun olduğu bir dünyanın adil bir dünya olmadığı, olamayacağı açıktır.

Aynı şeyi bir ülkede adaletin olması ile dünyada adaletin sağlanması için de söyleyebiliriz. Tek tek ülkelerde adalet sağlanmadan dünyada adalet sağlanabilir mi? Soruyu tersine çevirip, “dünyada adalet sağlanmadan bir ülkede adaletin sağlanması ne kadar mümkündür?” diye de sorabiliriz. Kuşkusuz bir ülke, gelir dağılımındaki adaletsizlikleri azaltarak, zenginlikleri ve yoklukları yurttaşlarına –mümkün olduğunca- eşit bir biçimde dağıtarak ülkede adaletsizlikleri azaltabilir, adaleti sağlayabilir. Ama dünyanın başka ülkelerinde adaletsizlikler derinleşerek sürüyorsa, bu ülkenin dünyadaki bu sosyal adaletsizlik durumundan etkilenmemesi mümkün müdür? Günümüzde yoğun bir biçimde yaşadığımız gibi, sosyal adaletsizliğin ve eşitsizliğin egemen olduğu ülkelere, bu sorunların olmadığı ülkelere olan göçler önlenemez hale gelmiştir. Yoksulluk ve can güvenlikleri nedeniyle ülkelerini terk edenlerin, bu sorunların olmadığı ülkelere yönelişlerini durdurmak güçleşmiştir. Tel örgüler ve duvarlar örülerek sığınmacı göçü durdurulmaya çalışılmaktadır. Kısa da dünyanın kimi ülkelerinde yoksulluk, adaletsizlikler, ayrımcılıklar yoğun bir biçimde yaşanıyor, insanların temel hakları korunamıyorsa, bu sorunların olmadığı ülkelerin bundan etkilenmeden yaşamlarını sürdürmeleri mümkün görünmemektedir. Dünyanın bir bölümünde yangın varsa, bu yangını başka ülkelere sıçraması belki önlenemez, ama diğer ülkelerin bu yangının dumanından veya küllerinden etkilenmesi pek önlemez. Bu nedenle başta BM ve dünyanın güçlü devletleri olmak üzere dünyada küresel düzeydeki adaletsizlikleri giderecek, yoksulluğu azaltacak, zengin ve fakir arasındaki uçurumu kapatacak önlemleri almaları, küresel adaleti sağlamak için adımlar atmaları gerekmektedir. Bu yapılmadıkça ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve terör gibi, şiddeti ve savaşları besleyen oluşumlar engellenemeyecek, dünyanın bugün olduğundan çok daha karanlık bir çağa sürüklenmesi kaçınılmaz olacaktır. Tüm bunların durdurmanın yolu ise yerel ve küresel düzeyde sosyal adaletsizliklerle mücadele edilmesi ve adaletin tesis edilmesi için çaba gösterilmesidir.

Diğerleri gibi küresel adaletsizlik de hem politik hem de etik bir sorundur. Diğerlerinde olduğu gibi burada da hakların korunamaması ya da çiğnenmesi durumuyla karşılaşmaktayız. Bu nedenle hangi düzeyde olursa olsun, taşıyıcısı kim olursa olsun adaletsizlik durumu bir hak ihlali durumudur ve hakları ihlal edilenler her durumda bazı kişiler oldukları – yurttaşlar da tek tek kişilerdir- ve kişiler haksızlığa uğradıkları için de sorun politik olduğu kadar etik bir sorundur. Adalet, sosyal adalet ve insan haklarını birbirlerine ayrılmaz bir biçimde bağlayan da üçünün de etik temelli kavramlar olması, belli koşullarda etik bakışı veya etik duyarlılığı dillendiren kavramlar olmalarıdır. Bu nedenle günümüz koşullarda her adalet ve sosyal adalet söylemi bir insan hakları söylemi, aynı zamanda etik bir söylemdir. Üçünü ayrılmaz kılan, diğerine başvurmadan kendisinden söz edilmesini bile olanaksız kılan adalet, sosyal adalet ve insan hakları idelerinin etik ideler olmalarıdır. Adalet neredeyse insanlık tarihi kadar eski etik ide iken, sosyal adalet ve insan hakları daha yakın tarihlerde oluşturulan ideler veya kavramlardır. Ama üçünün de ortak yanı etik bakışın ya da etik duyarlılığın sesi olmalarıdır. Bu sesin insanlık sürdükçe devam edeceğini söylemek bir kehanet olmasa gerektir.

### **Kaynakça**

**Akıllıoğlu, T.** (2013), “Adalet ve İnsan Hakları”, *Adalet Kavramı*, A. Güriz (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Barry N. P.**, (1989), *An Introduction to Modern Political Theory*, Macmillan.

**Cook, K. S.**, (1987), “Distributive Justice”, *Political Science and Political Theory*, J. Kuper (ed.), Routledge and Kegan Paul, ss. 54-56.

**Erdoğan, M.**, (2013), “Özgürlük, Adalet, Refah”, *Adalet Kavramı*, A. Güriz (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Güriz, A.**, (2013), “Adalet Kavramının Belirsizliği”, *Adalet Kavramı*, A. Güriz (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Gürkan, Ü.**, (2013), “Sosyal Adalet”, *Adalet Kavramı*, A. Güriz (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Kuçuradi, İ.**, (2007a), “Adalet Kavramı”, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Kuçuradi, İ.**, (2007b), “Felsefe ve Sosyal Adaletsizlik”, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Rawls, J.**, (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Massachusetts.

**Rawls J.**, (1973), “Distributive Justice”, E. S. Phelps (ed.), *Economic Justice: Selected Writings*, Penguin Books, Baltimore.

**Savaş, F. V.**, (2013), “Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üstüne Düşünceler”, *Adalet Kavramı*, A. Güriz (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.

**Ünder, H.**, (1996), *Çevre Felsefesi*, Doruk Yay., Ankara.

**Vlastos, G.**, (1992), “Justice and Equality”, *Theories of Rights* J. Waldron (ed.), Oxford University Press, Oxford, ss. 41-76.



■ Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR\* ■

## AIHM'İN GAYRİMENKUL MÜLKİYETİ VE İMAR HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINA YAKLAŞIMINDAN KESİTLER ve KARAR ÖRNEKLERİ

JURISPRUDENCE EXAMPLES AND PARTS REGARDING APPROACH OF  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO DISPUTES OF REAL PROPERTY AND ZONING LAW

### ÖZET

Mülkiyet hakkı, bir insan hakkı olarak 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile korunmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu bakımdan mülkiyet hakkını korumak, devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülüğünü gerektiren bir haktır. Mülkiyet hakkına müdahale, imar uygulamaları ile yaygın şekilde gerçekleşmektedir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkını etkileyen imar uygulamalarına ilişkin içtihadı önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları, İmar Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı.

#### ABSTRACT

The right to property is protected as a human right by Article 35 of the 1982 Constitution numbered 2709 and Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. Pursuant to the last paragraph of Article 90 of the Constitution, "In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail." In this regard, protecting the right to property requires positive and negative obligations of the State. Intervention to the right to property is mostly realized through zoning practices. In this respect, the jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning the zoning practices affecting the right to property is important.

**Keywords:** Right to Property, European Convention on Human Rights, Human Rights, Zoning Law, Jurisprudence of European Convention of Human Rights

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı ve İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, oguz.sancakdar@deu.edu.tr.



## I. AİHS BAĞLAMINDA MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), 20 Mart 1952 tarihinde imzaya açılan ve 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe giren Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesindeki "Mülkiyetin<sup>1</sup> Korunması" başlıklı maddeye göre "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelere uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise "mal ve mülk" kavramını özerk (otonom) şekilde geniş yorumlamakta, giderek çeşitli ekonomik varlıkları dâhil etmektedir. Mal ve mülk kavramı; maddi bir varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallar yanında, maddi varlığa sahip olmayan hak ve menfaatleri, malvarlığına dâhil her türlü aktif, mali ve ekonomik değeri içeren bir kavramdır<sup>2</sup>. Bu ekonomik değerlerin halen somut surette ya da hiç olmazsa "meşru beklenti" niteliğinde olması zorunludur<sup>3</sup>. İleride gerçekleşmesi kuvvetli ve haklı bir beklenti niteliğinde olmayan, sadece bir ihtimal, yani ihtilafın ileri sürüldüğü anda somut bir varlığa sahip bulunmayan, iktisadi değerinin de ne olduğu kesin olarak

<sup>1</sup>T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_kilavuz.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_kilavuz.pdf)) (Erişim Tarihi: (05.10.2019)

<sup>2</sup> Gölcüklü Feyyaz/Gözübüyük Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2003, sh.418; Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/ Önok Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, sh.645 vd; Ateş Umut, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı", *Hukuk Gündemi Dergisi*, S.1 (Aralık 2005), sh.83; Mursal Nurten, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi: 24.12.1006), sh.2; Bal Süleyman, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkının Korunması", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi 24.12.1006), sh.3.

<sup>3</sup> Beyazıt İbrahim Hakkı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları*, sh. 447.

bilinemeyen hak ve menfaatler, maddenin koruması altında değildir. Maddeden anlaşılacağı üzere 1. fıkrada mülkiyet hakkının kamu yararı nedeniyle sınırlanması, 2. fıkrada ise devletin mülkiyetin genel yarara uygun olarak kontrolü yetkisi düzenleyerek sınırlı bir mülkiyet hakkı tanımaktadır<sup>4</sup>.

*Pine Valley Developments Ltd/İrlanda davası*, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamının geniş yorumlandığını gösteren davalardan biridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Protokol'ün 1. maddesinin belli bir uygulamanın gerçekleşeceği yönünde meşru bir beklentiyi koruma altına alabileceğini belirtmektedir. Olayda, İrlanda'da, çerçeve imar planında sanayi bölgesi içinde görülen bir taşınmazın bulunduğu arsa, daha sonra yeşil alana dönüştürülmüştür. Bu işleme karşı açılan davada, yerel mahkeme iptal kararı vermiştir. Taşınmaz alım satımı ile uğraşan bir şirket, yargı kararından sonra tekrar sanayi bölgesi olacağı umuduyla büyük paralar ödeyerek arsayı satın almıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, hukuka aykırı olması ve yetki tecavüzü bulunması nedenleriyle, sanayi bölgesi imar planı taslağını tümüyle iptal etmiştir. Başvurucunun sanayi geliştirme çerçeve planındaki izne dayanarak 1978 yılında satın aldığı taşınmazla ilgili planın, 1982 yılında Yüksek Mahkeme'ce iptali, mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, izin iptaline kadar geçen sürede, başvuranın arazi üzerinde sanayi geliştirme konusunda en azından meşru bir beklentisinin bulunduğunu belirtmiştir. Bu meşru beklentinin, 1 No'lu Protokolün 1. maddesine göre, arazinin bir bölümü olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır<sup>5</sup>. Türkiye'ye karşı kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi sonucu ilgililerin enflasyon nedeniyle uğradıkları zararlar, AİHM'nin

<sup>4</sup> Özdek Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi-AİHM Kararlarında Türkiye, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 2004, sh.296-297*; Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, sh.529; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, sh.646; Gözübüyük/Gölcüklü, sh.420; Mursal, sh.3.

<sup>5</sup> Dinç Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", [http://www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc\\_mulkiyet\\_hakki\\_www.rightsagenda.org.doc](http://www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc_mulkiyet_hakki_www.rightsagenda.org.doc) (Erişim Tarihi:24.12.2006), sh.21. Karabulut Mustafa, "Mülkiyet Hakkı (İHAS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi:24.12.2006),

07.07.1989 tarihli Tre/Traktörler/AB kararında restoran işletmesiyle ilgili ekonomik menfaatler Ek 1 No’lu Protokol m.1 kapsamında ele alınarak devletin sorumluluğunu doğurmuştur<sup>6</sup>.

### A. Uyuşmazlıklara Uygulanan Üç Ana İlke

1 No.lu Protokol’ün 1.Maddesi üç belirgin kuraldan oluşmaktadır. Bu ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, ilk defa 23.09.1982 tarihli *Sporrongand Lönnroth/İsveç* davasındaki kararlar ortaya konmuştur<sup>7</sup>. Dava, uzun süreli kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarının taşınmazlar üzerinde doğurduğu sonuçlarla ilgilidir.

İsveç’in Stockholm kentinin merkezindeki bazı çok değerli mülkler (bina ve arsalar) dava konusu olmuştur. İl İdare Kurulu, bu mülkler üzerinde alanın geliştirilmesi amacıyla gerekli olduğuna karar vererek iki farklı tür önlem uygulamıştır: Kamulaştırma izinleri yani mülklerin gelecekte kamulaştırılabileceği ve inşaat yasakları (her tür inşaat yasaklanmaktadır). Mülklerden birine 23 yıllık bir kamulaştırma izni ve 25 yıllık bir inşaat yasağı getirilmektedir. Başka bir mülke de 8 yıllık bir kamulaştırma izni ve 12 yıllık bir inşaat yasağı uygulanmaktadır. Bu önlemlerin geçerli olduğu süre boyunca mülkün satılması güçtür. Nitekim Bayan Lönnroth’un mali durumu taşınmazı satmaya zorlamış ve 1970 ile 1975 yılları arasında yedi kez satmaya teşebbüs etmiş, ancak alıcılar Belediye’ye danıştıktan sonra taşınmazı almaktan vazgeçmişler, başvuru zaman zaman kiracı dahi bulmakta zorlanmıştır. Önlemler, yeni imar planlarının uygulanması için Belediye’nin bu taşınmazlara sahip olmasına gerek kalmadığından, planlama politikasındaki bu değişiklik nedeniyle daha sonra kaldırılmıştır. Mülklerin söz konusu önlemlerden etkilendiği süre için başvuruculara herhangi bir tazminat ödenmemiştir.

<sup>6</sup> Tezcan/ Erdem/Sancakdar, sh.647 vd.

<sup>7</sup> Case of Sporrongand Lönnroth v. Sweden, 23 Eylül 1982 tarihli karar, (başvuru No: 7151/75, 7152/75) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>; Demir Hasan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 No’lu Protokolü’nün 1. Maddesi Kapsamında; Mülkiyet Hakkına İlişkin Bir Sunum”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi:24.12.2006), sh.2; Yalçinkaya Hamza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi:24.12.2006).

Mülkün sahipleri 1 No'lu Protokol'ün 1.maddesi uyarınca mal ve mülklerini barışçıl bir şekilde kullanma haklarına müdahale edildiği gerekçeyle AİHM'e şikayette bulunmuşlardır.

AİHM'nin cevaplaması gereken ilk soru, 1.madde uyarınca mülke herhangi bir müdahale bulunup bulunmadığını tespit etmektir. İsveç hükümeti, kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarının şehir planlamasının ayrılmaz bir parçası olduğu ve mülklerin dokunulmazlığını hiçbir şekilde zedelediği savını ortaya koymuştur. Ancak AİHM bu savunmayı kabul etmeyerek, mülk sahiplerinin mülklerinin tapusu (yani mülkiyeti) ellerinden alınmamakla birlikte, uygulamada mülkiyet hakkını kullanma imkânlarının önemli ölçüde azaldığını belirtmiştir. Kamulaştırma izni, maliklerin sahibi oldukları şeyleri kullanma ve tasarruf etme haklarına dokunmadığı halde, pratikte bu hakların uygulanma olasılığını önemli ölçüde düşürmektedir. Ayrıca söz konusu yasak ve izin, kamulaştırma yapılmadan önce her türlü kamulaştırmanın hukuka uygunluğunu tanımakta ve Stockholm Belediyesi'ne gerekli gördüğü her zaman kamulaştırma yapma yetkisi vererek *mülkiyetin özüne* dokunmaktadır. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin hakkı istikrarsız ve terk edilebilir hale getirilmiştir. Mahkeme ayrıca inşaat yasakları ile kamulaştırma izinlerini, somut olaya göre bir ayırım yapılması gerekmedikçe, kural olarak bir arada incelenmesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü bu tedbirler arasında zorunlu bir hukuki bağlantı olmamasına ve hatta geçerlilik sürelerinin farklı olmasına rağmen, birbirlerini tamamlayıcı olup, ardı ardına yapılan imar planlarına uygun bir şekilde kentin geliştirilmesi amacını kolaylaştırıcı olma gibi tek bir amaca sahiptir. Somut olayda kamulaştırma izinleri ile inşaat yasaklarının uzun bir süre ve birlikte kullanılmış olması, müdahalenin sonuçlarını ağırlaştırmıştır. AİHM, kamulaştırma izinleri yoluyla başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkının “zayıf ve sarsılabilir” olduğunu ortaya koymuştur. Dolayısıyla mahkeme, başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkına bir müdahale olduğuna karar vermiştir. 1.maddenin analizinde, üç kuralın esas olduğunu ortaya koymuştur<sup>8</sup>:

<sup>8</sup> Gemalmaz H. Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, sh. 5.

1. Birinci kural; mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesidir. Mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma hakkını beyan etmektedir. Mal veya mülke müdahalede bulunulmuş mudur? Bu husus, birinci fıkranın birinci cümlesinde ifade edilmektedir.

2. İkinci kural; mal ve mülkten yoksun bırakılmayı içerir. Bu belli koşullara bağlanmakta olup, aynı fıkranın ikinci cümlesinde ortaya konulmaktadır.

3. Üçüncü kural; devletlerin genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkün kullanımını kontrol etme yetkisini tanımaktadır. Bu hususa ikinci fıkrada yer verilmiştir<sup>9</sup>.

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediği belirlenirken, öncelikle başvuranın 1. madde kapsamına giren bir mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bakılacak, mülkiyet hakkının varlığı tespit edilince, ikinci adım olarak bir müdahalenin olup olmadığı dikkate alınacak ve nihayet, müdahalenin türü, yani üç kuraldan hangisinin uygulanacağı belirlenecektir. Bu üç kural uygulanırken Mahkeme birinci kurala uygunluk bulunup bulunmadığını düşünmeden önce, son iki kuralın uygulanabilir olup olmadığını belirlemelidir<sup>10</sup>.

## 1. Mal ve Mülkün Dokunulmazlığı İlkesi

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci kuralı “*Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır*” şeklindedir ve diğer kuralların uygulanmadığı bütün diğer durumlarda uygulanabilecek “genel” bir kural olarak açıklanabilir<sup>11</sup>. Bir önlemin mülkün kullanımına veya dokunulmazlığına müdahale etkisi

<sup>9</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrong ve Lönnroth/İsveç Başvurusu, 23.09.1982, Başvuru No:7151/75, <http://ihami.anadolud.edu.tr/aihmgoster.asp?id=55> (Erişim Tarihi:24.12.2006)

<sup>10</sup> Kararbulut, “Mülkiyet Hakkı (İHAS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar”.

<sup>11</sup> Yalçınkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları”; Bal, sh.5; Ateş, sh.84.

taşıdığı, ancak tam bir kazanca dönüşmediği ve mülkün kullanımının kontrolü amacını taşımadığı durumlarda geçerlidir<sup>12</sup>.

Birinci kuralın Sporrong ve Lönnroth/İsveç davasında başvuru-  
cuların mülkleri üzerinde uygulanan kamulaştırma izinleri konusunda  
geçerli olduğu kararına varılmıştır. Bu davada, yürütme organlarının  
uygulamalarıyla (imar planları ile getirilen kullanım sınırlamaları)<sup>13</sup>;  
imar planları ile kamulaştırma kapsamına alınan taşınmazlarına yapılaş-  
ma yasağı getirilmesine karşın hiçbir işlem yapılmadan, 25 ve 12 yıl sür-  
dürülen bu yasakların daha sonra kaldırılması durumunda hak sahipleri-  
ne tazminat ödenmemesi, Sözleşme'nin ihlali olarak benimsenmiştir.  
Bu davada mahkeme, mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma bakımın-  
dan toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının ko-  
runması arasında denge kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır.  
Sözleşme'nin bütününe hakim olan bu ilkenin, 1. No.lu Protokol'ün 1.  
maddesine de yansıdığını belirtmiştir. Sözleşmeci devletlerin büyük şe-  
hirlerin gelişmeleri gibi karmaşık ve zor bir alanda kendi imar politika-  
larını uygulamak için geniş bir takdir alanı kullanmaları doğaldır. Ancak  
kurulması gereken dengenin “mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma”  
hakkına uygun bir biçimde kurulup kurulmadığına karar vermek zorun-  
ludur. O tarihte İsveç'te yürürlükte bulunan mevzuatın esnek olmadığı,  
kamulaştırma izninin belediyenin rızasını gerektiren tamamen geri alın-  
ma istisnası dışında, mülk sahiplerinin durumunu değiştirecek hiçbir  
araç sağlanmamıştır. Başvurucuların uzun bir dönem boyunca mülki-  
yetlerinin istikbali konusunda tamamen belirsiz bir durumda bırakılmış  
oldukları ve karşılaşmış oldukları bu güçlükleri İsveç hükümetinin dik-  
katine sunma olanağının da bulunmadığı mahkemece tespit edilmiştir.  
Mahkeme, Stockholm Belediyesi'nin imar planlarını uygulamadaki ka-  
mulaştırma menfaatini anlamakta ancak Belediye'nin ve mülk sahipleri-  
nin menfaatlerinin makul aralıklarla yeniden takdir edilmesi imkânına  
yer verilmemesini anlayamamaktadır. Mahkeme, aynı zamanda inşaat  
yasağının bütün bu dönem boyunca varlığını sürdürmesinin, kamulaş-

<sup>12</sup> Demir, sh.2; Mursal, sh.4; Bal, sh.5.

<sup>13</sup> Dinç, sh.20.

tırma izinlerinin uzunluğunun zararlı sonuçlarını artırdığını tespit etmektedir. Tüm bunlar bakımından m.1'e aykırılık söz konusudur.

Kuralı ilgilendiren bir başka dava ise, kamulaştırmaz el atma ile ilgili *Erkner ve Hofauer/Avusturya* Davasıdır. Olayda İlçe Tarım Müdürlüğü'nün kararı ile 266 hektarlık arazinin toplulaştırılması işlemi başlatılmıştır. Toprak reformu amacıyla taşınmazları kamulaştırma kapsamına alınıp geçici olarak başkalarının ve kamunun kullanımına verilen başvuruçulara, ulusal düzeydeki yargılamanın 17 yıl sürmesine karşın, kesin kamulaştırma yapılmaması nedeniyle herhangi bir bedel (tazminat) ödenmemiştir. Mahkeme önce Avusturya makamlarının resmen ve fiilen kamulaştırmada bulunmadıklarını, yapılan naklin geçici olup, ancak toplulaştırma planının yürürlüğe girmesi halinde kesinleşeceği, işlemin önceki aşamasında yapılan dağıtımın nihai planla teyid edilmezse başvuruçuların yerlerini geri alabileceği, bu durumda 1.No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi bakımından kesin olarak "maliki oldukları şeyden yoksun bırakıldıklarının söylenemeyeceği"ni belirlemiştir.

Geçici naklin hedefinin esas itibariyle toprağın kullanılmasını kontrol etmek veya kısıtlamak da olmadığı "geçici malikler" tarafından gelişmiş ve rasyonel bir çiftçilik yapılması için toplulaştırılacak alanların önceden yapılandırılmasının md.1/1 cümle 1'in kapsamında ele alınması gerektiği belirlenmiştir. Mahkeme; yasama organının, toplulaştırma işleminin erken bir aşamasında söz konusu yerlerin geçici nakli yetkisi vermekle, genel olarak yer sahiplerinin ve toplumun menfaati için, bu yerlerin devamlı ve ekonomik surette işlenilmesini sağlamak istediğini, başvuruçuların verilen nakil kararının sonucu olarak yerlerini kaybettikleri ancak kendilerini tatmin etmese bile karşılık olarak başka yerler aldıklarını ancak buna rağmen yine de mevcut sistemin esneklikten yoksun olduğunu belirtmiştir. Çünkü, bir toplulaştırma planının yürürlüğe girmesinden önce, yer sahiplerinin durumlarında değişiklik yapılması için veya kesin olarak yerlerin verilmesine kadar uğramış olabilecekleri zararların tazmin edilmesi için bir vasıta öngörülmediğine değinmiştir. O halde mevcut davanın şartları içinde mülkiyet hakkının korunması ile

kamu yararı arasında bulunması gerekli denge bulunmamakta, mülklerin nihai istikbali konusunda belirsiz durumda kalan başvuru sahiplerinin ölçsüz/orantısız bir külfet taşımak zorunda bırakıldığından md.1'in ihlali sonucuna varılmıştır<sup>14</sup>.

## 2. Mülkten Mahrum Bırakma

AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.1/1'in ikinci cümlesi ile *"Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir"* hükmünde yer alan *mülkten mahrum bırakma*<sup>15</sup> kararı vermek için sadece resmi bir kamulaştırma veya mülkiyet devri olup olmadığını araştırmak yetersizdir. Ayrıca mülkün de facto alınıp alınmadığı da incelenmelidir<sup>16</sup>. Ayrıca *Devletler mülkiyet hakkının genel menfaate uygun olarak kullanılmasını (vergilerin veya başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini) sağlamak için gerekli düzenlemeleri yapabilecekler; söz*

<sup>14</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Erkner ve Hofauer/Avusturya Başvurusu, 23.04.1987, Başvuru No:9616/81, <http://ihami.anadolud.edu.tr/aihmgooster.asp?id=127>.

<sup>15</sup> Buna iç hukukumuzda örnek olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi verilebilir. Bu maddeye göre; Kamulaştırmazsı el atma yoluyla fiilen kamu hizmetinde kullanılan taşınmazın, malik, zilyed veya mirasçılarının her türlü dava hakkının yirmi yıl geçmekle düşeceği hükmüne bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi 10.04.2003 günlü E:2002/112, K.2003/33 sayılı kararıyla yirmi yıllık süre sonunda dava hakkının düşmesi ve taşınmazın hiç bir karşılık ödenmeden idareye geçmesinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması aşım, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gerekçesiyle, Anayasa'nın 2, 13, 35 ve 46. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca Yüksek Mahkeme kararının son kısmında Ek Protokol'ün 1. maddesini de destek norm olarak kullanmış, AİHM'nin kamulaştırmazsı el atmayı ilgili üç kararına atıfta bulunmuştur.

Bir başka örnek de 3194 s. İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılan arsa ve arazi düzenlemesidir. Yasaya göre imar planı uyarınca yapılan parselasyon ile düzenleme alanındaki parsellerin ekonomik değerlerindeki olumlu etkilenme hepsinde eşit ve aynı olmamaktadır. Şöyle ki; düzenleme sonrasında yeni tahsis edilen taşınmaz eski değerinde değilse meydana gelen değer artışı ile DOP oranı arasındaki fark üstü kapalı bir kamulaştırma sayılabilir. Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca bedeli ödenmeden kamulaştırma yapılamaz. Davacının taşınmazının değer kazandığı ve DOP olarak kesilen bölümlü kamu hizmetlerinde kullanıldığından gerekçesiyle, 3194 s. Yasa'nın 18. maddesinde tek bir DOP oranının kabul edilmesi konusunda Anayasa'ya aykırılık itirazı reddedilmiştir (21.06.1990, E.1990/8, K.1990/12) Ancak kararda, değer artışının tüm taşınmazlar için aynı olup olmadığı ve mutlak bir değer artışı meydana gelip gelmediği irdelenmemiştir. Uygulama sonucu, taşınmazın belirli bir oranı kesildikten sonra değerinde azalma olduğu görülmektedir (Kurçenli Selim, "AİHS ve AİHS Kararları Çerçevesinde Temel Hak ve Özgürlükler, Mülkiyet Hakkı ve İdare Hukuku İlişkileri Üzerine Çalışma", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm>. Belirtelim ki söz konusu DOP oranı son değişikliklerle %45'e çıkarılmıştır. Bu oranın oldukça yüksek ve ölçsüz olduğu görüşündeyiz.

<sup>16</sup> Demir, sh.8; Yalçınkaya, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları"; Mursal, sh.5; Bal, sh.6.



*konusu hakka öngörülen şekilde bazı kısıtlamalar getirebileceklerdir. (Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin, 2. fıkrası).*

Sporrong ve Lönnroth/İsveç davasında İsveç, Stockholm'deki mülk üzerinde kamulaştırma izinleri ve yasaklama emirleri uygulamıştır. AİHM; olaydaki gibi resmen bir kamulaştırma, yani mülkiyetin devri yapılmadıkça, Mahkeme görünüşün ardına geçmek ve şikayet konusu durumdaki gerçekleri araştırmak durumundadır<sup>17</sup>. Sözleşme, hakları “pratik ve etkili” şekilde güvence altına almayı tasarladığından, başvuruların savunduğu gibi bu durumun fiili kamulaştırma (de facto expropriation) olup olmadığını araştırmak zorundadır. Olayda hak, özünden bazı şeyler yitirmekle birlikte, tümüyle kaybolmamıştır. Söz konusu kamulaştırma ve inşaat yasaklarının sonuçları, mülkiyetten yoksun bırakmaya indirgenebilecek türden değildir. Mahkeme bu bağlamda, başvuruların mülklerinin Stockholm'deki kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarından etkilenmesi nedeniyle satma imkânının zor hale gelmesine rağmen, mülklerini kullanabilme ve satabilme imkanına sahip olduklarına, bu nedenle davada md.1/1 cümle 2'nin uygulama imkanı olmadığına karar vermiştir.

Öte yandan bir mülkün hangi koşullarda alınmış sayılacağı konusuna yaklaşım genel uluslararası hukukun kabul ettiği yaklaşım, ile çakışmaktadır.

De facto kamulaştırma anlamına gelen önlemlere bir başka örnek, **Papamichalopoulos/Yunanistan** Davasıdır. Askeri yönetim döneminde davacıların kıymetli mülkü askeri tesisler yapılmak üzere bedelsiz olarak donanmaya devredilmiş, Deniz Kuvvetleri personeli için dinlenme tesisleri yapımına girilmiş ve daha sonra çıkarılan bir kararname ile söz konusu arazinin de içinde bulunduğu bölge, askeri alan ilân edilmiştir. Başvuruların ulusal mahkemelere yaptıkları başvurular sonuç vermemiş, 1974 yılında demokrasiye geçildikten sonra hükümet, bu arazi üzerindeki başvuruların haklarını tanımış, ancak arazi üzerinde

<sup>17</sup> Carss-Frisk Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 90, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, sh. 21.

tesisler yapılmış olduğundan, arazinin geri verilemeyeceği, ancak eş değer başka bir arazinin verilmesi yönünde karar almıştır. Bununla beraber AİHM'nin kararına kadar başvuru için eş değerde bir yer bulunmamıştır. AİHM 1967'den itibaren arazinin hiçbir şekilde kullanılmadığı, karşılığında hiçbir bedel ödenmediğini dikkate alarak, resmi olarak mülkiyet devri söz konusu olmadığı halde tecavüz şeklinin "fiili kamulaştırma" anlamına geldiğini, başvuru sahiplerinin mülklerini kullanmama ve yararlanmamaları nedeniyle, olayı 2. ilke bağlamında ele almıştır<sup>18</sup>.

### 3. Kullanımın Kontrol Edilmesi

AİHS md.1/2'de "Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez" şeklindeki düzenleme ile geliştirilen üçüncü kural, **mülke müdahale niyet** bulunduğu veya **mülkün kullanımını kontrol** olan bir yasa uygulaması girişiminde söz konusu olur<sup>19</sup>. Bu hüküm çerçevesinde

<sup>18</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, sh.647 vd.

<sup>19</sup> İç hukukumuzda mülkiyet hakkının kullanımının sınırlandırıldığı yasalara örnek olarak; 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca taşınmazın kamulaştırma amacıyla imar programına alınması, imar planları ile kamu hizmetlerine ayrılarak konut yapma hakkının engellenmesi, Kamulaştırma Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca; Milli Savunma inşaat ve tesisleri için, özel kişilerin mülkiyetindeki kireç, kum ve taş ocaklarının hiçbir bedel ödenmeden Milli Savunma Bakanlığı'na kullanılması, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu, 3621 Sayılı Kıyı Kanunu, 2560 Sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kanunu hükümlerine göre yasa kapsamındaki bazı yerlerde yapı yasağı getirilmesi, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca tescilli korunması gerekli Kültür ve Tabiat Varlığının Koruma Kurullarının izni olmadan inşaat ve fiziki müdahalede bulunulmaması, Milli Parklar Kanunu, Orman Kanunu, Gelibolu Yarımadası Milli Parkı Kanunu.

Mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesi ile ilgili olarak pratikte büyük sorunlara neden olan bir konuda, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında, imar planlarında park, yeşil alan, okul gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerde inşaat yapmanın yasak olduğu, üçüncü fıkrasında da imar planının tasdikinden 5 yıl sonra hizmeti gerçekleştirecek kuruluş tarafından yapımdan vazgeçildiğine dair olumlu görüş alınmadan yeni imar planı yapılamayacağı hükmü idi.

Anayasa Mahkemesi 29.12.1999 günlü E:1999/33, K:1999/51 sayılı kararıyla " İmar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanım şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki belirsizliğin, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak hukuki güvenliğini yok edeceği gerekçeleriyle bu yasal düzenlemeleri iptal etmiş, ancak uygulamada, yasal boşluğun doldurulmaması ve daha sonra Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, İdare Mahkemeleri'nce verilen iptal kararlarının Danıştay 6. Dairesi'nce bozulması üzerine hukuksal bir belirsizlik bulunmaktadır. (Bkz. İstanbul 1. İdare Mahkemesi 05.06.2002 günlü E:2001/1726, K:2002/784 sayılı, Danıştay 6. Dairesi 10.12.2002 günlü E:2002/4906, K:2002/5794 sayılı kararları)

İmar planları ile taşınmazın kullanımının kısıtlanmasına örnek Danıştay 6. Dairesi'nin 20.10.1993 günlü E:1992/4804, K:1993/3954 sayılı kararında ise, davacının taşınmazı 36 yıl boyunca, önce yol

yapılacak uygulamalar bireye tazminat talebinde bulunma hakkı sağlar. Örneğin vergiler, yükümlülükler ve para cezaları gibi önlemlerdir. Ancak, denetim organlarının kararlarına göre, ölüme bağlı tasarruflarla yapılan kısıtlamalar, kum ocağı işletme imtiyazı veya içkili lokanta ruhsatının geri alınması, belirli konut kiralılarının devlet tarafından tespit edilmesi veya bir ceza davasına ilişkin olarak malların müsaderesi gibi konular da bu madde çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak müdahalenin ön şartı; kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu ahlakı gibi gerekçelerin bu tür müdahaleleri haklı kılması ve müdahale için yasal bir dayanak bulunması gerekliliğidir.

Mülkiyet hakkına müdahalenin en belirgin örneği, kamulaştırmalardır. Kamulaştırmanın en önemli şartı olan tazminat konusuna Sözleşmede değinilmediği halde, AİHM verdiği kararlarında gerçek değeri üzerinden kamulaştırma işleminin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

**Yıltaş/Türkiye** Davasında, başvuru Yıldız Turistik Tesisleri Anonim Şirketi, 1987 yılında özel bir koruluk içerisinde bulunan 4 milyon m2 bir araziye yaklaşık 7,5 milyon ABD dolarına satın aldığı, bir kısmı için inşaat ruhsatını da elde ettiği halde, aradan birkaç ay geçtikten sonra kendisine 1977 tarihli bir kamulaştırma kararı tebliğ edilmiş ve kamulaştırma nedeniyle kurulan takdir komisyonunca arsa değeri yaklaşık 3,8 milyon ABD Doları olarak takdir edilmiştir. Bunun üzerine başvuru iç hukuk yolu olarak Asliye Hukuk Mahkemesi'ne kamulaştırma bedelinin artırım davası açmıştır. Açılan bu dava sonunda 68 bin ABD doları değer takdir edilmiştir. Bu olay AİHM'ye götürüldüğünde mahkeme 24.04.2003 tarihinde kamulaştırma bedelinin taşınmazın değerinin çok altında olduğundan bahisle, Ek-1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermiştir<sup>20</sup>. Bu kuralın arazi üzerinde inşaat

ve yeşil alan sonra yeşil alan ve açık pazar, daha sonra ise yeşil alan ve belediye hizmet alanı olarak ayrılmış, bu sürede hiçbir uygulama işlemi gerçekleştirilmemiş, malikin plan değişikliği teklifi idarece reddedilmiştir.

Danıştay Dairesi ilk derece mahkemesinin arazinin planlama sürecinin gösterdiği özelliğin tutarlık göstermediği, plan ara kararlarının bozulduğu ve planlamada aranan süreklilik ilkesinin zedelendiği yolundaki gerekçeyle verilen iptal kararını onamıştır (Kurçenli, sh.5-6).

<sup>20</sup> Bal, sh.7-8.

yasağına ilişkin Sporrong ve Lönnroth/İsveç Davası, planlama kontrollerine ilişkin PineValley Develop ments Ltd/İrlanda Davası, Mellacher/Avusturya (kiralanan mülkün kontrolüne ilişkin) Davası'nda da uygulandığı görülmektedir<sup>21</sup>. Sporrong ve Lönnroth/İsveç Davası'nda Mahkeme, inşaat yasaklarının açıkça ikinci fıkra anlamında başvuru tarafından “mülkiyeti kullanmanın kontrolü” olduğuna karar vermiştir. Öte yandan kamulaştırma izinlerinin, mülkiyeti kullanmayı sınırlama veya kontrol etmeyi amaçlamadığı, mülkiyetten yoksun bırakmaya yol açan sürece bir ilk adım olduğu ve olayın mülkiyetin dokunulmazlığı ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gereğine karar vermiştir<sup>22</sup>.

## B. Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Haklılığı

### 1. Meşru Amaç

AİHS 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki mülke yapılan herhangi bir müdahale, ancak meşru bir kamu yararına hizmet etme şartını yerine getirmesi durumunda haklı görülebilir<sup>23</sup>. Maddede ise müdahalenin amacı gösterilirken, *yoksun bırakma* halinde kamu yararı, *kullanımı düzenleme* halinde ise genel menfaat şartlarını öngörmektedir. Yani meşru amaç, kamu yararı ve genel menfaat kavramları ile ifade edilmektedir.

Mahkeme kamu yararını geniş yorumlamakla birlikte, meşru amaç değerlendirmesinde ulusal mercilere **geniş bir takdir marjı** tanımaktadır<sup>24</sup>. Neyin kamu yararı olduğu konusunda ise AİHM kanun koyucunun kararına açık bir biçimde makul bir temele dayanmaması dışında, saygı göstermektedir. “Devletin Takdir Hakkı”na ilişkin önemli bir karar Sporrong ve Lönnroth/İsveç Davasıdır. Bu dava sonucunda oluşan ilke

<sup>21</sup> Demir, sh.8.

<sup>22</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrong ve Lönnroth/İsveç Başvurusu, 23.09.1982, Başvuru No:7151/75, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=55> (Erişim Tarihi:24.12.2006)

<sup>23</sup> Yalçinkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları”; Karar, “Mülkiyet Hakkı (İHAS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar”.

<sup>24</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, sh.423; Yalçinkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları”; Bal,sh.9; Ateş, sh.84.

gereğince, mülke müdahale kavramına ilişkin olarak “... *Toplumlarını ve ihtiyaçlarını doğrudan bilmeleri sebebiyle ulusal merciler neyin “ kamu yararına” olduğunu uluslar arası bir hakime göre daha iyi belirleme imkanına sahiptirler. Bu nedenle, AİHS ile oluşturulan koruma sistemi içinde mülkten mahrum bırakma önlemlerini haklı kılacak bir kamu meselesinin varlığı ve alınacak önlemler konusunda ilk değerlendirmeyi ulusal merciler yapmak-tadırlar...*” şeklinde bir belirleme yapılmıştır. AİHS’nin koruması altındaki diğer alanlarda olduğu gibi burada da ulusal merciler belli bir takdir hakkına sahiptirler<sup>25</sup>. “**Kamu yararı**” kavramı oldukça geniştir. Özellikle de AİH Komisyonu’nun belirttiği gibi, mülkü kamulaştırma kanunları yürürlüğe koyma kararı genellikle siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını gerektirir. Bu konulardaki fikirler de demokratik bir toplum içinde epeyce farklılık gösterir. AİHM sosyal ve ekonomik politikaları uygulayan yasama meclisine sunulan takdir hakkının geniş olmasının doğal olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple, yasama organının neyin “kamu yararına” olduğu konusundaki kararına, açık bir biçimde makul bir temele dayanmaması hali dışında, saygı gösterecektir. Kısaca AİHM kendi değerlendirmesini ulusal yetkili mercilerin değerlendirmesinin yerine koyamamakla birlikte, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi uyarınca ileri sürülen önlemleri incelemek ve bunu yaparken ulusal yetkili mercilerin dikkate aldığı hususları sorgulamaktadır<sup>26</sup>.

Mahkemenin ulusal mercilere tanıdığı **takdir marjına** ilişkin *Tre Traktörer AB/İsveç* Davasında restoran işleten bir şirketin idareden aldığı ruhsata dayanarak alkollü içki satmasına karşın vergilerini ödemesi nedeniyle, ruhsatın iptali söz konusudur. İsveç’in içki tüketimiyle ilgili sosyal politikaları nedeniyle, izlenen meşru amaç göz önünde bulundurulduğunda, bu olayda başvuruçunun ekonomik çıkarları ile İsveç toplumunun **genel yararları** arasında ölçülülük bulunduğundan, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir (*Tre Traktörer AB/İsveç, 1989*). Çoğu zaman sözleşme organları ulusal mercilerin kamu yararı konusunda yaptıkları değerlendirmeyi kabul etmekte, kamu ya-

<sup>25</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrang ve Lönnroth/İsveç Başvurusu, 23.09.1982, Başvuru No:7151/75, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=55>

<sup>26</sup> Bal, sh.10.

rarı amacından sapılarak, yetkilerini kötüye kullanmaya başladıkları durumlarda ulusal mercilerin takdir yetkisine müdahale etmektedir<sup>27</sup>.

Kapsamı daha dar olmakla beraber, açıklamalar **genel menfaat** kavramı için de geçerlidir. Mahkeme arada anlam farkı gözetmiş olmasına rağmen, kamulaştırma ile ilgili Akkuş/Türkiye ve Aka/Türkiye kararlarında bu iki kavram yerine genel menfaat deyimini kullanmıştır<sup>28</sup>.

## 2. Müdahalenin Yasallığı

Mülkiyet hakkına yapılan herhangi bir müdahalenin aynı zamanda yasallık şartının da sağlaması gerekir. Nitekim md.1/1'de mal ve mülkten yoksun bırakma, yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmalıdır.

Amaç; hukukun üstünlüğü ve keyfiliğin önlenmesidir. Mahkeme içtihatlarında yasa kavramı, *geniş anlamda her türlü düzenleyici tasarrufu* kapsamaktadır. Ayrıca mevzuatın yeterli açıklığa sahip olması yani *anlaşılabilir* olması ile *kolayca ulaşılabilir* olması gerekir<sup>29</sup>.

AİHM, devletlerin yasallık ilkesine uyumlu davranmasına önem vermektedir. Şayet bu koşul yerine getirilmezse, daha öteye gitmek ve devletin amacının meşruiyetini veya ölçülülük ilkesini ele almak için bir sebep yoktur<sup>30</sup>.

**Latridis/Yunanistan** Davasında, başvuru bir açık hava sineması açmış, daha sonra kendisi buradan çıkarılarak söz konusu yer zorla belediye yetkililerine devredilmiştir. AİHM, sinemanın müşterilerinin 1. madde kapsamında korunan bir varlık olduğuna karar vermiştir ve 1. maddeye göre müdahaleyi incelemeye almıştır. Başvurucuyu sinema-

<sup>27</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, sh.646 vd.

<sup>28</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, sh.655 vd.

<sup>29</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, sh.530; Gözübüyük/Gölcüklü, sh.423-425; Ateş, sh.84;

<sup>30</sup> Karabulut, "Mülkiyet Hakkı (İHAS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar"; Bal, sh.17.

dan çıkarma emri Yunan Mahkemesi tarafından 2 yıl önce iptal edilmiş olmasına rağmen, arazi başvuruca iade edilmemiştir. AİHM, devletlerin “*yasallık ve hukuki kesinlik ilkesi*”ne uygun davranılmadığı takdirde diğer kuralların varlığını, *amacın meşruiyetini veya ölçülülük ilkesini* aramanın bir anlamı olmadığına değinmiştir. 1 No’lu Protokol md.1’in en önemli koşulu, bir kamu mercii tarafından mülk dokunulmazlığına yapılacak herhangi bir “*müdahalenin hukuki*” olması gereğidir.

### 3. Müdahalede Ölçülülük

Mülke müdahaleye izin verilebilmesi için sadece kamu yararının meşru bir amaca hizmet etmesi yeterli değildir. İzlenen yol ile ulaşılmak istenen hedef arasında makul bir ölçülülük ilişkisi olmalıdır. Toplumun genel çıkarları ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulmalıdır. Devletler hem uygulama yollarının seçiminde hem de söz konusu hukuki hedefe ulaşmak için, uygulamanın sonuçlarının genel çıkarlar doğrultusunda haklı olup olmadığını belirleme konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptirler<sup>31</sup>.

09.07.1997 Tarihli **Akkuş/Türkiye Başvurusu**, Devlet Su İşleri Müdürlüğü’nün Kızılırmak Nehri üzerinde Altınkaya Hidroelektrik Santral Barajı’nı yapabilmek için Eylül -Ekim 1987 tarihlerinde Bayan Akkuş ve ölen kocasına ait arazinin kamulaştırılmasını konu almaktadır. Bayan Akkuş, 26 Ağustos 1991 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurarak, Türkiye’deki enflasyon oranının yıllık yüzde 70 olduğu bir dönemde, taşınmazın kamulaştırılmasından sonra aldığı ek tazminata (bedel artışına) yetersiz bir faiz uygulanmasından ve Devlet Su İşleri Müdürlüğü’nün kamulaştırma bedelindeki artışı ödemesindeki gecikmeden ötürü, mülkiyeti barışçıl biçimde kullanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümete göre ise bu miktarların hesaplanmasında enflasyon dikkate alınmamış olsa bile, 1.Protokol’ün 1. maddesindeki koşullar yerine getirilmiştir ve özellikle binlerce kişinin yararlanacağı böylesine büyük bir proje söz konusu olduğunda durum

<sup>31</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, sh.425.

böyle olmak zorundadır, devletin tam bir tazminat ödemesini istemek, bu tür projelerin gerçekleştirilmesini engelleyecektir.

Mahkemeye göre ölçülülük ilkesi bakımından genel yararın gerekleri ile kişinin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemek gerekir. Bu noktada, iç hukuka göre ödenecek bedelin şartları ve çerçevesiyle, bunların başvuru olayında uygulanma tarzının dikkate alınması gerekir.

Mahkemenin buradaki görevi, Devlet Su İşleri Müdürlüğü'nün takdir komitesi tarafından arazinin değeri hakkında yapılan değer takdiri veya ek tazminat hakkında karar vermek değil, ödenmesi gereken tazminatın zamanında ödenmemesi nedeniyle uğradığı iddia edilen zarardır.

Mahkeme, tazminatın makul olmayan gecikmeyle ödenmesi gibi, değer düşmesine yol açacak şartlarda ödenmesi halinde tazminatın yeterli olamayacağına karar vermiştir. (09.12.1994 tarihli **Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan kararı**). Mahkeme bu konuda Türkiye'de devlete olan borçlar bakımından uygulanan faizin yıllık yüzde 84 olduğunu ve bu oranın borçluları borçlarını ödemeye teşvik ettiğini ancak devletten alacaklı olanların ise devletin ödeme yapmaması veya ödemede gecikmesi halinde esaslı bir kayba uğradıklarını kaydetmiştir. Akkuş Davası'nda da kamulaştırma dolayısıyla ek tazminat bedeli, enflasyon oranının yıllık yüzde 70 olduğu bir dönemde Yargıtay kararından on yedi ay sonra ve yüzde otuz faizle ödenmiştir. Sadece ödemedeki gecikmeden dolayı, Yargıtay tarafından kesin olarak belirlenen tazminat değeri ile fiilen ödendiği tarih arasındaki fark, Akkuş'un arazisinin kamulaştırılmasından doğan kayıp yanında ayrı bir zarara sebep olmuştur.

Sonuç olarak Mahkeme, mülkiyet hakkının korunması ile genel yararın gerekleri arasındaki dengenin bozulduğuna, 1 No.'lu Protokol'ün



1. maddesinin ihlal edildiğine kanaat ederek toplam 49 bin Amerikan doları maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir<sup>32</sup>.

Benzer bir davada 23.09.1988 tarihli *Aka/Türkiye Davasıdır*. Bu davada başvuru Sinop Gökdoğan köyündeki iki arazisi Altinkaya Hidroelektrik Santrali'nin inşa edilmesi için kamulaştırılmıştır. Başvuru 1991 tarihinde, Durağan Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen ek tazminatın ve ona bağlı gecikme faizinin yeterli olmaması, faiz oranının çok düşük olması ve miktarın belirlenmesinin geciktirilmiş olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olarak komisyona başvurmuştur. Hükümet, Akkuş Davası'ndaki gerekçeleri tekrarlayarak tam tazminatın bu gibi projeleri önleyeceğini belirtmiştir.

AİHM, farklı menfaatler arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını değerlendirmek için ulusal mevzuata göre ödenebilecek tazminatın hüküm ve şartları ile bunların başvuru olayında uygulama tarzını incelemiştir. Ek tazminatın tartışma konusu olmadığını, Hükümetin, gecikme faiz oranının tespit edilmesinin, kamulaştırmanın ardından ödenecek tazminatın hüküm ve şartlarını belirleyen Sözleşme devletlerin geniş takdir alanına girdiğini iddia ettiğini ve Mahkeme'nin ulusal makamların takdir hakkına sahip olduklarının farkında olduğunu, ancak Mahkeme'nin genel yararın gerekleri ile bireyin temel haklarının gerekleri arasındaki "adil dengenin" korunup korunmadığını aramaktan vazgeçemeyeceğini belirlemiştir.

AİHM, kullanılan araç ile amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin sürdürüldüğünü ve mülkiyetten yoksun bırakılan bir kimseye orantısız bir külfet yüklenmemiş olmasını güvence altına almaktadır. Mahkeme, gecikme faiz oranlarının düşüklüğü, kamulaştırma bedelinin normalin üstünde geciktirilmesi, özellikle arazisi kamulaştırılan kişilerin hak ettikleri tazminatı alabilmek için açmak zorunda kaldıkları idari davalar veya hukuk davalarının normalin üstünde geciktirilmesi halinde de

<sup>32</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akkuş/Türkiye Başvurusu, 09.07.1997, Başvuru No:19263/92, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=671>.

mali kayıpların arttığı, adil dengenin sarsıldığı nedeni ile md.1'in ihlaline karar vermiştir<sup>33</sup>.

Mahkeme, *Allan Jacobsson/İsveç Davası'nda*, imar planının ayırntılandırılması nedeniyle kent içerisindeki arsasında 13 yıldan beri yapılaşmaya gidemeyen kişinin başvurusunu incelemiştir. Somut olayda, mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırmaksızın genel yarara dönük olarak getirilen sınırlamaların, izlenen amaç ve kullanılan yöntemlerle orantılı olduğunu, devletlerin, toplumun genel yararı ile bireylerin haklarını dengelerken geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu, kent planlamasını kolaylaştırmayı amaçlayan yapılaşma yasağının meşru bir amaca yöneldiğini belirterek, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak aynı dava içinde bu tür uyuşmazlıklarda son kararın hükümete bırakılarak yargı yolunun kapatılmasını, Sözleşme'nin 6/1 maddesine aykırı bulunmuştur<sup>34</sup>.

### C. Mülkiyet Konusunda İmar Ve Çevre Dışında AİHM'ce Verilen Kimi Karar Örnekleri

**Orta ve Doğu Avrupa ile ilgili özel meseleler bağlamında tazminat talepleri;** örneğin, "... Kopecký Slovakya'ya karşı Davası başvurusunun 1959'da el konulan altın ve gümüş sikkeler için yaptığı tazminat talebi ile ilgilidir. 1991 tarihli kanunda, başvuruçuların tazminat talepleri sikkelerin nereye teslim edildiğini belirtme şartına bağlanmıştır. Başvurucu ilk aşamada haklı bulunmuşsa da bu karar daha sonradan bozulmuştur. Başvurucunun kamu makamlarına karşı ileri süremeyeceği nedenlerden dolayı söz konusu mülkü alamadığı dikkate alınarak ilgili daire, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bununla beraber Büyük Daire, Mahkeme'nin mülkiyet haklarına

<sup>33</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Aka/Türkiye Başvurusu, 23.09.1998, Başvuru No:19639/92, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=818>; Kamulaştırma davalarında tespit edilen ihlaller mülkleri kamulaştırılan kişilerin maddi değer kaybına uğramaması için önlem alınması gereğini doğurmuş ve 4489 sayılı 15 Aralık 1999 tarihli Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da değişiklik yapılarak yasal faiz oranı ile temerrüt faizi oranı, "Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı" olarak belirlenmiştir.

<sup>34</sup> Dinç, 20-21.

dair içtihatlarını dikkate alarak söz konusu içtihadın “gerçek anlaşmazlık” ya da “ileri sürülebilir bir talep”in varlığını 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesince güvence altına alınan “meşru bir beklenti”nin mevcut olup olmadığını kararlaştırırken, bir kriter olarak kullanma eğiliminde olmadığı yönünde bir karar vermiştir. Bunun aksine, talebin niteliğinde mülkiyet menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda ise sadece ulusal hukukta yeterli bir dayanağının bulunması, bir “aktif değer”in var olduğunun düşünülmesi için yeterlidir. Bu durum aynı zamanda tazminat alma konusundaki “meşru beklenti”nin, aleyhine dava açılan hukukî işlemlerden doğup doğmadığı ile ilgili olabilir. Fakat ilk derece mahkemesinin başvuruçunun talebini haklı bulduğu karar, aynı hukukî prosedür olduğundan ve bu talep bir hukukî yürürlük kazanamadan bozulduğundan böylesi bir durum bu dava için söz konusu değildir. Aynı prensip başvuruçunun tazminat taleplerinin ilk derece mahkemesince kısmen kabul edildiği fakat bu kararın nihayetinde bozulduğu Sirc Slovenya’ya karşı davasında da uygulanmıştır. Bunun aksine, yukarıda değinilen Brumărescu Romanya’ya karşı Davasında Mahkeme, üst mahkemenin başvuruçunun taleplerini haklı bulmasına ve bu kararın sonradan kesinlik kazanarak uygulanmasına rağmen, yüksek mahkemenin bu kararı iptal etmesi nedeniyle 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiği hükmüne varmıştır ...”<sup>35</sup>.

Özel statülü kiracılık; “...genellikle uygun koşullar altında (ayrı) bir satın alma hakkını (özelleştirme) gündeme getirdiği dikkate değer bir husustur. Örneğin; Durini İtalya’ya karşı Davası’nda Komisyon 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı anlamına gelmeyen belirli bir evde yaşama hakkını daha genel bir açıdan ele almış ve bu maddenin söz konusu davaya uygulanamaz olduğuna hükmetmiştir. Pentidis ve diğerleri Yunanistan’a karşı Davası, Yehova Şahidi olan ve özel statülü bir anlaşma çerçevesinde Haziran 1990’da bir oda kiralayan başvuruçular ile ilgilidir. Sözleşmede odanın “Yehova Şahitleri tarafından her türlü toplantı, nikah vb.” amaçlar için kullanılacağı belirtilmiştir.

<sup>35</sup> T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_kilavuz.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_kilavuz.pdf)), sh.36-37.

Başvurucular nihayetinde Eğitim ve Diyanet İşleri Bakanlıklarından izin almaksızın ibadethane açabilmek hususunda Yunan mahkemelerinden ilgili kararı almışlardır. 1990 yılı Kasım ayında polis makamları başvurucular tarafından kiralanılan odanın kapısını mühürlemişlerdir. Mühürler Haziran 1991'de kaldırılmıştır. Başvurucular, Komisyon'da, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, kiralandıkları odanın kapısının mühürlemek suretiyle mal ve mülk dokunulmazlığına saygı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir<sup>36</sup>.

**Emeklilik hakları ve diğer sosyal güvenceler;** Gaygusuz Avusturya'ya karşı Davası'nda primler ve acil yardım arasında bir bağ kurmuştur. Mahkeme burada istihdam haklarının tüketilmesinin ardından Avusturya'daki acil işsizlik yardımından yararlanma talebinin 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi kapsamında maddi bir hak olduğu sonucuna varmıştır. İranlı olan başvuru, vatandaşlık şartını yerine getirmediği gerekçesiyle böylesi bir yardımdan mahrum bırakılmıştır. Başvuru, mülkiyet hakları ile ilgili olarak ayrımcılığa tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, işsizlik yardımından sadece işsizlik sigorta fonuna para yatıranların yararlanabileceğini dikkate alarak 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi ve 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>37</sup>.

**Bankalar;** örneğin "... Başvuru Alman Markı cinsinden bir miktar parasını FSYC'nin dağılmasından önce Privredna Banka Sarajevo Filijala Banja Luka Bankası'ndaki iki farklı döviz hesabına yatırmıştır. Başvuru birçok kereler parasını bankadan çekme girişimde bulunmuş fakat tüm girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Mahkeme, 26 Kasım 1998'de başvuru'nun tüm parasının temerrüt faizi ve mahkeme masraflarıyla birlikte ödenmesine hükmetmiştir. 18 Ocak 2002'de iç hukuk gereği ve bankanın özelleştirilmesinin ardından, başvuru'nun döviz hesaplarındaki para, Republika Srpska'ya ait kamu borcu haline gelmiştir. 15 Nisan

<sup>36</sup> T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_kilavuz.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_kilavuz.pdf)), sh.38-39.

<sup>37</sup> İbid, 42.

2006'da bu borç 2006 tarihli Eski Döviz Tasarrufları Kanunu'nun 1. bölümü uyarınca Bosna-Hersek'e (sözkonusu davalı devlet) geçmiştir. Mahkeme, başvurunun tasarruflarının ödenmesine ilişkin mahkeme kararının yerine getirilmemesinden ötürü Sözleşme'nin 6. maddesince korunan başvurunun mahkemeye erişim hakkının özününün sakatlanması nedeniyle 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, "eski" döviz tasarruflarının eski FSYC'nin dağılmasından önce veya dağılması sırasında sona ermiş olduklarını ve bankacılık ve para sistemlerinin çöktüğünü de dikkate alarak, mahkemelerin nihai bir karara vardıkları bu durum gibi, iç hukukta bir dava hakkında nihai bir kararın verilmesinden önce böylesi durumların dikkate alınıp incelenmesi ve kararlarının tekrar müzakere konusu yapılmaması gerektiği kanaatine varmıştır. Mahkeme ayrıca 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır ...<sup>38</sup>.

**Vergiler;** örneğin, "...Mahkeme'nin 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca vergi ile ilgili konuların değerlendirilmesindeki yaklaşımı, vergi süreciyle ilgili iddiaların değerlendirilmesindeki yaklaşımından farklı olarak suçun niteliği ve cezanın ağırlığı suç niteliği taşıdığı kabul edilmedikçe, prensip olarak 6. madde kapsamına girmez (Bkz. Bendenoun Fransa'ya karşı Davası) ..."<sup>39</sup>

## II. İMAR VE ÇEVRE KİRLİLİĞİ İLE MÜCADELE KONUSUNDAKİ AİHM KARARLARINDAN BAŞLICA ÖRNEKLER

### A. Önerıldız/Türkiye Kararı

Başvuranlar (Ahmet Nuri Çınar, Maşallah Önerıldız), AİHS md. 2 (yaşama hakkı), md.8 (özel hayatın ve aile hayatının korunması) ve md.13 (etkili başvuru hakkı) ile Ek 1 No'lu Protokol md.1'e (mülkiyet hakkı) dayanarak, 28 Nisan 1993'te İstanbul Ümraniye'de belediye-ye ait çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucu hayatını kaybeden 39 kişi içerisinde yer alan yakın akrabalarının ölümlerinden

<sup>38</sup> İbid, 44.

<sup>39</sup> İbid, 46.

ve mallarının söz konusu patlama nedeniyle tahribatından yerel makamların sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca, dava sürecinin AİHS'nin 6. maddesinde yer alan hakkaniyet ve makul süre gereklerine uymadığından şikayetçi olmuşlardır<sup>40</sup>.

## I- Olaylar

### 1- Ümraniye Çöplüğü ve Başvuranın Yaşadığı Yer

Başvuranlar, İstanbul Ümraniye'de bulunan gecekondu mahallesinde on iki yakınıyla birlikte yaşamaktaydı. Patlama olan yer, 1972'den beri belediye meclisi ve bakanlık makamlarının yetkisi ve sorumluluğu altında çöplük olarak kullanılmaktaydı. Yıllar geçtikçe çöplüğü çevreleyen alanda Ümraniye'nin gecekondu mahalleleri oluşmuştur.

### 2-Kaza Öncesinde Alınan Önlemler ve Hukuki Talepler

1989'dan itibaren kaza oluncaya kadar söz konusu çöplük alanını içeren bölgede yapılmak istenen plan değişikliği talepleri reddedilmiştir. 21 Ağustos 1989'da bu iki şahsın isteği üzerine belediye meclisinin su ve kanalizasyondan sorumlu yetkilileri, evlere sayaç yerleştirme talimatı vermiştir.

<sup>40</sup> Karar için bkz. <http://www.echr.coe.int>; <http://www.adalet.gov.tr>; bilgi için bkz. bkz. TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.b.,Ank 2004, sh. 237;yine bkz. FroweinJochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl/Strassburg/ Arlington 1994; Jacot-GuillarmodOlivier, Règles, méthodes et principesd'interprétation dans la jurisprudence de la Coureupéennedesdroits de l'homme, Commentairearticle par articlesous la direction de Pettiti Louis-Edmond/DecauxEmmanuel/Imbert Pierre-Henri, Paris 1995; Klose Bernhard, Grundrechtsschutz in der Europäischen Unionund die Europäische Menschenrechtskonvention, DRiZ (Deutsche Richterzeitung) 1997; Koch Thorsten, Parteiverbote, Verhältnismäßigkeitsprinzipund EMRK, DVBl. 2002; Pettiti Louis-Edmond/DecauxEmmanuel/Imbert Pierre-Henri, La Conventioneuropéennedesdroits de l'Homme, Commentairearticle par article, Paris 1995; Peukert Wolfgang, SchutzdesEigentumsnach Art.1 ZP zur EMRK, EuGRZ 1981; RudolfBeate, DieEigentumsgarantienach der EMRK undihreverfassungsrechtliche Dimension, EuGRZ 1996; VeluJacques/ErgeçRusen, La conventioneuropéennedesdroits de l'homme, Ed. Bruylant, Bruxelles 1990; Villiger Mark E.,Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): unterbesonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, Zürich 1993; Zuleeg Manfred, Zum Verhältnisnationalerundeuropäischer Grundrechte Funktioneneiner EU-Charta der Grundrechte, EuGRZ 2000.

Bu duruma ilişkin açılan bir davada sunulan bilirkişi raporunda, çöplüğün çevrede yaşayanlar ve özellikle de gecekondulu mahallelerinde oturanlar için ciddi sağlık risklerini arttırabilecek birçok tehlike içerdiği ifade edilmiştir. 27 Ağustos 1992’de, Ümraniye Belediye Başkanı daha fazla çöp atılmamasını, çöplüğün kapatılmasını ve ilçesinin uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu çerçevede yeni alanların geliştirilmesi için ihale yapılmıştır. Projenin 1993 yılı içinde tamamlanmasına karar verilmiştir.

### **3- Kazaya Konu Olay**

28 Nisan 1993’te söz konusu çöp alanında bir metan gazı patlaması meydana gelmiş, atıklar çöp yığından kopmuş ve başvurana ait konutun da içinde bulunduğu on civarında gecekondunun üzerine kaymıştır. Kazada otuz dokuz kişi hayatını kaybetmiştir.

### **4- İlgililer Hakkındaki İdari Soruşturma**

*İlgililer hakkında cezai takibat yapılmış ve Ceza Kanunu’na göre görevi ihmal ettikleri gerekçesiyle iki belediye başkanı (Sözen ve Öktem) suçlu bulunmuş ve Yargıtay, 10 Kasım 1997’de verdiği kararla bu kararı onamıştır. Ayrıca başvurana konut yardımı da yapılmıştır.*

### **5- Başvuranın İdari Faaliyetleri**

Başvurucunun tazminat talebi ile başvurduğu yerel mahkeme, başvuranın uğranılan zarardan kısmen sorumlu olduğu için mali destekten yoksun kaldığını iddia edemeyeceği ve mağdurların ailenin yaşam masraflarına katkıda bulunabilecek ücretli bir işleri olmayan küçük çocuklar ve ev hanımları olduğu gerekçesiyle geri kalan tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme aynı zamanda, başvurana kazadan sonra devlet yardımı olarak bir ev tahsis edildiği ve Ümraniye İlçe Meclisi’nin evi yıkmak için gereğini yapmamasına rağmen, başvuranın tazminat talebinde bulunamayacağına, karar vermiştir.

İdare mahkemesi, manevi tazminat miktarı için gecikme faizi uygulanmamasına hükmetmiş, tarafların bu karara karşı Danıştay'a yaptığı başvuru reddedilmiştir.

## II- Avrupa Konseyi'nin İlgili Düzenlemeleri

Çevre ve kamu makamlarının endüstriyel etkinlikleri alanında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin kentsel ve endüstriyel atıklarla ilgili sorunlar üzerine olan 587 sayılı Kararı (1975), Çernobil faciasının sonuçlarıyla ilgili olan 1087 sayılı Kararı (1996) ve atıkların idaresi, işleminden geçirilmesi, geri dönüştürülmesi ve pazarlanması konulu 1225 sayılı Tavsiye Kararı'ndan (1993), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin çalışmaları arasında ise çevreyle ilgili yetki ve sorumlulukların merkezi, yerel ve bölgesel makamlar arasında dağılımı hakkında olan R (96) 12 sayılı Tavsiye Kararı bulunmaktadır. Ayrıca, bugüne kadar sırasıyla dokuz ve on üç devlet tarafından imzalanan, Çevreye Zarar Veren Faaliyetlerden Doğan Hasarlar İçin Sivil Sorumluluk Sözleşmesi'nden<sup>41</sup> ve Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi'nden<sup>42</sup> de bahsetmiştir.

Evsel atıkların temel sorumluluğu, hükümetlerin mali ve teknik destek sağlamak zorunda olduğu yerel makamlara aittir. Kamu makamlarının bir alanı kalıcı atık toplama merkezine dönüştürmesi “tehlikeli bir faaliyet” ve “hayat kaybı” olarak tanımlanmakta, böyle bir alanda atıkların toplanması, kamu makamlarının neden olduğu “zarar” olarak nitelendirilmektedir (Lugano Sözleşmesi, Madde 2/1 (c)-(d), md. 7 (a)-(b)).

Bu sözleşmeler, taraflardan “ceza gerektiren suçlar için alınması gereken önlemler kadar gerekli olabilen” önlemler almalarını, “insanların ciddi şekilde yaralanmasına veya ölüme sebep olan ya da sebep olma ihtimali bulunan... tehlikeli atıkların... elden çıkarılması, işleminden geçirilmesi ve toplanmasını” üstlenmelerini talep etmekte ve bu tür suçların aynı zamanda “ihmalkarlık sonucu” işlenebileceğini belirtmektedir.

<sup>41</sup> Lugano Sözleşmesi, 21 Haziran 1993) (ETS no. 150).

<sup>42</sup> ETS no. 172 – Strazburg, 4 Kasım 1998.



### III- Taraf İddiaları ve Değerlendirmeler

#### 1-. AİHM Önünde Tarafların Görüşleri

##### a) Hükümet

Hükümet yetkililerin ihmalkar davranışları hakkında *Leray ve Diğerleri/Fransa*<sup>43</sup> ve *EmiliaÁlvarezRamón/İspanya*<sup>44</sup> Davalarına da dayanarak, geçmişte AİHM'nin bir hukuki düzenleme olup olmadığına ve buna uyulup uyulmadığına bakmakla yetindiğini, ölüm ya da ölümler ile ihmalkar davranış arasında sebep-sonuç ilişkisi arayan ayrıntılı bir inceleme yürütmediğini, Devletin söz konusu davada, başvuranın yakın akrabalarının hayatlarını koruma yükümlülüğünü ihlal etmekle suçlanamayacağını belirtmiştir.

İzinsiz yapılaşmayı önlemek, Ümraniye gecekondü sakinlerini başka bir barınma alanı bulmaya teşvik etmek ve belediye çöplüğünün üzerine sürekli kimyasal madde sıkarak sağlık risklerini ortadan kaldırmak için idari ve adli bilgilendirmenin yapıldığını belirtmiş, İstanbul ilinin genelinde oluşturulan ev atığı yönetim sistemine de dikkat çekmiştir.

##### b) Başvuran

Başvuranlar, Hükümet'in Ümraniye gecekondü mahallelerinin gelişimine göz yumduğunu, bunların çöp atım sahalarına yakınlaşmasını engellemediğini belirtmiştir. Hükümet, mahalle sakinlerinin tüm temel hizmetlerden yararlanmalarına izin vermekle, bu durumu teşvik etmiştir.

Duruşmada başvuranın temsilcisi belediyeden su aldığını ve emlak vergisi mükellefi olduğunu, gecekondü sakinlerini çöplüğün yarattığı tehlikeler konusunda uyarmak için hiçbir çaba gösterilmediğini öne sürmüştür.

<sup>43</sup> Sayı 44617/98, 16 Ocak 2001.

<sup>44</sup> Sayı 51192/99, 3 Haziran 2001.

### c) AİHM Dava Dairesi'nin Değerlendirmesi

Daire, önceki kimi kararlarını da dikkate alarak<sup>45</sup> yaşam hakkının korunmasının çöp toplama etkinliğinin yarattığı tehlikeler için de geçerli olduğunu belirtmiştir.

AİHM, 2. maddenin yalnızca Devleti temsil eden kişilerin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını, aynı zamanda devletlere topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik kesin bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır<sup>46</sup>.

### d) AİHM Büyük Dairesi'nin Değerlendirmesi

Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir etkinlik nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığını belirtmiştir<sup>47</sup>. Bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun, insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişilerin aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması, yaşama hakkının ihlal edildiği anlamına gelebilir<sup>48</sup>.

## 2- Bu İlkeler Işığında Dava Konusu Olayların Değerlendirilmesi

Büyük Daire, konuya ilişkin özel yönetmelikler bulunduğu dikkate alındığında, çöplüğün denetimi ve yönetiminden sorumlu idari ve belediye müdürlüklerinin, metanojenizin oluşturduğu risklerden ya da ge-

<sup>45</sup> L.C.B./İngiltere (9 Haziran 1998 tarihli karar, Karar ve Hüküm Raporları 1998-III), Guerra ve Diğerleri/İtalya (19 Şubat 1998, Raporlar 1998-I), Botta/İtalya (24 Şubat 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-I); Calvelli ve Ciglio/İtalya [BD], sayı 32967/96, AİHM 2002-I

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. L. C. B., s. 1403, § 36 ve Paul ve Audrey Edwards/İngiltere, sayı 46477/99, s. 54, AİHM 2002-II).

<sup>47</sup> Bu yönde bkz. Osman, ss. 3159-60, s. 116.

<sup>48</sup> Paul ve Audrey Edwards, s. 69-73.

rekli önlemlerden haberdar olmamasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla ilgili makamların Ümraniye belediye çöplüğünün yakınlarında yaşayan birçok insan için gerçek ve açık bir risk bulunduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Risk oluşturan çöplük kendileri tarafından açıldığı ve kullanımına izin verildiği göz önüne alındığında, AİHM'nin 2. maddesi uyarınca bu makamların bölgedeki bireyleri korumaya yönelik gerekli ve yeterli koruyucu işletim önlemlerini almaları yükümlülüğü bulunmaktadır.

AİHM'ye göre, idareye özellikle öncelikler ve kaynaklar konusunda yapmaları gereken işletme seçenekleri göz önüne alınmadan yetkililere olanaksız ya da çok ağır bir yük yüklenmemelidir<sup>49</sup>. Bu durum, devletlerin söz konusu davaya konu olana benzer zorlu toplumsal ve teknik alanlarda sahip olduğu geniş takdir hakkından kaynaklanmaktadır.

Somut olayda AİHM, Hükümet'in savlarını inandırıcı bulmamış ve alınması gereken önlemlerin bu makamlara tanınan yetkilerin arasında olduğunu vurgulamıştır. AİHM, Ümraniye gecekondu bölgeleri sakinlerinin hayatlarını tehdit eden riskleri önlemeye yönelik daha pratik önlemler alınmadığı dikkate alındığında, bilgi edinme hakkına saygı gösterilmiş olmasının da devletin yükümlülüklerinden kurtulmasını sağlamayacağı kanısına varmıştır.

İmar planlama sorunlarını çözmede başarısız olan ve yasal önlemlerin uygulanmasında belirsizlik yaratan genel politikalar, devlet görevlilerinin bu insanları maruz kaldıkları acil ve bilinen risklerden korumak için hiçbir önlem almamaları, yaşam hakkının esas yönünden ihlaline yol açmıştır

AİHM'ye göre, ilk derece mahkemesi kazanın son derece ciddi sonuçlarına gereken önemi vermemiş, sorumlu kişiler sonuçta gülünç sayılabilecek cezalara çarptırılmış ve dahası bu cezalar ertelenmiştir. AİHM, söz konusu davada, tehlikeli bir eylemin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak, yaşama hakkının "kanunla"

<sup>49</sup> Bkz. *Osman*, 3159-60, §116.

yeterince güvenceye alınamaması ve gelecekte insan hayatını tehlikeye atan benzeri davranışların caydırılmaması nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinin usuli yönden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

#### **IV. 1. No'lu Protokol'ün 1. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası**

##### **A. Uygulanabilirlik: “Mülkiyet” Olup Olmadığı Sorunu**

Daire, başvuranın Hazine'ye ait bir araziye yaklaşık beş yıl boyunca işgal etmesinin kendisine “mülkiyet” olarak yorumlanabilecek bir hak vermeyeceğine karar vermiştir. Ancak, bina kaçak olarak inşa edilmiş olmasına rağmen, başvuranın inşa ettiği binanın yapısının, su ve elektrik tesisatının ve içinde bulunan ev eşyaları ile kişisel eşyaların sahibi olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Daire, başvuran tarafından inşa edilen meskenin ve yakın akrabalarıyla birlikte orada ikamet etmesinin önemli bir ekonomik çıkar teşkil ettiğini ve yetkili makamların uzun bir süre boyunca göz yumduğu bu çıkarın Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında “mülkiyet” anlamına geldiğine karar vermiştir.

##### **B. AİHM'nin Değerlendirmesi**

AİHM, söz konusu davadaki olgusal ve yasal durumun karmaşıklığı nedeniyle başvuranın, Devlet'in yaptığı bir şey nedeniyle değil, hiçbir şey yapmaması nedeniyle şikayetçi olduğu görüşündedir. Bu hüküm ile koruma altına alınan hakkın samimi, etkin bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir; özellikle başvuranın meşru olarak makamlardan bekleyebileceği önlemler ile mülklerinden etkin bir şekilde faydalanabilmesi arasında doğrudan bir bağ olduğu durumlarda pozitif koruma önlemleri gerektirebilir<sup>50</sup>.

AİHM'ye göre, söz konusu davada devlete isnat olunabilecek büyük ihmal ile meydana gelen can kaybı arasında oluşturulan sebep-sonuç ilişkisi, başvuranın evinin yıkılması için de geçerlidir ve meydana gelen ihlal “müdahale” değil, kesin bir yükümlülüğün ihlalidir. Devlet

<sup>50</sup> Bkz. *BielectricSrl/İtalya* (karar), sayı. 36811/97, 4 Mayıs 2000.

görevlileri ve makamları başvuranın mülkiyet çıkarını korumak için ellerinden geleni yapmamıştır.

Dairenin uygun şartlarla satılmasının bu davada belirlenen ihmallerin etkilerini kısmen tazmin ettiği kabul edilse bile, bunun başvuranın uğradığı zarar için yeterli bir tazminat oluşturduğunun iddia edilemeyeceği ve bu durumun başvuranın “mağdur” konumunu ortadan kaldırmadığı sonucuna varmıştır<sup>51</sup>. Dolayısıyla söz konusu davada 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

## V. AİHS md. 2 ve 13 Bakımından Değerlendirmeler

AİHM, Ceza Kanunu kapsamında yetkililerce yürütülen faaliyetlerin yaşam hakkını yeterince koruyamadığı sonucuna varmıştır. İdari Dava, başvuranın akrabalarının ölümüyle ilgili şikayetinin esasını haklı kılmak bakımından önemli ve yukarıda da belirtildiği gibi 2. maddenin ihlali bakımından yeterli tazmini sağlamıştır<sup>52</sup>. Ancak AİHS, adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesinde güvenceye alınan dava açma hakkı aynı zamanda nihai ve bağlayıcı yargı kararlarının uygulanmasını da kapsamaktadır<sup>53</sup>. Büyük Daire’ye göre, idare mahkemesinde karar vermek için geçen dört yıl, on bir ay ve on gün gibi bir süre yerel mahkemenin gayretsizliğini göstermiştir.

Bu davada AİHM, etkili olduğu ve hakkında şikayetçi olunan durumu doğrudan tazmin etmeye elverişli görünen idari yargı yolundan yararlanmayı seçmiş olan başvuranın, ceza mahkemelerinde tazmin yoluna gitmediği için eleştirilemeyeceği görüşünü taşımış ve 2. maddeye dayanarak yapılan şikayetle bağlantılı olarak, AİHS md. 13’ün ihlal edildiğini belirtmiştir.

<sup>51</sup> Bkz. *Amuur/Fransa*, 25 Haziran 1996 tarihli karar, *Raporlar* 1996-III, s. 846, § 36 ve *Dalban/Romanya* [BD], sayı 28114/95, § 44, AİHM 1999-VI

<sup>52</sup> Bkz. *Paul ve AudreyEdwards*, § 97 ve *Hugh Jordan*, § § 162-63.

<sup>53</sup> Bkz. *Hornsby – Yunanistan*, 19 Mart 1997 kararı, *Raporlar* 1997-II, s. 511, § 40 ve *Immobiliare Safi – İtalya* [BD], no. 22774/93, § 66, AİHM 1999-V

## VI. AİHS'nin 41. Maddesinin Uygulanması

*Maddi tazminat* konusunda Daire gibi, Büyük Daire de başvuranın şüphesiz bir mağduriyet yaşadığını, ihlal ile gelir kaynağının yitirilmesini de kapsayan maddi tazminat arasında nedensellik bağı olduğunu belirtmiştir<sup>54</sup>. Ancak başvuran, bu bağlamdaki iddialarının hiçbirini yeterince belgelenememiştir<sup>55</sup>. AİHM kendisine sunulan kataloglardaki eşyalarını dikkatle incelemiş ve bu inceleme esnasında eski benzer davalarda<sup>56</sup> benimsenen hesaplama yöntemlerini uygulamıştır.

### Sonuç ve Değerlendirme

AİHM, başvuranın dokuz yakınının kazayla ölümünü önlemede gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle AİHS md.2, Ek 1 No'lu Protokol'ün md.1 ve md.13'ün ihlal edildiğine, AİHS md.6/1 veya md.8 çerçevesinde ele alınacak ayrı bir husus bulunmadığına karar vermiş ve başvuranın adil tazmine ilişkin diğer iddialarını reddetmiştir.

Bu dava ile AİHM, idareye ve yetkililere olanaksız ya da çok ağır bir yük yüklenmeyeceğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte sözleşme-ci devletlere, topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik kesin bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır. AİHM, yaşama hakkının korunmasının, çöp toplama etkinliğinin yarattığı tehlikeler için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'nin bu kararı dikkate alındığında, artık idarenin ağır kusuru olan kaçak yapılaşma ile zamanında mücadele etmeme, çöp atım sahalarına yakınlaşmayı engellememe halleri mâli sorumluluğa yol açmaktadır.

<sup>54</sup> Bkz. *Salman*, § 132, ve *Z ve Diğerleri*, § 119.

<sup>55</sup> Bkz. *Sporrong ve Lönnroth – İsveç* (Madde 50), 18 Aralık 1984, seri A no. 88, ss. 14-15, § 32, ve *Akdivar ve Diğerleri – Türkiye* (Madde 50), 1 Nisan 1998 kararı, Raporlar 1998-II, s. 718, § 19.

<sup>56</sup> Bkz. yukarıda anılan *Akdivar ve Diğerleri* (Madde 50), ve *Menteş ve Diğerleri – Türkiye* (Madde 50), 24 Temmuz 1998, Raporlar 1998-IV, s. 1693, § 12.

Gecekondu sakinlerini çöplüğün yarattığı tehlikeler konusunda bilgilendirmeme ve uyarmama da hizmet kusuru oluşturmakta, ancak sadece bilgi verme ve ilgilileri aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, idarenin mâli sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Olayda yasama organına ait olan ve devletin tazminat sorumluluğuna yol açan kusur ise, imar affi yasaları yoluyla gecekondulaşma ile mücadeleyi sekteye uğratmasıdır. Ülkemizde yasama organının bu tür faaliyetlerinden kaynaklanan mâli sorumluluğu konusunda kanımızca açık Anayasal düzenlemeler getirilmesi önemli ve gereklidir. AİHM'nin bu kararı devletin mâli sorumluluğunu gerektirdiğine ve yasama organı da devletin temel erklerinden birisi olduğuna göre, bu yönde yapılacak düzenlemenin hukuki temellerinin olduğu söylenebilir.

## **B. Kıyı Kenar Çizgisi Uygulaması ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında AİHM'nin Doğrusöz ve Aslan/Türkiye Kararı**

Dava, başvuru iki Türk vatandaşı (Edip Doğrusöz ve Mehmet Aslan) tarafından, 27 Kasım 2001 tarihinde AİHM'ye yapılan başvurudan (Başvuru No. 1262/02) kaynaklanmıştır.

### **I- Olaylar**

Başvurucular 1965 yılında Hatay'da Samandağ Belediyesi'nden bir arsa satın almışlar, 9 Eylül 1976 tarihinde İmar ve İskân Bakanlığı arazi tesviye faaliyetleri yürütmüş ve başvuranların arsasının bulunduğu bölgedeki kıyı şeridini belirlemiştir.

Arsanın tapu sicili Kıyı Kanunu yürürlüğe girmeden önce kaydedilmiştir. İhtilafı arazi parçası Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın onayladığı imar planı kapsamındadır.

Anayasa md.43 uyarınca kıyılar özel mülkiyet rejimine tâbi değildir. 25 Şubat 1986 ve 18 Eylül 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarında

da belirtildiği üzere kıyı kapsamındaki arazi üzerinde yapı inşası ve bu yapıların iyi niyetle kullanılması da bu kurala istisna oluşturmamaktadır. Çevre bölgede yürütülen incelemeye göre arsa, kıyı şeridinin içindedir. İdarece (Samandağ Belediyesi) dava açılarak arazinin mülkiyetine ilişkin tapu kaydının silinmesi talep edilmiş ve mahkeme (Samandağ Asliye Hukuk Mahkemesi) bu yönde karar vermiştir.

Taşınmazı kıyı şeridinde kalan ilgililer bu karara itiraz etmiş ve taşınmaz üzerinde kazanılmış haklarının bulunduğunu iddia etmişler, ancak talep reddedilmiştir.

## **II- AİHS'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası**

Başvuranlar, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilerek, kendilerine tazminat ödenmeden mülkiyet hakkından yoksun bırakıldıkları hususunda şikayetçi olmuşlardır.

### **A- AİHM'ye Sunulan Savunma**

Hükümet, kayıpların devlete ait olduğunu ve hiçbir zaman özel mülkiyet konusu edilemeyeceklerini savunmuş, başvuranların tapularının iptal edilmesiyle, kanuna aykırı bir durumun düzeltildiğini öne sürmüştür. Hükümet, devlete ait olan mülkün kamulaştırılması mümkün olmadığından, başvuranlara tazminat ödenemeyeceğini iddia etmiştir.

Başvuranlar ise, mülkü satın aldıkları tarih olan 1965 yılında tapu sicilinde, mülkün kıyı şeridinde olduğuna dair herhangi bir belirti olmadığını iddia etmişlerdir. Kıyı şeridinde olduğu iddia edilen arazinin tapusunu verdiği için tapu sicilinden sorumlu devlet makamlarının, kayıplarını telafi etmeleri gerektiğini iddia etmişlerdir.

### **B- AİHM'nin Değerlendirmesi**

AİHM, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mal ve mülkten yoksun bırakmanın gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken, mülkün kamulaştırıldığı mı yoksa mülke resmi olarak mı el konul-



duğunun değerlendirilmesi suretiyle şikayet konusu durumun incelenmesi gerektiği üzerinde durmuştur. AİHS'nin maksadı "pratik ve etkili" hakları güvence altına almak olduğuna göre, durumun "de facto" kamu-laştırmaya varıp varmadığı tespit edilmelidir (bkz. *Sporrong ve Lönnroth – İsveç*, 23 Eylül 1982 tarihli karar, Seri A no. 52, ss. 24-25, § 63). Bu bağlamda AİHM, kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin "kamu yararına" meşru bir amaç gütmesi gerektiğini ve başvuru yollar ve gerçekleştirilmesi amaçlanan hedefler arasında makul bir oranlılık ilişkisi ve denge olması gerektiğini belirtmiştir.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin yasal sistemleri uyarınca, tazminat ödemesi olmadan kamu yararına mala el koymanın ancak istisnai durumlarda haklı kabul edilebileceğini belirtmiştir. Aksi takdirde bu hak, büyük ölçüde boş ve etkisiz olur (*Lithgow ve Diğerleri/ İngiltere*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, Seri A no. 102, § 128).

AİHM başvurularının, tartışma konusu arsayı 1965 yılında Samandağ Belediyesi'nden aldıklarını ve arsanın kesinti olmadan 2001 yılına kadar adlarına kayıtlı olduğunu tespit etmiştir. Arsanın alındığı tarihte kayıtlarda, kişilere böyle bir mülkiyeti yasaklayan herhangi bir uyarı veya arsanın kıyı şeridi bölgesi içinde yer aldığına dair bir ifade mevcut değildi. Tapu senedi, 30 Nisan 2001 tarihinde Yargıtay tarafından onanan Samandağ Hukuk Mahkemesi'nin 19 Aralık 1999 tarihli kararı ile Hazine'ye devredilmiştir. Bu nedenle, yerel mahkemelerin kararı, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci cümlesi anlamı dahilinde başvuruları açıkça mülkiyetlerinden yoksun bırakmıştır (bkz. *Brumărescu/ Romanya* [BD], no. 28342/95, § 77, AİHM 1999-VII).

AİHM, Samandağ Hukuk Mahkemesi'nin, arsayı Hazine adına tescil etme kararının kanun tarafından öngörüldüğünü kaydetmiştir. Çünkü bu karar, Kıyı Kanunu hükümlerine, Anayasa'nın 43. maddesine, Tapu Kanunu'nun 33. maddesine ve Kadastro Kanunu'nun 16. maddesine dayanmış ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda olmuştur. Ayrıca, mülkiyetten yoksun bırakmanın kamu yararına olduğunun taraflar arasında anlaşmazlık konusu olmadığını kaydetmektedir.

Bu gerçek, aynı zamanda yerel mahkemelerin kararında da zikredilmiştir. Ancak başvuranlar, tapularının Hazine'ye devredilmesine karşılık herhangi bir tazminat almamışlar ve hükümet, bu iddiayı çürüten ikna edici herhangi bir savunma yapmamıştır.

AİHM, mülkiyetlerine karşılık yeterli tazminatın ödenmediği bu durumda, kanun tarafından öngörülmesine rağmen söz konusu müdahalenin, kamu yararı gerekleri ve kişinin temel haklarının korunması gerekleri arasındaki adil dengeyi sağlamadığını belirtmiştir (bkz, *N.A. ve Diğerleri/Türkiye*, no. 37451/97, §§ 41-42, AİHM 2005). AİHS'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### III- Maddi ve Manevi Zarar Talepleri

Başvuranlar, maddi ve manevi zararları için 50,000 Amerikan Doları tazminat talep etmiştir. Hükümet, 16 Aralık 2005 tarihli bilirkişi raporu sonuçlarına deliller ileri sürerek itiraz etmiştir. Ayrıca, bu nitelikteki bir toprağın piyasa değerinin olamayacağını iddia etmiştir. Biri jeolog biri iktisatçı iki doçent tarafından hazırlanan söz konusu rapora göre, ihtilafli toprak herhangi bir alışverişe konusu olamaz. Bu nedenle piyasa değerine sahip değildir. Hükümet ayrıca, başvuranların manevi tazminat taleplerinin çok fazla olduğunu ileri sürmüştür.

Tespit edilen ihlalin temeli el koymanın yasa dışılığından kaynaklanmamaktadır. Bununla birlikte tazminatın, mülkün tam değerini yansıtması gerekli değildir (*I.R.S ve Diğerleri* (adil tazmin), no. 26338/95, § 23-24, 31 Mayıs 2005). Bu nedenle, başvuranların tazminat alma hususundaki yasal beklentilerini karşılayacak bir meblağın götürü usulü belirlenmesini uygun bulmuştur.

### Sonuç

AİHM, AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna, başvuranlara müşterek olarak maddi zarar ödenmesine (26.000 Euro), başvuranların manevi tazmin taleplerine ilişkin ise ihlal tespitinin yeterli adil tazmin teşkil ettiğine hükmetmiştir.

Devletin hüküm ve tasarrufundaki kıyıların kamu yararı amacıyla korunması önemli ve gerekli olmakla birlikte, önceki mevzuat ve yasal düzenlemeler gereği, edinilmiş taşınmazların mülkiyetinin ancak idarece bedel ödenerek edinilmesi hukuka uygundur. Bu emsal kararı ile AİHM, mülkiyet hakkının korunması yönünde hukuk devleti ilkesini güçlendiren bir anlayış sergilemiştir.

### **C. Yordanova ve Diğerleri-Bulgaristan Kararı (24 Nisan 2012)**

Bulgaristan'a karşı "*Yordanova ve Diğerleri*" Davasında (Başvuru No: 25446/06) Daire'nin bugünkü kararında, başvuru sahiplerine (davacılar) yönelik tahliye emrinin herhangi bir gelecekte yürürlüğe girmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (özel yaşam ve aile yaşamına saygıyla ilgili) 8. maddesinin ihlali olacağına oybirliğiyle karar vermiştir (24.04.2012)<sup>57</sup>. Karara konu olayda AİHM'de görülen davada başvuru sahipleri, Sofya varoşlarında 250 Roman'a ev sahipliği yapan Batalova Vodenitsa mahallesinde yaşayan 23 Bulgar vatandaşıdır. Mahkeme kararında, bu kişilerin 1960'lı ve 70'li yıllarda bölgeye gelip yerleştikleri, daha yakın dönemdekilerin de, 1990'larda gelenler olduğu belirtilmiştir. Mayıs 2006'da Sofya Belediye Meclisi, başvuru sahiplerinin işgal ettiği mücavir alanın mülkiyetini özel bir yatırımcıya transfer etti. Bundan birkaç ay önce, 17 Eylül 2005'te, bölgenin belediye başkanı, başvuru sahiplerinin zorla tahliye edilmesi talimatını verdi. Bu, mahkemeye yapılan başvuru nedeniyle durdu. Ocak 2006'da Sofya Mahkemesi, tahliye emrinin yasal olduğuna karar verdi ve bu karar, daha sonra Yüksek İdare Mahkemesi tarafından onaylandı. Başvuru sahiplerinin, onlarca yıldır burada yaşadıkları için bir tahliyenin orantılı olmadığı yönündeki argümanlarını göz ardı eden mahkemeler, işgal edilen topraklar için geçerli bir yasal sebep gösteremediklerini ve tahliye kararının yasal olduğu sonucuna varmıştır. Başvurucular, evlerinin güvenlik ve sağlık endişelerine yol açan temel sağlık ve inşaa gereksinimlerini karşılamadığı tartışmasız olmakla birlikte, hükümetin binaların yasallığı, mümkün olan yerlerde kanalizasyon ve içme suyu tesisleri yapımı ile tahliyenin gerektiği yerlerde alternatif barınma için yardım sağlama gibi sorunlarla başa

<sup>57</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{"itemid":\["001-110449"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{)

çıkacak alternatif yöntemler göstermediğine dikkat çekilmiştir. Haziran 2006'da belediye yetkilileri, aralarında başvuru sahiplerinin de olduğu Batalova Vodenitsa'nın yasadışı sakinlerinin bir hafta içinde tahliye edilmesi ve evlerinin yıkılması kararı almışlardır.

Ayrıca, 1990'ların başından itibaren Sofya'nın birçok bölgesinde, yerleşimlerde yaşayan Romanlar ile Roman olmayan komşuları arasında gerilimin büyüdüğü, Roman yerleşimleri konusunun yaygın bir şekilde tartışıldığına ve bir dizi önde gelen politikacının Sofya'daki "Roman gettolari"nin boşaltılması gerektiğine dair konuşmalar yapıldığına dikkat çekilmiştir.

Sofya Belediye Başkanı, bu yerleşimin sakinleri için alternatif barınma bulmanın mümkün olmadığını, çünkü bu kişilerin barınma ihtiyacı olanlar arasında kaydı bulunmadığını ve yıllardır bekleme listesinde olan diğerlerinin üzerinde bunlara öncelik tanınmayacağını, belirtmiştir.

AİHM, işgal ettikleri evlerin yasal olup olmadığına bakılmaksızın, başvuru sahiplerinin yıllardan beri bu derme çatma evlerde aileleriyle birlikte yaşadıklarını ve bu evlerin onların evi (yuvası) olduğunu gözlemlemiştir. Başvuru sahiplerinin yerleşim biriminden ve topluluklarından tahliye edilmeleri, özel ve aile hayatlarının olumsuz yönde etkilenmesine yol açacaktır.

Bu karar ülkemizdeki gecekondular ve kentsel dönüşüm ile afet dönüşüm uygulamalarında göz önünde bulundurulması gereken emsal bir karar niteliğindedir.

#### **D. Lopez Ostra c/Espagne Kararı**

*Lopez Ostra c/Espagne Kararı*'nda (Başvuru, requeteno 16798/90, dec. 8 Temmuz 1992) Lorca'da ikamet eden dilekçe sahibi İspanyol makamlarının, kendisini kötü ve pis kokan bir su sızıntısı yanında ikamet etmeye mahkum ettiklerini ve kirli bir ortamda yaşama mecburiyetinin

Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında aşağılayıcı bir muameleye eşdeğer olduğunu ileri sürmekteydi. Nihayet bu başvuru mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak AİHM, 3. m. değil, 8. maddedeki özel ve ailevi yaşama, ikamete ve haberleşmeye saygı hakkı'nın ihlalden dolayı İspanya'yı mahkum etmiştir.

### **E. Zander c./Suede Kararı**

*Zander c./Suede* (45/1992/390/468), Arret, Strasbourg, 25 Novembre 1993) Kararında Bay ve Bayan Zander komşu arazide bir şirketin çöp depolamasına izin verilmesine karşı dava açma olanaksızlığının, sözleşmenin 6. maddesini ihlal ettiği savıyla İsveç'e karşı AİHK'na başvurmuşlardır. Komisyon bir ihlal olduğunu saptayıp, mülkiyet hakkının açık bir biçimde m. 6 anlamında "medeni" nitelik taşıdığına karar vermiştir. Su kuyularının kirlenmiş olması kaygısıyla içecek sularını başka bir yerden sağlama mecburiyetinde kalan ve mülklerinin değer yitirmesinden korkan başvurucuların talepleri üzerine, on yıldan beridir bu sıkıntıyı yaşamalarına binaen manevi tazminat öngörmüştür.

### **F. Alatulkkila ve Diğerleri/Finlandiya Kararı**

*Alatulkkila ve Diğerleri/Finlandiya* (No.33538/96, 28 Temmuz 2005 günlü 3. Daire) Kararında, Finlandiya'da balık avcılığının zaman ve yer açısından kamu birimleri ile planlanmasından ileri gelen bir sorun ise yine AİHM'ye taşınmıştır. Buna göre Finlandiya-İsveç Akarsular Sınır Komisyonu, aldığı karar ile balık avcılarında daha önce var olmayan yeni koşullar ve engeller getirilmesi nedeniyle 1996 yılı av döneminde oluşacak giderlerin karşılanması amaçlı tazminat ödenmesi gerektiği öne sürülmüştür. AİHM ise getirilen av yasağının hükümetin değil, uluslararası iş birliğinin gereği olarak getirilmiş olması; öngörülen yasakların başvurucuların malvarlığı haklarına müdahale oluşturmalarına karşın, gelecekteki av kazanımlarını arttırma amacına yönelik olması, geçimini salt balıkçılıkla sağlayanlara giderim ödenecek olması nedenleriyle orantılı bir işlem yapıldığına karar vermiştir, başvurucularını savlarını reddetmiştir.

## G. Arrondelle/İngiltere Kararı

*Arrondelle/İngiltere* Kararı ise her ne kadar dostane çözümle sonuçlanmış olsa da, havaalanlarının neden olduğu gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle verdiği en geniş kapsamlı kabul edilirlilik kararıdır. Komisyon, başvuruçunun, Sivil Havacılık Yasası'nın getirdiği yasaklar sonucunda hava taşıtlarının neden oldukları gürültüye karşı dava açamamasının, sözleşmenin 6. maddesini; konut güvenliği ve özel yaşama saygı ilkeleleriyle bağdaşmayan koşullar içerisinde yaşamak durumunda bırakılmasının 8. maddeyi; taşınmazına getirilen eylemsel ve hukuksal kısıtlamalarla malvarlığı haklarını kullanmasına el atılmasının 1 Numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesini ve bu nedenlerle yaratılan eşitsiz koşulların 14. maddeyi çiğnediği; ayrıca yakındığı sorunlarla bağlantılı olarak etkili bir çözüm yolunun bulunmaması nedeniyle de 13. maddenin ihlal edildiği yolundaki savlarından her birinin kabul edilebilir olduğu kararını vermiştir.

## H. MorenoGomez/İspanya Kararı

*MorenoGomez/İspanya*, (Başvuru No.4143/2) 16.11.2004 tarihli kararında MorenoGomez 2001 tarihli dilekçesinde, gece saatlerinde evinin yakınlarında bulunan gece kulüplerinin yol açtığı ve ulusal organların yasal yollardan önleyemedikleri gürültü kirliliği nedeniyle sözleşmenin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan konuta saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. 2004 tarihli kararında başvurunun kabul edilebilirliğe karar veren Mahkeme, aynı zamanda başvuruçunun talebi yönünde 8. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiş; sözleşmenin 41. maddesi gereğince doğan zararların karşılığı olarak 3,884 Euro tazminat ile yargılama giderlerinin ödenmesini kararlaştırmıştır. Bu kararıyla Mahkeme, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile Sözleşme'nin 8. maddesi arasında doğrudan bağlantı kurmuş olmaktadır.

## **İ. Giacomelli/İtalya Kararı**

*Giacomelli/İtalya* (Başvuru No:59909/00, 2.11.2006 günlü 3. Daire) Kararında başvuru, özel atıkların biriktirildiği ve işlendiği çöp işletme tesisinin, 8. madde bağlamında süreklilik taşıyan gürültüye neden olduğunu ve yaydığı zararlı salınımların, bulunduğu çevre açısından aşırı bir rahatsızlık yarattığını, kendi sağlığı ve konutu açısından da sürekli bir tehdit oluşturduğunu ifade etmiştir. Mahkeme ise gerek faaliyet ruhsatının gerekse endüstriyel atıkları işleme yetkisi verme kararının, uygun bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın verildiğini, coğrafi yer ve yerel halkın sağlığı bakımından riskler barındırdığını ifade ederek, oybirliği ile Sözleşme'nin 8. maddesinin koruduğu özel hayat ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine, ayrıca Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca başvuru için manevi zararlarına karşılık olarak 12.000 Euro, gider ve diğer harcamalar için 8.598 Euro ödenmesine karar vermiştir. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesini başvurunun konutuna saygı duyulması hakkı ile bağlantı kurarak çevresel bir güvence biçimde uygulamıştır.

## **J. Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre Kararı**

*Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre* (Başvuru No. 22110/93, 26 Ağustos 1997 günlü Büyük Daire Kararı). Başvurucular dilekçelerinde, İsviçre Federal Konseyi'nin Mühleberg elektrik santralının işletme izninin uzatılması kararının reddini isterlerken, buna dayanak olarak bu santralin ciddi ve onarılması imkansız yapım yanlışları bulunduğu, güncel elektrik standartlarının bulunmadığı ve koşulları nedeniyle ortalama beklentilerin üzerinde bir kaza olasılığı taşıdığı savını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme ise, Konsey'in uzmanlık kuruluşlarınca yeterli araştırmalar yapıldıktan sonra ilgili izni verdiğini ifade edip, başvuru sahiplerinin santralden doğrudan etkilenebilecek bir konuda bulunmamaları nedeniyle de AİHS md.6/1. maddesinin uyuşmazlığa uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.

## **K. Rustam Makhmudov/Rusya Kararı**

*RustamMakhmudov/Rusya* (Başvuru No. 35082/04, 5 Temmuz 2007 günlü 1. Daire) Kararında başvuru 2004 yılına ait dilekçesinde toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü koruyan Sözleşme'nin 11. maddesine dayanarak "Geniş Katımlı Kentlileri Koruma Konseyi" olarak kentli haklarının ve çevrenin korunması temalı bir toplantı düzenlemek istediklerini; ancak Moskova kent yöneticilerinin toplantının potansiyel terörist tehdidi nedeniyle iptal edilmesi zorunluluğunun doğduğunu ifade ettiklerini, ancak aynı dönemde devam etmekte olan Kent Festivali'nin ise iptal edilmediğini, bu olayların üzerine AİHM'ye başvuru yapacağı sırada gözaltında tutulmuş olması karşısında şikayetçi olmuştur. Mahkeme, hükümetin herhangi bir terörist kanıtı göstermediği için toplantının iptaline sebebiyet vermesini keyfi bir uygulama olarak görmüş, gözaltına alınmasını 5. maddenin ihlali olarak değerlendirmiş, başvurucuya manevi tazminat ödenmesini kararlaştırmıştır.

## **L. Karaman/Türkiye Kararı**

Türkiye ile ilgili verilen Karaman/Türkiye Kararı (Başvuru no: 6489/03, Karar tarihi: 15 ocak 2008) imar uygulamaları ile ilgili önem taşımaktadır. Bu kararda, devletin kamu yararı amacına dayanarak kamulaştırdığı bir taşınmazın, kamu yararı amacı dışında kullanılması halinde, taşınmazı eski malikine iade etmesi gerektiği belirtilmiştir. Karara konu olayda başvuru, müşterek malik oldukları taşınmazlarının ifrazı için Belediye'ye başvuruda bulunmuşlardır. Düzenleme ortaklık payı düşüldükten sonra taşınmazın kalan kısmında Belediye tarafından sağlık tesisi kurulması konusunda başvuru ve Belediye anlaşmaya varırlar ve başvuru taşınmazlarının bu kısmının mülkiyetini de Belediye'ye rızaları ile devrederler. Ancak Belediye, taşınmazın rıza ile devredilen bölümünün yalnızca bir kısmını sağlık tesisi inşası için Hazine'ye devreder. Bir kısmını üçüncü kişiye satar ve bir kısmını ise Belediye adına tescil eder.



Bunun üzerine başvuruçular, Belediye adına tescil edilen kısmın tapusunun iptali ve üçüncü kişiye satılan kısım için de tazminat istemiyle Belediye aleyhine dava açarlar. Başvuruçuların talepleri yargı mercilerince reddedilir. Bunun üzerine başvuruçular, uyuşmazlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirmişlerdir. AİHM, olayda taşınmazın kamu yararı amacıyla kullanılmamasından dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **M. Göksel Tütün Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi/Türkiye Kararı**

Göksel Tütün Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi/Türkiye Kararında (Başvuru No:32600/03, Karar Tarihi: 22 Eylül 2009) başvuran, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesine atıfta bulunarak, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca arazisinin 3.224 metre karelik bölümünün hiçbir tazminat ödenmeksizin elinden alındığından şikâyetçi olmaktadır. Başvuran, imar planı değişikliğinde, arazi düzenlemesinde ve yeni parselizasyon yapılmasında kamu yararı bulunmadığını savunmaktadır. Başvuran ayrıca, yeni imar planının bir kişinin şahsi çıkarları için yapıldığını ileri sürmekte ve gerçekleştirilen imar değişikliğinden sonra geri kalan arsasının değerinin artmadığını iddia etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilke olarak, başvuranın arazisinin bir kısmının şehir planlamasına katılım kapsamında belediyeye devredilmesiyle uğradığı zararın, bu bölgede yapılan çalışmalar sonucu ortaya çıkan değer artışının bir karşılığı olarak görülebileceğini kabul etmektedir. Katılım oranının arazi yüzölçümünün % 30,9'u olarak belirlenmesinin uygunluğu konusunda ise AİHM, görevinin, bayındırlık çalışmalarının bir araziye getirdiği artı değer ile buna karşılık düzenleme ortaklık payı olarak devredilmesi gereken arazi miktarının tespitine ilişkin kriterleri sorgulamak olmadığını kaydetmektedir. Dosyadaki unsurlar ile 1 Nolu Ek Protokolün 1. maddesinin ulusal makamlara bıraktığı takdir marjı dikkate alındığında, AİHM, şehir planlaması için başvurana empoze edilen düzenleme ortaklık payının kamu yararı ile ilgili şahsın haklarının korunma zorunluluğu arasındaki adil dengeyi tehlikeye sokacak nitelikte olmadığı kanaatine varmaktadır.

## **N. N.A. ve Diğerleri/Türkiye Kararı**

N.A. ve Diğerleri/Türkiye Kararına (Başvuru No:37451/97, Karar Tarihi: 11 Ekim 2005) konu olan olayda, 1956 ve 1958 tarihleri arasında yapılan kadastro çalışmaları sonucunda, Alanya'da deniz kenarında bulunan gayrimenkul, tapu siciline R.A. adına kaydedilmiştir. R.A.'nın ölümünün ardından bu gayrimenkul başvuranlara miras kalmıştır. Başvuranlar, 25 Haziran 1986 tarihinde, sözkonusu gayrimenkul üzerinde otel inşa etmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan turizm yatırım sertifikası almışlardır. Başvuranlar otel inşaatına başladıktan sonra, Hazine Müsteşarlığı gayrimenkulün tapu sicilinden silinmesi, tapu senedinin iptali ve otelin yıkılması talebiyle dava açmıştır. Mahkeme, gayrimenkulün tapu sicil kaydını iptal etmiş ve inşa edilen otelin yıkılmasına karar vermiştir. AİHM, ihtilaflı tedbirin istenilen adil dengeyi koruyup korumadığını ve başvuranlara orantılı olmayan bir yükümlülük getirip getirmediğini tespit etmek amacıyla, ulusal mevzuatın öngördüğü kamulaştırma biçimlerini göz önünde bulundurmıştır. Bu bakımdan, AİHM, malın değeriyle ilintili olarak makul bir miktarı ödemediğinden mülkiyet hakkından mahrum bırakılmanın aşırı bir müdahale olacağını ve hiçbir kamulaştırmanın bulunmayışının ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında ne de özel koşullarda haklı gösterilemeyeceğini belirterek, başvuranlara tazminat ödenmediği durumda, mülkiyetin korunması ve kamu yararı gereklilikleri arasında kurulması gereken adil dengenin başvuranlar aleyhine bozulduğuna kanaat getirmiştir.

## **O. Turgut ve Diğerleri/Türkiye Kararı**

Turgut ve Diğerleri/ Türkiye Kararı'na (Başvuru No: 1411/03, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2008) konu olayda başvuru sahipleri 1911 yılından itibaren tapu siciline tescilli olarak ve 1960'lı yıllarda aldıkları tapu senetleri uyarınca taşınmazlarını kullanmışlardır. Daha sonra gerçekleştirilen orman kadastrosu ile bu taşınmazın orman sınırları içinde kaldığı ve üzerinde özel mülkiyet kurulamayacağı iddiasıyla Hazine adına tescili için dava açılmıştır. Bu dava sonucunda karar Yargıtay yolundan da geçerek başvuru sahiplerinin taşınmazlarına ait tapuların iptal edilmesi

kesinleşmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, çevrenin korunmasına ilişkin mülhazalar söz konusu olduğunda, bilhassa da devlet konuyla ilgili olarak bir yasal düzenlemeye gitmişse, ekonomik zorunluluklar ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklar öncelik arz etmemelidirler. Bununla birlikte, AİHM mülkiyetten yoksun bırakma halinde, ihtilaf konusu tedbirin arzu edilen adil dengeye riayet edip etmediğinin ve bilhassa da başvuranlara orantısız bir yük yükleyip yüklenmediğinin belirlenmesi için iç hukukta öngörülen telafi yöntemlerinin dikkate alınması gerektiğini ve bu çerçevede mülkün değerine karşılık gelen makul bir meblağın ödenmemesi durumunda mülkten mahrum etmenin aşırı bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunun ise 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında ancak istisnai koşullarda meşruiyet kazanabileceğini ifade etmiştir. AİHM, başvuranlara tazminat ödenmemesinin, kamu yararının gerekleri ile kişinin haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengeyi başvuranlar aleyhine bozduğu kanaatinde dir.

### **P. Hakan Arı/Türkiye Kararı**

Hakan Arı/Türkiye Kararına (Başvuru No: 13331/07, Karar Tarihi: 11 Ocak 2011) konu olayda, başvuru taşınamazının imara açık alana girdiğini öğrenmesi üzerine, 2002 yılında Mersin Belediyesi'ne imar izni almak için başvuruda bulunmuştur. Mersin Belediyesi şehir planında söz konusu arazinin okul yapım sahasına girdiğini belirterek başvurana bu izni vermemiştir. İdare, başvuranın avukatına 11 Kasım 2002 tarihinde gönderdiği bir yazı ile bütçe kaynaklarının yetersiz olması nedeniyle bahse konu taşınmazın kamulaştırılmasının hemen gerçekleşmeyeceğini, bu işlemin gelecek yıllarda yapılmasının öngörüldüğünü bildirmiştir. Yapılan yargısal başvurularda talepleri reddedilmiştir. AİHM başvuranın mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkur arazi kamulaştırılamamış, ikinci süreçte belediyenin 22 Eylül 2005 tarihinde kabul ettiği yeni şehir imar planına göre başvuranın taşınmazı bir kez daha okul yapımı kararından etkilenmiştir. Hükümet tarafından iç hukukta başvuranın taşınmazının belirsizliğini telafi

edecek herhangi bir hukuki kararın alındığı dile getirilmemiştir. AİHM söz konusu bu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığına dikkat çekmektedir. Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir. Bunun sonucunda AİHM, başvurucunun kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **R. Bölükbaş ve Diğerleri/Türkiye Davası**

Bölükbaş ve Diğerleri/Türkiye Davası'nda (Başvuru No: 29799/02, Karar Tarihi 12 Nisan 2011) AİHM, 1924 yılında gerçekleşen nüfus mübadelesiyle Selanik'ten getirilerek İstanbul Kemerburgaz'a yerleştirilen kişilere iskân tapusuyla verilen taşınmazların, daha sonradan Belgrad Ormanı alanına dâhil edilmesi neticesinde meydana gelen hukuki problemlerin çözülmemesinde, Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. Olayda, arazilerini devlet tarafından kendilerine verilen tapuya güvenerek işleyen şahısların, daha sonra arazilerinin Orman Koruma Alanı'na dâhil edilmesiyle işgalci konumuna düşmeleri ve Orman İdaresi'nin kişilerin tapularını geçersiz sayması nedeniyle yaptırıma uğramaları ve kamulaştırma yapıp bu kişilere herhangi bir bedel ödenmemesi veya eşdeğerde bir taşınmaz verilmemesi, AİHM tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak görülmüştür.

## KAYNAKÇA

**Ateş Umut**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S.1 (Aralık 2005)

**Bal Süleyman**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkının Korunması”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi 24.12.1006)

**Beyazıt İbrahim Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları*, ss. 458-445.

**Carss-Frisk Monica**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin uygulanmasına ilişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 90, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, sh. 21.

**Demir Hasan**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. Maddesi Kapsamında; Mülkiyet Hakkına İlişkin Bir Sunum”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi:24.12.2006)

**Dinç Güney**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, [http://www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc\\_mulkiyet\\_hakki\\_www.rightsagenda.org.doc](http://www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc_mulkiyet_hakki_www.rightsagenda.org.doc) (Erişim Tarihi:24.12.2006)

**Frowein Jochen/Peukert Wolfgang**, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl/ Strassburg/ Arlington 1994

**Gemalmaz H. Burak**, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018

**Gölcüklü Feyyaz/Gözübüyük Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2003

**Jacot-Guillarmod Olivier**, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article sous la direction de Pettiti Louis-Edmond/Decaux Emmanuel/Imbert Pierre-Henri, Paris 1995

**Karabulut Mustafa**, "Mülkiyet Hakkı (İHAS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi:24.12.2006)

**Klose Bernhardt**, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union und die Europäische Menschenrechtskonvention, DRiZ (Deutsche Richterzeitung) 1997

**Koch Thorsten**, Parteiverbote, Verhältnismäßigkeitsprinzip und EMRK, DVBl. 2002

**Mursal Nurten**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi: 24.12.1006)

**Özdek Yasemin**, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi-AİHM Kararlarında Türkiye*, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 2004

**Pettiti Louis-Edmond/Decaux Emmanuel/Imbert Pierre-Henri**, La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, Paris 1995

**Peukert Wolfgang**, Schutz des Eigentums nach Art.1 ZP zur EMRK, EuGRZ 1981

**Rudolf Beate**, Die Eigentumsgarantie nach der EMRK und ihre verfassungsrechtliche Dimension, EuGRZ 1996

**T.C. Adalet Bakanlığı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_kilavuz.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_kilavuz.pdf)).

**Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat**, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019

**Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

**Velu Jacques/Ergeç Rusen**, *La convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles 1990

**Villiger Mark E.**, *Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): unterbesonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Zürich 1993

**Yalçinkaya Hamza**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Mülkiyet Hakkı ve Mahkeme Kararları”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/ek1.htm> (Erişim Tarihi: 24.12.2006)

**Zuleeg Manfred**, *Zum Verhältnisnationalerundeuropäischer Grundrechte Funktioneneiner EU-Charta der Grundrechte*, EuGRZ 2000

## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KORUMA SİSTEMLERİ

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SYSTEM

### ÖZET

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem, doğurduğu acı sonuçların etkisi ile insan haklarının korunması meselesinin ulusal boyuttan uluslararası boyuta dönüşmeye başladığı bir dönem olmuştur. İnsan haklarının uluslararası alanda korunması bakımından 26 Ekim 1945'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşması, dönüm noktasıdır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın özüne ve ruhuna bakıldığında aslında Antlaşma ile sağlanmak istenen temel amacın uluslararası barış ve güvenliğin korunması olduğu söylenebilir. Devletlerin yaşanılan ve etkisi geri döndürülemez şekilde büyük olan savaşların sonucunda uluslararası barışı sağlamanın yolunun insan haklarının uluslararası anlamda korunmasından geçtiğini fark etmeleri ile insan hakları evrensel bir boyut kazanabilmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile "bireyler" de "devletler" gibi uluslararası hukukun öznesi haline gelmiştir. Böylece bireylerin de uluslararası anlamda özne olmanın getirdiği hak sahibi olma ve yükümlülük altına girme özelliklerine sahip olabilecekleri kabul edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası hukuk, insan hakları, koruma sistemleri, Birleşmiş Milletler

### ABSTRACT

The era after the Second World War was a period in which the issue of the protection of human rights began to change from the national dimension to the international dimension due to the painful consequences of the Second World War. The United Nations Agreement, which entered into force on October 26, 1945, was a milestone for the protection of human rights in the international arena. Looking at the spirit and essence of the United Nations Agreement, it can be said that the main purpose of the agreement is to protect international peace and security. As a result of the wars that experienced and irreversibly influenced, human rights have gained a universal dimension by realizing that the way to achieve international peace is through international protection of human rights. With the entry into force of the United Nations Agreement, "individuals" have become the subjects of international law, such as "states" and it is accepted that they may have the rights and obligations of being subject to international law.

**Keywords:** International law, human rights, protection systems, The United Nations

\* Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi



## 1. GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Birleşmiş Milletler Örgütü, insan haklarının evrensel boyuta taşınmasının temellerini atmıştır. Birleşmiş Milletler uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve devamı için gerekli görülen insan haklarının geliştirilerek desteklenmesinde büyük bir rol üstlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın giriş bölümü örgütün insan haklarının uluslararası anlamda korunması bakımından üstlendiği rolü ortaya koymaktadır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın giriş bölümü "*Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye, ... , tüm halkların ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemesini kolaylaştırmak için uluslararası kurumlardan yararlanmaya, istekli olarak, bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcamaya karar verdik...*"<sup>1</sup> demektedir. Antlaşma'da, giriş bölümünün yanı sıra maddeler içinde yapılan doğrudan düzenlemelerle de insan hakları kavramına yer verildiği görülmektedir.

Bu çalışmada Birleşmiş Milletler'in insan haklarının uluslararası alanda korunmasında üstlendiği rolü işlenecektir. Bu kapsamda öncelikle genel olarak Birleşmiş Milletler ve insan hakları meselesine değinilecek, sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin önemi açıklanacak, sözleşme içi sistem anlatılacak, ardından sözleşme dışı sistem birimi anlatılarak çalışmanın ana metni tamamlanacaktır.

## 2. GENEL OLARAK BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ve İNSAN HAKLARI

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın oluşturulması, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından bir dönüm noktası olmuş-

<sup>1</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2019

tur.<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler'in kurulmasının asıl amacının uluslararası barış ve güvenliği sağlamak olduğu düşünüldüğünde insan hakları anlamında Antlaşma'da kullanılan ifadeler genel olarak teşvik etmek, geliştirmek vs. şeklindedir. Bu durum Antlaşma'nın ne kadar bağlayıcılığı olacağı ve insan haklarının genel geçer biçimde ele alınmasının doğru olup olmadığı konularında Antlaşma'nın eleştirilere uğramasına neden olmuştur. Kanaatimce Birleşmiş Milletler Antlaşması hukuki niteliği itibari ile çok taraflı bir antlaşmadır. Kurucu üyeler tarafından Antlaşma karşılıklı yükümlülükler doğuracak şekilde yapılmış ve sonradan diğer devletlerin de Antlaşma'ya bu yükümlülükler çerçevesinde katılımı gerçekleştirilmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'na bakıldığında insan haklarının korunmasına ilişkin yetkili bir organ öngörülmemiştir. Ancak üye devletler Antlaşma'nın 55. maddesinde belirtilmiş olan amaçlara ulaşmak için Antlaşma'nın 56. maddesi ile gerek birlikte gerekse ayrı ayrı örgütle işbirliği içerisinde hareket etmekle yükümlü kılınmıştır. Antlaşma'da kullanılan dil ile üye devletlere, insan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda düşen yükümlülük ifade edilmiştir. Durum böyle olsa bile bir "genel açıklama" niteliğindeki bu belgenin devletlere uyması zorunlu yükümlülükler getirip getirmediği devletler hukuku bakımından tartışmaya açıktır.<sup>3</sup>

Birleşmiş Milletler Antlaşması'na getirilen bir diğer eleştiri ise insan haklarının uluslararası alanda korunması bakımından genel geçer ifadeler kullanıldığı noktasındadır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın asıl amacının uluslararası barış ve güvenliği korumak olduğu düşünüldüğünde insan haklarının daha genel ifadelerle düzenlenmesinin kabulü gerekmekte, Antlaşma'ya insan haklarını uluslararası düzleme taşıyan ve bireyi uluslararası hukukun öznesi haline getiren insan hakları hareketinin başlangıcı olarak bakmakta fayda vardır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı incelediğimizde giriş bölümünün yanında altı ayrı maddede insan haklarına ilişkin doğrudan düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Giriş bölümünde temel insan haklarına, insan

<sup>2</sup> Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara 2003, s. 35.

<sup>3</sup> Demirel' den aktaran İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, 2015, s. 173.

kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların, büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inanca vurgu yapılmış, Antlaşma ile bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcanmaya karar verildiğine değinilmiştir.

Birleşmiş Milletler'in amaçları 1. maddenin 3. fıkrasında “*Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak.*” şeklinde belirtilmiştir.

Antlaşma'nın 13. maddesinde insan haklarına ilişkin ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştıracak araştırmalar yapılması genel kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

55. maddenin (c) bendinde Uluslararası Ekonomik ve Sosyal İş Birliği başlığı altında Birleşmiş Milletler'in görevlerinden birinin ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştırmak olduğu belirtilmiştir. Daha öncede değindiğimiz gibi Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 56. maddesi üye devletleri, 55. maddedeki amaçları gerçekleştirmekle tek tek ve birlikte Birleşmiş Milletler ile birlikte hareket etmeye yükümlü kılmaktadır.

Antlaşma'nın insan hakları konusunda getirdiği düzenlemelerden beşincisi ise Ekonomik ve Sosyal Konsey'in görev ve yetkilerini düzenleyen 62. maddedir. Maddenin 2. fıkrası “*Konsey, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamak üzere tavsiyelerde bulunabilir.*” şeklindedir.

Antlaşma'da konuya ilişkin maddesel sıralamada yapılan bir diğer düzenleme 68. maddededir. Antlaşma, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in insan haklarının ilerletilmesi amacıyla komisyonlar kurabileceğini kabul etmiştir. Yapılan son düzenlemede vesayet rejiminin temel hedefleri

arasında, ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini teşvik etmek ve dünya halklarının karşılıklı bağımlılığını geliştirmek gerekliliğine yer verilmiştir.

### 3. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ

Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Genel Kurul, insan haklarına ilişkin ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştıracak araştırmalar yapmayı görev edinmiştir. Genel Kurul bu doğrultuda çalışmalara başlamış, Ekonomik ve Sosyal Konsey'i konuyla ilgili görevlendirmiştir. Genel Kurul'ca görevlendirilen Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1946 yılında İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş, Komisyon çalışmalarına 1947 yılında başlamıştır.

İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanmış olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unca 10 Aralık 1948 tarihinde yapılan oylama sonucu 48 olumlu, 8 çekimser oy ile kabul ve ilan edilmiştir. Türkiye, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi konusunda Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unda olumlu oy kullanan devletlerden biridir. Bildiri uluslararası bir antlaşma niteliğinde olmamasına rağmen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde okunarak kabul edilmiş, 27 Mayıs 1949 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak ilan edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile ilk kez insan hak ve hürriyetleri uluslararası boyutta sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. İHEB ile insan hakları konusunda devletler uluslararası ortak bir temelde buluşmayı amaç edinmişlerdir. İnsan hakları konusunda tüm devletler için geçerli olacak tanımlamalar, kavramlar ve ölçütler belirlenmek istenmiştir. İHEB, BM Antlaşması'nın insan haklarına ilişkin maddelerinin yorumlanmasında "üstün bir rehber" görevi görmüştür.<sup>4</sup> İHEB hakların devletlere karşı korunması noktasında herhangi bir koruma mekanizması

<sup>4</sup> Verdırame' den aktaran Tacettin Çalık, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı: 1, 2016, s. 77.

öngörmemiştir. İHEB, üye devletlerden bildiriadaki hakların tüm dünyada uygulanması için çaba sarf etmesini istemektedir. İHEB, kendinden sonra gelen ulusal ve uluslararası düzenlemenin temelini oluşturduğu için önemlidir. Herhangi bir koruma mekanizması öngörmese de bağlayıcı ve koruma mekanizmasına sahip antlaşmaların yapılmasına temel sağlamıştır. Örneğin, İHEB'in kabulü, BM'nin insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının yükseltilmesi ve teşvik edilmesi yolunda attığı ilk adım olmuştur.<sup>5</sup> İHEB, insan haklarının devletlerin iç hukuklarına aktarılması konusunda ve soyut ilkelerin somut kurallara dönüştürülmesinde yol gösterici belge olma rolünü üstlenmiştir.<sup>6</sup>

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi hukuki niteliği itibari ile bir Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıdır. Hatta Genel Kurul'un insan haklarının uluslararası alanda korunması bakımından almış olduğu ilk karar da denilebilir. Genel Kurul kararları yapıları gereği bağlayıcı olmayıp üye devletler için öneri niteliği taşımaktadır. İHEB de bir Genel Kurul kararı olduğu için hukuken bağlayıcı değildir. Ancak uluslararası hukuk dünyasında genel kabul gören görüş İHEB'in BM Antlaşması'nın 55, 56. maddeleri anlamında örf adet hukuku haline geldiğidir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, başlangıç bölümü ve 30 maddeden oluşmaktadır. 1-21. maddeler arasında kişilik hakları ve siyasal özgürlükler düzenlenmiştir. Klasik temel insan haklarından olan yaşam hakkı, işkence yasağı gibi hakların yanında konut edinme, vatandaşlık ve sığınma hakkı gibi haklar da İHEB'de yerini almıştır. 22. ve 27. maddeler arasında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlenmiştir. İHEB madde 28'e "*Herkesin bu Bildirge'de öngörülen hak ve özgürlüklerin gerçekleşeceği bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır.*" düzenlemesi getirilmiştir. Burada bireylerin kendilerine tanınan hakları kullanabilmeleri için belirli standartların da sağlanması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Bildiri'nin son iki maddesinde bireyin topluma karşı ödevlerinden

<sup>5</sup> Schmidt' den aktaran Tacettin Çalık, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı: 1, 2016, s. 78.

<sup>6</sup> Esra Demir, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, s. 211.

bahsedilmekle birlikte hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlanabileceği anlatılmaktadır.

#### 4. SÖZLEŞME İÇİ SİSTEM

Dayanağını bir sözleşmenin onaylanmış olmasından ve bu sözleşmeyle öngörülen özel denetim organının yetkisinin tanınmış olmasından alan sistem, sözleşme içi denetim sistemidir.<sup>7</sup> Sözleşme içi sistemde bir sözleşme, bu sözleşmenin belirli aşamalardan geçmesi, belirli aşamalardan geçtikten sonra ülkeler bakımından bağlayıcılık kazanması ve özel denetim organları olması söz konusudur. Sözleşmeler imzalama, onaylama ve yürürlüğe girme aşamalarından geçerek ülkeler için bağlayıcılık kazanmaktadır. Birleşmiş Milletler boyutundan baktığımızda insan hakları ile ilgili düzenlenen sözleşmelerin önemli bir kısmı şu şekildedir;

- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
- Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
- İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muameleye ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
- Çocuk Hakları Sözleşmesi
- Engelli Bireylerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme

<sup>7</sup> İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, 2015, s. 282.

- Bütün Kişilerin Zorla Kaybettirilmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi

- Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi

#### **4.1. 1966 İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ ( İKİZ SÖZLEŞMELER )**

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca İnsan Hakları Komisyonu'na insan hakları alanında uluslararası koruma mekanizmasını içeren sözleşme hazırlama görevi verilmiş, Komisyon tarafından hazırlanan sözleşme taslağı ise doğu-batı bloğu arasında yaşanan çatışmalar sebebi ile birlik sağlanamadığından uzun süre kabul edilememiştir. Komisyon'ca bloklar arasındaki çatışmaların devam etmesi sebebi ile yaklaşık 12 yıl aradan sonra hazırlanabilen iki ayrı sözleşme taslağı da BM Genel Kurulu'na 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek Birleşmiş Milletler üye devletlerinin imza ve onayına sunulabilmiştir.

Sözleşme'nin yürürlüğe girme şartlarını düzenleyen maddelere bakıldığında iki sözleşme için de BM Genel Sekreterliği'ne 35 devletin onay ve katılma belgesini sunma şartı arandığı ve bu tarihten itibaren üç ay süre geçtikten sonra sözleşmelerin yürürlüğe girebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu sebeple her iki Sözleşme ancak 1976 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir.

Hem Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hem de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin İHEB'e atıfta bulunduğu, fikirleri temel aldığı söylenebilir. Bunun yanı sıra İHEB'de bulunmayan haklar da ikiz Sözleşmelere dâhil olmuştur.

##### **4.1.1. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İHEB'de yer alan hakları bir sözleşme şeklinde listelemiştir ve bu haklara bağlayıcı nitelik kazandırır

mıştır.<sup>8</sup> Sözleşme'nin 2. maddesinde üye devletlerin sözleşmeyle bağlı olmaları konusu düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesi sözleşmeye taraf olan tüm devletlere, kendi ülkesinde yaşayan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireylere hiçbir ayırım gözetmeksizin sözleşmede tanınan hakları sağlama ve bunlara saygı gösterme sorumluluğunu yüklemiştir.<sup>9</sup> 2. madde “Sözleşmeye taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.” demektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ile Sözleşme'ye taraf devletlere getirilen bir diğer yükümlülük ise kendi anayasa ve iç hukuklarını Sözleşme'yle uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmelerinden ibarettir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların bir bölümü sınırlanabilir, bir bölümü ise mutlak haklardan oluşmaktadır. Sözleşme'de genel sınırlama sebeplerinin düzenlenmesinin yanı sıra, hakka ilişkin düzenleme getiren ilgili maddelerin her birinde ayrıca sınırlama sebeplerine ilişkin düzenlemeye gidilmiştir. Genel sınırlama sebeplerini dikkate alırsak MSHS, söz konusu hakların yalnızca yasalarda belirtilen şekillerde sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların ancak ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığını ve ahlakını ya da başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Sınırlamalara ilişkin genel hüküm sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenmiş, madde bazında düzenlenen özel sınırlama sebeplerinde ölçüt olarak genellikle “demokratik toplum gereklerine uygunluk” ifadesi kabul edilmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, düzenlemiş olduğu hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını denetlemek ve bunlara taraf devletlerin uyup uymadığını izlemek amacıyla, bir “İnsan Hakları Komitesi” kurul-

<sup>8</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 71

<sup>9</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 71



masını öngörmüştür.<sup>10</sup> Komite üyeleri seçildikten sonra, bağlı oldukları devletin temsilcisi olarak değil, kendi kişisel nitelikleri ile görev yaparlar. Böylece onların hiç değilse bir ölçüde bağımsızlığı sağlanarak Komite'ye "devletler üstü" bir görünüm kazandırılmak istenmiştir.<sup>11</sup> İnsan Hakları Komitesi'nin görevleri şu şekilde ifade edilebilir:

- Devletlerin vermiş olduğu zorunlu raporların incelenmesi
- Üye devletler tarafından yapılan bildirimleri kabul etme ve inceleme
- Bireylerin yapmış olduğu bildirimleri kabul etme ve inceleme
- Genel kurula yıllık rapor sunumu
- Sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak için gerektiğinde açıklayıcı yorum yapma

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komitesi'ne bağlı olarak faaliyet gösteren üç ayrı koruma mekanizması öngörülmüştür. Bunlar;

- Devlet başvurusu yolu ile denetim
- Rapora dayalı denetim
- Bireysel başvuru

Rapora dayalı denetim mekanizmasının sık ve diğerlerine oranla daha kolay kullanılan bir denetim yolu olduğu söylenebilir. Uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayan her devlet, ilgili komitelere, onay tarihinden itibaren bir yıl ya da iki yıl içerisinde (komiteler arasında fark-

<sup>10</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 71

<sup>11</sup> Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Şubat 1987, s. 31

lık arz edebilir) bir başlangıç raporu ve daha sonra belli periyodlarla dönemsel raporlar sunmak zorundadır.<sup>12</sup>

Devletler; vermiş oldukları başlangıç raporlarında iç hukuklarındaki insan haklarına ilişkin düzenlemeleri anlatmalı, hak ihlali durumunda gidilebilecek yargısal ve idari yollar hakkında BM'ye bilgi vermelidirler. Başlangıç raporlarından sonra devletlerce verilecek dönemsel raporlarla sistemin imzacı ülkelerdeki uygulama durumu hakkında bir gözlemde bulunmak amaçlanır.<sup>13</sup>

Devletlerden alınan raporlar komitelerce incelemekte ve tartışılmaktadır. İncelemeden sonra ilgili devlete tavsiyede bulunma durumu söz konusu olup komitelerce tavsiyelere uyulması beklenilmektedir. Sözleşmelere uyulmama durumunda bir yaptırımın öngörülmemiş olması ve üye devletlerce sunulan raporların hem zamanında sunulmaması hem de gelişigüzel sunulması rapor mekanizmasına getirilen eleştirilerdendir.<sup>14</sup>

Koruma mekanizmalarından bir diğeri devlet başvurusu yolu ile denetim usulüdür. Bu usul bir devletin diğeri bir devlete karşı, taraf olunan insan haklarına ilişkin sözleşmenin yerine getirilmediği sebebiyle şikâyet usulüdür. Devlet başvurusu yoluyla denetim usulü 41. maddede düzenlenmiştir. Taraf devletlerin devlet başvurusu yoluyla denetim usulünü kullanabilmeleri için sağlanması gerekli ön şartlara maddede yer verilmiştir. Maddeye göre devlet başvurusu yoluyla denetim usulünün kullanılabilmesi için öncelikle hem şikâyet eden hem de şikâyet edilen devletin, Komite'nin özel yetkisini kabul etmiş olması gerekmektedir. Sağlanması gereken diğeri ön şart, Komite'nin önüne getirilen bir konunun Komite tarafından ele alınabilmesi için uluslararası hukuk tarafından genel olarak kabul edilmiş her türlü iç hukuk başvuru yollarının izlenmiş ve tüketilmiş olmasıdır.

<sup>12</sup> Bülent Algan / Refik Tiryaki, "Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği", Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 119-120

<sup>13</sup> İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, 2015, s. 186.

<sup>14</sup> Bkz. İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, 2015, s. 188.

Devlet başvurusu yolu ile denetim usulünde sözleşmeye taraf devletlerden birisi, diğer bir taraf devletin sözleşme hükümlerini yerine getirmedeği kanaatine sahipse, durumu yazılı bir bildirimle ilgili devlete bildirir. Bildirim alan devletin üç ay içerisinde, yazılı olarak gerekçesini bildirme ve açıklama yapma yükümlülüğü vardır (m. 41/1-a). Yapılan açıklamanın ve bildirilen gerekçenin tatmin edici olması durumunda sorun ortadan kalkar. Eğer bu devletler ilk bildirimden itibaren altı ay içerisinde uzlaşamazlarsa, taraflardan birisi karşı devlete durumu bildirmek suretiyle konuyu İnsan Hakları Komitesi'ne götürebilmektedir (m. 41/1-b). Komite ise önüne gelen başvurularda daha çok tarafsız uzlaştırmacı, arabulucu sıfatı ile hareket etmeye çalışmakta; uzlaştırmaya geçmeden önce kabul edilebilirlik ve maddi gerçeğin irdelenmesi noktalarında inceleme yürütmektedir.

Bir diğer koruma mekanizması olan bireysel başvuru usulünde İnsan Hakları Komitesi bakımından bireysel başvuru mekanizmasına bakıldığında, MSHS'ye Ek Seçimlik Protokol ile getirilen bu usulün uygulanabilmesi için, ilgili devletin Seçimlik Protokol'e taraf olması gerektiği görülmektedir. Yalnızca MSHS'ye taraf olmak bireysel başvuru mekanizmasının işlemesi için yeterli sayılmamaktadır.<sup>15</sup> Ancak protokolü kabul eden devletlerin istedikleri zaman Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne yapacakları yazılı bir bildirimle protokolü tek taraflı olarak feshetme hakları olduğu, feshin bildirimden itibaren üç ay geçmesi ile hüküm doğurduğu unutulmamalıdır. Yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilmesi için öncelikle (Ek Protokole göre) iç hukuk yolları tüketilmiş olmalı, başvuranın kimliği belirli olmalı, başvuru hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamalı ve ilgili şikâyet konusu, devlet başvurusu yoluyla denetim ya da rapora dayalı denetim usulü ile çözülmüyor olmalıdır.

Başvurular kabul edildikten sonraki sürece bakıldığında, Komite, kabul edilen başvuruları, şikâyet edilen devlete bildirir. Şikâyeti öğrenen devlet, altı ay içinde görüşlerini Komite'ye iletir. Komite, bireysel başvuruyu ilgili devletten almış olduğu görüş ve belgeler ışığında kapalı otu-

<sup>15</sup> Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara 2003. S.46

rumlarda inceler. Komite, inceleme sonucunda varmış olduğu görüşlerini ilgili devlete ve başvuru sahibine gönderir ve kamuoyuna duyurur (Ek Protokol m. 4, 5/4).

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1948 yılında ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan klasik hakların (1. kuşak haklar) genişletilerek pozitif hukuka girmesinin başlangıcı olmuştur.<sup>16</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde düzenlenmeyen MSHS'de düzenlenen haklardan biri Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlenen "*Self Determination*" hakkıdır. Bunun halkların kendi kaderini tayin etme hakkı olduğu söylenebilir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile koruma altına alınan diğer hak ve özgürlüklerden bazıları şunlardır; yaşam hakkı (m. 6), işkence yasağı (m. 7), zorla çalıştırma yasağı (m. 8), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 9), tutulanların hakkı (m. 10), borç nedeniyle hapis yasağı (m. 11). Yukarıda sayılan maddelerin yanı sıra Sözleşme, seyahat özgürlüğü (m. 12), yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceler (m. 13), adil yargılanma hakkı (m. 14), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (m. 15), kişi olarak tanınma hakkı (m. 16), özel hayatın gizliliği ilkesi (m. 17), düşünce, din, vicdan özgürlüğü (m. 18), ifade özgürlüğü (m. 19), ailenin korunması (m. 23), örgütlenme özgürlüğü (m. 22), çocuk hakları (m. 24), hukuk önünde eşitlik ilkesi (m. 26) ve azınlıkların korunması (m. 27) konularını da düzenlemiştir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 2000 yılında Türkiye tarafından imzalanarak 2003 yılında sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunla iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. MSHS'ye bağlı olan Seçmeli Protokol ve İkinci Seçmeli Protokol de Türkiye tarafından 2004 tarihinde imzalanmış, 2006 tarihinde onaylanmıştır. 1982 Anayasamızın 90. maddesi gereği (Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.) MSHS, Seçmeli Protokol ve İkinci Seçmeli Protokol Türkiye açısından bağlayıcıdır.

<sup>16</sup> M. Emin Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara, 2011, s. 94.

#### 4.1.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Sözleşme başlangıç bölümü, 31 madde ve beş bölümden oluşmaktadır. Uluslararası düzlemde ikinci kuşak hakları topluca düzenleyen tek belge Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir.<sup>17</sup> Sözleşme'de yer alan haklardan bazıları şöyle sıralanabilir: Çalışma hakkı (madde 6), sendika kurma hakkı (madde 8), sosyal güvenlik ve sigorta hakkı (madde 9), beslenme, giyim ve barınma hakkı (madde 11), eğitim hakkı, ilköğretimin zorunlu ve ücretsiz olması (madde 13).

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne baktığımızda haklar noktasında iki sözleşmenin birbiri ile kesişen yanları vardır. Her iki sözleşmenin 1. maddesinde self determinasyon hakkının korunması amaçlanmıştır. Her iki sözleşmede 2. madde ayrımcılık yasağını, 3. madde cinsiyet eşitliğini düzenlemektedir.

Sözleşme'ye göre her taraf devlet, kendi ülkesinde yaşayan ve yargı yetkisi kapsamındaki bütün bireylere, hiçbir ayırım gözetmeksizin Sözleşme'nin tanıdığı hakları sağlamak ve bunlara saygı göstermek zorundadır. ESKHS'nin 2. maddesi ile taraf devletlere getirilen yükümlülük ve ilgili madde *"Bu Sözleşme'ye taraf her devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşme'de tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dâhil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder."*<sup>18</sup> demektedir. Bu bakımdan, Sözleşme taraf devletlere, bireylere yönelik doğrudan doğruya kullanılabilir hukuki bir yükümlülük yüklemek yerine, devletlere *"yön gösterici"* nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Mehmet Semiz Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 352

<sup>18</sup> [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin134.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf) erişim tarihi: 01.10.2019

<sup>19</sup> Enver Bozkurt, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara 2003. s. 68.

Sözleşme'ye göre devletler bireylerin sosyal, ekonomik, kültürel hak ve özgürlüklerini ancak kanunlar aracılığı ile sınırlayabilecekler, bunu yaparken de hakların niteliği ile bağdaşmasına ve demokratik bir toplumda genel refahın yükseltilmesi esaslarına dikkat edeceklerdir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin öngördüğü koruma mekanizmalarına baktığımızda sözleşmenin orijinal metniyle getirilen denetim yöntemi sadece raporlamadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul ettiği Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Seçmeli Protokol 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol ile bireysel başvuru ve devletlerarası başvuru usulleri getirilmiştir.

Bu bağlamda Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından ülke raporlarının incelenmesi hususunda yardım niteliği sağlaması amacıyla 1985 yılında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin kurulması önemli bir gelişme olup, dikkat verilmelidir. Komite 18 uzmandan oluşmakta, devletler tarafından gönderilen raporları inceleyip bunun sonucunda hazırladığı raporu her yıl Ekonomik ve Sosyal Konsey'e sunmaktadır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 2000 yılında Türkiye tarafından imzalanarak 2003 yılında sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunla iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. Türkiye, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 2008 tarihinde 63/117 sayılı kararıyla kabul ettiği protokole taraf değildir.

## 4.2. DİĞER SÖZLEŞMELER

### 4.2.1. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Genel Kurul'un 21 Aralık 1965 tarihinde almış olduğu 2106 (XX) sayılı kararı ile 174 ülke tarafından kabul edilmiş ve

4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>20</sup> Bu Sözleşme'nin kabulüyle birlikte, uluslararası toplum artık ırk ayrımcılığıyla mücadelede önemli bir yasal dayanağa sahip olmuştur.

İrk ayrımcılığı 1. maddede “*Siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih.*” şeklinde düzenlenmiştir. İrk ayrımcılığının tanımını yaptıktan sonra Sözleşme, taraf devletlerin bu konuya ilişkin yükümlülüklerini 6 maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Genel olarak devletlerin yükümlülükleri, ırk ayrımcılığı hareketleri ve uygulamalarına girmemek, hükümet politikaları ile ulusal ve yerel politikaları gözden geçirmek şeklindedir.

İşbu sözleşmenin denetim mekanizmasını İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi üstlenmektedir. Komite'nin temel görevi, taraf devletlerin Sözleşme'nin ülkelerinde uygulanmasına ilişkin hazırladıkları raporları incelemektir. Komite'nin diğer denetim mekanizmaları devlet başvuruları ve bireysel başvuru usulüdür.

Türkiye, Sözleşme'yi 13 Ekim 1972 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4750 sayılı Kanun, 9 Nisan 2002 tarih ve 24721 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 16 Eylül 2002 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından 16 Ekim 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>21</sup>

Türkiye, Sözleşme'nin hükümlerinin yalnızca Türkiye'nin diplomatik ilişkisi bulunan taraf devletlere karşı uygulanacağını ve Sözleşme'nin

<sup>20</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf)

<sup>21</sup> <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrmlcgnn-ortadan-kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/> erişim tarihi: 01.05.2019

Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesel sınırları itibariyle onaylanmış bulunduğunu ifade eden iki beyanda bulunmuş ve Sözleşme'nin yorum veya uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet Divanı'na intikal ettirilmesini düzenleyen 22. maddesiyle bağlı sayılmayacağını ifade eden bir çekince koymuştur.<sup>22</sup>

#### 4.2.2. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

İşkenceye Karşı Sözleşme, işkence yasağını ve işkence tanımını geniş bir şekilde düzenlemiş ve işkencenin önlenmesi için bir denetim mekanizması kurmuştur. İşkenceye Karşı Sözleşme, Genel Kurul'un 10 Aralık 1984 tarihinde almış olduğu 39/46 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 20 devletin onay ve katılma belgelerini BM Genel Sekreterliği'ne teslim etmesini takip eden otuzuncu günde 26 Haziran 1987'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ile getirilen en önemli yenilik, bütün işkence, kötü muamele ve kötü davranışların, ülkelerin bir iç sorunu değil evrensel nitelikte bir problem olduğunun güçlü bir şekilde kabul edilmesi gerçeğidir.<sup>23</sup> Günümüzde işkence yasağının uluslararası örf adet hukuku haline geldiği ve mutlak haklardan olup hiçbir dönemde ve hiçbir şekilde askıya alınamayacağı kabul edilmektedir.

Sözleşme'nin 1. maddesinin birinci fıkrasında işkence terimi, “*bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetim herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası yahut onayıyla uygulanan fiziksel veya ruhsal ağır acı veya ıstırap verici bir eylem.*” olarak tanımlanmıştır. Bu maddeden anlaşıldığı üzere, işkence suçunun faili, bir kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket edenler ile bu kişilerin teşviki, rızası ya da onayıyla bu fiili işleyenler olabileceklerdir.

<sup>22</sup> <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrimgn-ortadan-kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/> erişim tarihi: 01.05.2019

<sup>23</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 155.



İnsan onurunu ve değerini zedeleyen diğer davranışlar, Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme'ye taraf devletler, işkence ölçüsünde olmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı davranış veya cezaları önlemekle sorumlu tutulmuştur.

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin getirmiş olduğu denetim mekanizmalarına bakıldığında, bu görev İşkenceye Karşı Komite tarafından yerine getirilmektedir. Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, Genel Kurul'un 39/46 sayılı kararıyla kurulan Komite, 1988 yılında denetleme faaliyetlerine başlamıştır. Kural olarak Komite, denetim görevini taraf devletlerin, Komite'nin denetim yetkisini tanınmasına bağlı olarak gerçekleştirebilmektedir.

İşkenceye Karşı Komite, İnsan Hakları Komitesi'nin kullandığı rapor usulü, devlet başvurusu ve bireysel başvuru usullerine ek olarak soruşturma usulünü de kabul etmektedir. "Soruşturma usulü", herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın Komite'nin, taraf devletlerden birisinin ülkesinde sistematik bir şekilde işkence uygulandığına dair inandırıcı bir bilgiye sahip olması durumunda, resen inceleme yapma yetkisini ifade etmektedir. Komite, faaliyetleri hakkında Genel Kurul'a ve taraf devletlere yıllık faaliyet raporları sunmakla da yükümlüdür. Bununla birlikte, Sözleşme'nin imza, onay ve katılma aşamalarında, devletler soruşturma usulünü düzenleyen 20. maddeye çekince koyarak, kendilerini Komite'nin soruşturma usulü yetkisinin dışında bırakabilirler.

Sözleşmenin içeriğine ve düzenine baktığımızda başlangıcın yanında 33 maddeden ibaret olduğunu ve üç bölüm halinde düzenlendiğini görürüz. BM İşkenceye Karşı Sözleşme ile güvence altına alınan hakların düzenlenmesi sözleşmenin birinci bölümünde gerçekleşmiştir. İşkencenin tanımının yapıldığı yukarıda bahsi geçen birinci maddenin düzenlenmesi, bunun yanı sıra işkence suçları ile ilgili ülkeler arası karşılıklı yardım yapılacağı, işkence görenin tazminat isteme hakkı bu kısımda düzenlenen maddelerdir.

İşkenceye Karşı Komite, sözleşmenin ikinci kısmında düzenlenmiştir. Komite'nin denetim yetkisi, kural olarak, taraf devletin Komite'nin denetim yetkisini kabul etmesine bağlıdır. Dolayısıyla İşkenceye Karşı Komite'nin taraf devletin ülkesine periyodik ziyaretler yaparak sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi yoktur.<sup>24</sup>

Türkiye ilgili sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. Yürürlüğe girme tarihi ise Türkiye'de 1988 tarihine tekabül etmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2002 tarih, A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul ettiği İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolü ise Türkiye açısından 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

28 Ocak 2014 tarih ve 28896 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9 Aralık 2013 tarih ve 2013/5711 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, İhtiyari Protokol'de öngörülen görevleri yerine getirmek üzere ulusal önleme mekanizması olarak belirlenmiştir.<sup>25</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Ulusal Önleme Mekanizması ve işkence ve kötü muameleyle ilgili görevleri şunlardır:

a) Kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı yerlere haberli veya habersiz düzenli ziyaretler gerçekleştirmek ve bu yerlerdeki muamele ve koşulların iyileştirilmesi amacıyla ilgili makamlara tavsiyede bulunmak,

b) Ziyaretlere ilişkin raporları ilgili kurum ve kuruluşlara iletmek ve Kurulca gerekli görülmesi durumunda kamuoyuna açıklamak,

c) Ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları, il ve ilçe insan hakları kurulları ile diğer kişi, kurum ve kuruluşların bu gibi yerlere

<sup>24</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 157

<sup>25</sup> <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskenceye-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihtiyari-protokol/erişim> tarihi: 01.10.2019

gerçekleştirdikleri ziyaretlere ilişkin raporları incelemek ve değerlendirmek,

ç) Görev alanıyla ilgili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek,

d) Ulusal önleme mekanizmasıyla ilişkili başvuruları incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek,

e) İşkence ve kötü muameleyle mücadele amacıyla bilgilendirme ve farkındalık yaratma çalışmaları yürütmek,

f) Cumhurbaşkanlığına, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na ve Başbakanlığa sunulmak üzere, işkence ve kötü muameleyle mücadele alanlarında yıllık raporlar hazırlamak,

g) Düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde özel raporlar yayımlamak,

ğ) İşkence ve kötü muamele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilgili mevzuat dâhilinde işbirliği yapmak,

h) İşkence ve kötü muamele alanında faaliyet yürüten kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği yapmak.

ı) Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemek, bu sözleşmeler uyarınca kurulan inceleme, izleme ve denetleme mekanizmalarına Devletin sunmakla yükümlü olduğu raporların hazırlanması sürecinde, ilgili sivil toplum kuruluşlarından da yararlanmak suretiyle görüş bildirmek, bu raporların sunulacağı uluslararası toplantılara temsilci göndererek katılmak.

i) İşkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin başvuruları incelemek ve karara bağlamak.<sup>26</sup>

#### **4.2.3. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi**

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (kısaca CEDAW), Genel Kurul'un 18 Aralık 1979 tarihinde almış olduğu 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş olup yirmi devletin onay ve katılım belgelerini BM Genel Sekreterliği'ne teslim etmesini takip eden otuzuncu gün olan 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler sisteminde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden sonra en fazla devlet tarafından onaylanan sözleşme olmuştur.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin temel amacı, kadınların hayatın her alanında eşit haklara sahip olmasını, bütün toplumlarda cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesini, kadınların kalkınmaya katkıda bulunmasını sağlamaktır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde devlet başvurusu ve bireysel başvuru usullerine yer verilmeyerek yalnızca rapor usulü kabul edilmiştir. Denetim organı olarak "*Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi*" oluşturulmuştur (m. 17). Sözleşme'nin öngördüğü rapor mekanizması, 2000 yılında yürürlüğe giren Seçimlik Protokol ile güçlendirilmiştir. Bu Protokol, bireysel başvuru usulünü ve resen inceleme usulünü getirmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye bakımından 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kadınlara Karşı Her Türlü

<sup>26</sup> <https://www.tihk.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/> Erişim Tarihi: 01.10.2019

Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol, 18 Eylül 2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Türkiye bakımından 29 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

#### 4.2.4. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukların sahip oldukları haklara ilişkin kapsamlı düzenlemeler getiren ilk ve en önemli temel belgedir. Bir noktadan bakıldığında çocuk haklarının insan hakları kavramından ayrı düşünülemeyeceği ortaya çıkmakta bu durum Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni doğal hukuk açısından anlamlı kılmaktadır. Sözleşme’ye göre on sekiz yaşını doldurmamış her insan çocuktur.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi bir giriş bölümü ve 54 maddeden oluşmaktadır. Sözleşme’nin birinci kısmı çocuk haklarını içermektedir. Sözleşme’de düzenlenen en temel çocuk haklarına örnek olarak: Yaşam hakkı, eğitim hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, fırsat eşitliği temelinde çocukların eğitim hakkı, oynama, yaşına uygun eğlenceye bulunma hakkı verilebilir.

Sözleşme’nin uygulanması noktasında denetiminden sorumlu komite de kurulmuş olup sözleşmenin ikinci kısmında Komite’ye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Devletler, çocuk haklarının uygulamaya geçirilmesine yönelik aldıkları tedbirleri içeren raporu, BM Genel Sekreteri aracılığı ile Çocuk Hakları Komitesi’ne düzenli sunmak zorundadır.<sup>27</sup> Sözleşme’nin oluşturduğu denetleme mekanizmasına bakıldığında, Sözleşme yalnızca rapor usulünü ve bireysel başvuru usullerini kabul etmekte, devlet başvurusu usulünü kabul etmemektedir.

Çocuk masum, duyarlı, bağımlı ve gelişmekte olan bir insan varlığıdır. Aynı zamanda meraklı, canlı ve umut doludur. Bu dönemini oynayarak, öğrenerek ve gelişerek geçirdiği takdirde hem kendisi mutlu olur, hem de ileride toplumun refahı ve mutluluğuna katkı sağlar. Bu nedenle, ülkeler gelişmek, barış ve refah için yaşamak istiyorlarsa çocuklarının

<sup>27</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, m.44

sağlıklı büyümelerine ve yetenekleri doğrultusunda gelişmelerine önem vermek mecburiyetindedir.<sup>28</sup>

Çocuk Hakları Sözleşmesi, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>29</sup> Türkiye, Sözleşme’ye, Sözleşme’nin 17, 29 ve 30. maddelerini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Lozan Barış Antlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tuttuğunu belirten bir çekince koymuştur.<sup>30</sup> Çocuk hakları bakımından, en kapsamlı sözleşmelerden birisi olan Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler’e üye olan 193 ülke tarafından onaylanmış olması bakımından, uluslararası toplumda en çok devlet tarafından onaylanmış insan hakları anlaşması olma niteliğini taşımaktadır.

## 5. SÖZLEŞME DIŞI SİSTEM

Dayanağını bir sözleşmenin onaylanmasından almayan, kuruluş belgesini kabul ederek kuruluş üyelik ilişkisinden alan sistemdir. Bir diğer deyişle; Birleşmiş Milletler sistemi içinde, BM Antlaşması temelinde ve ana organların kararları doğrultusunda oluşturulan mekanizmalara “sözleşme dışı koruma mekanizmaları” denilmektedir.<sup>31</sup> Bu tanımdan hareket ettiğimizde Sözleşme dışı BM sisteminin hukuksal dayanakları olarak BM Antlaşması ile İHEB karşımıza çıkmaktadır. Hukuksal dayanaklara ek olarak, 1993 Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda kabul edilen Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı, Sözleşme Dışı BM sistemi içinde kalan usullerin güçlendirilmesine atıf yapmaktadır.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Emine Akyüz, Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, 2012, Ankara, s. 1.

<sup>29</sup> <http://www.cocukhaklarizleme.org/bir-tarihce-cocuklarin-haklari-ve-birlesmis-milletler-cocuk-hak-larina-dair-sozlesme> Erişim Tarihi: 29.10.2019

<sup>30</sup> <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/content/124-cocuk-haklarna-dair-sozlesme/> Erişim Tarihi: 01.10.2019

<sup>31</sup> Dr. Abdurrahman Eren, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.264

<sup>32</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 136-137

Çalışmanın bu kısmında sözleşme dışı sistem konusu incelenirken ilk olarak Özel Usuller anlatılacaktır. Daha sonra Genel Usuller başlığı altında BM yetkili organlarınca geliştirilen 1235 ve 1503 insan haklarını koruma mekanizmaları ele alınacaktır.

## 5.1. ÖZEL USULLER

Birleşmiş Milletler Antlaşması temelinde oluşturulmuş olan özel raportör, temsilci ya da çalışma grubu şeklinde uzmanlardan oluşan özel yöntemler, BM'ye üye tüm ülkelerde, herhangi bir sözleşme ile bağlı olmadan, genel olarak insan haklarının durumunu tespit etmeye yarayan sözleşme dışı mekanizmalardır.<sup>33</sup>

İnsan Hakları Komisyonu'nun oluşturduğu konu temelli çalışma gruplarının arasında “işkence yahut kötü muamele”, “silahlı çatışma ortamında kalan çocuklar”, “çocuk pornografisi”, “kayıp kişiler”, “keyfi tutuklamalar” yer almaktadır. Diğer ülkeler yanında Türkiye'nin de incelemeye tabi olduğu insan hakları konularında özel raportörler tarafından raporlar hazırlanmıştır. Türkiye hakkında hazırlanan rapor konularına örnek olarak “yargının bağımsızlığı” (1994), “düşünce özgürlüğü” (1993), “dinsel hoşgörüsüzlük” (1986), “işkence ve kötü muamele davranışları” (1985)<sup>34</sup>, verilmele birlikte örneklerden biri aşağıda özetlenmiştir.

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmaya ilişkin Özel Raportörün Türkiye'ye gerçekleştirdiği resmi ziyarete ilişkin 18 Aralık 2017 tarihli rapor özetle: “Özel Raportör, işkence ve kötü muameleyle karşı Türkiye'deki kurumların, Anayasa ve mevzuatın prensipte yeterli güvence sağladığını düşünmektedir. 1960'lı ve 1990'lı yıllar arasında askeri darbeler geçiren Türkiye'de, bilhassa güvenlik operasyonlarında yaşanan işkence ve diğer tür kötü muamele uzun süre devam eden bir problem

<sup>33</sup> Abdurrahman Eren, Türkiye' de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.294

<sup>34</sup> Mesut Gülmez, İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme Dışı Sistemler ve Türkiye, İçinde: Oya Çiftçi ( Ed.), Türkiye' de İnsan Hakları, ( Ankara,2000), s.188.

kaynağı olmuştur. Adalet ve Kalkınma Partisinin (AKP) 2002 yılında iktidara gelmesinden sonra ve 2015 yılı ortalarına dek, işkence ve diğer tür kötü muameleyle dair ihbarlarda büyük ölçüde azalma görülmüştür. Özel Raportör, 1990'lı yılların sonu ile 2007 arasında işkence ve diğer tür kötü muamelenin önlenmesi için kabul edilen tedbirleri takdir etmektedir. Bu tedbirler arasında gözaltı süresinin kısıtlanması, müdafiyeye hızlı erişim, tutukluların zorunlu tıbbi muayenesi, yakalanma, tutuklanma ve ifade alma süreçlerine daha sıkı standartlar getirilmesi ve terörle mücadele birimlerinde gözaltı odalarında ve tutukluların ifadelerinin alındığı odalarda görsel işitsel kayıt sistemlerinin kurulması gibi uygulamalar yer almıştır. Özel Raportör ayrıca, işkence suçuna yönelik zamanaşımı uygulamasının 2013 yılında kaldırılmasını da memnuniyetle karşılamaktadır. Özel Raportör, ziyareti sırasında görüştüğü tüm devlet yetkililerinin de belirttiği gibi, Hükümetin işkenceye karşı 'sıfır tolerans' politikasına bağlı olduğunu açık ve net olarak taahhüt etmesinden bilhassa memnuniyet duymaktadır." noktaları belirtilmektedir.<sup>35</sup>

## 5.2. GENEL USULLER

Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı olarak kurulan ve 2006 tarihine kadar görev yapan İnsan Hakları Komisyonu, dünyanın her tarafından insan hakları ihlallerine karşı şikâyetler almaya başlamış fakat uzun bir süre bu ihlalleri çözüme kavuşturma yetkisine sahip olmadığı için şikâyetler sonuçsuz kalmıştır. Şikâyetlerin daha da artmasıyla birlikte İnsan Hakları Komisyonu, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 1235 ve 1503 sayılı kararlarıyla, insan hakları ihlallerini incelemekle yetkilendirilmiştir. Günümüzde bu kararlar doğrultusunda gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini inceleme usulleri "1235 Usulü" ve "1503 Usulü" olarak adlandırılmaktadır.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/Iskencenin-onlenmesi-ozel-raportoru-Turkiye-ziyareti-raporu.pdf> Erişim Tarihi: 29.10.2019

<sup>36</sup> Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara 2003, s. 62.



### 5.2.1. 1235 Usulü

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1235 sayılı kararına dayanmaktadır. 1967 tarihinde alınan karar ile İnsan Hakları Komisyonu açık insan hakları ihlalleri ile ilgilenmeye yetkili kılınmıştır. Bu usul ile bir ülke hakkında, insan hakları ihlalleri konusunda yapılan şikâyetler BM'nin ilgili birimleri tarafından yapılan bir araştırma sonucunda gerçek olup olmadığı tespit edilmektedir.<sup>37</sup> İnsan Hakları Komisyonu, soruşturma yetkisiyle donatılmamıştır. Dolayısıyla Komisyon, önüne gelen şikâyetlerin her biri hakkında inceleme yaparak ihlalin olup olmadığına kararlar vermeye yetkili değildir. Komisyon, insan hakları ihlal iddialarının ülkeler bakımında gerçek olup olmadığını tespiti yönelik araştırma ve inceleme yapma yetkisine sahiptir.<sup>38</sup>

Usulün işleyebilmesi için öncelikle İnsan Hakları Komisyonu'nun önüne bir bildirim gelmeli, gelen bildirimden sonra İnsan Hakları Komisyonu araştırma yapıp kendi tavsiyelerini de ekleyerek Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bildirimde bulunmalıdır. İnsan hakkı ihlallerinin değerlendirilmesi kamuya açık toplantılarla yapıldığı için usulün şeffaflığı devletler üzerinde baskının oluşumuna sebep olmaktadır.

### 5.2.2. 1503 Usulü

Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 1970 tarihli 1503 sayılı kararına dayanır. İnsan Hakları Komisyonu'nun başvuruları soruşturmak üzere yetkilendirilmesiyle bir nevi 1235 usulünün tamamlayıcısı olma niteliği kazanmıştır. 1503 usulü birey hakkının ihlal edilip edilmediği ve mağduriyetinin nasıl giderileceği üzerinde durmamakta, sistematik insan hakkı ihlalleri ile ilgilenmektedir.

Bu usule bireylerin, toplulukların ve sivil toplum kuruluşlarının başvuru yetkisi vardır. Başvurular Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne yapılır. İddialara yönelik hükümetlerin de görüşü alındıktan sonra başvuru

<sup>37</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2013, s. 231.

<sup>38</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 137-138.

ular, İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu'nun oluşturduğu çalışma grubuna havale edilir. Söz konusu çalışma grubu, tüm iddiaları ve karşı iddiaları inceledikten sonra, ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin olduğu kanaatine varırsa, oy çokluğu ile olayı alt komisyona sunar. Alt komisyon da, yapacağı inceleme sonucunda söz konusu insan hakları sorununu İnsan Hakları Komisyonu'na iletir.<sup>39</sup> Komisyon, olayın kendisine gelmesinden sonra bir komite tarafından söz konusu ihlalin soruşturulmasına ya da kapsamlı bir inceleme başlatılmasına karar verebilir. Komisyon'ca genellikle kapsamlı bir inceleme başlatılmasına karar verilmektedir. İnceleme sonucunda durum ciddi bulunup ihlallerin devam ettiği anlaşılırsa Komisyon, BM Genel Sekreteri'nden ilgili hükümet ile görüşmesini isteyebilir ve ya bağımsız bir raportör atayabilir. İnceleme sonucunda Komisyon'ca; usulün kapatılmasına, gelecek yıl için olayın yeniden gündeme alınmasına ya da olaylarla ilgili devletlerin isimlerinin açıklanmasına karar verilebilir. 1503 usulünde görüşmeler gizli yürütülerek incelemeler kapalı oturumda gerçekleştirilir.

1503 Usulü başvurunun karmaşıklığı, incelemelerin gizli yürütülmesi, kararların tavsiye niteliğinde olması sebebi ile kendisinden beklenen faydayı verememiştir. 1503 Usulü gereği araştırmaya başlanabilmesi için bir ülkedeki insan hakları ihlallerinin belirli bir büyüklüğe ulaşması gerekmektedir. Bu durum insan haklarının hızlı ve etkili biçimde korunması prensibi ile az uyum sağlamaktadır. Global örgütün sorunlara daha genel yaklaşma formatı, konuya etkili biçimde eğilmesini de engellemektedir.<sup>40</sup>

## SONUÇ

Çalışmada, İnsan haklarının uluslararası alanda korunması bağlamında, Birleşmiş Milletler'in üstlendiği rol kuruluş aşamasından günümüze doğru gelerek anlatılmak istenmiştir.

<sup>39</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 138-139.

<sup>40</sup> Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012, s. 139

1945 yılında Birleşmiş Milletler kurulmuş, 1948 yılında İHEB kabul edilerek insan haklarının korunup geliştirilmesi açısından en önemli adım atılmıştır. İnsan Haklarının korunup geliştirilmesi İHEB ile başlayıp 1976 yılında ikiz sözleşmeler olarak bilinen MSHS ve EKSHS'nin yürürlüğe girmesiyle devam etmiştir. BM çerçevesinde kabul edilen bu üç sözleşme (İHEB, MSHS, EKSHS) insan haklarının uluslararası boyutta korunmasının yapıtaşını oluşturmaktadır.

İnsan haklarının korunmasını temel alan bu üç sözleşmeye ek olarak BM tarafından belirli konulara öngülenen diğer sözleşmeler de bulunmaktadır. Bu sözleşmelerden bazıları şunlardır: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muameleye ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi.

Birleşmiş Milletler Sistemi'nde insan haklarının korunması sözleşme içi ve sözleşme dışı sistemlerle sağlanmaktadır. Sözleşme içi sistemde devletler yukarıda bahsedilen sözleşmeleri kabul ederek o sözleşmenin sağladığı koruma mekanizmaları aracılığıyla insan haklarının uluslararası alanda korunmasına katkıda bulunmaktadırlar. Bahsedilen sözleşmelerde öngörülen koruma mekanizmaları genel olarak devlet başvurusu yoluyla denetim, rapora dayalı denetim ve bireysel başvurudur. BM Sistemi'nde sözleşme içi sistemi değerlendirdiğimizde insan haklarının uluslararası alanda korunması oluşturulan koruma mekanizmaları aracılığıyla sağlanmaktadır.

İnsan haklarının BM Sistemi içinde sözleşme dışı sistem ile korunması bir sözleşmenin onaylanmasından ziyade kuruluş belgesinin kabul edilerek kuruluş üyelik ilişkisinin sağlanmasıyla meydana gelmektedir. Sözleşme dışı sistem içerisinde insan haklarının korunması 1235 ve 1503 gibi genel usullerin yanında konu veya ülke temelli özel usuller aracılığıyla da mümkün olmaktadır.

Birleşmiş Milletler'in kuruluş gayesi insan haklarının korunması değildir. Ancak Birleşmiş Milletler, insan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda birçok katkı sağlamıştır. İHEB'in kabul edilmesiyle insan haklarının evrensel boyuta taşınması gerçekleştirilmiştir. BM sistemi içerisinde kabul edilen İkiz Sözleşmeler (MSHS, ESKHS) ve diğer sözleşmeler ile koruma mekanizmaları getirilmiş, insan haklarının uluslararası alanda korunması konusuna verilen önem artmıştır.

### KAYNAKÇA

**AKYÜZ Emine**, Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, Ankara, 2012.

**ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik**, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1

**BOZKURT Enver**, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara 2003.

**ÇAĞIRAN M. Emin**, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara, 2011

**ÇALIK Tacettin**, “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı: 1, 2016.

**DEMİR Esra**, “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008.

**DOĞAN İlyas**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, 2015.

**DÖNER Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara, 2003.

**EREN Abdurrahman**, Türkiye’ de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

**GEMALMAZ Mehmet Semiz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

**GÜLMEZ Mesut**, İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme Dışı Sistemler ve Türkiye, İçinde: Oya Çiftçi ( Ed.), Türkiye’ de İnsan Hakları, ( Ankara,2000)

**KALABALIK Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009.

**KALABALIK Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2013.

**KAPANİ Münci**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Şubat 1987.

**KARAOSMANOĞLU Fatih**, İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2012.

#### **İNTERNET KAYNAKLARI**

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/130-iskenceye-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-kars-birlesmis-milletler-sozlesmesine-ek-ihtiyari-protokol/>

<https://www.tihek.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>

[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin134.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf)

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrmlcgnn-ortadan-kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/>

<http://www.cocukhaklariizleme.org/bir-tarihce-cocuklarin-haklari-ve-birlesmis-milletler-cocuk-haklarına-dair-sozlesme>

<http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/Iskencenin-onlenmesi-ozel-raportoru-Turkiye-ziyareti-raporu.pdf>

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf)

## **DİĞER KAYNAKLAR**

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi