

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XVIII, Sayı: 1
Vol. XVIII, No. 1
Yıl / Year: 2021**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /
On Behalf of Yeditepe University

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / Printed by

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Tavukcuyolu Cad. Palas Sok. No: Y.Dudullu

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Mart 2021 / *March 2021*

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. *All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem Kurulu

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serap Amasya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hacı Kara, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tefvik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVIII, Sayı: 1, Yıl: 2021

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

**HAKİM VE SAVCILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI
VE BUNDAN DOLAYI DİSİPLİN SORUŞTURMALARINA TABİ
TUTULMALARI**

Dr. Bahattin Aras.....1

Hukuk Danışmanı

e-posta: bahattinaras2018@gmail.com

**TÜRK HUKUK TARİHİ ÇALIŞMALARININ KAPSAMI
KONUSUNDA BAZI DÜŞÜNCELER**

Prof. Dr. Rona Aybay49

İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: ronaaybay@gmail.com

**ÇALIŞANLARIN COVID-19 HASTALIĞINA
YAKALANMALARININ SOSYAL SİGORTALAR HUKUKU
BAKIMINDAN SONUÇLARI**

Dr. Nazlı Elbir67

Avukat, Ankara Barosu

e-posta: nazelbir@gmail.com

**SİBER UZAY ÜZERİNDEKİ HAKİMİYET: SINIRSIZ BİR
EGEMENLİK Mİ?**

Jacques Kabano117

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora
Öğrencisi

e-posta: kabano@ankara.edu.tr

FEMİNİZM VE KADIN HAKLARI

Prof. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu141

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: kkanadoglu@yahoo.com.tr

**KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA DESTEĞİN
TAM KUSURLU OLMASI HALİNDE DESTEK GÖRENLERİN
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI TALEP
EDEBİLMESİ SORUNU**

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser169

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: : ykeser1789@gmail.com

**DENİZ ALACAKLARINA KARŞI SORUMLULUĞUN
SINIRLANDIRILMASINDA FON TESİSİ BAKIMINDAN “FAİZ VE
MASRAFLAR” KONUSUNUN SİNGAPUR YÜKSEK
MAHKEMESİ’NİN AS FORTUNA OPCO BV AND ANOTHER V SEA
CONSORTIUM PTE LTD AND OTHERS KARARIYLA BİRLİKTE
DEĞERLENDİRİLMESİ [2020] SGHC 72**

Dr. Öğr. Üyesi Melisa Konfidan193

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: melisakonfidan@gmail.com

EŞİT OY İLKESİ

Arş. Gör. Duygu Kulaç211

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: duygu.kulac@yeditepe.edu.tr

**MAHPUSLARIN AİLELERİ VE YAKINLARIYLA GÖRÜŞME
HAKKI**

Arş. Gör. Bilal Osmanoğlu & Oğuzhan Emre Parlak237

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi & İstanbul Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

e-posta: osmanoglu@tau.edu.tr & info@oguzhanemreparlak.com

**ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA TAMAMLAYICILIK
(İKAME) İLKESİ**

Dr. Mehmet Zülfü Öner291

Avukat

e-posta: mehmetzulfu@yahoo.com

**3 BOYUTLU YAZICILARLA MEYDANA GETİRİLEN
ÜRÜNLERİN TASARIMLARI ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ**

Dr. Öğr. Üyesi Onur Sarı333

İstanbul Kent Üniversitesi

e-posta: dronursari@outlook.com

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

**TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELLİ ŞİDDET VAKALARINDA
CEZASIZLIĞA FEMİNİST BİR KARŞI ÇIKIŞ : MASUMİYET
KARİNESİ KİMİ KORUYOR?**

Ezel Buse Sönmezocak377

Koç Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Araştırmacısı,
Avukat

e-posta: *esonmezocak18@ku.edu.tr*

**ENGELLİ BİREYLERİN BİLGİ EDİNME HAKKI: BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ENGELLİLERİN HAKLARINA İLİŞKİN
SÖZLEŞME’NİN YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA BİR
DEĞERLENDİRME**

Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı Şimşek409

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: *asli.simsek@atilim.edu.tr*

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XVIII, No: 1, Year: 2021

CONTENTS

ARTICLES

THE LIMITS OF THE FREEDOM OF EXPRESSION OF JUDGES AND PROSECUTORS AND TO BE SUBJECTED TO DISCIPLINARY INVESTIGATIONS FOR THIS REASON

Dr. Bahattin Aras1

Legal Counsellor

e-mail: bahattinaras2018@gmail.com

SOME REFLECTIONS ON THE SCOPE OF THE HISTORY OF TURKISH LAW STUDIES

Prof. Dr. Rona Aybay49

Istanbul Gedik University Faculty of Law

e-mail: ronaaybay@gmail.com

CONSEQUENCES WITHIN THE FRAMEWORK OF SOCIAL SECURITY LAW FOR WORKERS AFFECTED BY COVID-19

Dr. Nazlı Elbir67

Attorney at Law, Ankara Bar Association

e-mail: nazelbir@gmail.com

CONQUEST OVER CYBERSPACE: AN UNLIMITED SOVEREIGNTY?

Jacques Kabano117

Ankara University Graduate School of Social Sciences, PhD Candidate in Public Law

e-mail: kabano@ankara.edu.tr

FEMINISM AND WOMEN'S RIGHTS

Prof. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu141

Istanbul Okan University Faculty of Law

e-mail: kkanadoglu@yahoo.com.tr

THE PROBLEM OF REQUESTING COMPENSATION FOR LOSS OF SUPPORT IN CASE OF SUPPORT’S COMPLETE FAULT UNDER THE HIGHWAY MOTOR LAW

Dr. Yıldırım Keser169

Istanbul Yeni Yüzyıl University Faculty of Law

e-mail: : *ykeser1789@gmail.com*

EVALUATION OF “INTEREST AND EXPENSES” AS TO THE ESTABLISHMENT OF A LIMITATION FUND FOR THE LIMITATION OF LIABILITY AGAINST MARITIME CLAIMS WITH A DECISION OF THE SINGAPORE HIGH COURT: AS FORTUNA OPCO BV AND ANOTHER V SEA CONSORTIUM PTE LTD AND OTHERS [2020] SGHC 72

Asst. Prof. Dr. Melisa Konfidan193

Pîri Reis University Faculty of Law

e-mail: *melisakonfidan@gmail.com*

THE PRINCIPLE OF EQUAL VOTE

Res. Asst. Duygu Kulaç211

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: *duygu.kulac@yeditepe.edu.tr*

PRISONERS’ RIGHT TO MEET WITH THEIR FAMILY MEMBERS AND FRIENDS

Res. Asst. Bilal Osmanoğlu & Oğuzhan Emre Parlak237

Turkish German University Faculty of Law & Istanbul University Graduate School of Social Sciences, PhD Candidate in Public Law

e-mail: *osmanoglu@tau.edu.tr & info@oguzhanemreparlak.com*

THE PRINCIPLE OF ‘COMPLEMENTARITY’ IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Dr. Mehmet Zülfü Öner291

Attorney at Law

e-mail: *mehmetzulfu@yahoo.com*

THE OWNERSHIP OF THE PRODUCTS’ DESIGNS PRODUCED BY 3D PRINTERS

Asst. Prof. Dr. Üyesi Onur Sarı333

Istanbul Kent University

e-mail: *dronursari@outlook.com*

**A FEMINIST RESPONSE AGAINST IMPUNITY IN GENDER
BASED VIOLENCE: WHOM THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE PROTECTS?**

Ezel Buse Sönmezocak377

Koç University Public Law Phd Programme, Ph.D. Researcher, Attorney at
Law

e-mail: *esonmezocak18@ku.edu.tr*

**THE RIGHT TO INFORMATION OF PERSONS WITH
DISABILITIES: AN ASSESSMENT IN THE CONTEXT OF UNITED
NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH
DISABILITIES**

Asst. Prof. Dr. A. Aslı Şimşek409

Atılım University Faculty of Law

e-mail: *asli.simsek@atilim.edu.tr*

**¶ HAKİM VE SAVCILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN
SINIRLARI VE BUNDAN DOLAYI DİSİPLİN
SORUŞTIRMALARINA TABİ TUTULMALARI**

(THE LIMITS OF THE FREEDOM OF EXPRESSION OF JUDGES AND
PROSECUTORS AND TO BE SUBJECTED TO DISCIPLINARY INVESTIGATIONS FOR
THIS REASON)

Dr. Bahattin Aras * **

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan ifade özgürlüğü, toplumun tüm bireyleri gibi hâkim ve savcılar bakımından da vazgeçilmez bir haktır. Bu hak yargı mensuplarının yargısal faaliyetlerinde geçerli olduğu gibi sosyal yaşamları bakımından da geçerlidir. Ancak yargı mensupları ifade özgürlüğünü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de belirlediği “görev ve sorumluluk” esasları ve “dışardan gözlemci standardı” çerçevesinde onların bağımsızlıklarına, tarafsızlıklarına ve mesleki saygınlıklarına zarar gelmeden kullanmaları gerekir. Hakim ve savcıların yargının ve yargısal faaliyetin özüne, saygınlığına zarar gelmemesi bakımından dikkatli ve özenli davranma yükümlülükleri vardır. Yargı mensuplarının ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların da ancak kanuni düzenlemeyle ve demokratik olarak onların bağımsızlıklarını, tarafsızlıklarını ve kurumsal otoritelerini korumak bakımından zorunlu ve orantılı olması gerekir. Hakim ve savcılar hakkındaki ifade özgürlüğünden kaynaklı disiplin soruşturmalarının bu esaslar çerçevesinde yürütülmesi gerekir.

***Anahtar Kelimeler :** İfade Özgürlüğü, Disiplin Soruşturması, Kısıtlama, Hakim, Savcı*

ABSTRACT

Freedom of expression, as regulated in Article 10 of the European Convention on Human Rights, is an indispensable right for judges and

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.06.2020. İlk hakem raporu tarihi: 08.07.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 19.10.2020. Onaylanma Tarihi: 05.11.2020.

* Hukuk Danışmanı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363

Esere Atf Şekli: Bahattin Aras, “Hakim ve Savcıların İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Bundan Dolayı Disiplin Soruşturmalarına Tabi Tutulmaları”, YÜHFD, C.XVIII 2021/1, s.1-47.

prosecutors like all members of the society. This right is valid not only in the judicial activities of the members of the judiciary, but also in terms of their social lives. However, members of the judiciary should use their freedom of expression without harming their independence, impartiality and professional dignity within the framework of the “duty and responsibility” principles and the “external observer standard” determined by the European Court of Human Rights. Judges and prosecutors are obliged to act carefully and attentive in order not to harm the essence and dignity of the judiciary and judicial activity. The restrictions on the freedom of expression of members of the judiciary should be compulsory and proportionate only by legal and democratic regulations in order to protect their independence, impartiality and institutional authorities. Disciplinary investigations due to freedom of expression on judges and prosecutors should be conducted within the framework of these principles.

Keywords: *Freedom Of Expression, Disciplinary Investigation, Limit, Judge, Prosecutor*

GİRİŞ

Hakim ve savcılar hakkında disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği Anayasanın 140. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 139. maddesinde ise hakimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir. Anayasanın 139 ve 140. maddelerinin gereği olarak hakim ve savcılar için özel soruşturma usulü öngörülmüş ve bu düzenlemeler de hakim ve savcılar bakımından belirli güvenceler içermektedir¹. Bu güvenceler hakim ve savcılar karar verirken önemli olduğu kadar kendilerine yönelik itham ve iddiaların araştırılması noktasında da önem arz etmektedir. Belirlenen bu güvenceler hakimi sadece yasama ve yürütme organına karşı değil, aynı zamanda Kurula karşı da

¹ Cengiz Topel Çiftçioğlu,, “2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), C.13, S.1, s.134-135.

koruma altına almaktadır. Bunlar sayesinde hakimler kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın görevlerini yerini getirebilirler².

Bu güvencelerle birlikte hakim ve savcılar bakımından hukuki ve yargısal hesap verebilirliğin gerçekleştirilmesine ilişkin çeşitli mekanizmalar mevcuttur. Bunlar içinde en önemlisi kuşkusuz 2802 sayılı Kanunda yer alan disiplin hükümleri çerçevesinde gerçekleşendir³. Hakim ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmasının yargının bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları çerçevesinde yürütülmesinin sağlanması bakımından mevzuat hükümlerinin hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine uygun olması önem arz etmektedir⁴. Disiplin soruşturmasına konu edilecek hususların yargının ve yargı mensubunun asli işlevine, ve temel haklarına zarar vermemesi burada temel ölçüdür. Diğer bir ifade ile hesap verebilirlik bağlamında gerçekleştirilen disiplin soruşturmasının yargının bağımsızlığına ve hakimlik teminatına uygun yürütülmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada 2802 sayılı Kanunun hukuki belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırı düzenlemelerinin geniş ve amaca aykırı yorumlanması neticesinde yargı erkinin temel işlevine ve işleyişine hakim ve savcıların evrensel haklarına zarar verecek disiplin soruşturmaları yürütüldüğü görülmektedir.

Bu bağlamda anayasal hak olan ifade özgürlüğü toplumun diğer bireyleri gibi hakim ve savcılar bakımından vazgeçilmez bir haktır. Ancak hakim ve savcıların yürüttükleri yargısal görevden kaynaklı olarak ifade özgürlüklerini kullanırken onların tarafsızlıklarına ve toplumda kendilerine ve makamlarına olan güvene zarar vermemesi önem arz etmektedir. Dolayısıyla görev ve sorumluluk bilinciyle ifade özgürlüğünün kullanımı hakim ve savcılar bakımından önemlidir. Bu konuda hakim ve savcılara dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenmişken hakim ve savcıların ifade özgürlüğü niteliğindeki faaliyetleri noktasında yapılan şikayetlerde Kurul’unda demokratik bir toplumun gerekleri çerçevesinde dengeli bir

² Kemal Gözler, İdare Hukuku, I. Cilt, (1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2003), s.850; Şeref Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, (1. Baskı, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları, Ankara 1994), s.21.

³ Eylem Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, (2016) *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, s.272; Serdar Gülenler, “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), C. XV, S.2, s.227.

⁴ Bahtiyar Akyıldız, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2002), C.6, S.1-2, s.239.

İfade özgürlüğü birçok özgürlüğün temeli olduğu gibi bazı hak ve özgürlüklerin üzerinde kurulu bulunduğu bir “kaynak özgürlük” konumundadır. Diğer bir ifade ile, kendisi temel bir hak olmanın yanı sıra, diğer hak ve özgürlüklerin de temelini oluşturmaktadır⁹. Bu bağlamda ifade özgürlüğü yazılı ve görsel medyada kullanılınca basın özgürlüğü; diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini paylaşma şeklinde kullanılınca “toplama özgürlüğü”ne kaynaklık etmiş olacaktır.¹⁰ Aynı şekilde ifade özgürlüğü olmadan bilim sanat özgürlüğünden bahsetmek de mümkün değildir¹¹.

Görüldüğü üzere kaynak özgürlük konumundaki ifade özgürlüğü, sadece fikirlerin özgürce ifade edilmesi bakımından değil aynı zamanda özgür birey ve özgür toplum yapısının oluşması bakımından da vazgeçilmez öneme sahiptir¹². Ancak burada sınırsız bir özgürlükten ziyade başka bireylerin ve toplumun temel haklarına zarar vermeyen ve sorumluluk içeren bir özgürlük hali söz konusudur. Aynı şekilde ifade özgürlüğü bireyin özgürce düşünme ve onu ifade etmenin yanı sıra düşüncesini açıklamaya zorlanmama hakkını da bünyesinde barındırmaktadır¹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünü ele aldığı en önemli kararlarından biri olan **Handyside/İngiltere** kararında da vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü “demokratik toplumun en temel dayanaklarından biri” ve “toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişiminin esaslı koşullarından biri”dir¹⁴. Mahkemeye göre, toplumda iyi karşılanan veya zararsız ya da önemsiz olarak algılanan bilgi ve fikirler olduğu kadar aynı zamanda devleti veya toplumun bir kısmını inciten, şok eden veyahut kaygılandıran görüş ve düşünceler de ifade özgürlüğü kapsamaktadır¹⁵.

⁹ Yahya Zabunoğlu, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, (1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 1999), s.5.

¹⁰ Abdulkadir Pekel, “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite Ve Tarafsızlığının Sağlanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014), C. XVIII, S.2, s.368.

¹¹ Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (3. Baskı, BDS Yayınları, Ankara 1994), s.91.

¹² Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi* (2013), S.106, s.43.

¹³ Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, (1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015), s.360.

¹⁴ AİHM Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, K.T: 07.12.1976, Prg. 49.

¹⁵ Erkan Duymaz, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013), C. XVII, S. 1-2, s.107.

İfade özgürlüğü bireyin bilgi veya fikre ulaşma ve bunları açıklama özgürlüğüdür¹⁶. Bundan dolayı demokratik bir toplumun temeli olan, toplumdaki herkesin ve bütün düşünce araçlarını da içinde barındıran ifade özgürlüğü bilgiye ve düşüncelere erişim özgürlüğü ile bunları yayma özgürlüğünü de güvenceye almaktadır¹⁷. Özellikle düşüncenin halk kitlelerine yayılması bakımından düşünceyi yayma araçlarının özgürce kullanımını önemlidir¹⁸. Zira karmaşık ve kalabalık hale gelmiş günümüz toplum yapısında bireysel özgürlüğün tek başına öneminin anlamsızlaştığı bir durumda bireysel özgürlüğün kitle iletişim araçları vasıtasıyla kullanılabilmesi ifade özgürlüğünün doğal gereği haline gelmiştir¹⁹.

AİHM'nin de vurguladığı üzere ifade özgürlüğü; toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmaktadır²⁰. Bu noktada ifade özgürlüğü sadece bir araç olarak değil, aynı zamanda demokrasinin temel karakteristiklerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır²¹.

2-) Temel Mevzuat Hükümleri

Bilindiği üzere 1982 Anayasasının "***Düşünce ve kanaat hürriyeti***" başlıklı 25. maddesi uyarınca herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Aynı şekilde Anayasanın "***Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti***" başlıklı 26. maddesi uyarınca da herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu özgürlük resmi makamların müdahalesi

¹⁶ Abdi Sağlam, "AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), S.25, (Özel Sayı), s.80-81.

¹⁷ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), S.25, (Özel Sayı), s.7.

¹⁸ Hasan Duran, "İfade Özgürlüğü ve Türkiye", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2006), C.14, S. 1, s.61.

¹⁹ A.Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük ve Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002), s. 360.

²⁰ AİHM Oberschlick/Avusturya Kararı (No. 1), Başvuru No: 11662/85, K.T: 23.05.1991, Prg. 57.

²¹ Erkan Duymaz, "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", (2013), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, s.1373.

olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsamaktadır.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "**İfade özgürlüğü**" kenar başlıklı 10. maddesinde; herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu, görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüğün kullanılmasının, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabileceği belirtilmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi, haber alma hakkı ve özgürlüğünü, ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağını da öngörmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yanında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 19. maddesinde de ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin benzer düzenlemeler bulunmaktadır²².

Yukarıda anılan Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinde herkesin görüşlerini açıklama ve anlatma özgürlüğüne sahip olduğu; görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüğün kullanılmasının, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabileceği belirtilmiş; söz konusu sınırlamalar dışında ifade özgürlüğünün kullanılmasının engellenmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

3-) İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması

AİHS'nin 10/2. maddesinde, ifade özgürlüğünün belirli formalite, şart, sınırlama ve cezalara tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bazı koşulların varlığı halinde ifade özgürlüğü kısıtlanabilir. AİHS ve AİHM'nin belirlediği kriterler uyarınca sınırlamanın bir kanunla, meşru bir amaca yönelik ve demokratik bir toplum için gerekli olması gerekir²³. AİHS'nin

²² Duran, s.65-66.

²³ Fendoğlu, s.13-14; Sağlam, s.83-86;Duran, s.68.

10/2. maddesinde yer alan “görev ve sorumluluk” ifadesi ile ifade özgürlüğünün kullanımı ve sınırlamanın hukukî dayanağına vurgu yapılmaktadır. Mahkemeye göre, bir kişinin ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında görev ve sorumluluğu, kişinin durumu ve ifadenin açıklanış biçimi açılarından farklılık arz etmektedir²⁴. Bu açıdan, bazı kişilerin ifade özgürlüğü, onların ifa ettikleri görev ve konuları nazara alınarak sınırlanabilmektedir²⁵.

İfade özgürlüğü hakkı kamu görevlilerine de tanınan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kamu görevlileri tarafından kullanımı durumunda diğer kişilere nazaran daha hassas davranılması gerekmektedir. Sözleşmede geçen “görev ve sorumluluk” kavramları bu hususu kamu görevlileri bakımından ortaya koymaktadır. AİHM’ye göre kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, “görev ve sorumluluk” kavramının özel bir önem kazandığını ve müdahalenin Sözleşme’nin 10/2. maddesinde düzenlenen meşru amaçlara ulaşma noktasında orantılı olup olmadığını tespit ederken ulusal makamların belirli bir takdir alanı bulunmaktadır. Bu kapsamda kamu görevlileri, askerler, polisler, yargı mensupları, siyasiler, basın mensupları, yazarlar, yayıncılar, sanatçılar, sivil toplum kuruluşları ve temsilcileri açısından ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ve müdahale sınırları irdelenirken, görev ve sorumluluk kavramına vurgu yapılmıştır²⁶.

Diğer taraftan kamu görevlilerinin verdikleri kamu hizmeti nedeniyle tüm vatandaşlara eşit muamelede bulunulması gerekliliği dikkate alındığında, kamu hizmeti ifa eden görevlilerinin de bu bağlamda kişilere ayrımcılık yapmayacak şekilde tarafsız görünmesi önem arz etmektedir. Bu noktada kamu görevlilerinin, konuları gereği ifadelerinde daha dikkatli davranması ve Sözleşme’nin 10/2. maddesinde belirtilen görev ve sorumluluklarının bilincinde olması gerekmektedir.

4-) Kamu Görevlilerin İfade Özgürlüğü

Temel insan hakkı olan ifade özgürlüğü toplumun bütün bireyleri bakımından geçerli olduğu gibi kamu görevlileri bakımından da vazgeçilmez ve dokunulmaz haklardan biridir. Ancak kamu görevlileri yürüttükleri kamusal görevin gereği olarak bu haklarını kullanırken belli

²⁴ AİHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, K.T:26.09.1995; Prg.43.

²⁵ Sağlam, s.80.

²⁶ AİHM Albayrak/Türkiye, Başvuru No:38406/97, K.T:31.01.2008; Sağlam, s.90.
YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

sınırlamalara tabi tutulabilirler²⁷. Bütün bireylerde olduğu gibi kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğünü kullanması onlar bakımından birtakım sorumlulukları beraberinde getirmektedir. Görüldüğü üzere kamu görevlilerinin görevlerinin doğasından kaynaklı özel statüleri nedeniyle diğer bireylere nazaran daha dar bir ifade özgürlüğünden yararlanmaları durumu söz konusu olduğundan bu hakkın kullanımını bakımından dezavantajlı bir konumda bulunmaktadır²⁸.

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ele alınırken onların ayrı bir kategoride ele alınmalarının temel sebebi kendilerine yüklenen “bağlılık” ve “gizlilik” yükümlülükleridir²⁹. AİHM’in bu konuda vermiş olduğu kararlara bakıldığında, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün bu yükümlülükler çerçevesinde sınırlandırılmasının meşru kabul edildiği, ancak bu sınırlandırmanın AİHS’nin 10/2. maddesindeki ilkelere tabi olduğu anlaşılmaktadır³⁰. Bu kapsamda Mahkeme bir subayın devlet sırrı kapsamındaki bir bilgiyi açıklaması nedeniyle ceza almasını konu alan **Hadjianastassiou/Yunanistan Kararında**³¹, başvurunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu saptamasına karşın başvurunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasını esas alarak, bu müdahalenin haklı olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık Mahkeme, Komünist Parti’ye üye olduğu için görevden alınan bir öğretmenin başvurusunu ele aldığı **Vogt/Almanya Kararında**³² ise devlet memurlarının Anayasa’ya bağlılık ödevleri olduğunu ancak bu ödevin ifade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak derecede katı olamayacağını vurgulamıştır. Mahkeme her ne kadar olayda müdahalenin haklı bir sebebe dayandığı kanısına varmışsa da bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olduğu konusunda ikna olmaması olası nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

Kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün kullanılmasında bu yükümlülüğünde göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim AİHM, **Glaser ve Kosiek/Almanya** kararında Almanya’da kamu görevlisi olarak atama

²⁷ Nehare Mecit, Kemal Mecit, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü Ve Yargı Mensupları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2018), S.33, s.846.

²⁸ Osman Doğru, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:2, (1. Baskı Legal Yayıncılık, İstanbul 20139, s. 219.

²⁹ Duymaz, s.1384.

³⁰ Duymaz, s.1384.

³¹ AİHM Hadjianastassiou/Yunanistan Kararı, Başvuru No:12945/87, K.T: 16.12.1992, Prg. 39 vd.

³² AİHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, K.T:26.09.1995; (Duymaz, s.1384)
YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

yapılabilmesi için Anayasaya bağlı kalma yemini etme yükümlülüğünün bulunmasını, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmemiştir³³.

Görüldüğü üzere kamu görevlilerinin bu hakkın kullanımını nedeniyle herhangi bir yaptırıma, sınırlamaya maruz kalmaları halinde, görev ve sorumluluk kavramının etkisi ortaya çıkmaktadır. Esasen toplumun kamu görevlilerinin belirli bir standarda sahip olduğu ve tüm bireylere eşit muamelede bulunması gerektiği hususundaki ön kabulünün zedelenmemesi adına, kamu hizmeti görenlerin daha dikkatli ve ifa ettiği görevin itibarına zarar vermeyecek şekilde davranmaları bir zorunluluktur³⁴.

Diğer taraftan Devlet, statüleri gereği kamu görevlilerinin görevlerinin ne olduğunu belirleme yetkisine sahip olsa da kamu görevlileri de birer birey olarak Sözleşmenin 10. maddesinin içerdiği güvencelerden yararlanma hakları vardır. Bundan dolayı, bireylerin temel hakkı olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir devlette meşru bir çıkarı olarak kabul edilen Sözleşmenin 10. maddesi ikinci fıkrasında sayılan amaçların kamu hizmetleri tarafından yerine getirilmesini sağlama çıkarı arasında, her bir bireyin kendine özgü nitelikleri, konuları ve durumları göz önüne alınarak adil bir denge sağlanması gerekir³⁵.

Anayasa Mahkemesi kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü kapsamında önüne gelen başvurularda zaman zaman Anayasa'nın 12. maddesindeki "ödev ve sorumluluk" ifadesine gönderme yaparak karar verdiği görülmektedir. Bu bağlamda askerler gibi belirli kategorilerde bulunan kamu görevlilerinin "kurumsal disiplinle uyumlu", "sırrı ifşa etmeyen nitelikte" ve "dengeli" olması gerektiğini vurgulayarak ifade özgürlüğü ve bunun sınırlandırılmasına ilişkin kriterleri belirlemektedir³⁶.

Kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları da ifade özgürlüğüne müdahale biçimlerinden birisini oluşturmaktadır. Mesela kamu görevlisinin bir siyasi partinin basın açıklamasına katılması veya Başbakanlık İletişim Merkezi'ne (BİMER) şikayet dilekçesi vermesi nedeniyle kamu görevlisine uygulanan disiplin cezasının ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığında şüphe bulunmamaktadır³⁷.

³³ AİHM Glasenapp ve Kosiek/Almanya Kararı, Başvuru No:9228/80, K.T:28/08/1986.

³⁴ Sağlam, s.101.

³⁵ AİHM Ahmed ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:65/1997/849/1056, K.T:02/09/1998.

³⁶ Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, (1. Baskı, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara 2018), s.5.

³⁷ Karan, s.118-119; AYM, Hasan Güngör Kararı, Başvuru No: 2013/6152, K.T:24/2/2016, Prg. 35; AYM Adem Talas Kararı, Başvuru No: 2014/12143, K.T:16/11/2017, Prg.38.

a-) Temel Mevzuat Hükümleri

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü bakımından Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükümleri geçerli olmakla birlikte yerine getirdikleri kamu görevi ile orantılı olarak bir kısım sınırlamalar getirilmesi de kaçınılmazdır. Getirilecek sınırlamalar konusunda Anayasa'nın 26/2. maddesi ve AİHS'nin 10/2. maddesindeki düzenlemeler yol gösterici niteliktedir. Burada kamu görevlileri bakımından yine bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile orantılı ve hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte olması önemlidir.

Türk hukukunda Anayasa'nın kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin olarak temel olarak 657 sayılı Kanunda bir kısım sınırlamalar konulmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesindeki düzenleme uyarınca devlet memurları hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar. Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyeti'nin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler. Aynı şekilde adı geçen Kanunun 15. maddesinde devlet memurlarının, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremeyecekleri ve bu konuda gerekli bilginin ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek eylemi DMK'nın 125/B maddesi uyarınca kınama cezasını gerektiren bir eylem olarak düzenlendiği görülmektedir.

Bu çerçevede, kamu görevlilerinin yazılı, görsel ve sosyal medyada 657 sayılı Kanunda ve diğer mevzuatlarda öngörülen yasaklara uymak kaydıyla, kendi kişisel görüşlerini, yorumlarını, değerlendirmelerini ifade eden yazı, makale veya video paylaşımlarında bulunmaları mümkündür. Ancak kamu görevlilerinin, özellikle sosyal medyada yaptıkları yorum ve paylaşımlara daha fazla dikkat etmesi gerekir. Çünkü kamu çalışanlarının tabi olduğu mevzuatlarda, (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nu- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu- 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu- Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü) bu konuda uyulması gereken hükümler bulunmaktadır. Medyada söz konusu hükümlere aykırı olabilecek

yorum ve paylaşımlarda bulunan kamu görevlilerinin, ilgili kanunlarda belirtilen disiplin kurallarına aykırı davranışları hem adli hem de idari soruşturma açılmasına ve kişilerin ceza almasına neden olabilmektedir. Kamu çalışanlarının disiplin cezalarına maruz kalmaması için yazılı, görsel ve sosyal medyada yaptıkları paylaşımlara, yorumlara daha fazla özen göstermeleri gerekmektedir.

b-) Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımı

Demokratik toplum düzeninin sağlanmasında esaslı bir yere sahip olan ifade özgürlüğünün sağlanmasında ifade araçlarının özgürce kullanılabilmesi temel gerekliliktir. Özellikle yazılı, görsel ve günümüzün popüler medyası olan sosyal medya, ifade özgürlüğünün kullanımında en etkin ve yaygın alanlar olduğundan öncelikle buralarda ifade özgürlüğünün sağlanması gerekmektedir³⁸. Ancak bütün bireyler gibi kamu görevlileri de sosyal medya kullanımında belli ölçülere göre hareket etmesi gerekmektedir.

Kamu görevlilerinin en çok kullandığı ve doğal olarak en çok sıkıntı çektikleri, sorun yaşadıkları alan sosyal medya platformlarıdır. Sosyal medya platformlarının çoğunluğu (Facebook, Twitter, Instagram v.b.) kullanıcılarına hitap edecekleri kitleleri belirleme imkânı vermektedir. Özellikle kamu çalışanlarının yalnızca kişisel çevrelerine yaptıkları paylaşımların tarafsızlık ilkesi denetiminden ayırık tutulması gerekmektedir. Zira sanal da olsa bu ortamın denetimi artık Anayasanın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağından kişinin özel alanına müdahale anlamına gelecektir³⁹. Dolayısıyla buradaki temel ölçüt, herhangi bir şahsa ya da kuruluşa karşı doğrudan hedef almaksızın, hakaret içermeyen, genel nitelikte ki duygu ve düşüncelerin açıklandığı, demokratik ilkelerin gerekliliklerini talep eden paylaşımların ise yine tarafsızlık ilkesine aykırı olmayacağı kabul edilmelidir. Özellikle toplumun genelini ilgilendiren olaylardaki duygu ve düşüncelerin açıklanması hususlarına tarafsızlık ilkesinden ziyade ifade özgürlüğü bağlamında yaklaşmak gerekmektedir.

³⁸ Yavuz Selim Karayaka, "İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia'ya Erişim Engeli", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2018), C.9, S.2, s.121.

³⁹ Murat Turgut Minar, "Kamu Çalışanlarının Siyasi Sosyal Medya Paylaşımları - Tarafsızlık İlkesi Ve İfade Hakkı Sorunsalı", (2019) <https://www.hukukihaber.net/kamu-calisanlarinin-siyasi-sosyal-medya-paylasimlari-tarafsizlik-ilkesi-ve-ifade-hakki-sorunsali-makale,6528.html>, İET: 16/03/2020.

Kişilerin, sosyal medya paylaşımları yoluyla hakaret, iftira ve tehdit suçu işlemeleri mümkün olduğu gibi, sosyal medya platformlarında, internet sitelerinde arkadaş olan veya olmayan kişilerin, sosyal medyada yer alan fikir beyanları ve/veya fotoğraflarının, sahiplerinin rızası olmadan kullanılması da suç işlenmesine neden olmaktadır. Sosyal medya içeriklerinin, sahiplerinin rızası dışında, hâlen veya daha önceden sosyal medya sayfalarında arkadaş olarak kayıtlı olan kişiler ya da kayıtlı olmayan üçüncü kişiler tarafından herhangi bir şekilde ele geçirilmesi ve herhangi bir saikle paylaşılması neticesinde özellikle adli mercilere yapılmış olan şikâyetler nedeniyle birçok dava bulunmaktadır. Bu konuda yargı mercilerinde görülmüş/ görülmekte olan davalar, genellikle, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Bazen de somut olayın gelişimine göre suç vasfının değiştiği kabul edilerek haberleşme hürriyetinin ihlali veya kişisel verilerin güvenliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

Kamu görevlilerinin de yoğun olarak sosyal medya platformlarını kullandıkları dikkate alındığında görevleri ile ilgili olmayan bir konuda yaptıkları tartışmalar veya paylaşımlarındaki hakaret ve tehdit gibi sözler nedeniyle şikâyet edilmektedirler. Söylenen söz nedeniyle devam eden bir ceza soruşturması olmasa bile şikâyet nedeniyle disiplin soruşturmasına başlanmış olabilir. İşte bu gibi durumlarda söylenen sözler, muhataplar, tartışma konusu ve yeri gibi konuların bir bütün olarak değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Kamu görevlilerinin mesleki faaliyetleri ile ilgili olmayan sosyal medya paylaşımlarında özellikle bu hususların dikkate alınması gerekir. Nitekim **Anayasa Mahkemesinin 03.04.2014 tarihli ve Başvuru No:2013/1614 sayılı kararında;** "Kamu görevlisi olan başvurucunun cinsel içerikli görüntülerinin internette yayınlanmasına ilişkin olay nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-(g) maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkta, başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların **esasen mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dahil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşıldığından,** başvurucunun Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır." demek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.

Aynı şekilde **Danıştay Onikinci Dairesinin 23.03.2016 tarih ve E.2012/8980, K.2016/1586 sayılı bozma kararında;**"...Davacı öğretmenin, telefonla müstehcen mesajlar göndermek ve internet üzerinden görüşme programı aracılığı ile uygunsuz görüntüler göstermekten ibaret olan fiilinin,

657 sayılı Kanun'un 124/2. maddesi uyarınca memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının bir yıl kıdem indirme cezasıyla cezalandırılması işleminin Anayasanın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağını değerlendirerek özel ve aile hayatındaki fiil ve davranışların mesleğin icrasına somut olarak etki etmediği, mesleki faaliyet ile ilgisi olmadığı ve çalışılan yere yansıtılmadığı sürece disiplin hukukunu ilgilendirmediği ve disiplin suçu oluşturmayacağına, aksi takdirde verilen disiplin cezasının Anayasanın 20 nci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 inci maddesi uyarınca özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunu doğuracağına hükmetmiştir..." demek suretiyle bu konudaki ölçüleri net olarak ortaya koymuştur.

Danıştay bir başka kararında⁴⁰ ise "...Davacının görev yaptığı süre içerisinde göreviyle ilgili olarak yetersizliği veya başarısızlığına ilişkin somut bir saptamada bulunulmadan; bir sosyal paylaşım sitesinde belediye başkanlığı aleyhine yapılan olumsuz yorumları beğenme şeklindeki eylemi nedeniyle, performansının 38 puan olarak değerlendirilmesi üzerine, hizmet sözleşmesinin uzatılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkında açılan davada, "Davacının, görev yaptığı süre içerisinde göreviyle ilgili olarak yetersizliği veya başarısızlığına ilişkin somut hiç bir saptamada bulunulmadığı, dava konusu işlemin salt idareye tanınan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle tesis edildiği, böylelikle davalı idarece davacının, bir sosyal paylaşım sitesinde belediye başkanlığı aleyhine yapılan olumsuz yorumları beğenme şeklindeki eylemi nedeniyle performansının 38 puan olarak değerlendirilmesi üzerine kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış olup aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..." şeklinde tespitlere yer vermiştir.

Belirtilen mevzuat ve yargı kararları ışığında kamu görevlilerinin sosyal medyadaki paylaşım ve yorumlarının disiplin işlemine ve yargısal sürece konu olabilmesi için;

- 1) İlgili paylaşım ve yorumların esasen mesleki faaliyet ile ilgisi olup olmadığının, özel yaşam eylemleri olup olmadığının tespit edilmesi,
- 2) Devlet büyüklerinin veya ailelerinin, kamu kurumları yöneticilerinin ya da hakaret edildiği iddia edilen kişilerin direkt olarak hedef alındığının açık olması, bu konuda belirsizlik bulunmaması,

⁴⁰ Danıştay 12. D., 2013/1265 E., 2014/278 K., 30.01.2014 T.
YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

- 3) Devlet büyüklerini veya ailelerini, kamu kurumları yöneticilerini zan altında bırakan, kötüleyen gerçek dışı, asılsız ithamlarda bulunduğu tespit edilmesi,
- 4) Kurumsal imajı ve kişisel saygınlığı zedeleyen veya itibar kaybına yol açan nitelikte olduğunun tespit edilmesi,
- 5) İfadelerin gerçekten hakaret, ağır eleştiri sınırlarını aşan, kişilik haklarına saldırı niteliğinin sabit olarak değerlendirilmesi

gerekmektedir. Herhangi bir kişi ve kuruma hakaret içermeyen soyut ve genel değerlendirme ve eleştiriler ile isim, unvan, makam, yer, tarih, işlem, eylem gibi somut ve belli kişiyi hedef almayan, kişisel bilgileri içermeyen, kişilik haklarına, özel hayata müdahale edecek şekilde ifade ve düşünce özgürlüğünün sınırları dışına çıkılmayan, paylaşım ve yorumlar; demokratik tepki, hak arama ve ifade özgürlüğü kapsamında hukuk düzeni içinde meşru kabul edilmelidir. Ağır eleştiri niteliğinde ancak ifade özgürlüğü çerçevesinde yapılan paylaşım ve yorumlar ise 'demokratik talep' olarak nitelendirilmeli cezai ve hukuki sorumluluk gerekip gerekmediği konusunda dikkat edilmeli, eleştiri, haber verme ve ifade özgürlüğü sınırları dışına çıkılmamalıdır⁴¹.

5-) Türk Yargısının İfade Özgürlüğüne Bakış Açısı

İfade özgürlüğünün etkin kullanılabilmesi bakımından devletin ve yargı erkinin temel duruşu, bakış açısı önem arz etmektedir. Bu noktada devleti oluşturan üç temel erkten biri olan yargı erkinin mensupları olan hakim ve savcılarının ifade özgürlüğü konusundaki bakış açıları bir noktada bu konudaki yargı politikasına da yön vermektedir. Ülkemizde genel olarak ifade özgürlüğü konusunda kapasitenin düşük olduğu geçmiş yargı uygulamaları ile bilinmektedir. Zira yargı mercilerinin birçok karar ve işleminin ifade özgürlüğünün ihlali olduğu AİHM tarafından tespit edilmiştir⁴². Dolayısıyla sorunun bir boyutu da yargı mensuplarının ifade

⁴¹ Ahmet Kandemir, “Devlet Memurlarının Sosyal Medya Paylaşımalarının Hangileri Disiplin İşlemi İle Yargısal Sürece Konu Olabilir?”,(2018), <https://www.memurlar.net/haber/724912/devlet-memurlarinin-sosyal-medya-paylasimlarinin-hangileri-disiplin-islemi-ile-yargisal-surece-konu-olabilir.html>, İET: 16/03/2020.

⁴² AİHM Türkiye’den gelen davalarla ilgili 2018’de açıkladığı kararlarda en fazla AİHS’nin “adil yargılanma hakkı” ve “ifade özgürlüğü” maddelerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Türkiye 2018 yılında AİHM önünde hakkında en fazla ifade özgürlüğü ihlaline hükmedilen ülke olmuştur. AİHM tarafından geçen yıl tüm Avrupa’dan gelen toplam 77 davada ifade özgürlüğü ihlaline hükmetmiş ve bu kararların 40’ını Türkiye’den gelen davalar oluşturmuştur.

özgürlüğüne yükledikleri anlamda saklıdır. Yargı mensupları konjonktürel olarak devletin resmi söylemi çerçevesinde hareket ettiği durumlarda genelde ifade özgürlüğünün ciddi manda yargısal sınırlamalara ve dolayısıyla cezalara maruz kaldığı görülmektedir⁴³.

Avrupa Birliği üyelik süreciyle birlikte kronikleşen bu sorunun çözümüne ve Türkiye’de insan hakları ve temel özgürlüklerin, özellikle ifade özgürlüğü hakkının, daha iyi korunmasına katkıda bulunmak, ifade özgürlüğünün Avrupa standartlarına uygun şekilde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamak, ifade ve basın özgürlüğü açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarının uygulanmasının teşvik etmek ve insan hakları standartlarının uygulanmasını geliştirmek amacıyla Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilen "**Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi**"⁴⁴ 2 Eylül 2014 ile 1 Aralık 2016 tarihleri arasında yürütülmüştür. Türkiye Adalet Akademisi (TAA) ile işbirliği içerisinde Avrupa Konseyi (AK) tarafından yürütülmüş olan Proje’ye Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Adalet Bakanlığı da proje ortağı olarak katkıda bulunmuşlardır.

Proje kapsamında Adalet Akademisi’nin Avrupa Konseyi ile birlikte gerçekleştirdiği "**Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin**

2019 yılında Türkiye’den toplamda 113 dosya karara bağlanmış ve AİHM’e göre Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde en çok ihlal ettiği başlık ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde olmuştur. 2019 yılında Mahkeme’nin karara bağladığı dosyaların 35’ini ifade özgürlüğünün ihlali oluşturmuştur. (“European Court of Human Rights Annual Report 2019”,

https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf, İET:15/04/2020.

⁴³ 2017 yılında Türkiye hakkında verilen 99 ihlal kararında, ilk sırada gelen konu 46 kararla adil yargılanma hakkı, ikinci sırada 19 kararla “özgürlük ve güvenlik hakkı”, 16 kararla ifade özgürlüğü’dür. Devamında 9 karar ile “Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü”, 8 karar adil yargılamaya ilişkin “yargılama süresinin uzunluğu”, 5 karar “yaşam hakkına ilişkin etkin soruşturma yokluğu”, 3 karar yaşam hakkı, 2 karar insanlık ve onur kırıcı muameleyle ilişkin etkin soruşturma yokluğu, 2 karar “insanlık ve onur kırıcı muamele”ye ilişkindir. 2017 yılında en az ihlal ise, eğitim ve ayrımcılık yasağında verilmiştir. (“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Aihm) 2017 Yılı İstatistik Değerlendirme Notu”, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019140847aihm1.pdf>, İET: 20/04/2020.

⁴⁴ "**Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi**", <https://www.coe.int/tr/web/ankara/eu-coe-joint-project-on-strengthening-the-capacity-of-the-turkish-judiciary-on-freedom-of-expression>, İET:15/04/2020.

YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

Güçlendirilmesi İzleme Araştırması⁴⁵ konulu çalışmasında Türk yargı mensuplarının ifade özgürlüğü konusundaki bakış açılarının tespitine ilişkin önemli sonuçlar ortaya çıkmıştır. 2015 yılında belli aralıklarla devam eden eğitim çalışmaları sonrasında bu çalışmalara katılan hâkim ve savcılara yöneltilen çeşitli önermeler çerçevesinde şu sonuçlar elde edilmiştir. Buna göre;

- Araştırma kapsamında görüşleri alınan 1104 hâkim ve savcıdan yüzde 90.1'i, "Yargının ifade özgürlüğü kapasitesinin artırımı" yönünde görüş bildirmiştir.
- *"Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne, ancak kanunla ve AİHS'de sıralanan meşru amaçlardan birini yerine getirmek için, zorunlu ve gerekli olduğu ölçüde müdahale edilebilir"* önermesine ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakim ve savcılar yüzde 94'ü, bölge adliye mahkemelerinde görev yapanlar yüzde 92'si, yüksek mahkemelerde görev yapanlar yüzde 93, bakanlıkta görev yapanlar yüzde 91 oranında, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum"; toplamda ise yüzde 96, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" yanıtını vermişlerdir.
- *"Terörist eylemi övmek ya da meşru göstermek amacı taşımayan ifadeler rahatsız edici, şoke edici bile olsa ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir"* görüşü için ilk derece mahkemelerindeki hâkim-savcılarının yüzde 26'sı katılmıyorum, yüzde 14.9'u kesinlikle katılmıyorum derken, yüzde 32.8'i bu fikre katıldığını, yüzde 9.7'si ise kesinlikle katıldığını vurgulamıştır. Bölge adliye mahkemesi üyelerinin yüzde 42'si, yüksek mahkeme üyelerinin yüzde 36'sı bu fikre katıldığını belirtmiştir. Toplamda yargı mensuplarının yüzde 56'sı, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" şeklinde görüş belirtmişlerdir.
- *"Nefret söylemi sayılabilecek ifadeler kısıtlanabilir. Ancak bu, herhangi bir kültürel ya da dinsel inanca ya da uygulamaya yönelik her türlü eleştirel ifadenin rahatsız edici ya da şoke edici bile olsa yasaklanabileceği anlamına gelmez"* önermesi için ilk derece mahkemelerindeki hâkim-savcılarının yüzde 44'ü katılıyorum, yüzde 12'si kesinlikle katılıyorum derken, yüksek yargıda, "katılan-kesinlikle katılan" oranı yüzde 58, bölge adliye mahkemelerinde yüzde 56 olmuştur. Bu başlığa Adalet Bakanlığı bürokratlarının yüzde

⁴⁵ Gökçer Tahincioğlu, "Yargıda 'özgürlükçü' çoğunluk", (2017),
,<https://www.milliyet.com.tr/gundem/yargida-ozgurlukcu-cogunluk-2421560> İET:
15/04/2020.

33'ünün, "katılmıyorum" yüzde 33'ünün de, "kararsız" oldukları ifade etmişlerdir. Toplamda "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" oranı yüzde 44'te, "katılmıyorum-kesinlikle katılmıyorum" oranı yüzde 34'te kalmıştır.

- *"Demokratik toplumda kendilerine verilen görevi yerine getirebilmeleri için gazeteciler ve diğer medya aktörlerinin ifade özgürlüğü hakkı kapsamı geniş yorumlanmalıdır"* önermesi için ilk derece mahkemelerinde görevli hâkim savcılarının yüzde 73'ü, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" yanıtı verirken, katılan-kesin katılan oranı yüksek mahkeme üyelerinde yüzde 86, bölge adliye mahkemesi üyelerinde yüzde 75, bakanlık bürokratlarında yüzde 60 olarak gerçekleşmiştir. Toplamda ise yargı mensuplarının yüzde 76'sı, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" yanıtı vermiştir.
- *"Bir politikacı hakkında yapılan eleştirinin sınırı, sıradan vatandaşa nazaran daha geniş olmalıdır"* önermesine de ilk derece hakim savcılarının yüzde 89'u, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" yanıtını vermiştir. Bölge adliye mahkemesi üyelerinin yüzde 92'si, yüksek yargı üyelerinin yüzde 90'ı aynı yanıtı verirken, bu oran bakanlık bürokratlarında yüzde 75'te kalmıştır. Toplamda ise yargı mensuplarının yüzde 90.6'sı, "katılıyorum-kesinlikle katılıyorum" şeklinde cevap vermiştir.

Proje kapsamında yapılan anket çalışmasının sonuçlarından da anlaşılacağı üzere Türk yargı mensupları ifade özgürlüğü konusunda özgürlükçü bir yaklaşıma sahip görünmektedirler. Ancak mevcut durumda başta ifade özgürlüğü konusunda Türkiye'de yaşamın hak ihlallerindeki artış dikkate alındığında⁴⁶ hakim ve savcılarının bu özgürlükçü duruşlarını

⁴⁶ Ülkemiz aleyhine AİHM önünde bekleyen derdest başvuru sayısı 2012 yılında 16.876; 2016 yılında 12.575 ve 2018 yılında ise 7.107 olmasına karşın 2019 yılında 2018 yılına nazaran AİHM önündeki derdest başvuru sayısı %30,15 oranında bir artışla 9.250 olmuştur. Bu noktada 2019 yılı sonu itibarıyla derdest başvurular açısından bakıldığında, 15.050 başvuru ile Rusya Federasyonu'nun birinci, 9.250 başvuru ile Türkiye'nin ikinci olduğu görülmektedir.

2019 yılında aleyhine en çok ihlal kararı verilen ülkeler içinde ilk sırada 186 kararı ile Rusya Federasyonu, ikinci sırada ise 109 karar ile Ukrayna gelmektedir. Ülkemiz aleyhine 2019 yılında 96 ihlal kararı verilmiştir. ("Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2019 Yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu"

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/18220201527421%20-%20A%C4%B0HM%20%C4%B0statistik%20DE%C4%9EERLEND%C4%B0RME%20NOTU-2.pdf>, İET:20/04/2020).

YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

yargısal karar ve işlemlere yansıtamadıkları görülmektedir⁴⁷. Bu da hakim ve savcılarının bağımsız karar verme kapasitelerinin Türkiye de ciddi manada düşük olduğunu ortaya koymaktadır.

II-) YARGI MENSUPLARININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve SINIRLARI

A-) HAKİM ve SAVCILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

1-) Hakim ve Savcılarının İfade Özgürlüğünü Etkileyen Temel Kavramlar

Her birey gibi hakim ve savcılar da en temel haklardan olan ifade özgürlüğüne sahiptir. Ancak yargı mensupları kamu görevlisi olmalarının yanı sıra hukukun üstünlüğünün ve adaletin temsilcileri olmaları nedeniyle onların ifade özgürlüğünün kullanmaları ile toplumun normal bireylerinin ifade özgürlüğünü kullanmaları birbirinden farklıdır. Yargı mensuplarının özellikle doğruluk, dürüstlük ve bilgelikle hareket edeceklerine yönelik genel beklentinin doğal sonucu olarak onlardan gelen düşünce açıklamaları toplum tarafından kabul görmekte, değerli ve anlamlı oldukları değerlendirilmektedir. Bundan dolayı batı dünyasında yargı mensuplarının ifade özgürlüğü kapsamında politik, dini ve diğer konularda kişisel görüşlerini açıklamasına imkan veren güçlü bir bakış açısı vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı örgütleri ve öğretilerde birçok kişi de bu düşünce tarzını benimsemiştir⁴⁸.

Bu bağlamda 2015 yılında Hollanda’da performans/verimlilik değerlendirmeleri ve bölgesel yoğunluğa ilişkin uygulamalar hakimler tarafından protesto edilmiştir. Hakimler bu konuda benzeri daha önce görülmemiş bir şekilde yapılacak değişiklikleri cübbeleri ile birlikte sokaklarda proteste etmiş; basına talepleriyle alakalı konuşmuş, twitter üzerinden mesajlarını dile getirmiş ve bu yaptıklarını kısa süreli bir grev olarak ifade etmişlerdir⁴⁹.

⁴⁷ 2017 yılında Türkiye hakkında verilen 99 ihlal kararında, ilk sırada gelen konu 46 kararla adil yargılanma hakkı, ikinci sırada 19 kararla “özgürlük ve güvenlik hakkı”, üçüncü sırada 16 kararla (2016 yılında 7) ifade özgürlüğü hakkıdır. (“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2017 Yılı İstatistik Değerlendirme Notu”, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019140847aihml.pdf>, İET: 20/04/2020.

⁴⁸ Sietske Dijkstra, “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR”, *Utrecht Law Review*, Vol. 13, No. 1, p. 1-17, January 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2926418>, s.1.

⁴⁹ Dijkstra, s.1.

Bu ve benzeri durumların değerlendirilmesi bakımından AİHM'in hakim ve savcılarının ifade özgürlüğünde sınırları ortaya koyan içtihatları önemlidir. İlerleyen kısımlarda yapılacak incelemelerde de görüleceği üzere içtihatlarda temel olarak hukukun üstünlüğünün ve adaletin temsilcisi olan yargı mensuplarının bu özgürlüklerini bir "görev ve sorumluluk" bilinci içinde dışardan makul bir gözlemcinin bakış açısıyla onların tarafsızlıklarını sorgulatmayacak bir biçimde kullanması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁰.

Hakim ve savcılar önlerine gelen hukuki, sosyal, siyasal ve ekonomik problemlerden kaynaklı uyuşmazlıkları çözerken esasında bu uyuşmazlıkların kaynağı olan sorunlara ilişkin bir düşüncelerinin olması da kaçınılmaz bir durumdur. Ancak yargı mensuplarını diğer bireylerden ayıran husus, onların tarafsız yürütmeleri gereken bir yargısal görevleri bulunduğundan dolayı bu düşüncelerini ifade ederken daha dikkatli ve özenli olmaları gerekir. Burada hakim ve savcılarının "düşünme özgürlüğüne" yönelik bir kısıtlamadan ziyade "düşündüğünü ifade etme" noktasında bir hassas davranma yükümlülüğü bulunmaktadır⁵¹. Özellikle tarafsızlığın adil yargılamanın temel şartlarında bir olduğu dikkate alındığında hakim ve savcı üzerindeki dikkat ve özen yükümlülüğünün boyutları daha da netleşmektedir⁵². Bu noktada tarafsızlığını korumak hâkimin kişisel sorumluluğu altındadır⁵³.

Diğer taraftan hakim ve savcılarda toplumun diğer bireyleri gibi, içinde yaşadıkları toplumun ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi yapısı ve sorunlarına ilişkin görüş, öneri ve eleştirileri bulunan hakim ve savcılarının, yürüttükleri yargısal faaliyetten dolayı bu fikirlerini ifade edemeyeceklerini düşünmek, onların en temel haklarını orantısız ve hakkın özüne zarar veren bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla her birey gibi onların da ifade özgürlüğü bulunmakla birlikte bu özgürlüğün kullanılması bakımından kendilerini sorumluluk altına alan belli standartlar vardır. Bu standartlara uygun olmak kaydıyla hakim ve savcılar ifade özgürlüklerini kullanabilecekleridir.

Bu noktada hakim ve savcılarının ifade özgürlüğü konusunda AİHM'nin belirlediği makul gözlemci standardına göre hareket edilmesi gerekmektedir. Buna göre, dışarıdan bakan normal, makul bir bireyin, yargısal süreç içerisinde yargı mensubunun sergilediği tutum ve davranışlar

⁵⁰ Dijkstra, s.1.

⁵¹ Mahmut Şen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hâkim ve Savcılarının İfade Hürriyeti", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2016), S.7, s.939.

⁵² Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılama Hakkı ve Yargı Etiği*, (1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2007), s. 138.

⁵³ Şen, s.941.

ile açıkladığı görüş ve düşünceler nedeniyle tarafsız olmadığı kanaati oluşmamalıdır⁵⁴.

Öte yandan hakim ve savcılar bakımından yargısal karar ve işlemlerde ifade özgürlüğünün bir diğer sınır da “ihzas-ı rey” meselesidir. Tarafsızlık ilkesinin bir gereği olarak hakim ve savcılar yürüttükleri soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin işlemlerinde, verdikleri ara kararlarda ve duruşmalarda uyuşmazlığın esasını ilgilendiren ve uyuşmazlığa ilişkin nihai düşüncesini ortaya koyacak ifade ve davranışlardan kaçınması gerekir. Bu onların reddi sebebi olacağı gibi tarafsızlıklarının da ortadan kalkmasına sebep olabilir. Dolayısıyla uyuşmazlığa ilişkin kendilerinde oluşan “vicdani kanaat” dediğimiz “düşüncelerini” ancak nihai kararda ortaya koyabilirler. Dolayısıyla hâkim ve savcılar, söz ve beyanları ile belirli uyuşmazlıklarda tarafsız kalamayacağı izlenimine neden olacak, ihzası rey niteliğindeki söz, tutum, davranış ve hallerden kaçınmaları gerekir⁵⁵.

Hakim ve savcıların ifade özgürlüğü ile bağlantılı bir diğer husus ise “bağımsızlıktır”. Yargı mensupları önlerine gelen uyuşmazlıkları adalet, yasalar ve vicdani kanaatlerine göre çözüme kavuşturabilmeleri bakımından bağımsız hareket edebilmeleri gerekmektedir. Burada uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli, olan “bağımsızlık” hem hakim hem de savcı bakımından geçerlidir. Zira yargısal faaliyet sadece hakimlerin ve mahkemelerin uhdesinde olan bir husus değildir. Savcıların delilleri değerlendirme ve suçu niteleme yetkilerini kullanarak soruşturmalarda verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemler birer yargısal faaliyettir. Bu bağlamda, iddianamenin düzenlenmesi, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gibi karar ve işlemler savcılarının yargısal faaliyetleridir⁵⁶. Savcılarının tarafsız ve vicdani kanaatlerine göre yargısal faaliyet yürütebileceklerine dair kendilerinde ve toplumda bir güven duygusunun oluşması bakımından “hakimlik-savcılık teminatı” verilmiştir⁵⁷.

Dolayısıyla hakim ve savcılarının önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümü noktasında pozitif hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde “vicdani kanaatlerine” göre uyuşmazlıkları bağımsızca karara bağlamaları, kendi hukuki görüşlerini karara yansıtılmaları, üçüncü kişilerin kendi fikirlerine etki

⁵⁴ İnceoğlu, s.138; Şen, s.940.

⁵⁵ Şen, s.935.

⁵⁶ Seyfullah Çakmak, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Araştırma, İnceleme ve Soruşturma İşlemleri”, (2012), *Adalet Dergisi*, S.43, s.107.

⁵⁷ Muharrem Özen, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, (2010), *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, s.54.

edememesi esasen onların ifade özgürlüğünün yargısal faaliyete yansımış halidir. Bu noktada, yargı organına duyulan güveni ve kişisel olarak tarafsızlıklarını korumak için özen ve ihtiyat yükümlülüğü altında bulunan hâkim ve savcıların ifade özgürlüğünün sınırları önem arz etmektedir.

Görev ve sorumluluk bilinci ile kullanılmak koşuluyla yargı mensupları da ifade özgürlüğüne sahip olmakla birlikte bu özgürlüğün onların tarafsızlıklarına zarar vermemesi ve açıklanan görüşleri nedeniyle toplumda onların ön yargılı olduğu algısının oluşmaması önemlidir. Bu da temel hakların kullanımı ile yargısal görev arasında dengeli ve dikkatli bir tutum sergilemeyi gerektirmektedir⁵⁸.

Yukarıda da izah edildiği üzere Türk hukukunda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin olarak temel olarak 657 sayılı Kanunda bir kısım sınırlamalar konulmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesindeki sınırlamalar bu noktada hakim ve savcılar bakımından da ifade özgürlüğünün uygulanması noktasında yol gösterici olmakla birlikte yetersiz bir düzenlemedir. Dolayısıyla sorunun çözümü ve ifade özgürlüğünün zarar görmeden kullanımı bakımından AIHM'in, AIHS'nin 10/2. maddesi çerçevesinde geliştirdiği standartlar önemlidir.

2-) Yargı Mensuplarının İfade Özgürlüğüne Dair Uluslararası Belge ve Raporlar

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile yargı mensubu olmanın sorumluluğunu muhafaza etmek koşuluyla yargı mensuplarının uygun yazılı, görsel ve soysal platformlarda yargı ve yargı mensuplarının sorunlarına ilişkin görüş ve düşüncelerini açıklamalarına imkan veren ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri bulunmaktadır. Düşünce hürriyetini düzenleyen Anayasanın 25 ve 26. maddeleri ile AIHS'nin 10. maddesinin yanı sıra uluslararası Bangolar Yargı Etiği İlkeleri⁵⁹ bu konudaki ölçüleri belirleyen temel mevzuat hükümleridir. Ayrıca uluslararası yargı

⁵⁸ Mecit/Mecit, s.854.

⁵⁹ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, “*Yargıda Doğruluğun Güçlendirilmesine Yönelik Yargı Grubu*” tarafından kabul edilen 2001 Bangalor Yargı Etiği Taslak Belgesi'nin 25-26 Kasım 2002 tarihlerinde Lahey Barış Sarayı'nda düzenlenen Yüksek Mahkeme Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında revize edilmiş hâlidir. (“Bangalor Yargı Etiği İlkeleri”, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, İET: 11/11/2019).

bağımsızlığına dair **Burgh House İlkeleri**⁶⁰ de bu konuda önemli hükümler içermektedir.

Uluslararası hukukta yargı mensuplarının yazılı, görsel ve sosyal medya kullanımını açıkça sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, yargı mensuplarına tavsiye niteliğindeki Birleşmiş Milletler **Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde** genel olarak konunun düzenlendiği görülmektedir. “Dürüstlük” değerinin ele alındığı 4. madde başlığı altındaki düzenleme uyarınca hakim, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahiptir; ancak bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır. Aynı şekilde hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularda yazı yazabilir, konferans ve ders verebilir, diğer etkinliklere katılabilir.

Diğer taraftan **Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerinin**⁶¹ 8. bendinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne uygun olarak, diğer vatandaşlara olduğu gibi yargı organı mensuplarına da ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma hakkı tanındığı; ancak hakimler bu haklarını kullanırlarken, her zaman görevlerinin itibarını ve yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını koruyacak tarzda hareket etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Aynı şekilde Belgenin 9. bendinde hakimlerin, kendi menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve yargı bağımsızlığını korumak için hakimlerden oluşan örgütler kurabileceği; bu örgütlere ve diğer kuruluşlara üye olabileceği belirtilmiştir.

Hakim ve savcıların ifade özgürlüklerinin kapsam ve sınırlarına ilişkin önemli belgelerden biri de Venedik Komisyonu’nun 19-20/06/2015 tarihli **“Hakimlerin İfade Özgürlüğü”** Raporudur.⁶² Yargı mensuplarının ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, barışçıl toplantı hakkı ve siyasal haklar üzerinden karşılaştırmalı bir değerlendirmenin yapıldığı Raporda Honduras’ta Demokrasi İçin Hakimler Birliği (Association of Judges for Democracy) üyesi olan dört hakimin politik gösterilere katılmaları, yargı

⁶⁰ “Burgh House İlkeleri”, Prg.7.1, https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/burgh_final_21204.pdf İET: 21/05/2020.

⁶¹ “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>, İET:09/11/2019.

⁶² “Venedik Komisyonu Hakimlerin İfade Özgürlüğü Raporu/Report On The Freedom Of Expression Of Judges”

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)018-e), İET:20/05/2020.

aleyhinde beyanda bulunmaları ve görüş açıklamaları veya anayasal geçiş olduğu öne sürülen sürece karşı yasal kovuşturma yapmaları nedeniyle haklarında başlatılan disiplin soruşturması sonrasında görevlerinden ihraç edilmeleri nedeniyle hakimler bakımından ifade özgürlüğünün esasları karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Komisyunun hazırladığı rapora göre, ifade özgürlüğüne ilişkin güvenceler, hâkimler de dahil olmak üzere tüm memurları kapsamaktadır. Ancak yargı mensupları ifade özgürlüğüne kullanırken AİHM'nin de belirlediği "görev ve sorumluluk" esasları çerçevesinde onların bağımsızlıklarına, tarafsızlıklarına zarar vermemesi gerekir. Ayrıca onların ifade, örgütlenme ve toplanma özgürlükleri konusunda yapılacak kısıtlamaların da bu çerçevede orantılı olması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁶³.

Diğer taraftan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi 24 Temmuz 2019 tarihinde "**Hakimlerin ve Avukatların Bağımsızlığı**" konul raporu açıklamıştır. Özel Raportörün hakimlerin ve avukatların bağımsızlığına ilişkin hazırladığı Raporda⁶⁴ özetle şu tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır:

- Hakim ve savcılar da diğer vatandaşlar gibi, ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlüğü haklarını kullanabilirler. Ancak kurumlarının saygınlığına zarar vermeden bu haklarını kullanmalıdırlar.
- Sosyal medyanın kullanımına ilişkin uygun bir düzenleme bulunmadığından dolayı mesleki davranış standartlarının yanlışlıkla ihlali vakaları meydana gelmektedir.
- Hakim ve savcılarının temel haklarına yönelik özel sınırlamaların kanuni düzenleme ile yapılması ve demokratik olarak onların bağımsızlıklarını, tarafsızlıklarını ve kurumsal otoritelerini korumak bakımından zorunlu olması gerekir.
- Anayasa ihlalleri durumunda, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü savunmak için hâkimlerin konuşması ahlaki bir görevdir.
- Hakim ve savcılara yönelik bazı disiplin soruşturmalarının, bireylerin görüşlerini ifade ettikleri veya görevlerini yerine getirdikleri için cezalandırmanın bir yolu olduğu görülmektedir.

⁶³ "Venedik Komisyonu Hakimlerin İfade Özgürlüğü Raporu", Prg.83.

⁶⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi 'Hakimlerin ve Avukatların Bağımsızlığı: Özel Raportörün hakimlerin ve avukatların bağımsızlığına ilişkin raporu /Independence of Judges and Lawyers: Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers', <https://www.ohchr.org/en/issues/judiciary/pages/idpindex.aspx>, İET: 20/0572020 YUHF Dilt. XVIII No.1 (2021)

Görüldüğü üzere Rapor hakim ve savcılarının ifade özgürlüğü konusundaki önemli sorunlara vurgu yapmakta ve bu konuda önemli standartlar getirmektedir. Özellikle “Anayasa ihlalleri durumunda, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü savunmak için hâkimlerin konuşması ahlaki bir görevdir.” tespiti hakim ve savcılarının hukuk dışı müdahalelerin olduğu darbe gibi dönemlerde, anayasal düzeninin değiştirildiği, işlevsizleştirildiği durumlarda bu değerlerin muhafazası için konuşmaları bir gerekliliktir. Bu dönemlerde dönemin kaotik yapısı ve baskıları gerekçe gösterilerek yapılan insan hakları ihlallerine kararlarıyla meşruiyet kazandırmaktan ziyade hukuka ve adalete olan sadakat görevinin gereği olarak konuşmaları ve kararlarını da bu yönde vermeleri gerekir.

3-) Hakim ve Savcılarının Yargısal Faaliyetleri Bakımından İfade Özgürlüğü

Genel kabul gördüğü üzere yargısal faaliyet objektif hukukun bağımsız hakim ve mahkemeler tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır⁶⁵. Aslında şekli ve maddi anlamda yargısal faaliyet tanımları iki önemli unsur ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶ Bunlardan biri hukuki uyumsuzluk diğeri de bu hukuki uyumsuzluğu çözecek yargısal makamdır. Bu iki unsurun birlikte bulunması halinde ancak yargısal faaliyette bahsedilebilir. Ancak yargısal faaliyet sadece hakim ve mahkemelerin tekelinde olan bir husus değildir. Zira savcılarının önlerine gelen uyumsuzluğa ilişkin delilleri değerlendirme ve suçlu nitelendirme yetkilerini kullanarak uyumsuzluklara ilişkin başlatılan soruşturmalarda verdikleri kararlar ve kovuşturma aşamasında vermiş oldukları mütalaa ve kanun yolu başvuruları da birer yargısal faaliyettir⁶⁷.

Kural olarak hakim ve savcılarının yargısal faaliyetleri kapsamındaki karar ve işlemleri dokunulmaz bir alan olduğundan bunların ancak kanun yoluna yapılacak başvuru ile bozulmaları veya değiştirilmeleri mümkündür. Hakim ve savcılar yargısal faaliyetin dokunulmazlığı kapsamında uyumsuzluk konusu olay ile soyut normu birlikte değerlendirerek bir sonuca vardıkları

⁶⁵ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, (19. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008), s.57.

⁶⁶ Organik ve şekli anlamda yargı işlevi veya yargısal faaliyet, “faaliyette bulunan makam” üzerinden tanımlanmaktadır. Bu ölçüte göre, mahkemelerin her türlü faaliyeti yargısaldır. Ancak hakimlerin ve mahkemelerin bütün faaliyetleri yargısal bir nitelik taşımadığından ve onların kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi gibi idari nitelikli faaliyetleri de bulunduğundan bu ölçüt, yargısal faaliyet tanımı için yetersiz olmakla birlikte yargısal faaliyetin başlangıcını haber vermesi nedeniyle önemlidir. (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.57)

⁶⁷ Çakmak, s.107.

aşamada bir düşünceyi ortaya koymaktadırlar. Bu düşünce kararın gerekçesi halini almaktadır. Bu gerekçe hukuken yanlış olması nedeniyle yargı yolu denetiminde bozma nedeni yapılabilirse de bunun disiplin soruşturmasına konu edilmesi mümkün değildir. Burada yargısal takdirin dokunulmazlığı aynı zamanda ifade özgürlüğünü de kapsamaktadır.

Diğer taraftan burada hakim veya savcının yargısal sürece ilişkin kanun ve vicdan çerçevesinde geliştirmiş olduğu bir düşüncesi ve bakış açısı vardır. Bu düşünce yargısal kararlarla dış dünyaya yansımaktadır. Hakim ve savcı dava konusu olay ve bu olaya uygulanacak mevzuat hükümleri ile pozitif hukuka ilişkin esaslar çerçevesinde oluşan düşünce ve kanaatini yargısal karar ve işlemlere yansıtır. Daha öncede vurgulandığı üzere bir çok hak ve özgürlük bakımından “kaynak özgürlük”⁶⁸ konumunda olan ifade özgürlüğü burada da hakim ve savcılarının bağımsız olarak kendi vicdani kanaatine göre karar verme konusunda kaynak konumundadır.

Hakim veya savcının kararlarına yansıyan bu düşünce açıklamasından dolayı sorumlu olması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile delilleri değerlendirme ve suçu nitelendirme yetkilerini kullanarak uyuşmazlıkları karara bağlayan hakim ve savcılarının pozitif hukuk hükümleri çerçevesinde geliştirmiş oldukları düşünce ve kanaatlerinden dolayı sorumlu olamazlar. Aksine yargı bağımsızlığının bir gereği olarak hakim ve savcı özgür irade ve düşüncesine göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturma hak ve yetkisine sahiptir. Burada unutulmaması gereken husus hakim ve savcının “vicdani kanaate” erişmesi için öncelikle bağımsız ve özgür bir iradeye ve düşünceye sahip olması gerekir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı hakaret suçundan açılan bir davada hakim söz konusu sözlerin suç olmaktan ziyade ağır eleştiri niteliğinde olduğu gerekçesiyle vereceği bir beraat kararından dolayı sorumlu tutulamaz. Hakimin burada gerekçeye yansımış düşüncesinden ötürü disiplin soruşturmasına tabi tutulması onun bağımsızlığına müdahale olacağı gibi ifade özgürlüğünün de ihlali olacaktır. Ayrıca bu ihlal sadece ilgili hakim ve savcı üzerinde değil dolaylı olarak bütün hakim ve savcılar üzerinde sonuç doğuracaktır. AIHM'nin “soğutucu etki” (chilling effect) olarak tanımladığı bu olumsuz sonuç nedeniyle hakim ve savcılar özgür iradeleriyle karar verme konusunda tereddüt yaşamlarına ve baskın kişi ve kurumların beklentilerini göz önünde bulundurmalarına sebep olacaktır.

⁶⁸ Bozkurt/Dost, s.48.

4-) Hakim ve Savcıların Sosyal Yaşamdaki İfade Özgürlüğünün Sınırları

Yargısal faaliyet gibi önemli bir görevi yerine getiren hakim ve savcıların ifade özgürlüğünün sınırı noktasında ulusal mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. AİHM hakim ve savcıların ifade özgürlüğünün kullanım sınırları noktasında meseleye tipik olarak çatışan hakların dengelenmesi sorunu olarak bakmaktadır. Bu noktada bir yanda siyasi, ekonomik, sosyal ve hukuki sorunlarının çözümüne katkıda bulunabilecek olan yargı mensuplarının toplumun bir bireyi olarak sahip oldukları ifade özgürlüğü diğer yanda ise uyuşmazlıkların tarafsız, bağımsız, adil, alanında yetkin ve liyakatli yargı mensupları eliyle çözümlendiği yönündeki yargıya olan kamuoyu güveninin sürdürülmesi meselesi söz konusudur. Mahkeme, bu noktada bireysel yarar ile kamusal yarar arasında adil bir denge kurmayı ve hukuk devletinin temel gereklerinden olan yargı organının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi ile demokratik bir toplum düzeninin ve çoğulculuğun vazgeçilmez değerlerinden biri olan ifade özgürlüğü arasında, kesin bir tercih yapmamayı tercih etmektedir⁶⁹.

AİHM'nin belirlediği makul gözlemci standardı ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında hakim ve savcılar bakımından önemli bir kriterdir. Buna göre, dışarıdan bakan normal, makul bir bireyin, yargısal süreç içerisinde yargı mensubunun sergilediği tutum ve davranışlar ile açıkladığı görüş ve düşünceler nedeniyle tarafsız olamayacağı kanaati oluşmamalıdır⁷⁰. Mahkemenin belirlediği “makul gözlemci standardı” çerçevesinde hâkim ve savcıların ülkenin yargı politikası, mahkemelerin kurumsal organizasyonu, yargı bağımsızlığı, hâkim teminatı, maaş ve özlük hakları gibi konularda görüş ve düşüncelerini açıklayabileceği genel olarak kabul etmektedir. Bu husus Bangalor Yargı Etiği İlklerinde de belirtilmektedir⁷¹.

a-) Hakim ve Savcıların Yazılı, Görsel ve Sosyal Medyadaki Yazı, Yorum ve Paylaşımlarının Sınırları

Toplumun ekonomik, siyasi, kültürel birçok uyuşmazlığını karara bağlayan hakim ve savcıların bu uyuşmazlıkların kaynağı olan sorunlara dair bir düşüncelerinin olması gayet doğaldır. Bu noktada ifade hürriyeti kapsamında yargı mensuplarının televizyon ve radyo gibi kitle iletişim araçlarında tartışma programlarında yer alması ve günlük gazetelerde yazı

⁶⁹ Şen, s.934; Doğru/Nalbant, s.182.

⁷⁰ İnceoğlu, s.138; Şen, s.940.

⁷¹ Şen, s.943.

yazması, halkın sosyal hadiseler ve hukuk hakkında doğru kaynaktan bilgi almayı talep etmesinin bir sonucudur. Ancak bu kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan düşünceyi ifade etme faaliyetlerinin makul gözlemci standardı çerçevesinde onların tarafsızlıklarına zarar vermemesi gerekir. Bu noktada hakim ve savcı, programın içeriği, kamuoyu tarafından algılanma biçimi, program esnasında tüm konukların sarf ettiği/edebileceği söz ve beyanlar çerçevesinde yargı mensubunun programda yer almasının uygun olup olmadığını değerlendirilmesi gerekmektedir⁷².

Diğer taraftan hakim ve savcılarının yazılı görsel ve sosyal medyadaki yazı, yorum, eleştiri ve paylaşımlarının bakmakta oldukları veya önüne gelme ihtimali olan davalara ilişkin olmaması gerekir. Aynı şekilde yargı mensuplarının, başka mahkemelerde derdest olan dava veya sürdürülmekte olan soruşturmalar hakkında da âdil yargılanmayı etkileyebilecek, o davaları hedef gösterecek nitelikte yazı, yorum, eleştiri ve paylaşımda bulunmaması gerekir⁷³. Burada hakim ve savcının makul gözlemci standardı çerçevesinde tarafsızlığının sorgulanmasına sebep olmayacak şekilde dava ve kişilerden ziyade ortadaki uyuşmazlığa ilişkin görüş beyan etmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve yargı mensupları için bir sınırlandırma getirilmemiş olduğu görülüyor. Bu durumda hakimlerin yazılı, görsel ve sosyal medya kullanımlarının "tarafsızlık" ve "mesleğe yaraşırılık" çerçevesinde değerlendirilmesinde, uluslararası yargı standartlarıyla karar verebilmek adına yarar bulunmaktadır.

Diğer taraftan **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Wille/Lihteastayn**⁷⁴ kararında yargı mensuplarının ifade özgürlükleri ile görev ve sorumlulukları arasındaki sınırı yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde çizmiştir. Adı geçen davada, Danıştay Başkanı olan başvuran, anayasal sorunlar konusunda bir dizi akademik programa katılmış ve ülkede hüküm süren monarşi hakkındaki görüşlerini ifade etmiştir. Bu görüşler nedeniyle Prens tarafından görev süresinin bitiminde tekrar atanması yapılmamıştır. Mahkeme, başvuranın beyanlarının anayasal sorunlar hakkında olduğu, anayasa hukukunun siyasi konuları da içerdiği, benzer görüşlerin ülkede başka insanlar tarafından da paylaşıldığı, derdest davalara ilişkin olmadığı, Prens dahil kişi ve kurumları eleştiren ya da karalayan, küçük düşüren bir

⁷² Şen, s.943.

⁷³ Şen, s.945.

⁷⁴ AİHM Wille/Lihteastayn Kararı, Başvuru No: 28396/95, K.T: 28/10/1999. *YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)*

niteliğinin de olmadığı hususlarını birlikte değerlendirerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme **Buscemi/İtalya kararında**⁷⁵, başvurucunun davasına bakan hakim ile ilgili bir gazetede yazı yazması ve bunun üzerine hakimin de kendisi ile ilgili bilgi kirliliğini önlemek amacıyla başka bir yazı yazıp basın yoluyla yayınlamış olması nedeniyle hakimin yazdığı yazı ile, hakimin kararını duruşmadan önce vermiş olduğu yönünde bir izlenim oluşturduğunu, bu durumun da tarafsızlık ile bağdaşmayacağını ve 6. maddeye aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir⁷⁶.

AIHM Poyraz/Türkiye davasında ise⁷⁷, adalet başmüfettişi olan başvuran, bir hâkim hakkında yaptığı soruşturma neticesinde hazırlanan ve basına sızan soruşturma raporuna dair bazı içerikleri medya önünde ifade etmesi nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla tazminata mahkum edilmesi nedeniyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme özellikle adaletin doğru şekilde tecelli etmesi bağlamında resmi bir gizlilik hükmü ile korunan bilgileri içeren bir soruşturmayı bizzat yürütmekle görevli oldukları durumlarda kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerini kullanırlarken daha dikkatli davranmaları gerektiğine vurgu yaparak, Sözleşme'nin 10/2. maddesinde ifade edilen görev ve sorumluluk kavramına değinmiş ve gazetecilerin aksine, hakimler ve memurlar gibi kamu sorumluluğu taşıyan kişilerin ihtiyatlı davranma yükümlülüklerinin bulunduğunu vurgulamıştır.

AIHM göre, hakim ve savcıların kamu görevlisi olması, onların ifade hürriyetinden feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Yargı mensupları da toplumun diğer bireyleri gibi düşünce ve kanaat, bilgiye ulaşma ve fikirlerini başkaları ile paylaşma hakkına sahiptir. Bununla birlikte, bu haklar kullanılırken hakim ve savcılar, azami özen ve ihtiyat yükümlülüğü bulunmaktadır. AIHM'e göre, hakim ve savcılar üstlenmiş oldukları kamu görevi ile devlete olan sadakat yükümlülüğünü dikkate alarak ifade hürriyetini kullanmaları gerekir⁷⁸.

Görüldüğü üzere yargı mensuplarının yukarıda belirtilen temel esaslar çerçevesinde yazılı, görsel ve sosyal medyada kendilerini, düşüncelerini, sorunlarını dile getirmeleri artık çağdaş hukuk ve demokrasi anlayışının bir gereğidir⁷⁹. Ancak yargı mensuplarının, ifade özgürlüklerini kullanırken,

⁷⁵ AIHM Buscemi/İtalya Kararı, 29569/95, 16/09/1999, § 64- 69.

⁷⁶ Pekel, s.385.

⁷⁷ AIHM Poyraz/Türkiye, Başvuru No. 15966/06, K.T:07/12/2020, Prg.76-78.

⁷⁸ Şen, s.934.

⁷⁹ Zekeriya Sevimli, "Bir Sivil İnisiyatif: Yargıçlar ve Savcı Birliği", (2007), *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, s.65.

yargının itibarı ve tarafsızlığının şüpheye düşebileceği durumlarda kendilerini sınırlandırmalıdır⁸⁰. Görüldüğü üzere ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temeli olmakla birlikte kamu görevlileri bakımından tarafsızlık ilkesi ile ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

Türkiye’de hakim ve savcıların mesleki veya ilgilerine göre başka konularda, kitap ve makale yazması, seminer ve eğitim programlarına katılıp görüşlerini açıklaması, üniversitelerde ders vermesi, günlük gazetelerde yazı yazması, tartışma programlarına katılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır⁸¹. Aksine 2802 sayılı Kanunun **“Başka iş ve görevler”** kenar başlıklı 48. maddesinde *“Hakim ve savcılar, bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler. Davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler. Mesai gün ve saatlerinde bu tür toplantılara katılmak izne tâbidir.”* hükmü de hakim ve savcılara bu tip faaliyetlere katılma imkanı tanımaktadır.

Bu konu ile bağlantılı olarak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında görsel ve yazılı basında yapılan programlar ve eserler ile ilgili röportajlar, açıklamalar için de izin alınmasına gerek bulunmadığı gibi bu kapsamda alınan ücretlerin de 657 sayılı Kanunun 28. maddesinde sayılan ticaret ve kazanç getirici faaliyet kapsamında olmadığı unutulmamalıdır.

b-) Hakim ve Savcıların Siyasi Konulardaki Görüş ve Eleştirilerinin Sınırları

aa-) Genel Olarak

Siyasi konularda düşünme ve kendini ifade etme önemli ve değerli olmakla birlikte yargı mensuplarının objektif ve tarafsız olması gerektiğine yönelik beklenti ve tarafsızlıklarının zarar görmemesi bakımından onların siyasi ve partizan davranışlarda ve ifade açıklamalarında bulunmalarına yargı mensuplarına ilişkin mevzuat hükümlerinde genel olarak izin verilmemektedir. Yargı mensuplarının ifade özgürlüğü ile yargı sürecinin tarafsız yürütüleceği konusunda güven duygusu arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Temel sorunlar zaten bu iki temel unsur arasındaki dengenin tutturulamamasından kaynaklanmaktadır⁸².

⁸⁰ AİHM Wille/Lihteastayn Kararı, Başvuru No: 28396/95, K.T: 28/10/1999, Prg.64.

⁸¹ Şen, s.943.

⁸² Robert M. Howard, “The Limitations on Judicial Free Speech.” *The Justice System Journal*, vol. 27, no. 3, 2006, pp. 350–353. JSTOR, www.jstor.org/stable/27977309. Accessed 15 June 2020, s.350.

Yargı mensubunun tarafsız olması ve dış dünyaya yansıyan hal ve davranışlarında da bu tarafsızlığı yansıtması gerekmektedir. Hakim ve savcıların ifade özgürlüğü noktasında koruması ve uyması gereken bu ölçütte çoğu zaman siyasi meseleler konusunda uyuşmazlık çıktığı bilinmektedir. Her insan gibi hakim ve savcıların da siyasi görüşlerinin olması en doğal haklarıdır. Ancak diğer kişiler gibi bu siyasi düşüncelerini açıklamaları tarafsızlık ve mesleğin etik gereklerine uygun olmayacağı da aşıkardır. Bu nedenle siyasal otoriteye, kamu otoritesine, iktidar partisine, ana muhalefet partisine veya diğer siyasi parti, kurum, dernek ve benzeri oluşumlara ve onları temsil eden yetkililere, onların fikirlerine yönelik eleştiriler konusunda ifade özgürlüğünün kullanılmasında hakim ve savcıların daha dikkatli olması gerekmektedir. Bu tip kişi ve kurumların eleştirilmesi mümkün olmakla birlikte bu eleştirilerde hakim ve savcının “taraf” haline gelmemesi, “partizanlaşmaması” önem arz etmektedir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı veya Adalet Bakanının yargıya ilişkin bir açıklaması pek tabi eleştiri konusu yapılabilir. Ancak bu eleştiri yapılırken hakim ve savcının kendi siyasi fikri çerçevesinde taraf olarak yapmaması ve partizanca bir yaklaşım sergilememesi gerekmektedir.

Yukarıda da izah edildiği üzere AİHM’nin “makul gözlemci standardı”⁸³ çerçevesinde hakim ve savcının siyasi konulardaki tavır, davranış ve sözlerinin tarafsızlığına gölge düşürmemesi gerekir. Dolayısıyla siyasi konularda yorum yapması, siyasi figürlerle tartışmaya girmesi, bir siyasi partiyi veya görüşü destekler mahiyette açıklamalar yapması, siyasi partilerin düzenlemiş oldukları toplantı ve mitinglere katılması gibi durumlar, tarafsızlığı üzerine tereddütleri de beraberinde getirmektedir⁸⁴.

Burada hakim ve savcı olmanın sorumluluğu çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Mesela Adalet Bakanının “af” konusunda yada Sağlık Bakanının “aşı” konusunda dile getirdiği fikirlerin veyahut ana muhalefet partisi liderinin hakim ve savcıların mesleğe kabulüne ilişkin dile getirdiği görüşlerin yersiz ve haksız olduğunu değerlendiren hakim ve savcının bu fikirleri eleştirmesi ve aynı şekilde yargı sistemini ilgilendiren yasa tasarısı hakkında açıklama yapması da onun en doğal hakkıdır. Ancak hakim ve savcıların siyasi bir fikir üzerinden siyasi taraf gibi, fikir sahibini hedef alması halinde burada hakim ve savcının tarafsızlığı tartışılır hale gelecektir. Dolayısıyla HSK’nın da bu tip

⁸³ İnceoğlu, s.138.

⁸⁴ Şen, s.941.

eleştirilere yönelik yapılan şikayet ve ihbarları değerlendirirken yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde değerlendirme yapması gerekmektedir.

Nitekim **AİHM, Baka/Macaristan Kararında**⁸⁵ Macaristan Yargı Konseyi ve Yargıtay Başkanı olarak görev yapan başvuranın, basın yoluyla parlamento tarafından bazı kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanmamasını ve hâkimlerin zorunlu emeklilik yaşının düşürülmesini de öngören köklü değişikliklere dair eleştirilerini dile getirmesi üzerine çıkarılan bir başka kanunla başvuranın, hem Yargıtay Başkanlığı hem de Yargı Konseyi başkanlığı görevleri sona erdirilmiştir. Bu nedenle yapılan bireysel başvuruda AİHM öncelikle, ilgilinin kamuoyuna yansıyan ifadeleri sonrasında görevinin kanunla sona erdirilmesine ilişkin tasarrufun, ifade hürriyetine bir müdahale oluşturduğuna tespitini yapmıştır. Mahkeme başvuranın üstlendiği kamu görevinin niteliği, kamuoyu ile paylaştığı görüş ve düşüncelerin içeriği, paylaşılma zamanı ve açıklamalara verilen tepkiler, açıklamaların yargı reformu, yargı sisteminin işleyişi, yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatı gibi yargısal konulara ilişkin olması, açıklama ve beyanların mesleki sorumluluğun ötesine geçmek suretiyle kişileri ve kurumları hedef alan bir nitelikte olmaması nedeniyle ortada kamu yararı bulunması nedeniyle müdahalenin meşru ve haklı olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca mahkemeye göre Yargı Konseyi başkanı olarak, yargı reformu ile ilgili görüş açıklamak, başvuranın sadece hakkı değil, aynı zamanda görevidir.

Nitekim AİHM, yargı mensuplarının, yargının tarafsızlık ve otoritesinin sarsılmasına sebebiyet verilmemesi adına, daha da hassas davranması gerektiğini kararlarında vurgulamıştır⁸⁶. Yargı mensuplarının, bulunduğu konumu herhangi bir siyasi parti lehine veya aleyhine kullanma hakkının bulunmadığı, siyasi meselelerde tarafsız ve sınırlı davranma yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmıştır⁸⁷. Mahkemeye göre toplum tarafından genel kabul görmesi nedeniyle, “yargının otoritesi” korunması gereken kavramlar arasında olduğundan mahkemelerin demokratik bir toplumda, davanın taraflarında ve nihayet genel olarak toplumun tümünde uyandırması gereken güven duygusunun zarar görmemesi gerekir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün kullanımı söz konusu olduğunda, yargı mensuplarının, provoke edici hususlar olsa dahi basına mesafeli yaklaşımları, kendilerini sınırlayarak yargının tarafsızlığını ve otoritesini

⁸⁵ AİHM Baka/Macaristan Kararı, Başvuru No: 20261/12, K.T:27/05/2014.

⁸⁶ AİHM Baka/Macaristan Kararı, Başvuru No:20261/12, K.T: 27.05.2014.

⁸⁷ Sağlam, s.96.

sorgulatacak söz ve ifadelerden kaçınmaları, ifadelerinde daha özenli, dikkatli ve sağduyulu dil kullanmaları gerekmektedir.⁸⁸

Görüldüğü üzere yargı mensuplarının ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının temel sebebi onların ifa ettiği görevin özellikleri ile yargısal faaliyetlerin diğer rutin kamu hizmetleri ile benzerlik göstermemesi ve demokratik bir toplumda, yargının, Devlet kurumları arasındaki önemidir⁸⁹.

bb-) Hakim ve Savcıların Siyasi Partilere Üye Olamaması veya Seçimlerde Aday Olamaması

Hakim ve savcılarının siyasi partilere üye olma ve seçimlerde siyasi partilerden aday olma konusunda Anayasa'da yasaklayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın "*Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma*" kenar başlıklı 68/5. maddesinde hakimler ve savcılarının siyasi partilere üye olamayacağı; 76/2. maddesinde ise hâkim ve savcılarının, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamayacağı ve milletvekili seçilemeyeceği düzenlenmiştir.

Anayasanın bu hükümleri çerçevesinde 2802 sayılı Kanun'un 51. maddesinin son fıkrasında ise hakim ve savcılarının siyasi partilere giremeyeceği ve girenlerin meslekten çekilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun ek 7. maddesindeki düzenleme uyarınca milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan yüksek mahkeme üyeleri, hakimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde göreve dönemezler. Bu düzenlemelerin temel gerekçesi, siyasi partiye üye olan veya milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan yargı mensubunun siyaseten taraf haline gelmesi nedeniyle en temel niteliği olan "tarafsızlığı" ortadan kalkmış olmasıdır. Böyle bir durumda hakim ve savcı artık "taraf" haline gelmiştir.

AİHM'de hakim ve savcılarının siyasi partilere üye olması veya siyasi partilerden aday olması nedeniyle istifa etmelerinin zorunlu tutulmasını onların tarafsız, bağımsız ve nötr olmaları şeklindeki meşru amaç çerçevesinde orantısız bir tedbir olarak görülemeyeceğini kararlarında vurgulamaktadır. Bu kapsamda **AİHM Briçe/Letonya kararında**⁹⁰ hâkim olan başvuru, milletvekili adaylığı için hâkimlik mesleğinden geçici olarak ayrılma talebinde bulunmuş ancak ilgili mevzuata göre milletvekili

⁸⁸ Worm/Avusturya, Başvuru No: 83/1996/702/894, 29/08/1997, Prg. 40; AİHM Poyraz/Türkiye, Başvuru No. 15966/06, K.T:07/12/2020, Prg. 69.

⁸⁹ Sağlam, s.97; AİHM Albayrak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 38406/97, K.T: 31.01.2008.

⁹⁰ AİHM Briçe/Letonya Kararı, Başvuru No: 47135/99, K.T: 29/06/2000.

adayı olmak isteyen hâkimlerin görevi kesin olarak bırakması gerektiği gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Merkezi Seçim Komisyonu da istifa etmediği için aday olma şartlarını taşımadığı gerekçesiyle başvurucuyu aday listesinden çıkarmıştır. Başvurucunun bu karara karşı açtığı davalar da reddedilmiştir. Başvurucu, AİHM'e yaptığı başvuruda seçimlerde aday olmak için hâkimlik kariyerini daimî olarak sonlandırması yönündeki koşulun parlamento seçimleri kapsamındaki seçilme hakkı bakımından ölçüsüz olduğunu ileri sürmüştür.

AİHM, bu başvuruya ilişkin değerlendirmelerinde kamu görevlilerinin ya da kamu kesiminde belli görevleri üstlenmiş kişilerin seçimlerde aday olmadan önce istifa etmelerinin zorunlu tutulmasının kamu görevlilerinin tarafsızlığı şeklindeki meşru amaç çerçevesinde orantısız bir tedbir olarak görülemeyeceği yönündeki genel ilkenin tarafsızlıkları, bağımsızlıkları ve nötr olmaları taraf devletler arasında ortak değer olan yargı mesleği mensupları bakımından da geçerli olduğu kanaatini belirtmiştir. AİHM, hâkimlere yönelik bu bağlamdaki bir sınırlamanın hakkın özüne zarar vermediği görüşündedir. Çünkü milletvekili adayı olmak isteyen bir hâkimin istifa etmek suretiyle bu hakkı kullanması mümkündür. AİHM bu nedenlerle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın zamanda milletvekili adayı olmak için istifa eden bir hâkimin mesleğe tekrar kabul edilmemesi nedeniyle seçilme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvurusunu⁹¹ reddederken benzer tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, 298 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinde öngörülen mesleğe geri dönüş imkânına hâkim ve savcılar bakımından kısıtlamalar getiren 22/12/2005 tarihli ve 5435 sayılı Kanun'un 47. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere hakim ve savcılara yönelik anılan kısıtlamanın hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olması ve bu kapsamda başvurucunun milletvekili adayı olmak için hâkimlik mesleğinden istifa sonrası mesleğe tekrar kabul edilmemesinin mahkemeler ile hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesini gerçekleştirmeye yönelik önlemlerin bir parçası olması nedeniyle meşru bir amaç taşıdığı ve orantılı bir sınırlama olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme göre hakimlik bir kamu görevidir, kamu görevlileri normal vatandaşlardan farklı olarak birtakım yükümlülüklerle ve yasaklara tabidir. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ile

⁹¹ AYM Ömer Faruk Eminağaoğlu Kararı, Başvuru No: 2015/7352, K. T: 26/9/2019.

avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı, diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır. Mevcut başvuruda kanun koyucu; başvurucunun bir yandan seçilme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi, diğer yandan da mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamak adına 298 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerini kabul etmiştir. Olay tarihinde kamu görevlisi olan başvurucunun seçilme hakkını kullanabilmesi için 298 sayılı Kanun'la sağlanan imkânı kullanırken -bahsi geçen yükümlülükleri nedeniyle- anılan Kanun'un öngördüğü koşullara titizlikle riayet etmesi gerektiği açıktır. Bununla bağlantılı olarak başvurucunun 298 sayılı Kanun'un ek 7. maddesindeki düzenlemede yer alan açık hükümler çerçevesinde görevden çekilme sonrasında mesleğe geri dönemeyeceğini ve mesleği kesin olarak bırakması gerektiğini bilebilecek durumda olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkemenin başvuruya ilişkin nihai değerlendirmesine göre, bu konuda kamu otoritelerinin sahip olduğu takdir payı da gözetildiğinde başvuru konusu olayda mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması amacı bakımından başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin onun siyasal hayata katılımını engelleyici veya seçilme hakkının kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırarak etkisini ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı kanaatine varılmıştır. Başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği söylenemez. Somut olayda başvurucunun milletvekili aday olmak için istifa etmesini müteakip görevine tekrar kabul edilmemesinin asıl olarak başvurucunun kendi tercihi sonucu gerçekleştiği hatırd tutulmalıdır. Söz konusu sonucun ağırlaşmasında başvurucunun rolünün belirleyici olduğu kararda vurgulanmıştır.

c-) Türk Yargı Etiği Bildirgesi ve İfade Özgürlüğü

HSK Genel Kurulu tarafından 6 Mart 2019 tarihinde kabul edilen ve 14 Mart 2019 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesinde⁹² hakim ve savcılar bakımından temel etik değer ve ilkeler belirlenmiştir. Bu bağlamda Türk Yargı Etiği Bildirgesinin 3 No'lu "**Hakim ve Savcılar Tarafsızdırlar**" başlıklı bölümünde "*Sosyal medya başta olmak*

⁹² "Türk Yargı Etiği Bildirgesi", <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/03/20190314-4.pdf>, İET: 17/04/2020.

üzere, kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapacakları yorum, değerlendirme ve paylaşımların kolaylıkla amacını aşan sonuçlar doğurabileceğini ve tarafsızlıklarını sorgulanır hale getirebileceğini öngörerek hareket ederler.” denilmek suretiyle hakim ve savcılarının bu konuda hassas davranmaları gerektiği vurgulanmıştır. Yine bildirgenin ilgili kısmında “Kişisel kanaat ve düşüncelerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmesine izin vermez ve ön yargılı şekilde hareket etmezler. Görevlerini yürütürken ön yargı ve tercihlerinden etkilenip etkilenmediklerini sorgularlar.” ilkesine yer verilmiştir.

Bildirgenin “**Mesleğe yaraşır şekilde davranırlar**” başlıklı kısımda ise “İfade özgürlüğü kapsamında yazılı, görsel, işitsel ya da sosyal medyada düşüncelerini açıklarken veya paylaşımlarda bulunurken, mesleğin gerektirdiği etik ilkelere uygun hareket ederler.” demek suretiyle ifade özgürlüğünün kullanılmasında mesleğin gereklerine uygun hareket zorunluluğuna vurgu yapılmıştır.

Türk Yargı Etiği Bildirgesinin yukarıda belirtilen ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde hakim ve savcılarının yazılı, görsel ve sosyal medyada ifade özgürlüğü kapsamında yorum, değerlendirme ve paylaşımlar yapma hakkı olduğu ancak bu hakkı kullanırken yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmeden ve mesleğin gerektirdiği etik ilkelere uygun davranmaları gerekmektedir.

B-) HAKİM VE SAVCILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDAKİ EYLEMLERİNİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINA KONU EDİLMESİ

Yukarıda da izah edildiği üzere, hakim ve savcılarda toplumun diğer bireyleri gibi ifade özgürlüğüne sahiptir. Ancak bu özgürlüğün kullanımında buldukları konumun gereği olarak bir kısım sınırlamalar söz konusudur. Bu sınırlamaların kullanılmasında hakim ve savcılarının gerekli dikkat ve özeni göstermesi önemli olduğu kadar hakim ve savcılarının ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar ve alınacak tedbirlerin de hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte olması önemlidir.

Hakim ve savcılarının temel güvencelerinin düzenlendiği Anayasanın 139 ve devamı maddeleri ile 2802 sayılı Kanunda hakim ve savcılarının ifade özgürlüğünün sınırlarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargı mensuplarının ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının kanun ya da düzenleyici idari işlemlerle somut olarak belirlenmemesi, uygulamada belirsizliklere, haksız soruşturmalara ve hak ihlallerinin oluşmasına neden

olmaktadır⁹³. Ayrıca bu bağlamda hakim ve savcılara yönelik şikayetler ve reddi hakim talepleri nedeniyle davalardaki yargısal süreçler uzadığı gibi hakim ve savcılarının mesleki motivasyonlarının azalmasına neden olduğu görülmektedir⁹⁴.

Bu bağlamda son yıllarda yargı mensuplarının yargısal kararlardaki düşünceleri ve sosyal yaşam alanına yansıyan görüş, eleştiri ve yorumları nedeniyle tartışılmaya başlandıkları ve aynı şekilde bu görüş, eleştiri ve yorumları nedeniyle disiplin soruşturmalarına maruz kaldıkları görülmektedir. Yargı yetkisi gibi ağır bir görevi yerine getiren hakim ve savcılarının dış aleme yansıyan düşünceleri nedeniyle “tarafsızlıklarının” da sorgulandığı göz önüne alındığında yargı mensupları ve onların ifade özgürlüğünün sınırları ehemmiyet kazanmaktadır⁹⁵. Bu noktada yargı mensupları kadar onlar hakkında disiplin soruşturması yürüten HSK’nın da ifade özgürlüğü konusunda hakkın özüne zarar vermeden dengeli hareket etmesi gerekir.

1-) Hakim ve Savcıların Kararlarına Yansıtıkları Düşünceleri Nedeniyle Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmeleri

Yukarıda da izah edildiği üzere, kural olarak hakim ve savcılarının yargısal faaliyetleri kapsamındaki karar ve işlemleri dokunulmaz bir alan olduğundan ancak kanun yoluna yapılacak başvuru ile bozulmaları veya değiştirilmeleri mümkündür. Hakimin pozitif hukuk kurallarının belirlediği esaslar ve vicdani kanaati çerçevesinde şekillendirdiği düşünceleri bağlamında verdiği karar hukuken yanlış olması nedeniyle yargı yolu denetiminde bozulsa da bunun disiplin soruşturmasına konu edilmesi mümkün değildir. Burada yargısal takdirin dokunulmazlığı aynı zamanda ifade özgürlüğünü de kapsamaktadır. Ancak hakim veya savcının yargısal faaliyetler sırasında kötü niyet veya ağır ihmallerinin varlığı ya da kasten yargısal faaliyetin kötüye kullanılması söz konusuysa bu faaliyetler neticesinde vermiş olduğu hukuka uygun delil ve gerekçelerle ortaya konulması halinde hakim ve savcı bu tip yargısal faaliyetlerinden dolayı disiplin soruşturmasına tabi tutulabilir⁹⁶.

Bu kapsamda Bu kapsamda *Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri*, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94) 12 sayılı *Hakimlerin*

⁹³ Şen, s.934; Doğru/Nalbant, s. 182.

⁹⁴ Sacit Kayasu, 2802 Sayılı Kanuna Göre Hâkim ve Savcılarının İfade Hürriyeti, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 181, (1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012), s.87.

⁹⁵ Şen, s.933.

⁹⁶ Baş, s.270.

Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin **Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Düzenleyen İlke ve Kurallar Hakkında (2002) 3 Sayılı Görüşü** de hakimlerin yargısal yetkilerini kullanırken yalnız **kötü niyetli ve ağır ihmal halleri** nedeniyle sorumlu tutulmamaları gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu haller dışında hakim ve savcıların kararlarına yansıyan düşünceleri ve vicdani kanaatleri nedeniyle sorumlu tutulmaları mümkün değildir.

AİHM yargısal takdirin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu görüşündedir. Bu bağlamda Mahkeme, **Kayasu/Türkiye Kararında**⁹⁷ “...Yargıya mensup bir memura cezai bir yaptırım uygulanması doğası gereği yalnızca ilgili memur üzerinde değil icra ettiği meslek üzerinde de caydırıcı bir etki yapar. Toplumun adaletin tecelli edeceğine güven duyması için hakim ve savcıların hukuk devleti ilkelerini etkili bir biçimde temsil etme kapasitesinin olduğuna inanması gerekir. Dolayısıyla bu caydırıcı etki bir hakim veya savcının ifade özgürlüğü hakkı ile adaletin işleyişi çerçevesinde rekabet halinde olan başka her türlü meşru menfaat arasında adil bir denge kurulması için dikkate alınması gereken bir etkidir.

y) Sonuç

İfade özgürlüğünün kamuoyunu ilgilendiren meseleler üzerindeki öneminin ve adli yetkililer başta olmak üzere memurların ödev ve sorumluluklarının bilincinde olan ve bu davadaki muhtelif menfaatleri değerlendiren AİHM, silahlı kuvvetlere hakaret gerekçesiyle savcılık görevinden alınmasına ve avukatlık mesleğini icra etmekten men edilmesine yol açan yaptırımın başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale için güdülen meşru amaçlardan hiçbirisiyle orantılı olmadığı sonucuna varmaktadır...” şeklinde önemli tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkemenin tespitlerinden de anlaşılacağı üzere, bir savcının eski bir darbeci general hakkında düzenlemiş olduğu iddianame nedeniyle mahkum edilip meslekten ihracını ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme, savcı sıfatıyla basını bilgilendirilmesi noktasında ise başvuranın, işveren devlete karşı sadakat ödevini göz önünde bulundurduğunu ancak olayda Sözleşme'nin 10/2. maddesinde öngörülen meşru menfaatlere aykırılık teşkil edebilecek kişisel kanaat beyanını aşan bir amaç bulunması ve ihtilaf konusu beyanla esasen demokratik rejimdeki aksaklığın ortaya konulmasının amaçlandığını dikkate alarak, başvuranın

⁹⁷ AİHM Kayasu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 64119/00 ve 76292//01, K.T: 13/11/2008, Prg. 100.

savcılık mesleğinden atılmasının, ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale için güdülen meşru amaçlardan hiçbirisiyle orantılı olmadığına karar vermiştir.

2-) Hakim ve Savcıların Yazılı, Görsel ve Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle Disiplin Soruşturmasına Tabi Tutulması

Yukarıda da izah edildiği üzere yargı mensupları da toplumun diğer bireyleri gibi düşünce ve kanaat, bilgiye ulaşma ve fikirlerini başkaları ile paylaşma hakkına sahiptir. Bu noktada hakim ve savcıların ifade özgürlüğünün temel sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlar ise yargı görevlilerinin itibarının korunması ile yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığının zarar görmemesidir. Dolayısıyla hakim ve savcılar ifade hürriyetini kullanırken bu sınırların ihlal edilmemesi konusunda azami özen ve ihtiyat yükümlülüğü altındadırlar.

Hakim ve savcılar tarafından yazılı, görsel ve sosyal medyada yapılan açıklamalarda AİHM'nin istikrar kazanmış kriterleri dikkate alınmalıdır. Kamu görevlisi olan yargı mensuplarının Devlete sadakat ile görev ve sorumluluk kavramlarını göz önünde tutmak suretiyle ifade özgürlüklerini kullanmaları gerekir. Dolayısıyla yürüttükleri yargısal faaliyet kapsamında edindikleri bilgileri kamuoyu önünde gelişigüzel ifade edemeyecekleri ve ifade edilen bazı hususların Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından faydalanamayacağı unutulmamalıdır⁹⁸.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile yargı mensubu olmanın sorumluluğunu muhafaza etmek koşuluyla yargı mensuplarının uygun yazılı, görsel ve soysal platformlarda yargının ve yargı mensuplarının sorunlarına, yargı politikasına, yargıya yönelik uygunsuz iç ve dış müdahalelere, hukuka aykırı olduğunu değerlendirdiği mahkeme kararlarına, yargının yönetimindekilerin yanlış uygulama ve kararlarına ilişkin görüş ve düşüncelerini açıklamaları en temel haklarıdır.

HSK uygulamalarında bu hakkın kullanılmasından kaynaklı olarak birçok hakim ve savcı hakkında disiplin soruşturması yürütüldüğü ve cezalar verildiği bir gerçektir. Burada “hakim ve savcı sadece kararlarıyla konuşur” mantığı ile hakim ve savcılara sessizliği tavsiye eden bir bakış açısıyla konuya yaklaşıldığı görülmektedir. Halbuki yargı politikasına ilişkin bir konuda Kadastro hakimi hangi kararında bu konuyu ele alabilecektir. Dolayısıyla özellikle yargının ve yargı mensuplarının sorunlarına, yargı politikasına, yargıya yönelik uygunsuz iç ve dış

⁹⁸ Sağlam, s.100-101.

müdahalelere, hukuka aykırı olduğu değerlendirilen mahkeme kararlarına, yargının yönetimindekilerin yanlış uygulama ve kararlarına ilişkin hususlarda hakim ve savcıların görüş ve eleştirileri ile tavsiyelerini dile getirmeleri en temel haklarıdır. Burada temel sorun, başta Adalet Bakanlığı ve HSK olmak üzere yargının aktörleri kendilerine yönelik eleştirilere anında cevap vermek bakımından disiplin yolunu seçmeleridir. Halbuki yapılan eleştiri kendilerini rahatsız etse de bir yargı mensubu olmanın verdiği sorumluk bilinciyle kaleme alınmış ise bu düşüncenin disiplin yoluyla cezalandırılması halinde AİHM'nin 10. ve Anayasanın 26. maddeleri ihlal edilmiş olacaktır.

aa-) AİHM'in Bakış Açısı

Yukarıda işlenen karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan biridir. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. Mahkemenin **Kayasu /Türkiye** kararındaki yargısal faaliyetten dolayı hakim veya savcının sorumlu tutulmasının aynı zamanda onun ifade özgürlüğüne de müdahale olacağına ilişkin tespiti; yine **Wille/Lihteastayn ve Baka/Macaristan** ⁹⁹ kararlarında yazılı, görsel ve sosyal medyada yapılacak fikir açıklamalarının ve onlara yapılacak müdahalelerin sınırlarını ortaya koymuştur. Bu ve benzeri kararlarda ortaya konan kriterlerin aşılması disiplin soruşturması yoluna gidilmesi hak ihlallerinin doğmasına neden olmaktadır. Ayrıca bu şekilde disiplin soruşturması ve benzeri yaptırımlar, diğer yargı mensupları üzerinde de soğutucu etki (chilling effect) gösterecek ve kamu kurumları ve politikaları ile ilgili eleştirel açıklama yapmaktan kaçınmalarına ve ifade özgürlüğü hakkının kullanımında cesaretlerinin kırılmasına sebep olacaktır.

AİHM tarafından yapılan değerlendirmelere göre, hakim ve savcılarının kamu görevlisi olması, onların ifade hürriyetinden feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Ancak hakim ve savcılar ifade hürriyetini kullanırken üstlenmiş oldukları kamu görevi ile devlete olan sadakat yükümlülüğünü dikkate almalıdır. Dolayısıyla yargı mensuplarının yukarıda belirtilen temel esaslar çerçevesinde yazılı, görsel ve sosyal medyada kendilerini, düşüncelerini, sorunlarını dile getirmeleri artık çağdaş hukukun, demokrasinin, çağdaş anlayışın bir parçasıdır¹⁰⁰.

⁹⁹ AİHM Baka/Macaristan Karar Başvuru No:20261/12, K.T: 27.05.2014.

¹⁰⁰ Sevimli, s.65.

bb-) Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesine göre ifade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları, bu çabaların hoşgörülle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir¹⁰¹. Bununla birlikte ifade özgürlüğü ile yalnızca düşünce ve bilginin özünün korunması amaçlanmamaktadır. Düşünce ve bilginin sunulmuş şekli ve üslubu da içerik kadar ifade özgürlüğünün korumasından yararlanır.

Anayasa Mahkemesi **Savaş Kılıç Kararında**¹⁰² ise, avukat olarak görev yapmakta olan Başvurucunun, www.facebook.com (Facebook) sosyal medya platformunda kurulmuş olan "Avukat-Hakim-Savcı-Tüm Hukukçular Omuz Omuza!" isimli kapalı grupta, müşteki V.Ö'nün paylaşımına istinaden yapmış olduğu "1000 yorum sınırını aşan ve Muhtar adayı [V.Ö.] nün fikirlerini s..çtığı iletisinde, grup olarak hep birlikte fikirlerimizi Muhtar adayımıza fişkırttık." şeklindeki yoruma istinaden başvuran hakkında alenen hakareten açılan dava neticesinde verilen para cezasına istinaden yapılan bireysel başvuruda başvurucunun paylaşımının kabul edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığı değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre, aksi kabul edildiğinde muhatabını inciten her nezaket kuralı ihlaline ceza yaptırımını uygulanması gerekecek ve bu durum kişilerin ifade özgürlüğünün ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verebilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında Anayasa Mahkemesinin kanaatine göre mevcut olayda başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibarını koruma hak ve menfaati arasında yerel mahkeme tarafından adil bir dengenin kurulmasına çalışılmadığı ve başvurucunun adli bir ceza ile cezalandırılmasının demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğine ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kararında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü bakımından getirilecek sınırlamaların, demokratik bir toplumda zorlayıcı bir

¹⁰¹ AYM Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No: 2014/12151, K.T: 4/6/2015, Prg. 33-35.

¹⁰² AYM Savaş Kılıç Kararı, Başvuru No: 2016/5583, K.T:19/11/2019.

toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği hususu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulmadığı takdirde ifade özgürlüğünün ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verilebilecektir. Dolayısıyla HSK, Adalet Bakanlığı, Yüksek Yargı Organları ve yargı mensupları da kabul edilebilir sınırlar içindeki eleştirilere -sadece teorik ve genel olanlar değil- konu olabilirler. Bu kişilerin görevlerini ifa ederken kendilerine yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırları sıradan bir vatandaşa kıyasla daha geniştir¹⁰³. Bu nedenle disiplin soruşturması yürütülecek konularda bu ölçülere göre hareket etmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen esasların dikkate alınmaması ve hakim ve savcıların sosyal medya veya diğer yazılı ve görsel medyada yer alan yazı, yorum ve eleştirileri nedeniyle soruşturmaya tabi tutulmaları hakim ve savcılarının sadece ifade özgürlüğünün haksız kısıtlanması anlamına gelmeyecektir. Bu aynı zamanda hakim ve savcılarının bağımsızlığının da soruşturmalarla baskı altına alınması demektir. Birçok hakim ve savcının sosyal medya platformlarındaki yazılarından dolayı haklarında başlatılan haksız soruşturmalar nedeniyle emekliliklerini istedikleri ya da istifa etmek zorunda oldukları görülmektedir¹⁰⁴.

Yine yakın zamanda Hakimler ve Savcılar Kurulu, Yargıçlar Sendikası Başkanı, Karşıyaka Hâkimi Ayşe Sarısu Pehlivan'ı, kamuoyunda Grup Yorum olarak bilinen müzik grubunun üyesi olan İbrahim Gökçek'in ölüm orucuna ara vermesinin ardından kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirmesinden sonra 7 Mayıs 2020 tarihinde yaptığı paylaşımında, "Ölüm adın kalles olsun" ifadelerini kullanmış olması gerekçe gösterilerek 3 ay süreyle görevden uzaklaştırmıştır¹⁰⁵. HSK'nın bu işlemi esasında hakim ve savcılarının ifade özgürlüğünün orantısız sınırlandırılmasının yanı sıra, yargı mensubunun bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar vermeyen düşüncesinin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır.

¹⁰³ AİHM Morice/Fransa Kararı, Başvuru No: 29369/10, K.T:23/4/2015, Prg. 128-131

¹⁰⁴ "Bir hakim daha veda etti; 'Mücadele etmek çok zor...' **Hakim Mehmet Gülçek, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) hakkında başlattığı iki ayrı disiplin soruşturması nedeniyle emeklilik kararı aldı.**"

<https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/bir-hakim-daha-veda-etti-mucadele-etmek-cok-zor-h430060.html>, İET: 16/03/2020.

¹⁰⁵ <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/hakim-ayse-sarisu-pehlivan-gorevden-uzaklastirildi-1738967> İET: 16/05/2020.

SONUÇ

Temel insan hakkı olan ifade özgürlüğü toplumun bütün bireyleri gibi kamu görevlileri bakımından da vazgeçilmez ve dokunulmaz haklardan biridir. Ancak kamu görevlileri yürüttükleri kamusal görevin gereği olarak bu haklarını kullanırken belli sınırlamalara tabi tutulabilirler. İfade özgürlüğü hakkı kamu görevlilerine de tanınan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kamu görevlileri tarafından kullanımı durumunda diğer kişilere nazaran daha hassas davranılması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde geçen “görev ve sorumluluk” kavramları bu hususu kamu görevlileri bakımından ortaya koymaktadır. AİHM'ye göre kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, “görev ve sorumluluk” kavramının özel bir önem kazandığını ve müdahalenin Sözleşme'nin 10/2. maddesinde düzenlenen meşru amaçlara ulaşma noktasında orantılı olup olmadığını tespit ederken ulusal makamların belirli bir takdir alanı bulunmaktadır. Ancak Devlet memurlarının Anayasa'ya bağlılık ödevleri olmakla birlikte bu ödevlerin gerekçe gösterilerek onların ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hakkın özüne zarar verecek veya hakkı ortadan kaldıracak derecede katı olamayacağı unutulmamalıdır.

Diğer taraftan kamu görevlisi olmakla birlikte yargısal faaliyetleri nedeniyle ayrı bir pozisyona sahip olan yargı mensupları da ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Ancak yargı mensupları bu haklarını yazılı, görsel ve sosyal medyada ya da diğer yerlerde kullanırlarken, her zaman makamlarının itibarını, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını koruyacak tarzda hareket etmeleri gerekmektedir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğü hem yargısal kararlarına yansıttıkları vicdan kanaatleri ve hukuki görüşleri hem de sosyal yaşam alanındaki ifade özgürlüğüne ilişkin faaliyetleri bakımından geçerlidir. Bu bağlamda AİHM'nin “makul gözlemci standardı” çerçevesinde hakim ve savcılarının siyasi, sosyal, kültürel konulardaki tavır, davranış ve sözlerinin tarafsızlıklarına, saygınlıklarına gölge düşürmemesi gerekir. İfade özgürlüğü kapsamındaki faaliyetten dolayı toplumdaki güven duygusunun zarar görmemesi ve ifade özgürlüğü kapsamındaki tavır, davranış ve sözlerden kaynaklı olarak toplumda hakimin tarafsız davranamayacağı yargısının oluşmaması gerekir.

Hakim ve savcı çözüme kavuşturduğu hukuki, siyasi, kültürel ve sosyal uyumsuzlukların kaynağı olan sorunlara ilişkin görüşlere sahip olması da işin doğasında vardır. Bu nedenle bu sorunlara ilişkin fikirlerini ifade etmeleri onlar bakımından bir hak olmanın yanı sıra bazı durumlarda bir görevdir. Anayasanın ilga edildiği, demokratik hukuk devletinin değerlerinin yok edildiği hukuksuz uygulama ve yasal değişikliklere karşı yargı

mensuplarının, yargı kurumlarının yönetici ve başkanlarının konuşmaları, fikirlerini beyan etmeleri bu noktada bir görevdir. Burada önemli olan husus özellikle siyasi konularda “partizanlaşmadan” duygu, düşünce, öneri ve eleştirilerin dile getirilmesidir. Hakim ve savcının yargı sistemini ilgilendiren yasa tasarısı hakkında açıklama yapması doğal hak olmakla birlikte bunun siyasi taraf olmadan, siyasi kişi ve kurumları hedef almadan ve tarafsızlığını tartışılır hale getirmeden yapılması gerekir.

Öte yandan AİHM'nin hakim ve savcılarının ifade özgürlüğünün sınırları ve bu konuda yaşanan hak ihlallerine dair verdiği kararlar bu noktada yol gösterici konumdadır. Mahkeme, yargı mensuplarının, yargının tarafsızlık ve otoritesinin sarsılmasına sebebiyet verilmemesi adına, daha da hassas davranması gerektiğini kararlarında vurgulamıştır. Mahkemeye göre toplum tarafından genel kabul görmesi nedeniyle, “yargının otoritesi” korunması gereken kavramlar arasında olduğundan mahkemelerin demokratik bir toplumda, davanın taraflarında ve nihayet genel olarak toplumun tümünde uyandırması gereken güven duygusunun zarar görmemesi gerekir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün kullanımı söz konusu olduğunda, yargı mensuplarının, provoke edici hususlar olsa dahi basına mesafeli yaklaşmaları, kendilerini sınırlayarak yargının tarafsızlığını ve otoritesini sorgulatacak söz ve ifadelerden kaçınmaları, ifadelerinde daha özenli, dikkatli ve sağduyulu dil kullanmaları gerekmektedir.

Bu bağlamda Mahkemenin Kayasu /Türkiye Kararında yargısal faaliyetten dolayı hakim veya savcının sorumlu tutulmasının aynı zamanda onun ifade özgürlüğüne de müdahale olacağı; yine **Wille/Lihteastayn ve Baka/Macaristan** kararlarında ise yazılı, görsel ve sosyal medyada yapılacak fikir açıklamalarının ve onlara yapılacak müdahalelerin sınırları ortaya konmuştur. Bu ve benzeri kararlarda ortaya konan kriterlerin aşılması disiplin soruşturması yoluna gidilmesi hak ihlallerinin doğmasına neden olmaktadır. Ayrıca bu şekilde disiplin soruşturması ve benzeri yaptırımlar, diğer yargı mensupları üzerinde de soğutucu etki (chilling effect) gösterecek ve ifade özgürlüğü kapsamında yazılı, görsel ve sosyal medyada veya diğer platformlarda yazı, yorum ve eleştiri içeren açıklama yapmaktan kaçınmalarına ve ifade özgürlüğü hakkının kullanımında cesaretlerinin kırılmasına sebep olacaktır.

AİHM'de hakim ve savcılarının siyasi partilere üye olması veya siyasi partilerden aday olması nedeniyle istifa etmelerinin zorunlu tutulmasını onların tarafsız, bağımsız ve nötr olmaları şeklindeki meşru amaç çerçevesinde orantısız bir tedbir olarak görülemeyeceğini kararlarında vurgulamaktadır. Bu nedenle Anayasanın 68/5 ve 76. maddelerinde yer

alan düzenlemeler hakim ve savcılarının tarafsızlıkları, bağımsızlıkları ve nötr olmalarını sağlamayı amaçladığından yerinde sınırlamalardır.

KAYNAKÇA

- Akyıldız, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2002), C.6, S.1-2, s.239-262.
- Baş, Eylem “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, (2016) *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, s. 265-360.
- Bozkurt, Enver, Dost, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, (2002), C.7, S.1 s.47-74.
- Çakmak, Seyfullah, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Araştırma, İnceleme ve Soruşturma İşlemleri”, (2012), *Adalet Dergisi*, S.43, s. 104-138.
- Çetin, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, (1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015).
- Çiftçiöğlü,, Cengiz Topel, “2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcılarının Disiplin Soruşturmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), C.13, S.1, s.127-157.
- Dijkstra, Sietske, “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR”, *Utrecht Law Review*, Vol. 13, No. 1, p. 1-17, January 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2926418>, s.1-17.
- Doğru, Osman, Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:2, (1. Baskı Legal Yayıncılık, İstanbul 2013).
- Duran, Hasan, “İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2006), C.14, S. 1, s. 57-81.
- Duymaz, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013), C. XVII, S. 1-2, s.1367-1404.
- Erdoğan, Mustafa “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (2001), S.24, s. 8-13.
- Gölcüklü, A.Feyyaz, Gözübüyük, Şeref ve Saygılı, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002).
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, I. Cilt, (1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2003).

- Gülener, Serdar, “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), C. XV, S.2, s.215-252.
- Hasan Tahsin Fendoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), S.25, (Özel Sayı), s. 1-20.
- Inceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, (1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2007)
- Kandemir, Ahmet, “Devlet Memurlarının Sosyal Medya Paylaşımlarının Hangileri Disiplin İşlemi İle Yargısal Sürece Konu Olabilir?”,(2018), <https://www.memurlar.net/haber/724912/devlet-memurlarinin-sosyal-medya-paylasimlarinin-hangileri-disiplin-islemi-ile-yargisal-surece-konu-olabilir.html>, İET: 16/03/2020.
- Karan, Ulaş, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, (1. Baskı, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara 2018)
- Karayaka, Yavuz Selim, “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2018), C.9, S.2, s.103-124.
- Kayasu, Sacit, 2802 Sayılı Kanuna Göre Hâkim ve Savcıların İfade Hürriyeti, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 181, (1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012).
- Kuru, Baki, Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, (19. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008).
- Mecit, Nehare, Mecit, Kemal, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü Ve Yargı Mensupları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2018), S.33, s.827-861.
- Minar, Murat Turgut, “Kamu Çalışanlarının Siyasi Sosyal Medya Paylaşımları - Tarafsızlık İlkesi Ve İfade Hakkı Sorunsalı”, (2019) <https://www.hukukihaber.net/kamu-calisanlarinin-siyasi-sosyal-medya-paylasimlari-tarafsizlik-ilkesi-ve-ifade-hakki-sorunsali-makale,6528.html>, İET: 16/03/2020.
- Özbey, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi* (2013), S.106, s.41-92.
- Özen, Muharrem, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, (2010), *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, s.31-65
- Pekel, Abdulkadir, “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014), C. XVIII, S.2, s.367-394.

- Robert M. Howard, “The Limitations on Judicial Free Speech” *The Justice System Journal*, vol. 27, no. 3, 2006, pp. 350–353. JSTOR, www.jstor.org/stable/27977309. Accessed 15 June 2020, s.350-353.
- Sağlam, Abdi, “AİHS’ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), S.25, (Özel Sayı), s.79-103.
- Sevimli, Zekeriya “Bir Sivil İnisiyatif: Yargıçlar ve Savcı Birliği”, (2007), *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, s.61-66.
- Şen, Mahmut, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Hâkim ve Savcıların İfade Hürriyeti”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2016), S.7, s. 931-959.
- Tahincioglu, Gökçer, “Yargıda ‘özgürlükçü’ çoğunluk”, (2017), <https://www.milliyet.com.tr/gundem/yargida-ozgurlukcu-cogunluk-2421560> İET: 15/04/2020.
- Tanör, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, (3. Baskı, BDS Yayınları, Ankara 1994)
- Ünal, Şeref , Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, (1. Baskı, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları, Ankara 1994).
- Zabunoğlu, Yahya, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, (1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 1999).

**¶ TÜRK HUKUK TARİHİ ÇALIŞMALARININ KAPSAMI
KONUSUNDA BAZI DÜŞÜNCELER**
(SOME REFLECTIONS ON THE SCOPE OF THE HISTORY OF TURKISH LAW
STUDIES)

Prof. Dr. Rona Aybay * **

*"Tarih arabaların dikiz aynaları gibidir.
Oradan arkaya, ileri gitmek için bakarsın, geri gitmek için değil.
Herkes, ilerideki hedeflerine göre bakar geçmişine. "*
Ali SİRMEN (Cumhuriyet, 25 Eylül 2016)

ÖZ

Makalenin amacı , Türk Hukuk Tarihi çalışmalarının kapsamı konusunda bazı sorunları gözden geçirmekve bazı öneriler yapmaktır. Tarihin geçmiş dönemlerinde; Türklerin, ülkeleri Asya , Avrupa ve Afrika'nın çeşitli yerlerine yayılan, yüze yakın devlet kurmuş olduklarına inanılmaktadır. Bugün bu devletlerden geri kalanlar; Türkiye Cumhuriyeti,eski Sovyetler Birliği'nin Türkgil Cumhuriyetleri ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetidir.

Yazar ,bu kadar çok sayıda devletin hepsinin Türk Hukuk Tarihi dersi kapsamına alınmasının çok zor, giderek olanaksız olduğu kanısındadır ve kapsamın Osmanlı Devleti ve Osmanlı öncesi Anadolu devletleriyle sınırlı tutulması gerektiğini belirtmektedir.

Yazarın dikkat çektiği bir konu da şudur: İngiltere, Fransa gibi sömürgeci (kolonyal) devletler, "kolonilerine" kendi hukuklarını "ihraç" etmişler ve o ülkelerin bağımsızlık kazanmasından sonra da, aynı hukuk sistemi, genellikle, varlığını sürdürmüştür. Buna karşılık, bir zamanlar Osmanlı ülkesinin parçası olmuş Batı yönündeki ülkelerin hukuklarında , Osmanlıdan kalan izler olduğunu söylemek olanaksız görünmektedir. Doğu yönünde ise , İsrail dışındaki devletlerde İslâm Hukuku varlığını sürüdüremekte ise de;"Kolonyal" devletlerin eski kolonilerinde bıraktıkları

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.12.2020. İlk hakem raporu tarihi: 05.01.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10.01.2021. Onaylanma Tarihi: 10.01.2021.

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6827-3468

Esere Atf Şekli: Rona Aybay, "Türk Hukuk Tarihi Çalışmalarının Kapsamı Konusunda Bazı Düşünceler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.49-66.

izlerle karşılaştırılabilecek nitelikte ve yoğunlukta Osmanlı hukukunun izi olduğu söylemeye olanak yoktur.

Anahtar sözcükler: Tarih, Hukuk Tarihi, Türk Hukuk Tarihi, İslam Hukuku, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti , Koloniyalizm, Türkgil devletler, Türk Keneşi (Konseyi)

ABSTRACT

The purpose of this article is to review certain issues relating to the scope of the History of Turkish Law studies. In the past, the Turkish nation is believed to have established some one hundred states spreading out in various parts of Asia, Africa and Europe. Of these states, only the Turkish Republic, the Turkic states of the former Soviet Union and Turkish Republic of Northern Cyprus, currently, continue to exist.

The author contends that it is extremely difficult, or likely impossible, to include all these states in the curricula of a course on History Turkish Law and takes the position that the scope should be limited to the Ottoman and pre-Ottoman states of Anatolia.

The author further points out the fact that the major “colonial” powers, such as Britain and France, “exported” their legal systems to their colonies and these systems, generally speaking, remained in existence even after the colonies gained independence. By contrast, no trace of the Ottoman Law remained in the Western parts of the former empire . As for the Eastern parts, Sharia (Islamic Law) remains to be applicable in the countries (except Israel) which were once part of the Ottoman Empire.

Keywords: History, History of Law, History of Turkish Law, Islamic Law, Turkish Republic of Northern Cyprus, Colonialism, Turkic states, Turkish Council

BAZI GENEL GÖZLEMLER

I- Türk Hukuk Tarihi dersinin, Üniversitelerimizde verilişi üzerine kısa bir açıklama

1) “Türk Hukuk Tarihi” bir araştırma alanı yada¹ ders olarak iki biçimde algılanabilir:

Birinci algıya göre; bu alan, genel anlamdaki “Tarih”² biliminin “Hukuk Tarihi” dalı içinde bir alt dal oluşturmaktadır. Örneğin, Medeni Hukuk,

¹ Makalede “yada” sözcüğü; Arapça “ve” ile Farsça “yahut” sözcüklerinin birleşmesinden oluşan (kimi zaman “veyahut ta” biçiminde de kullanılan) Osmanlıca “veya” sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmıştır.

“Hukuk”un bütünü içinde bir dal olması ve onun da Kişiler Hukuku, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku gibi alt dallara ayrılması gibi.

Bir inceleme alanı ve ders olarak Hukuk Tarihinin “Tarih” yönünü öne çıkaran bu algıya karşılık, konuların “Hukuk” yönünü öne çıkaran bir yaklaşımla, Hukuk Tarihinin; “Hukuk “Bilimi”nin bir alt dalı olduğu da söylenebilir.

Hitler Faşizminin baskıları karşısında, Atatürk zamanının Türkiye’sine gelerek ,yerleşen değerli bilimkişilerinden biri olan Prof. Ernest Hırş, bu ikinci anlayışa yakın görünen bir betimlemeyle şöyle demiştir:

“Hukuk kurallarının içeriğini tarih bakımından inceleyerek bunların doğumunu, değişmesini, ölümünü, sonuçlandıran etkenleri tesbit eden ve geçirdikleri aşamaları açıklayan bilim koluna Hukuk Tarihi denir. O halde Justiniaus’un zamanında yürürlükte olan Roma Hukuku’nu anlatan kimse, pozitif hukuk bilimi alanında; modern Türk mevzuatındaki hükümlerin ne ölçüde Roma Hukuku’ndan esinlendiğini inceleyen kimse ise hukuk tarihi denilen bilim kolunda çalışmaktadır”³.

Türkiye’de, Üniversite öncesi dönemin ders izlencelerinde tarih derslerine oldukça geniş zaman ayrılmaktadır. Hukuk Fakültelerinde de, Roma Hukuku, Genel Kamu Hukuku, Anayasa Hukuku gibi derslerde okutulan konular bağlamında “tarih” bilgilerine yer verilmekte; bunun yanı sıra “Türk Hukuk Tarihi” de bağımsız bir ders olarak verilmektedir.

1925 yılında kurulan “Ankara Adliye Hukuk Mektebi”nin Fakülteye dönüşmesiyle oluşan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “zorunlu” ders olarak verilmesine başlanan bu ders, o zamanın İstanbul Üniversitesi

² Burada, “Tarih” sözcüğü ile ilgili olarak, Türkçeden kaynaklanan –görece küçük - bir soruna da değinmek yerinde olacaktır:

Türkçenin gündelik kullanımında “tarih” sözcüğü; bir olayın olduğu, bir işin yapıldığı, bir mektubun yazıldığı, bir yasanın kabul edildiği gibi olguların, zamanın akışı içindeki yerini belirleyen; yıl, ay gün öğelerini içeren bir kalıptır.

Türkçede bu anlamda kullanılan “tarih”in İngilizcesi ve Fransızcası “date”; genel ve bilimsel anlamda kullanılan “Tarih”in İngilizcesi “History”, Fransızcası ise “Histoire”dır. Şu anki amacımız bakımından önemli olan, elbette, geçmişte yaşanmış ve toplumlari, ulusları ve dünyayı etkilemiş önemli olayları, bilimsel yöntemlerle araştırıp, gerçekleri ortaya çıkarmaya çalışan araştırmaların, incelemelerin yapıldığı bilimdalı anlamındaki “tarih”tir.

³ Hırş, Ernest; Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, üçüncü tıpkıbasım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., (Güncel dile uyarlayan S. Baran Veziroğlu),2001,s.8

Hukuk Fakültesi programlarında ya hiç yer almamış yada “seçimlik” bir ders olarak verilmiştir.

12 Eylül 1980 askeri darbesiyle açılan Yüksek Öğretim Kurumu (YÖK) döneminden itibaren, Türk Hukuk Tarihi, bir çok Hukuk Fakültelerimizde zorunlu yada seçimlik ders olarak verilmeye başlanmıştır.

Çoğunlukla iki dönem (bir akademik yıl) okutulan bu ders, bazı fakültelerde tek dönemlik olarak verilmektedir.

2) Yukarıda da belirttiğim gibi, Üniversite öncesi eğitim-öğrenim döneminin ders izlencelerinde, Tarih derslerine oldukça geniş zaman ayrılmakta ama, öğrencilere verilen bilgiler, çoğu zaman, hangi savaşın nerede ve ne zaman olduğu; savaşın taraflarından hangisinin yendiği, hangisinin yenildiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tarih derslerinde savaşlarla ilgili bilgiler verilmesi gereksizdir denilemez ; ulusların tarihinde savaşların elbette önemli bir yeri vardır. Ama, savaşların arkasındaki ekonomik ve siyasal gerçekler; ticaret, sanayi ve kültür alanındaki gelişmeler, sosyal sınıfların tarihsel olayları nasıl etkiledikleri yada bu olaylardan nasıl etkilenmiş oldukları gibi konuların da kapsanması gerekir. Bu konulara değinilmemesi yada yeterince yer verilmemesi; öğrencilerin “Tarih” bilgisini içselleştirmesine, çoğu zaman, engel olmaktadır. Sonuç olarak, öğrencilerde, “Tarih” öğrenmenin yararının ne olduğu, tarihsel olayların hangi yöntemlerle incelenmesi gerektiği gibi konularla ilgili bir ciddi bir iz kalmamaktadır.

Türkiye'nin yetiştirdiği en büyük tarihçilerden biri olduğunda kuşku bulunmayan Halil İnalcık, bir söyleşisinde, iki tür “Tarih” arasındaki ayrımı , özlü bir biçimde şöyle dile getirmiştir:

*“Mesela, Bursa şehrini kim fethetti, nasıl fethetti değil de; Bursa (nasıl) gelişti, buradaki ticaretin önemi, buradaki sosyal sınıflar nasıldı tipi bir tarihçilik...”*⁴

Tarih’le ilgilenmenin çeşitli nedenleri

3) Tarihe karşı duyulan ilgi için çeşitli nedenler bulunabilir. Örneğin, bazı kişiler, içinde yaşadıkları ülkenin ve toplumun yada ailesinin geçmişinde neler olduğu konusunda merak duyabilirler. Örneğin, bugünkü Türkiye Cumhuriyeti nüfusu içinde yaşayanların pek çoğunun aile geçmişinde “göç” vardır. Osmanlı İmparatorluğu'nun çözülüp dağılma süreci içinde, Yunanistan, Bulgaristan, Romanya gibi Batı yönündeki

⁴ Halil İnalcık'ın Merceğinden Tarih Bilinci kitabı içinde; Profil Kitap, 2. bası, 2017. YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

ülkelerden yada Kafkasya'dan, Kırım'dan vb. yerlerden, “Merkez”e yani Anadolu’ya doğru, büyük “zorunlu” göç dalgaları yaşanmıştır. Bu ailelerden gelenler, kişisel bir merakla, ailelerinin geçmişini öğrenmeye, göç etmeden önce yaşadıkları yerlerle ilgili bilgi edinmeye, oralarda kalmış hısımlarının var olup olmadığını öğrenmeye çalışırlar.

Genellikle amatör düzeyde kalan bu araştırmalara saygı duyulsa da, bunları, aşağıda değineceğimiz “bilimsel” anlamdaki tarihten ayırmak gerekir.

Tarih “türleri” (popüler vb. tarih)

4) Bilimsel tarihle, “popüler” (vülgarize) tarihçiliği” yada “romancı (TV dizisi) tarihçiliği”ni ayırmak gerekir. Aşağıda göreceğimiz gibi, “bilimsel tarih”te, tarihçi, olabildiğince titiz bir çalışma yaparak, bir olayın “gerçek” niteliğini, anlamını, boyutlarını vb. ortaya çıkarmaya, bu bilgiler arasında bağlantı kurmaya ve olabildiğince nesnel (objektif) bir sonuca varmaya çalışır.

Oysa, “popüler” (vülgarize) tarihte; tarihçi, olayların derinine inmeden, yüzeysel ve basit bir yaklaşımla, olabildiğince “kolay okunur” ve sıradan insanlarca kolayca anlaşılır bir yapıtı ortaya koyar. Bu yöntem, *gerçeklere açıkça ters düşen, okurları yanlış yönlendiren* bir noktaya varmadığı sürece, yararlı olabilir. Kültür düzeyi fazla yüksek olmayan yada okumaya fazla zaman ayıramayan insanlara; resim, harita, grafik gibi görsel malzemelerle de desteleyerek; tarihsel olaylar konusunda, *tahrif etmeden*, görece basit bilgi verilmesi, yararlı olabilir.

Ancak, işi “*magazin*” düzeyine indirip, tarihsel olayları, ekonomik sosyal, siyasal gerçeklerden koparıp, sadece yönetimin başındaki ve çevrelerindeki insanlar arasındaki aşk ve nefret gibi ilişkilerle açıklamaya vardırarak, yarardan çok zarar getirebilmekte; sonuç olarak “bilimsel” anlamda “Tarih”e zarar vermektedir.

Öte yandan, “romancı (TV dizisi) tarihçiliği” diye adlandırılabilir bir tarih türü de vardır. Bir romancı yada senaryo yazarı “sanatçı” kimliğiyle, birtakım tarihsel olaylarla ilgili verileri, hayalinde yarattığı olaylarla harmanlayıp, roman olarak çok başarılı bir yapıtı ortaya koyabilir. Burada sanatçının, sanatçı özgürlüğüyle yarattığı yapıtın, gerçek olaylarla uyum içinde olup-olmaması değil, bir roman; yani bir sanat ürünü olarak değerli olup olmadığı önemlidir.

Böyle bir yapıtın “tarih kitabı” gibi algılanması yanlış ve giderek tehlikelidir. Bu tehlikeden kaçınmak için, sanatçılar, bazen tarihsel kişilikleri (kahramanları) romanda kendi adlarıyla değil de başka adlarla

betimlemektedirler. Böylece, okunan şeyin “tarih” değil “roman”, olduğunun işareti verilmektedir. Aynı tehlike, film yada TV dizisi gibi görsel yapıtlar için de geçerlidir.

Herhalde, böyle bir romanı okuyan yada bu nitelikte bir sinema filmi yada televizyon dizisi izleyen kişilerin; izledikleri şeyin bir “tarih” çalışması değil bir roman , film yada televizyon dizisi olduğunu dikkate almaları gerekir.

Ancak, bu türün bazı çok seçkin örnekleri de yok değildir. Tarihsel olaylar üzerine, ustaca yazılmış bir roman yada özenle hazırlanmış bir TV filmi, geçmişte kalmış bazı olayların anlaşılmasında yararlı olabilmektedir. Bu nitelikte bazı tiyatro oyunları da yok değildir.

Bütün bu yapıtların sanatsal değerleri ne denli yüksek olursa olsun, sonuç olarak , tarihin kendisi değil, tarihte yaşanmış bazı olayların, sanatçının gözünden yorumlanmış bir sanat yapıtı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

5) Üzerinde çok dikkatle durulması gereken bir konu da “*Propaganda amaçlı yada belli bir görüşü haklı çıkarmak amacıyla yazılan tarih*”tir. Aşağıda göreceğimiz gibi, tarihin yüzde yüz “*tarafsız*” biçimde yazılması nereseyse olanaksızdır. Her “tarih”, belli ölçülerde, yazıldığı ortamın değer yargılarına göre; yazarların siyasal eğilimlerine ve bağlantılarına göre; yazarları yöneten siyasal ve malî çevrelerin isteklerine göre biçimlenir. Bunu, bir ölçüde “kaçınılmaz” bir durum olarak kabul etmek gerekir.

Ancak, bu konuda ölçüyü kaçırıp; bir ideolojiyi haklı çıkarmak için yada tarihin yazıldığı ortama siyasal bakımdan egemen olanları memnun etmek için; gerçekleri, *bilerek* ters yüz etmek; tarihi bir bilim olmaktan çıkarıp, siyasal güçlerin bir propaganda aracı durumuna düşürür.

Totaliter ve otoriter yönetimlerin, sık sık başvurdukları bu yöntem, kısa dönemde istenen sonuçları verse de uzun dönemde gerçekler, çoğu zaman ortaya çıkabilir ama bu arada, bir “bilim” olarak tarihin saygınlığı büyük zarar görür.

Bu yöntemin çok tehlikeli bir yanı da, bu tür “propaganda malzemeleri”nin kullanılması yoluyla, halkın bazı kesimlerinin, bazı etnik ve siyasal gruplara yada belli insanlara karşı şiddet hareketlerine yönelmelerine yolaçan kin ve nefret duyguları uyandırma olasılığıdır.

Bir tanım denemesi

6) En basit ve somut bir kavramı bile, bütün özelliklerini kapsayacak biçimde; tek bir tümce ile tanımlamak kolay bir iş değildir. Tarih gibi, çeşitli bakış açılarına göre değişen değerlendirmelere konu olmuş bir alanda bir tanım yapmak ise, özellikle, zordur.

Bununla birlikte şöyle bir tanım (eksik bulunsa da) yanlış olmaz, sanırım:

Tarih; geçmişteki ekonomik, sosyal, kültürel vb. çeşitli olayları; bilimsel yöntemler, kaynaklar, malzemeler ve araçlar kullanarak ortaya çıkaran ve inceleyen; olaylar arasında neden-sonuç ilişkileri kurarak yorumlayan ve açıklayan bilim dalıdır.

Bu tümceye ek olarak, tarihsel olayların ortaya çıkmasında yada yönlendirilmesinde etkili olmuş insanların davranışlarını, gerçekçi ve eleştirel bir yaklaşımla değerlendirmek de bir öge olarak eklenebilir. Çünkü, tarihsel olayların gelişmesi sırasında ulaşılmış bazı kritik noktalarda, etkili konumda olan (devletkişisi, komutan gibi) bir insanın⁵ “kişisel” kararları da, olayların şu yada bu yöne evrilmesinde rol oynayabilir. Bu nedenle, tarihin tanımına; tarihe konu olan olayların aktif olarak yada fiilen içinde yaşamış insanların karakterlerinin, kültür düzeylerinin ve davranış özelliklerinin incelenmesini eklemek de gerekli olabilir.

Tarih ve “tarafsızlık”

7) Tarihin incelemesine konu olan olayların içinde yaşamış insanların zamanın akışı içinde dünyadan ayrılmaları sonucunda, yazılan tarihle onları yazan insanlar arasındaki zaman bağı doğal olarak kopar. Bu aşamadan sonra yaşayan insanlar, inceleyecekleri olaylardan sonra -kimi durumlarda çok, çok sonra- doğmuşlardır; yani inceleyecekleri geçmişte kalmış olaylarla, doğrudan tanıklıkları yada ilişkileri yoktur.

İşte, dünyaya gelmelerinden çok önce yaşanmış olan olaylarla ilgili tarih incelemesi yapan, yapıtlar veren insanların; saptamalarında ve anlatımlarında ne ölçüde “objektif” yada “tarafsız” olabilecekleri, üzerinde durulması gereken ciddi bir sorundur.

Halil İnalçık’a göre “objektif” bir tarih olamaz. İnalçık, bunu şöyle açıklıyor:

*“[Objektif tarih] Olamaz. Mesela Bursa’ya, İstanbul’a bugün kültür bakımından yaklaşıyoruz. Bundan 50 sene önce Yunan istilası, talan vardı; hamasi bir şekilde yaklaşıyorduk. Yani her dönemin yorumlaması başka türlü olur.”*⁶

⁵ Nükleer silahlar gibi “kütlesel imha silahları”yla ilgili araştırmalarda görev yapan bilimkişilerinin, bu silahları büyük felaketlere yol açması olasılığı karşısında, ahlaksal nedenlerle ortaya koydukları bazı davranışların, önleyici değilse de geciktirici etkileri olması da, bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

⁶ Halil İnalçık’ın Merceğinden Tarih Bilinci, Profil Kitap, ikinci bası, 2017, s. 11.

Hukuk Tarihi alanında günümüzün önde gelen adı Ahmet Mumcu da, konuyla ilgili olarak da şu örnekleri vermektedir:

1389 yılında, Kosova Savaşında Sırp kuvvetleri yenildikten sonra, görüşmek bahanesiyle yanına geldiği Padişah I. Murat'ı (Hüdavendigâr) öldüren;

“Milos Obiliç, Türklere göre bir haindir. Gazi Padişahu şehit eden aşağılık bir katildir... Şimdi soğukkanlı olarak “empati” yaparsak bu “hain”in, Sırplar için büyük bir ulusal kahraman olduğunu, heykellerinin dikildiğini, bir simge olarak yaşatıldığını anlarız

Aynı şekilde, İzmir’de 15 Mayıs 1919’da, Yunan askerleri önünde tek başına dikilen ve gerçekten bir yiğit olan Hasan Tahsin Bey, ulusal kurtuluşun ilk sivil kurşunu sıkmıştır. Oracıkta Yunan askerleri tarafından süngülenerek şehit edilen bu yiğit genç Yunanlılara göre bir katil, bir hain, bir kıskırtıcı ajandır . Yansız bir araştırmacı Hasan Tahsin olayında elbette Türkleri haklı görür ama Miloş Obiliç’i nasıl değerlendirmek gerekir?⁷”

İnalçık’ın verdiği örnekteki olayın ve Mumcu’nun verdiği örnekteki ikinci olayın üzerinden, yaklaşık yüz yıl gibi, genel tarih açısından çok kısa sayılacak bir süre geçmiştir. Ama, ister görece yakın yada uzak olsun; her dönemin tarihini yine insanlar yazacaktır ve bu insanlar kendilerinden çok önce ; yüzyıllar, binyıllar önce yaşamış olayları anlamak ve anlatmak durumunda olsalar da, *içinde yaşadıkları ortam için yazacaklardır*. Bilinçli olarak yada olmayarak, yaşadıkları ortamın değer yargılarının, beklentilerinin etkisinde kalmaları kaçınılmaz sayılabilir.

Bu noktada, “tarafsızlık” (yansızlık) ile “objektiflik” arasında bir ayrıma değinmek de yararlı olacaktır. Tarihçiden, kendi kişisel kültürel yapısından kaynaklanan önyargılardan yada içinde yaşadığı ortamda egemen olan değer yargılarından bütünüyle sıyrılmasını ve “*yüzde yüz yansız (tarafsız)*” olmasını beklemek “ideal” sayılsa da pek gerçekçi olmaz.

Ancak, tarihçinin “*objektif*” (*nesnel*) olması beklenebilmelidir. Tarihçi, aralarında kendi kişisel yargılarına, inançlarına, düşüncelerine aykırı olanlar bulunsa da, incelediği konuyla ilgili, makul ölçüler içinde ulaşılabilecek her türlü bilgi kaynağına ulaşmaya çalışmalı; ulaşabildiklerinin hiçbirini gözardı etmeden değerlendirmelidir.

Elbette, ulaştığı her bilginin “gerçeği” ne ölçüde yansıttığı sorgulanabilir. Örneğin, tarihçilerin kullandığı kaynaklar arasında “belgeler” önemli bir yer

⁷ Mumcu, Ahmet; Türkler; Devlet ve Hukuk; Turhan Kitabevi, 2019, s. 117-118.
YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

tutar. Bunlar arasında da “resmi” belgeler; yani devletlerin ilgili birimlerince hazırlanmış olanlar çok kullanılır. Ancak, bu belgelerin değerlendirilmesinde dikkatli olunmasını gerektiren noktalar vardır: Örneğin, birbiriyle savaş yada çatışma halinde olan iki devletin, aralarında yaşanmış aynı olayla ilgili “resmi” belgelerinde kayıtlı bilgilerdeki betimlemeler ve nitelermeler çok farklı giderek çelişkili olabilecektir. Gazetelere yansımış bilgiler de, basılı gazetelerin yaygınlaşmasından bu yana , tarihçiler için yararlı kaynaklar olabilir. Ancak, bu kaynakların kullanılmasında, gazetelerin arkalarındaki siyasal ve malî güçler; bağlı oldukları ideolojik eğilimler dikkate alınmalı; olanak ölçüsünde başka kaynaklarla karşılaştırılarak değerlendirilmelidir.

Böyle durumlarda tarihçi, ulaşabildiği kaynaklardaki kendi varsayımlarına ve yargılarına aykırı bilgileri ve bulguları gözardı etmeden, başka bilgi ve bulgularla karşılaştırıp, yorumlayarak değerden düşürmeye, önemsiz göstermeye (örneğin, bir “resmi” belgedeki bilgileri, gerekçesini göstererek “çürütmeye”) çalışabilirse de; onları “yok sayması” uygun bir davranış olmaz.

Tarihin dalları ve altdalları

8) En başta da belirttiğim gibi, her bilim dalının kapsamı içindeki konular, niteliklerine ve özelliklerine göre çeşitli dallara, dallar da altdallara ayrılmaktadır. Örneğin, yukarıda da belirttiğim gibi ; Medeni Hukuk, ”Hukuk”un bütünü içinde bir daldır; o da Kişiler Hukuku, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku gibi altdallara ayrılır.

Tarihin de böyle alt dalları vardır: “Genel Tarih” tarihsel olayları siyasal, sosyal, ekonomik, askeri, kültürel vb. çeşitli açıları kapsayan biçimde, *genel bir bakışla* inceler. Genel Tarih de kendi içinde, kapsadığı dönemlere yada coğrafi bölgelere göre göre alt-dallara ayrılır: “Orta Çağ Tarihi”, “İlk Çağ Tarihi” yada “Avrupa Tarihi” “Orta Asya Tarihi”, ”Güney Amerika Tarihi” vb.

Bazen de, hem dönemsel hem coğrafi özellikleri biraraya getiren “Orta Çağ Avrupa Tarihi” gibi alt-dallar da yaratılabilir.

Tarih, devlet (ülke) adlarına göre (Fransa Tarihi, Osmanlı tarihi, ABD Tarihi vb.) veya başka ölçütlere göre de alt-dallara ayrılabilir.

Siyasal Tarih, Sosyal Tarih, Kültür Tarihi, İktisat Tarihi, Tıp Tarihi, Mimarlık Tarihi vb. İşte, Türk Hukuk Tarihi de, bu sınıflamalarda, Genel Hukuk Tarihinin bir alt dalını oluşturmaktadır.

Öte yandan, “Giriş”te belirttiğim gibi, “Hukuk Tarihi”nin içindeki “hukuk” ögesine öncelik vererek, bu alanı “Hukuk Bilimi”nin bir alt-dalı

saymak gerektiği de ileri sürülebilir. Aynı durum, örneğin “Tıp Tarihi” gibi alanlar için de sözkonusu olabilir ve Tıp Tarihi “Tıp Bilimi”nin bir alt dalı sayılabilir.

TÜRK HUKUK TARİHİ

Giriş

9) Konumuz Türk Hukuk Tarihi olduğuna göre, kaçınılmaz biçimde “Devlet” kavramıyla da ilişkilidir. Çünkü, “Hukuk”u öteki toplumsal davranış kurallarından ayıran temel özellik, hukuk kurallarının devlet yaptırımı ile desteklenmesidir ve bu nedenle Hukuk “belli bir toplumda, belli bir zamanda *devletçe yaptırımı bağlanmış* toplumsal davranış kuralları bütünü” olarak tanımlanmaktadır.⁸

Türkler, tarihte çok sayıda devlet kurmuş bir ulus (kavim) olarak bilinmektedir. Türk Hukuk Tarihi alanında “Duayen” olarak kabul edilen Prof. Ahmet Mumcu, bu konuda şu saptamayı yapmıştır:

*“Türkler gerçekten en fazla devlet kuran kavimlerin başında gelir. Ön-İlkçağdan bu güne kadar, Türklerin kurdukları irili ufaklı devletlerin kesin sayısı henüz bilinmiyor ve tam olarak bilinmesi de belli dönemlerdeki belge azlığı hatta kimi zaman yokluğu nedeni ile olanak dışıdır. Fakat Ön-İlkçağdan bugüne kadar Türklerin en aşağı yüz devlet kurdukları da bilimsel bir tahmindir. Başka hiçbir ulusta böyle bir ‘zenginlik’ görülmez.”*⁹

Türklerin, bu “çok sayıda devlet kurma” özelliği, tarih boyunca Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarında çok geniş coğrafya alanlarına yayılmış olmalarıyla ilgilidir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, Türklerin durumunu birkaç başka ulusla karşılaştırmak yararlı olacaktır.

Örneğin, İran Ulusu, yaklaşık 2.000 yıldır, adı ile özdeşleşmiş olan İran ülkesinde yaşamaktadır. Bu uzun süre boyunca çok sayıda savaş, işgal vb. nedenlerle elbette nüfus yapısında, yönetim biçimlerinde pek çok değişiklik yaşanmış olmakla birlikte; bugünkü İran Ulusunu oluşturan insanların ataları hep aynı coğrafyada kalmıştır. Dolayısıyla, İran’ın Hukuk Tarihini yazanlar için, başka ülkeleri de kapsayan çalışmalar yapılması herhalde gereksizdir, sanıyorum.

⁸ Aybay, A. /Aybay, R. /Pehlivan, A.; Hukuka Giriş, DER Yayınları, 23. bası, s. 37.

⁹ Mumcu, Ahmet; 8 sayılı dipnotta belirtilen yapıt, s. VII.

Aynı durum, Fransa, İngiltere ve İspanya gibi devletler için de sözkonusudur. Bu ülkelerde de, zaman içinde çok sayıda ekonomik, sosyal çalkantılar, savaşlar, işgaller devrimler gibi olaylar yaşanmıştır. Ama, Fransız, İngiliz ve İspanyol uluslarının ataları uzun yüzyıllardır, kendi adlarıyla özdeşleşmiş ülkelerde yaşamışlardır. Bu ulusların hukuk tarihini yazmak durumunda olanlar da, aynı coğrafyada yaşanmış, savaşlar, devrimler gibi olayların sonucunda nitelikleri değişmiş olsa da, gelmiş geçmiş devletlerin ülkelerinde uygulanmış hukuk sistemlerini inceleyeceklerdir.

Ancak, konunun bu devletlere özgü olan ve gözden kaçırılmaması gereken bir boyutu da vardır: Bu devletlerin sömürgeci ve “kolonyal” nitelikleri nedeniyle; bu ulusların kültürleri ve hukukları, dünyanın başka yörelerine de “ihraç” edilmiştir.

Örneğin, Kanada’nın Fransızca; konuşulan Kebek (*Québec*) Eyaleti ile; Fransız egemenliğinde iken 1803 yılında ABD’nin Fransa’dan satın aldığı Luiziana (*Louisiana*) eyaletinde Fransız Hukuku etkili olmuştur ve bu etkiler günümüzde de sürmektedir. Avustralya, Yeni Zelanda gibi eski İngiliz kolonilerinde de hukuk, İngiliz Hukuku temeline dayanmaktadır ve yasalarsa ve hukuk uygulamalarında kullanılan dil İngilizcedir.

İngiltere Kraliçesinin Başkan olduğu Komonvelt (*Commonwealth*)¹⁰ adı verilmiş olan kendine özgü bir uluslararası örgüte üye olan, eski İngiliz sömürgesi 53 devletin birçoğu İngiltere Kraliçesini –sembolik de olsa– “Devlet Başkanı” olarak ve İngiltere Lordlar Kamarasını da en yüksek yargı organı olarak kabul etmektedir. Bu da, bazı önemli konularda bu ülkelerde İngiliz Hukukunun geçerli olduğunu göstermektedir.

Hindistan’da ve Pakistan’da hukuk uygulamasında İngilizce egemendir.

İngiliz *Common Law*’u da, ABD’nin hukuk sistemi üzerinde halâ etkisini sürdürmektedir.

Eski İspanyol sömürgeleri olan ve resmî dilleri İspanyolca olan devletlerinde de İspanyol Hukukunun etkisi olmuştur.

Bu konuda belirgin bir örnek de şudur: Afrika kıtasında, bağımsızlık kazanmış eski İngiliz ve Fransız kolonilerinde uygulanan hukukun kavramlarının ve temel ilkelerinin “kolonyal” kökenli olmasına ek olarak, hukuk dilleri de, İngilizce yada Fransızcadır.

Sonuç olarak, “sömürgeci” (kolonyal) geçmişi olan bu devletlerin Hukuk tarihini yazanlar, hukuklarının “ihraç” olunmuş parçalarını da

¹⁰ Komonvelt için bkz. Aybay, R. ; Genel Kamu Hukuku ,DER yayınları ,3.bası,2020,s.62 vd.

araştırmalarına katmak gereğini duyup; “anavatan” hukukuna ek olarak bu hukukun “koloniler”deki uygulamalarını da kapsama alabilirler.

Türkiye açısından durum bundan çok farklıdır. Sayısı tam bilinmeyen, yüz kadar olduğu tahmin edilen, varlığı sona ermiş “Türk Devleti”den söz edilmektedir. Çok geniş coğrafi alanlara yayılmış ama varlıkları silinmiş bu devletler, Türk Hukuk tarihi çalışmalarının kapsamına alınacak mıdır? Alınacaksa, nasıl bir ölçüte göre değerlendirme ve seçim yapılacaktır?

İşte bu sorular, Türk Hukuk Tarihine özgü sorunlara yol açmaktadır. Aşağıda bu sorunları ve konuyla ilgili düşüncelerimi açıklamaya çalışacağım.

Ancak, ondan önce, İngilizler, Fransızlar gibi, farklı dinlere bağlı ve başka diller konuşan insanlara hükmetmiş olma bakımından benzer durumda olan Osmanlı’ların kendi hukukun “ihraç” etme açısından durumuna bir göz atmak yerinde olur, sanırım.

10) Görünüşe göre, Osmanlı egemenliğinden, şu yada bu biçimde çıkmış olan halklar üzerinde, genel olarak Osmanlı kültüründen hangi izlerin kalıpkalmadığı kaldığı araştırılabilir ; ancak, “Müslüman azınlık” olarak varlıkları kabul edilmiş olanlara, belli ölçülerde, şer’i hukukun uygulandığı durumlar olduğu söylenebilir de; hukukun “ana yapısı”nda Osmanlı hukuk düzeninden iz kaldığını söylemek olanaklı değildir.

Daha kapsamlı ve derin araştırmalar gerektiren bu konunun ayrıntılarına girmeden, şu anki amacımız bakımından şu saptamalar yapılabilir: Osmanlı Devletinin, İngiltere, Fransa gibi Batı Avrupa’nın sömürgeci devletlerinin, kendi dillerini, dinlerini ve genel olarak kültürlerini benimsetme konusundaki sistemli ve sonuç olarak başarılı politikalarına karşılık, Osmanlı Devletinin, küçük ölçekte bazı girişimler dışında bu alanlarda genel bir politikası yok gibi görünmektedir.

Osmanlı’nın Batı bölgelerindeki arazi kayıpları sonucunda ortaya çıkan devletlerin hepsinde, Osmanlı’dan kalan izlerin silinmesi temel stratejik siyasal hedeflerden biri olmuş görünmektedir. Arnavutluk, Bulgaristan, Romanya, Yugoslavya, Yunanistan gibi ülkelerde kurulan devletlerin adlarında, “Krallık”, “Halk Cumhuriyeti” ve “Cumhuriyet” gibi zaman içinde değişen sözcükler olsa da, bu temel siyasal hedefte pek değişiklik olmamış; korunabilen cami ve benzeri az sayıdaki yapıt dışında, toplumsal yada kültürel alanlarda Osmanlı’dan iz kalmamasına çalışılmıştır.

Osmanlı Devletinin Doğu bölgesinde, Birinci Dünya Savaşı sonrası Batılı güçlü devletlerin desteğiyle oluşturulan devletler ise (İsrail dışında) Müslüman Arap nüfusun egemen olduğu yapılarıdır. Buralarda, hukuk alanında şer’i Hukukun uygulanması bakımından, mezhepler arasındaki

bazı farklı yorumlar ve uygulamalar görülse de, temel değişmiş değildir. Şer'i Hukuk dışındaki alandaki (örfi hukuk) durum yani izlerin kalıpkalmadığı incelenmelidir¹¹.

11) Türklerin, bugünkü yurdumuz olan topraklara gelip, yerleşmelerinin başlangıcı olarak, “Oğuz Türklerinin kazandığı 1071 Malazgirt Meydan Savaşı kabul edilmektedir. Ancak, Malazgirt Savaşı; Türklerin, Orta Asya’da başlayan uzun tarihi içinde , görece yakın bir geçmiş sayılır.

Türkler, 1071’de başlayan ilk adımdan sonra; önce Anadolu’ya sonra da daha uzak yörelere yayılmaları süreci içinde, kendilerinden önce bu topraklarda yerleşik olan halklarla çeşitli ilişkiler kurmuşlar ve taraflar arasında, doğal olarak, etkileşimler olmuştur. Türkler, gelip yerleştikleri topraklarda yaşayan halkların hukuk düzenlerinden etkilenmiş görünmemektedirler. Prof. Ahmet Mumcu, bu durumu, Türklerin, 1701’den öncesi, 100 yıl kadar bir süre önce, yani görece yakın bir süre önce kabul etmiş oldukları İslamlığa sıkı bağlılıklarıyla açıklamaktadır.

*“Türklerin İslâm dinini kabul edişi birdenbire olmamıştır. İslamiyet’in çıktığı VII. yüzyıldan Türklerin en büyük bölümünün artık Müslüman olduğu zamana kadar, aradan aşağı yukarı 400 yıl gibi uzun bir süre geçmiştir. Bu uzun süre içinde Türkler yavaş yavaş İslamiyet’i kabul etmişlerdir. Ancak bir kez Müslüman olduktan sonra da, İslam din ve kültürünün en büyük dayanağı, en büyük savunucusu olmuşlardır.”*¹²

İslamlığı kabul etmelerinden önceki dönemlerde, Türkler yüzyıllar boyunca, geleneksel dinleri olan “Şamanizm”e bağlı yaşamışlardır. Budizm, Doğu Türkistan’da Uygur Türkleri arasında kısa bir süre yayılmıştır. “Mazdeizm” denilen “Zerdüş” dini de, Anavatanı olan Batı Türkistan’da, özellikle Buhara bölgesindeki Türkler arasında İslamiyet öncesi dönemde kabul edilmiştir. Manihaizm’in de, özellikle Uygurlarda İslamiyet’in kabulünden önce oldukça yaygın biçimde kabul edildiği görülmüştür¹³. Mumcunun konuyla ilgili saptamasına göre:

¹¹ Bu konuda belirttiklerim, sadece bazı genel gözlemlerdir; ayrıntılı çalışmalarda özel düzeylerde farklı durumlar ortaya konulabilir.

¹² Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi., 22. bası, s. 51.

¹³ İslam öncesi dönemde Türklerin bağlı oldukları dinler konusunda bilgi için bkz. Üçok/ Mumcu, / Bozkurt; 13 sayılı dipnotunda agy.s. 44-50.

“Her ne kadar 1071’de Anadolu’ya gelen Türkler burada o zamanlar yaşamakta olan uluslara hem bir çok etkide bulunmuşlar hem de onların bazı kültürel kurumlarını özümsemişler, onların etkisi altında kalmışlar ve onlardan bir çok gelenek ve görenek kabul etmişlerse de, bu göç ve yerleşme olayı Türklerde hukuksal bakımdan büyük bir değişmeye neden olmamıştır. Çünkü bu sırada Türkler bir hukuk sistemini bırakıp yeni bir hukuk sistemini (İslam Hukuku) kabul etmişlerdi¹⁴.

Türk Hukuk Tarihi’nin hangi Türk devletlerini kapsamaması gerektiği sorunu

12) Yukarıda , bu sorunla ilgili olarak şu saptamayı yapmış ve sormuştum:

Sayısı tam bilinmeyen, yüz kadar olduğu tahmin edilen, varlığı sona ermiş “Türk Devleti”den söz edilmektedir. Çok geniş coğrafi alanlara yayılmış ama varlıkları silinmiş bu devletler, Türk Hukuk tarihi çalışmalarının kapsamına alınacak mıdır? Alınacaksa, nasıl bir ölçüte göre değerlendirme ve seçim yapılacaktır?

Mumcu’nun bu konudaki görüşü şudur:

“İslamiyet’in kabulünden sonra, Balkanlar’dan Doğu Orta Asya’ya kadar uzanan Türklük dünyasında çeşitli devletler kurulmuştur. Bunların içinde en gelişmiş sayılanı, Anadolu Selçuklu Devletinin, yıkılmasından sonra doğup yaklaşık 650 yıl yaşayan Osmanlı Devleti’dir.

Diğer Türk topluluklarının konumuz açısından incelenmesi çok uzun ve zahmetli olup kitabımızın hacmini aşar.

Bir önemli örnek verelim: Osmanlı Türkleri ilke olarak hep İslam Hukukunu uyguladı. Buna karşılık, Orta Asya’da yaşayan Türkler, XVIII yüzyıldan başlayarak Çarlık Rusyası’ndaki hukukun uygulayıcısı oldular. 1917’den sonra da tümüyle sosyalist hukuk anlayışı etkindi [Sovyetler Birliği’nin dağılması üzerine kurulan] Orta Asya Türk devletleri bugün büyük bir hukuk boşluğu içindedirler. Sosyalist hukuk ölmüştür. İslam Hukukuna dönmek mümkün değildir. Kıta Avrupası hukuku oralarda etkili oluyor. Bu toplulukların hukuk tarihlerini incelemenin ne kadar uzun ve yaman olduğu anlaşılmıştır.

Bu nedenle “Türk Hukuk Tarihi” deyiimi ile esas olarak Anadolu (Osmanlı) Türklerinin geçmişi kastedilmektedir.¹⁵”

¹⁴Üçok /Mumcu, / Bozkurt; 13 sayılı dipnotunda agy., s. 3.

¹⁵ Üçok/Mumcu / Bozkurt; 13 sayılı dipnotunda agy., agy, s. 3-4.
YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

Ben de bu noktada, günümüzde Türk Hukuk Tarihi alanının duayeni Prof. Ahmet Mumcu gibi düşünüyorum. Düşüncemi şöyle açıklamak isterim:

Türk Hukuk tarihinin kapsamını belirlemek için iki “*coğrafya ölçütünün*” kullanılması sözkonusu olabilir:

(i) **“Dar” anlamda coğrafya (yada “mekan”) ölçütü**

Bu ölçüte göre, Türk Hukuk Tarihi çalışmaları, bugünkü Türkiye Cumhuriyeti’nin ve ardılı olduğu Osmanlı İmparatorluğu’nun ülkesini kapsamaktadır.

Bu ölçütte, konular, geçmişte bu coğrafya parçaları üzerinde geçmişte var olmuş hukuk sistemleri bağlamında incelenecektir (Ancak, tarih içinde bu geriye gidiş; Osmanlı Devletinden geriye doğru ancak Selçuklulara kadar götürülecek; Bizans (Doğu Roma), Roma ve daha gerisi Türk Hukuk Tarihi dışında tutulacaktır.)

Bu noktada, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin özel bir durumu vardır. Çünkü Ada, Osmanlılar’ca 1571’de fethedilmesinden başlayarak, 1878’e değin Osmanlı Hukukuna bağlı olmuş; o yıl yapılan antlaşma ile “geçici” olarak İngiliz yönetimine devredilmiş ama bu “geçicilik” sözde kalmış; Birinci Dünya Savaşı sırasında İngiltere, Kıbrıs’ın kendi egemenliği altında olduğunu resmen ilan etmiştir. Böylece Ada’nın bütünü İngiliz İmparatorluğunun bir parçası olmuştur. Günümüzde ise Kıbrıs , Kuzeyde “Türk” bölgesi Güneyde “Rum” bölgesi olarak ikiye ayrılmış durumdadır.

Kuzey bölgesinde ; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde (KKTC), Osmanlı Hukuku ve İngiliz Hukukundan kalan hükümler ile Kıbrıs Türk yönetimlerinin (Kıbrıs Türk Federe Devleti) ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti) yasaları uygulanmaktadır. Türk yönetimlerinin yasalarının yapılışında Türkiye Cumhuriyeti hukukun etkisi görülmektedir.

Kıbrıs’ın, resmi adı “Kıbrıs Cumhuriyeti” olan Güney (Rum) kesimi ise, günümüzde Avrupa Birliği üyesi olarak, bütünüyle ayrı bir hukuk düzenine bağlıdır.

(ii) **“Geniş” anlamda coğrafya (yada “mekan”) ölçütü**

Bu ölçüt, Türk devleti niteliğindeki devletlerin hepsini kapsayan bir yaklaşımla; hangi coğrafi bölgede varlık göstermiş olursa olsun, bütün Türk devletlerini Türk Hukuk Tarihi çalışmalarının kapsamına almaktadır.

Yukarıda da belirttiğim gibi; tarih boyunca Türklerce kurulmuş olan devletlerin sayısı çoktur. Sayısı tam bilinmeyen, yüz kadar olduğu tahmin edilen, varlığı sona ermiş “Türk Devleti”nin varlık gösterdiği zaman dilimi

de çok uzundur. Üstelik, bu devletler, çok geniş ve birbirinden çok uzak coğrafya bölgelerinde var olmuşlardır.

Bu ölçüte göre; bugünkü Türkiye Cumhuriyeti ve Osmanlı İmparatorluğu ülkesiyle sınırlı olmayan bir yaklaşımla; dünyanın neresinde olursa olsun “Türk Devleti” olarak kabul edilecek devletlerin geçmişlerinde uygulanmış hukukları kapsayan çalışmalar yapılmalıdır.

Kanımca, Türk Hukuk Tarihi çalışmalarını, geçmişte kalmış bütün Türk Devletlerini kapsayacak kadar genişletme konusunda ilk sorulması gereken soru; bunun olanaklı olup-olmadığıdır. “Geniş” anlamda coğrafi ölçütün benimsenmesi, Prof. Mumcu’nun deyiimiyle “uzun ve yaman” çalışmalar gerektirmektedir.

Bu çalışmaların, getireceği sonuçların akademik açıdan değerli olabilme olasılığı yoktur denilemez. “Akademik özgürlük” bağlamında, herkes dilediği konuyu incelenebilir. Ancak, bu ölçütün uygulanmasının, “lisans” düzeyindeki en çok iki dönemlik bir ders açısından, özellikle olanaksız ve gereksiz olduğu söylenebilir.

Eski Sovyet Cumhuriyetleri olan “Türkgil”¹⁶ Devletler

13) Geçmişte kalmış Türk Devletlerinin hukuklarını incelemenin, Sayın Mumcu’nun deyiimiyle “uzun ve yaman” ve zahmetli; giderek olanaksız bir çaba olduğunu gösteren iyi bir örnek, Sovyetler Birliği yönetimi altındaki Türk Devletlerinin durumudur. Sovyetler Birliği’nin 1991 yılında kesinleşen bir dizi olay sonunda dağılmasıyla, bağımsız devletler olarak ortaya çıkan, “Türkgil” dediğimiz Azerbaycan, Türkmenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Özbekistan gibi yeni devletlerin hukuk sistemi, büyük bir çalkantı geçirmiştir. Bu devletlerin, Sovyetler Birliği döneminde “kendi” hukuklarını geliştirme gibi bir sorunları olmamıştı. Sovyetler Birliği Komünist Partisi yönetiminde böyle bir girişim pek de anlamlı değildi; çünkü, yerel özellikler, hukuk açısından pek dikkate alınmıyor; kararlar yerel organlarca değil, sıkı bir “merkeziyetçilik” ilkesine bağlı Parti organlarınca oluşturuluyordu. Kaldı ki, hukuk öğretimine önem verilmediği için, bu konularda araştırma yapacak, görüş geliştirecek yetişmiş hukukçu kadroları da yoktu.

Oysa durum ciddiydi: Sovyetler Birliği’nin çöküp, dağılmasıyla ortaya çıkan yeni bağımsız devletlerde, “Pazar ekonomisi” (Kapitalist Sistem) “Sosyalist Sistem”in yerine geçmişti. Örneğin, 1995 Azerbaycan

¹⁶ Bu devletlere “Türki” devletler denilmesi yanlıştır. Türk olduklarını kabul ettikten sonra, bunların adlandırılmasında Arapçadan türetilmiş bir sıfat kullanmak, çelişki oluşturmaktadır; “Türkgil” devletler denilmesi gerekir.

Anayasasına göre, Devlet “*azadsahipkarlığa*” (özel girişime) öncelik verir (madde 15/II); 1995 Kazakistan Anayasası da “herkesin girişim etkinliklerinde bulunma ve yasal girişimlerinde mülkiyeti özgürce kullanma” hakkı bulunduğunu belirtmektedir (madde 26(4)).

Ancak, ilke olarak bu sistemin tam karşıtı bir hukuk düzeni içinde; üstelik, pek de önem verilmeyen bir eğitimle yetişmiş hukukçular için bu durum, içinden çıkılması çok zor olan sonuçlar doğurmuştur.

“Sosyalist” sistemden “Kapitalist” sisteme geçiş sonucunda ortaya çıkan boşluğun doldurulması için, Çarlık Dönemi yasalarına dönülmesi sözkonusu olamazdı. Bu boşluğun, Kara Avrupası ve ABD Hukukundan esinlenen düzenlemelerle doldurulması zaman alacaktı. Üstelik, yukarıda da değindiğimiz gibi; bu devletlerin, hukuk sistemindeki değişime uygun yasalar yapılmasını sağlayacak insan kaynağı (yetişmiş hukukçuları) da yoktu¹⁷.

14) Bu “Türkgil” devletler, 2009 yılında Türkiye’nin öncülüğünde Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan’ın katılımıyla “*Türk Keneşi*”ni (*Türk Konseyi*) adıyla bir uluslararası örgüt oluşturmuşlar; Özbekistan da 2019 yılında Konseye katılmıştır. Macaristan da Örgütte “gözlemci” statüsündedir.

Örgütün planlanmış etkinlikleri arasında, bir “*Ortak Türk Tarihi Ders Kitabı*” hazırlanması da vardır. İlk aşamada 15. yüzyıla kadar olan tarih dönemini kapsamı öngörülen bu kitabın hazırlıkları oldukça ilerlemiş görünmekle birlikte henüz sonuçlanmış değildir.¹⁸ Bu kitabın kapsamında “hukuk”la dolayısıyla hukuk tarihiyle ilgili bilgiler bulunması beklenir. Böyle bir yapıt ortaya çıkarılabilirse, o zeminde yapılacak tartışmalar ve

¹⁷ Azerbaycan Cumhuriyeti’nin, Avrupa Konseyi üyesi olması dolayısıyla, Avrupa Konseyi yapısı içinde oluşturulmuş uluslararası sözleşmelere taraf olması ve Konsey’den teknik yardımlar ve uzmanlık destekleri alabilmesi nedeniyle farklı bir durumda olduğu söylenebilir.

¹⁸Türk Keneşi’nin resmi sitesinde bilgiye göre “Konusunun uzmanı olan profesyonel tarihçilerden oluşan komisyon tarafından 15. yüzyıla kadar olan tarihi dönemi kapsayan kitabın hazırlanması tamamlanmıştır. Ortak ekip çalışmasının en sağlam ve önemli başarılarından biri olan söz konusu ders kitabı son incelemeye hazırdır.

15 Mart 2019’da Bışkek’te düzenlenen Beşinci Eğitim Bakanları Toplantısı’nda taraflar, 2020 yılında yapılacak olan Türk Konseyi Zirvesi’ne kadar bahse konu Ortak Türk Tarih Ders Kitabı metninin hazırlanmasının tamamlanmasının önemini vurgulamışlardır.

Ortak Türk Coğrafyası ve Türk Edebiyatı Ders Kitaplarının da yazılması konusunda Türk Akademisi görevlendirilmiştir. Yine son Eğitim Bakanları Toplantısında, Türk Akademisi ve Üye Devletlerin Ortak Coğrafya Ders Kitabı hazırlama çabalarına övgüde bulunulmuş ve bu konudaki çalışmaların sürdürülmesi kararlaştırılmıştır. turkkon.org/tr/isbirligi- Alanlari/egitim_4/ortak-turk-tarihders-kitabi_18 (son erişim tarihi: 29 Aralık 2020)

geliştirilecek görüşler, bazı temel sorunlara çözüm bulmada yardımcı olacaktır.

SONUÇ

Sonuç olarak; günümüzde Türk Hukuk Tarihi alanının Duayeni değerli dostum Prof. Ahmet Mumcu'nun yaklaşımından esinlenerek; Türk Hukuk Tarihi dersinin kapsamını -ilke olarak- Selçuklu / Osmanlı Devletleriyle sınırlamanın uygun olacağını düşünüyorum. Bu bağlamda, doğal olarak, - öncelikle Osmanlılarca uygulanmış biçimi bağlamında - İslam Hukuku ile ilgili bilgiler verilecek; “şer’i hukuk” dışında “örfi hukuk”la düzenlenen konular da açıklanacaktır.

Orta Asya Türkgil devletleri gibi devletlerin bu bağlamdaki yerinin belirlenebilmesi açısından . yukarıda değindiğim “*Ortak Türk Tarihi Ders Kitabı*”, çok önemli bir kaynak oluşturması beklenebilir. Ancak, kitabın çalışmalarının son aşamaya geldiğini gösteren belirtiler varsa da ¹⁹ kitap henüz yayınlanmış değildir. Bu kitabın ortaya çıkmasının , Türk Hukuk tarihinin kapsamıyla ilgili sorunlar bakımından da yararlı olacağını umuyorum.

Yukarıdaki sayfalarda, Türk Hukuk Tarihi dersinin kapsamı konusunda bazı düşüncelerimi okurlara sunmak istedim. Böyle önemli ve geniş kapsamlı sorunlarla ilgili düşünceler, elbette tartışmaya açıktır. Amacım, başta Türk Hukuk Tarihi dersi verenler ve bu konuda araştırma yapanlar, kitap yazarlar olmak üzere ilgilienenlere bir tartışma zemini oluşturabilmektir. Bu amacıma ulaşabilirsem, mutlu olacağım.

KAYNAKÇA

Hırş, Ernest (Güncel dile uyarlayan :S. Baran Veziroğlu); Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, üçüncü (tıpkıbasım), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, 2001

İnalçık, Halil; Halil İnalçık'ın Merceğinden Tarih Bilinci, Profil Kitap,2017
Mumcu Ahmet; Türkler , Devlet ve Hukuk, Turhan Kitabevi,2019

Üçök, C./ Mumcu, A./ Bozkurt, G.; Türk Hukuk Tarihi, Turan Kitabevi ,22.bası ,2020

İkincil kaynaklar :

Aybay, A. / Aybay, R /Pehlivan, A.; Hukuka Giriş ,DER yayınları, 23.bası 2020

Aybay, R.; Genel Kamu Hukuku, DER Yayınları,3.bası,2020

¹⁹ Bkz. bir önceki dipnotu
YUHFD Cilt. XVIII No.1 (2021)

**‡ ÇALIŞANLARIN COVID-19 HASTALIĞINA
YAKALANMALARININ SOSYAL SİGORTALAR HUKUKU
BAKIMINDAN SONUÇLARI**

*(CONSEQUENCES WITHIN THE FRAMEWORK OF SOCIAL SECURITY LAW FOR
WORKERS AFFECTED BY COVID-19)*

Dr. Nazlı Elbir * **

ÖZ

2019 senesinin sonunda Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkarak tüm dünyaya yayılan ve pandemi olarak tanınan SARS-CoV-2 virüsüne bağlı COVID-19, tüm dünyada insanların sadece sağlıklarını değil, sosyal yaşamlarını, çalışma yaşamlarını ve ekonomik durumlarını derinden etkilemektedir. COVID-19'un çalışma yaşamı ile ilişkisi ve gelir kayıplarına sebebiyet vermesi, sosyal sigorta kolları bakımından da önem taşıyan bir konu olmasına yol açar. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasının sistematiğinin sonucu olarak bu hastalık nedeniyle yapılacak sağlık yardımlarının, genel sağlık sigortasının kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt yoktur. Ancak, COVID-19'a bağlı gelir ve kazanç kayıplarının giderilmesi, sosyal sigortaları ilgilendiren bir meseledir. Bu çalışmada, COVID-19'a yakalanan çalışanların, sosyal sigortalar dahilinde ne gibi haklardan yararlanabilecekleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Burada önemli olan husus, COVID-19'un mesleki bir risk olup olmayacağı, dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigortası veya kamu görevlileri için vazife malullüğü kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

***Anahtar Kelimeler:** COVID-19, 5510 sayılı Kanun, iş kazası, meslek hastalığı, iş göremezlik.*

ABSTRACT

COVID-19, the disease caused by the SARS-CoV-2 virus first detected in Wuhan, China, at the end of 2019 has spread all around the world and has been declared a pandemic. The disease is affecting not only people's health,

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.10.2020. İlk hakem raporu tarihi: 12.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 28.12.2020. Onaylanma Tarihi: 28.12.2020.

* Avukat, Ankara Barosu.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7167-7949.

Esere Atıf Şekli: Nazlı Elbir, “Çalışanların Covid-19 Hastalığına Yakalanmalarının Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Sonuçları”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.67-116.

but in the meantime, their social and professional life and economic conditions. The extent of the impact of COVID-19 on professional life and the fact that it causes loss of income, make it a subject of importance for social insurance branches. There is no question about the inclusion of health care within the universal health insurance, as a result of the systematics of the Social Insurance and Universal Health Insurance Law no. 5510. However, compensation for loss of income and profit is a matter concerning social insurance. This study investigates the benefits that workers affected by COVID-19 are entitled to under Law no. 5510, and explores whether COVID-19 outbreak may be considered to be an occupational injury.

Keywords: COVID-19, Law no. 5510, occupational accident, occupational disease, incapacity to work.

Giriş

İlk olarak 2019 senesinin sonlarında Çin'in Wuhan kentinde görülen hastalık kısa sürede tüm dünyaya yayılmış ve 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü¹ ("DSÖ") tarafından *pandemi* ilan edilmiştir². Son derece bulaşıcı ve ağır etkileri ile sonuçları olabilen, bilim için yeni sayılabilecek bir hastalığın yol açtığı ve dahası ne kadar süreceği öngörülemeyen ancak kısa sürmeyeceği kabul edilen bu pandeminin çalışanlar üzerinde, iş hukuku bakımından olduğu kadar, sosyal güvenlik hukuku bakımından da sonuçları olacaktır. Her ne kadar pek çok ülkede belirli bir süre sokağa çıkma yasağı, bölgesel karantina gibi uygulamalara başvurulmuşsa da bu kısıtlama dönemlerinde dahi çok sayıda sektörün (gıda, lojistik, medikal malzeme üretimi vb.) faaliyeti zorunlu olarak devam etmiştir. Dahası, 1 Haziran 2020 tarihinden itibaren, "kontrollü sosyal hayat" veya "yeni normal" şeklinde adlandırılan normale önemli ölçüde dönmüş, dolayısıyla çalışanların önemli bir bölümü, eski çalışma şekillerine devam etmişlerdir. Bu süreçte de salgın sona ermediği için COVID-19 hastalığı, çalışanlar bakımından önemli bir risk olarak varlığını sürdürmektedir.

Bu çalışmada, COVID-19 hastalığına yakalanan çalışanların hangi sigorta kolları kapsamındaki yardımlardan yararlanabilecekleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Bunun için COVID-19'un bir mesleki risk olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açığa kavuşturulmalıdır. Zira Sosyal

¹ World Health Organization ("WHO").

² *Pandemi*, Sağlık Bakanlığı tarafından "Bir hastalığın veya enfeksiyon etkeninin ülkelerde, kıtalarda, hatta tüm dünya gibi çok geniş bir alanda yayılım göstermesi" şeklinde tanımlanmıştır, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66493/p.html>, E.T. 20.09.2020.

Güvenlik Kurumu (“SGK” veya “Kurum”) 07.05.2020 tarihli 2020/12 sayılı Koronavirüs Genelgesi’nde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun³ 15. maddesine göre, “COVID-19 hastalığının bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalıların hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiğini” belirtmiştir ki bu durum tartışmaya açıktır⁴. Öncelikle, 5510 sayılı Kanun’la, sağlık yardımları sosyal sigorta kollarından ayrı biçimde “genel sağlık sigortası” (m. 60-71) kapsamında düzenlenmiştir⁵. Öyleyse, genel sağlık sigortası kapsamındaki tüm sigortalılar ve ayrıca bakmakla yükümlü oldukları kişiler (5510 s. Kanun m. 60), sağlık hizmeti sunucularından aldıkları hizmetlerde genel sağlık sigortasından yararlanacaklardır. Başka bir ifadeyle, sağlık yardımları, hastalık sigortası dahil tüm sosyal sigorta kollarından bağımsız biçimde genel sağlık sigortasının kapsamında sağlanmaktadır. Ayrıca, SGK’nın genelgelerinin normlar hiyerarşisi gereği yasalar karşısında, yargı bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır⁶. Dolayısıyla, yargı, COVID-19 hastalığının bir mesleki risk olup olmadığını, çalışanların COVID-19’a yakalanmaları halinde bunun iş kazası veya meslek hastalığı veya vazife malullüğü sayılıp sayılmayacağını, yasal düzenlemeleri esas alarak karara bağlayacaktır. Kaldı ki, 5510 sayılı Kanun’un 14. maddesinin son fıkrasında da açıkça, “hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı”nın Kurum tarafından çıkarılacak *yönetmelikle* düzenleneceği öngörülmüş, hangi hallerin iş kazası sayılacağına ilişkin ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bu normdan da anlaşılacağı üzere, Kurum’un bir genelgeyle COVID-19’un kısa vadeli sigorta kolları bakımından iş kazası veya meslek hastalığı veya hastalık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin bir sınırlandırma veya sınıflandırma yapması mümkün değildir.

Sonuç olarak, aşağıda, uluslararası çalışmalar, tavsiyeler ile uygulamalar, içtihatlar ve öğretilerdeki çeşitli görüşler ile COVID-19 hastalığının özellikleri

³ RG. 16.06.2006/26200.

⁴ <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739>, E.T.: 14.09.2020.

⁵ GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2020, s. 797-803 ; TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, 2019, s. 613-629; ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Bursa, 2019, s. 364-365; KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 6. Baskı, Bursa, 2018, s. 367 ve 377-379; ÜÇİŞİK, H. Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 2015, s. 252-260; ANDAÇ, Faruk: Sosyal Güvenlik Hukuku ve İlgili Kuruluşlar, İstanbul 2018, s. 198-199.

⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 395.

birlikte incelenerek, çalışanların COVID-19 hastalığına yakalanmalarının sosyal sigortalar hukuku anlamında⁷ bir mesleki risk, dolayısıyla iş kazası veya meslek hastalığı (veya kamu çalışanları için vazife malullüğü) sayılıp sayılmayacağı değerlendirilecektir. Bunun için öncelikle, COVID-19 hastalığının tanımı, özellikleri, bulaşma şekilleri, tedavisi, fatalitesine ilişkin bilgilere yer verilecektir. Ayrıca, çeşitli uluslararası kuruluşların ve ayrıca muhtelif devletlerin konuya yaklaşımları ve uygulamalarına yer verilecektir. Daha sonra, iş kazası ve meslek hastalıkları, 5510 sayılı Kanun'da düzenleniş şekline paralel olarak aynı başlık altında, iş kazası ve meslek hastalığının kapsamı dışında bırakılan kamu görevlileri bakımından mesleki risklere yönelik güvence sağlayan vazife malullüğü ayrı bir başlık altında genel olarak açıklanacaktır. Burada ayrıca, iş kazası ve meslek hastalığı ile vazife malullüğü kavramlarının Türk hukukundaki uygulanış şekline göre ve yukarıda yer verilen hususlar -COVID-19'un özellikleri ve uluslararası uygulamalar- birlikte değerlendirilerek, COVID-19'a yakalanan çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortası veya vazife malullüğü kapsamındaki yardımlardan yararlanıp yararlanamayacakları ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. COVID-19 HASTALIĞININ GENEL ÖZELLİKLERİ

DSÖ, SARS ve MERS virüsleri gibi bir koronavirüs türünün sebep olduğu bu hastalığı resmi olarak “*COVID-19 (coronavirus disease)*” ve söz konusu virüsü de “*SARS-CoV-2*” şeklinde adlandırmıştır⁸.

Mevcut veriler, koronavirüslerin ve dolayısıyla SARS-CoV-2 virüsünün insandan insana damlacık yoluyla, başka bir ifadeyle havadaki

⁷ COVID-19'a yakalanan kişilere sosyal güvenlik sistemi kapsamında yapılacak sağlık yardımları, “Genel Sağlık Sigortası” dahilinde bir konu olduğundan, bu çalışmanın başlığında ve içeriğinde “sosyal sigortalar” terimini vurgulamayı tercih ediyoruz.

⁸ DSÖ, internet sitesinde yer verdiği açıklamada, ilk olarak Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan hastalığa sebep olan virüsün 2003 yılında ortaya çıkan SARS (“*severe acute respiratory syndrome/ ağır akut solunum yolu yetersizliği sendromu*”) virüsünün genetik açıdan bir türü olmakla birlikte bundan farklı özellikler de arz ettiğini ve bu nedenle farklı bir şekilde adlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Sitede yer alan açıklamada, virüsün, 11 Şubat 2020 tarihinde, *International Committee on Taxonomy of Viruses (Virüslerin Sınıflandırılması Uluslararası Komitesi)* tarafından “SARS-CoV-2” şeklinde adlandırıldığı, bu doğrultuda DSÖ'nün de aynı tarihte, anılan virüsün sebebiyet verdiği hastalığa, *International Classification of Diseases (Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması)*'nda resmi olarak “COVID-19” adıyla yer verdiği ifade edilmiştir.

[https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it), E.T.: 14.09.2020.

damlacıkların solunması veya mukozal yüzeylere değmesi suretiyle bulaştığını ortaya koymaktadır⁹. Hastalığın yaygın biçimde bulaşmasında etkili bir durum da semptom göstermeyen ve sayıca yüksek COVID-19'lu kişinin kendileri asemptomatik olmalarına rağmen virüsü bulaştırabiliyor olmalarıdır¹⁰.

COVID-19'un bulaştığının anlaşılması ve bulaşan kişilerden başkalarına bulaşması, virüsün bulaşma tarihinden itibaren belirli bir sürenin geçip geçmediğine bağlıdır. Şöyle ki semptomlar başlamadan 1 ila 3 gün öncesinden itibaren, viral yükün en ağır olduğu dönemde, bulaşan kişide virüsün saptanması mümkün olup asemptomatik kişilerde 1 ila 2 hafta, orta ağırlıkta semptom gösteren kişilerde 3 hafta veya daha uzun süre boyunca, hatta hastalığın daha ağır seyrettiği vakalarda ise daha uzun süreli olarak hastalık tespit edilebilmektedir¹¹. Kuluçka süresi olarak da adlandırılan enkübasyon süresi ise virüse maruz kalma (bulaşma) tarihinden itibaren semptomların başlangıcına kadar geçen süreyi ifade etmekte olup¹² COVID-19 için bu süre 2 ila 14 gün arasında değişebilmekte, ortalama olarak ise bu sürenin 4 ila 6 gün olduğu bilinmektedir¹³. Ayrıca, COVID-19 olan bir kişinin hastalığı ne kadar süreyle başkalarına bulaştırabildiği de hastalığın yayılımın önlenmesinde önem taşır. Mevcut veriler bu sürenin semptomların görülmesinden 1-2 gün önce başlayıp sona ermesine kadar devam ettiği yönündedir¹⁴.

Bulaşıcılığı yüksek bir hastalık olmakla birlikte COVID-19'un önlenmesi de mümkündür. Bunun için alınması gereken en önemli tedbirler, kişiler

⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü: COVID-19 (SARS-Cov-2 Enfeksiyonu) Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, Ankara, 2020, s. 11; European European Centre for Disease Prevention and Control ("ECDC"): Infection prevention and control for COVID-19 in healthcare settings, Fourth update, 3 July 2020, Stockholm, 2020, s. 2; World Health Organization ("WHO"), "Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions", Scientific Brief, 9 July 2020, s. 1-2.

¹⁰ WHO, s. 3.

¹¹ WHO, s. 3; WALSH, Kieran A./JORDAN, Karen/CLYNE, Barbara/ROHDE, Daniela/DRUMMOND, Linda/BRYNE, Paula/AHERN, Susan/CARTY, Paul G./O'BRIEN, Kirsty/O'MURCHU, Eamon/O'NEILL, Michelle/SMITH, Susan M./RYAN, Mairin/HARRINGTON, Patricia: "SARS-CoV-2 Detention, Viral Load And Infectivity Over The Course Of An Infection", Journal of Infection, 81, 2020, s. 359-360, <http://doi.org/10.1016/j.jinf.2020.06.067>, E.T.: 29.09.2020

¹² <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66471/i.html>, E.T.: 20.09.2020.

¹³ T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, s. 11; WHO, s. 4.

¹⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, s. 11; WALSH/JORDAN ve diğerleri, s. 366.

arasında fiziksel temasın mümkün olduğunca aza indirilmesi ve maske kullanımındır¹⁵.

COVID-19'un en yaygın semptomları "ateş, öksürük, nefes darlığı, boğaz ağrısı, baş ağrısı, kas ağrıları, tat ve koku alma kaybı veya ishal" olarak belirtilmektedir¹⁶. Hastalığın ölüme sebebiyet verdiği vakalarda ise COVID-19'a bağlı olarak gelişen daha ağır semptomlar "solunum yetmezliği, çoklu organ yetmezliği, septik şok, kalp durması, akut koroner sendrom, malin aritmi, yaygın damar içi pıhtılaşma" olarak tespit edilmektedir¹⁷. Sonuç olarak, COVID-19'a yakalanan kişiler hastalığı semptom göstermeden atlatabilecekleri gibi, hafif semptomlarla veya daha ağır bir seyirde de atlatabilirler. Hatta COVID-19'a bağlı ölümler de yaygın biçimde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte hastalığın ister asemptomatik geçirilsin ister ağır seyretsin, uzun vadeli sekeller bırakıp bırakmadığı *henüz* bilinmemektedir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA ÇALIŞANLARIN COVID-19'A YAKALANMALARININ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avusturalya'da, "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışanların Zararlarının Giderilmesi Otoritesi (*The national health and safety at work and workers' compensation authority*)" tarafından, COVID-19'un, "işten kaynaklı bir hastalık (*work contracted disease*) olabileceği, ancak virüslerin ne zaman bulaştığının tespitinin zor olduğu ve dolayısıyla, çalışma faaliyeti

¹⁵ WHO, s. 4.

¹⁶ T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, s. 17. Çin'in Wuhan kentinde görülen 85 ölümcül COVID-19 vakasında yapılan bir araştırmada da, hastaneye başvuran COVID-19 hastalarında görülen semptomlar yaygınlık sırasına göre şu şekilde sayılmıştır: Ateş, nefes darlığı, yorgunluk, solunum güçlüğü, iştahsızlık, balgam çıkarma, kuru öksürük, diare, kas ağrısı, baş ağrısı, kusma, karın ağrısı, göğüs ağrısı, boğaz ağrısı, DU, Yinhzhen/TU, Lei/ZHU, Pingjun/MU, Mi/WANG, Runsheng/YANG, Pengcheng/WANG, Xi/HU, Chao/PING, Rongyu/HU, Peng/LI, Tianzhi/CAO, Feng/CHANG, Christopher/HU, Qinyong/JIN, Yang/XU, Guogang: "Clinical Features of 85 Fatal Cases of COVID-19 from Wuhan A retrospective Observational Study", *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, V. 201, No. 11, 2020, s. 1374, DOI: 10.1164/rccm.202003-0543OC, E.T.: 29.09.2020.

¹⁷ DU, Yinhzhen/TU, Lei/ZHU, Pingjun ve diğerleri, s. 1374; ayrıca bkz. "International Guidelines for Certification and Classification (Coding) of COVID-19 as Cause of Death (COVID-19'un Ölüm Nedeni Olarak Belgelemesinde ve Sınıflandırılmasında Uluslararası Rehber İlkeler)",

https://www.who.int/classifications/icd/Guidelines_Cause_of_Death_COVID-19.pdf, E.T.: 15.09.2020.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

nedeniyle bulaştığının da tespitinin zor olacağı dikkate alındığında *her somut olayın özelliklerine göre* -örneğin hastalanan işçinin işi gereği salgının yaygın olduğu bir bölgeye seyahat etmesini gerektirmişse, hasta veya temaslı kişilerle muhatap olmasını gerektirmişse gibi hususlar göz önünde bulundurularak- işten kaynaklı hastalık durumu oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekeceği” belirtilmiştir¹⁸.

Belçika’da, bir hastalığın meslek hastalığı olup olmadığının belirlenmesi ve meslek hastalığı tespit etmesi halinde tazminat ödemekle görevli kurum olan Mesleki Riskler Federal Ajansı (FEDRIS), Belçika’da 18 Mart 2020 ile 17 Mayıs 2020 tarihleri uygulanan ulusal karantina sırasında çalışmış bulunan sağlık çalışanlarının ve 23 Mart 2020 tarihli kararname ile “önemli sektörler ve temel sektörler” olarak kabul edilmiş bulunan faaliyet alanlarında çalışmış bulunanların, bu süre içinde COVID-19’a yakalandıklarını bir laboratuvar testiyle kanıtladıkları takdirde, COVID-19’un bu kişiler için *meslek hastalığı* olarak kabul edileceğini belirtmiştir¹⁹. Buna karşılık, Belçika sosyal sigortalar hukukunda “açık sistem” benimsenmiş olduğundan, anılan genel karantina döneminde ve belirtilen işlerde çalışanlardan başka, hastalığa doğrudan işlerinden, başka bir ifadeyle çalışma faaliyetlerinden kaynaklanarak yakalandığını ispatlayan tüm çalışanların meslek hastalığı yardımlarından yararlandırılacağı ifade edilmiştir. FEDRIS’e göre, COVID-19’un, sağlık çalışanları ve yukarıda bahsedilen kararnamede belirtilen meslek grupları *dışındaki* çalışanlar bakımından meslek hastalığı olarak tanınabilmesi için talepte bulunanın hastalığa maruz kalma sebebinin mutlaka gördüğü iş olduğunu ispatlaması gerekmektedir. COVID-19’un meslek hastalığı sayılmadığı çalışanlar bakımından ise bunun bir *iş kazası* olarak tanımlanması mümkündür. Zira FEDRIS, bulaşıcı bir hastalığın anlık bir bulaşma olayıyla gerçekleşmesi itibariyle, “iş sözleşmesinin ifası sırasında meydana geldiği takdirde” iş kazası sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

Fransa’da ise, 14 Eylül 2020 tarihli ve 2020-1131 sayılı kararname ile SARS-CoV-2 virüsü enfeksiyonuna bağlı hastalıkların belirli meslek grupları için meslek hastalığı sayılmasına yönelik, meslek hastalıkları tablosuna ekleme yapılması öngörülmüştür²⁰. Buna göre, SARS-CoV-2’ye

¹⁸ <https://www.comcare.gov.au/safe-healthy-work/prevent-harm/coronavirus>. E.T.: 25.09.2020.

¹⁹ <https://fedris.be/fr/FAQ-Covid-19>. E.T.: 25.09.2020.

²⁰ Décret no. 2020-1131 du 14 septembre 2020 relatif à la reconnaissance en maladies professionnelles des pathologies liées à une infection au SARS-CoV-2, www.legifrance.gouv.fr, E.T.: 16.09.2020.

bağlı olarak gelişen ve oksijenoterapi ya da her türlü solunum desteği gerektiren veya ölüme sebep olan akut solunum bozuklukları sağlık çalışanları²¹ için meslek hastalığı olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere Fransa'daki düzenleme, asemptomatik vakaları kapsamamakta ama SARS-Cov-2'ye bağlı tüm ağır solunum bozukluğu sonuçlarını kapsamaktadır.

Uluslararası kuruluşların da konuya yaklaşımına değinmek gerekmektedir. Öncelikle *International Labour Organization/Uluslararası Çalışma Örgütü* ("ILO"), iş kazası veya meslek hastalığı ayrımı yapmaksızın, COVID-19'un, iş kaynaklı bir zarara yol açabileceğini dolayısıyla, iş kazası veya meslek hastalığı olabileceğini, işlerinin bir sonucu olarak COVID-19'a yakalanan çalışanların iş kaynaklı zararlar (iş kazaları ve meslek hastalıkları) için 121 sayılı Sözleşme'de öngörüldüğü üzere sağlık yardımlarına, ayrıca iş göremezlik gerçekleşirse parasal yardımlara veya tazminata hak kazanmaları gerekeceğini belirtmiştir²². Ayrıca, ILO, kendisi COVID-19 tanımlı olmasa, dolayısıyla hasta olmasa bile ailesinde veya temaslı olduğu kişilerde COVID-19 tespit edilen kişilerin izole edilmesi veya hasta aile üyelerine bakması gerekeceği için, bu durumlarda, iş kazası veya meslek hastalığı sayılmayan, hastalık sigortası kapsamına da girmeyen bir iş göremezlik hali ortaya çıkacağını ve bu iş göremezlik haline özgü düzenlemeler yapılarak hastalık sigortası kapsamında kendilerine ödenek sağlanmasının ilgili kişinin izolasyona uymasını kolaylaştırarak virüsün yayılımıyla mücadeleye katkı sağlayacağını da ifade etmiştir²³.

Üyeleri arasında DİSK, KESK, HAK-İŞ ve TÜRK-İŞ'in de bulunduğu *International Trade Union Confederation/Uluslararası İşçi Sendikaları Konfederasyonu* ("ITUC") ile üyeleri arasında TİSK'in de bulunduğu

²¹ Kararname'de *sağlık çalışanları* da sadece COVID-19 servislerinde çalışan hekimler, hemşireler ve hastabakıcılarla sınırlı tutulmamış; COVID-19'la ilgili olsun olmasın her türlü sağlık hizmeti sunucusunda, ambulanslarda, yaşlı bakımevlerinde, evlerde sunulan sağlık hizmetlerinde, eğitim kuruluşlarında sunulan sağlık hizmetlerinde görevli tüm sağlık ve bakım personeli, laboratuvar personeli, idari personel, karşılama personeli, sosyal hizmetler personelini kapsayacak biçimde çok kapsamlı tanımlanmıştır. Ayrıca Kararname'de, yükümlülük süresi de "14 gün" olarak saptanmıştır.

²² ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) FAQ, 29 May 2020, Version 2.1, s. 17-18, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_739937.pdf, E.T.: 20.09.2020.

²³ ILO Brief, Social Protection Spotlight, Sickness benefits during sick leave and quarantine: Country responses and policy considerations in the context of COVID-19, s.2, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_744510.pdf, E.T.: 20.09.2020.

International Organisation of Employers/Uluslararası İşverenler Teşkilatı (“IOE”) da yayınladıkları ortak açıklamada, COVID-19’un tüm dünyada işçilerin ve işverenlerin sağlıklarını ve yaşamlarını tehdit ettiğini vurgulamıştır²⁴.

III. TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU SİSTEMİNDE COVID-19’UN ÇALIŞANLAR BAKIMINDAN İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞI OLUŞTURUP OLUŞTURAMAYACAĞI SORUNU

Sosyal güvenliğin amacı, insanların, hayatları boyunca karşılaştıkları ve gelirlerinde veya kazançlarında eksilmeye yol açacak durumlara karşı onlara bir güvence sağlayarak yoksulluğa karşı asgari bir koruma ve böylece, sosyal devlet ilkesinin de gerçekleştirilmesine katkı sağlamak olarak tanımlanabilir²⁵. ILO’nun 102 sayılı ve Türkiye’nin de taraf olduğu “Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi”nde, sosyal güvenlikle güvence altına alınması gereken durumlar hastalık (m. 13-18), işsizlik (m. 19-24), yaşlılık (m. 25-30), iş kazaları ve meslek hastalıkları (m. 31-38), aile (yardımları) (m. 39-45), analık (m. 46-52), malullük (m. 53-58), ölüm (m. 59-64) ve tüm bu durumların sağlık üzerindeki etkilerini kapsayacak şekilde sağlık (yardımları) (m. 7-12) olmak üzere gruplandırılmıştır²⁶. Sosyal güvenlikle güvence altına alınan bu durumlar “sosyal riskler”²⁷ olarak adlandırılmakta ve üçe ayrılmaktadır: Mesleki riskler (iş kazaları ve meslek hastalıkları), fizyolojik riskler (hastalık, analık, sakatlık veya malullük,

²⁴ Joint statement on COVID-19 by International Organisation of Employers and International Trade Unions Confederation, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/20200323_joint_ioe-ituc_statement_on_covid-19.pdf, E.T.: 20.09.2020.

²⁵ Sosyal güvenliğin ortaya çıkışı ve amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 5-8; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 1 ve 5; ALPER, s. 4-6; KORKUSUZ /UĞUR, s. 3-7; ÜÇİŞİK, s. 17-18; ANDAÇ, s. 71-74; ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1985, s. 4; İZVEREN, Adil: Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, 2. Baskı, Ankara, 1970, s. 159-163; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2015, s. 3-5.

²⁶ ILO “Social Security (Minimum Standards) Convention”, 1952, No. 102. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C102. E.T.: 20.09.2020.

²⁷ Fransız sosyal güvenlik hukuku öğretisinde, bu hukuk dalındaki “risk” kavramın, sigorta hukukundan buraya aktarılmış bir kavram olduğu ifade edilmiştir, CHAUCHARD, Jean-Pierre/KERBOURC’H, Jean-Yves/WILLMANN, Christophe: Droit de la Sécurité Sociale, 8^e édition, Paris, 2018, s. 25.

yaşlılık, ölüm) ve sosyo-ekonomik riskler (işsizlik, aile veya evlenme ve çocuk sahibi olma, konut ihtiyacı)²⁸.

Görüldüğü üzere, mesleki riskler, iş kazaları ve meslek hastalıklarını kapsamakta olup 5510 sayılı Kanun'da, bu Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentleri kapsamındaki sigortalılar (kısaca; 4/a'lılar ve 4/b'liler) ve ayrıca 5. maddede sayılan kişiler için “iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası” (m. 13, 14 ve 16-24), 4. maddenin birinci fıkrasının c maddesi kapsamındaki sigortalılar (kısaca; 4/c'liler) için ise aslında bir iş kazası ve meslek hastalığı hali olan ancak ayrıca düzenlenmiş bulunan “vazife malullüğü” (m. 47) başlıkları altında düzenlenmiştir.

A. Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazasının Tanımı ve Unsurları

Sosyal sigortalar hukuku anlamında “iş kazası” kavramı, iş hukukundakinden farklı, daha geniş kapsamlı bir kavramdır²⁹. Şöyle ki; işverenin gözetme borcu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun³⁰ 417. maddesinde somutlaştırılmış olup maddenin ikinci fıkrasında işverenin “işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü” olduğu öngörülmüştür. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı olarak meydana gelen ve

²⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 8-10; ALPER, s. 7-9; KORKUSUZ/UĞUR, s. 7-10; ANDAÇ, s. 79-80; ARICI, s. 6-11; SÜMER, Halûk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020, s. 4-5; ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, 2020, s. 184; AKDENİZ, Ayşe Ledün: Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, İstanbul, 2015, s. 2. İŞÇİ, Bülent Ferat: Meslek Hastalığının Tanım ve Tespiti, İstanbul, 2017, s. 9-20. Ayrıca, öğretide hukukumuzda düzenlenmiş bulunan sosyal sigorta kollarına göre bu riskler, “özel yaşamdan kaynaklanan riskler (hastalık, analık, adi malullük), “mesleki riskler (vazife malullüğü, harp malullüğü, iş kazası ve meslek hastalığı)”, “kaçınılmaz bir risk (yaşlılık)”, “işsizlik” şeklinde bir ayrıma da tabi tutulmuştur, bkz. SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2019, s. 231 vd. Yine sosyal risklerin tabi tutulduğu bir başka ayırım da “ortaya çıkış nedenlerine göre” ve “sonuçlarına göre” yapılmıştır, bkz. GÜZEK/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 3-5.

²⁹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 360-361; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 390-392; ÇENBERCİ, s. 118; BAŞTERZİ, Süleyman: “Sosyal Sigorta Türleri”, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Kamu-İş, Ankara, 2 Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2003, s. 289; ULUSAN, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s. 71.

³⁰ RG. 04.02.2011/27836.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun³¹ 3/1, g maddesi uyarınca “işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olay”, iş hukuku anlamında iş kazası olup işverenin işçiye veya işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlara karşı -işverenin (kusursuz sorumluluk halleri dışında) kusuru da bulunması kaydıyla- hukuki sorumluluğunu doğurur³². Buna karşılık 5510 sayılı Kanun'da iş kazası, 13. maddenin ilk fıkrasında sayılan durumlardan birinin varlığında meydana gelen ve “sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay” şeklinde tanımlanmıştır.

5510 sayılı Kanun anlamındaki iş kazasının 6331 sayılı Kanun anlamındaki iş kazasından daha geniş kapsamlı bir kavram olduğu sonucuna varılmasının nedeni, 6331 sayılı Kanun'da iş kazası niteliğindeki olayın mutlaka işyerinde ve işin yürütümü nedeniyle meydana gelmiş olması, dolayısıyla yapılan işle kaza arasında bir uygun illiyet bağı bulunması şartı³³ aranırken, 5510 sayılı Kanun'da, sigortalıyı engelli hale getiren olayın mutlaka yapılan işle ilgili olmasının gerekmemesidir. Şöyle ki, 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre sigortalıyı bedenen veya ruhen engelli hale getiren olay, burada sayılan durumlardan biri mevcutken gerçekleştiği takdirde, olayın kaynağının yapılan iş olup olmadığına bakılmaksızın -görülen işle kaza olayı arasında bir nedensellik (illiyet) bağı aranmaksızın-

³¹ RG. 30.06.2012/28339.

³² “[...] Öncelikle belirtilmelidir ki, bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır.”, YHGK, E. 2010/21, K. 2010/6, 03.02.2010, BALCI, Mesut/SONER, Birol/AYDOĞAN, Bahri/YENER, Ahmet: İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Ankara, 2020, s. 262-263. Aynı yönde; Y21HD, E. 2016/1135, K. 2017/4959, 06.06.2017; Y21HD, E. 2017/968, K. 2018/8256, 14.11.2018, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. Ayrıca, iş hukuku anlamında iş kazasından işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001, s. 97-100; ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, 2014: s. 492 vd.

³³ İş hukuku anlamındaki iş kazası için aranan “uygun nedensellik (illiyet) bağı” şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, Maddi Tazminat, s. 46-49; ÖZDEMİR, s. 519-522; SÜMER, Halûk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 211-213; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, Ankara, 1974, s. 11 vd.; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 67-68; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2019, s. 424 vd.

iş kazası olarak kabul edilmektedir³⁴. 13. maddede sınırlı olarak sayılmış bulunan durumlar şunlardır³⁵:

³⁴ “Anılan “hal ve durumlar”, büyük kesimi bakımından sigortalının gördüğü “iş” ve “işin gereği” ile ilgilidir, ve işverenin kendi yetkisi (=otoritesi) altında çalıştırdığı sigortalının güvenliği için gerekli tedbirleri almak yükümüne ilişkindir. Ne var ki bu zorunlu değildir; böyle bir ilgi ve ilişki söz konusu bulunmayan hal ve durumlardan birinde meydana gelen bir olayın da iş kazası sayılması mümkündür. Söz gelimi, intihar -eğer işyerinde yapılmışsa-, işyerinde meydana gelmesi durumunda intihar eden sigortalının gördüğü “iş” ile ilgili ve “işveren”ine ilişkin bulunmamasına rağmen SSK 110’un açıklığı gereği iş kazasıdır. Gene, mesela, İK. m. 64/II gereğince iş süresinden sayılmayan ara dinlenmesi sırasında sigortalının bir arkadaşıyla şakalaşırken kolunu kırması olayı da iş kazası niteliğindedir. Oysa, bütün bu durumlarda, anılan olaylarla işveren arasında nedensellik bağı kurulamayacağı için, işveren, hem sigortalıya hem de onun ardası olarak Kurum’a karşı sorumlu tutulamaz.”, ÇENBERCİ, s. 118-119. Aynı yönde, GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 366 ve 375-377; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 338-339 ve 343-344; AKIN, Maddi Tazminat, s. 40; ASLANKÖYLÜ, s. 652; BAŞTERZİ, s. 290; ÖZDEMİR, s. 519-522; ULUSAN, s. 75-77; AYDIN, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015 İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2017, s. 718; GÜLVER, Ender: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s. 89; SÜMER, Sosyal Güvenlik, s. 156. Sosyal sigortalar hukukundaki iş kazasının varlığı için görülen işle kaza arasında bir nedensellik bağı bulunması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz., TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 399. Kaldı ki, Kurum’un 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları Genelgesi ile de “Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen olayların yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılması gerekir” (s. 2) ifadesine yer verildiği dikkate alındığında iş kazalarının tespitinde Kurum’un da görülen işle kaza arasında uygun illiyet bağı aramadığı sonucuna ulaşmak mümkündür ([https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(5vojg44r2sadxpd2rhs0tez\)\)/Home/Goster/143421](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(5vojg44r2sadxpd2rhs0tez))/Home/Goster/143421), E.T.: 15.09.2020).

³⁵ “[...] Konuya ilişkin ve olay tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenleme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun “İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifii” başlıklı 11. maddesinde yer almakta ve bu maddenin iş kazasına ilişkin (A) fıkrasında [...] hükmü yer almaktadır. Açıklanan bu madde hükmüne göre, iş kazası; maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır. Bu bakımdan 11. madde teknik yönden tanımlayıcı hukuk kuralıdır. Bunun uygulamaya ilişkin sonucu ise; bir olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağına anılan maddenin tanımı ve öngördüğü unsurlar çerçevesinde belirlenebileceğidir. Yasanın açık hükümleri bir yana bırakılarak, iş kazası kavramının unsurlarının belirlenmesine olanak yoktur. Bir olayın iş kazası sayılabilmesi için, sigortalıyı bedence ve ruhça zarara uğratan olayın maddenin belirlediği “hal ve durumlardan” birinde meydana gelmiş bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu sınırlı durumlar dışında meydana gelen ve sigortalıyı ruh ve bedence zarara uğratan olayların iş kazası olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Gerek uygulama ve gerek öğretilerde açıkça kabul edildiği ve madde metninden de anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

- sigortalının işyerinde bulunduğu sırada³⁶,

sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılmaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Eş söyleyişle, iş kazası hukuksal nitelikte bir olay olup bu olayın yukarıda açıklanan yasa maddesinde sınırlandırılan ve belirtilen hallerden herhangi birinin oluşmasıyla ortaya çıkması gerekir.”, YHGK, E. 2014/21-949, K. 2016/287, 09.03.2016, BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 271. “Davanın yasal dayanağı olan 5510 Sayılı 13. maddesinde, iş kazasının tanımına ve koşullarına yer verilerek “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş sebebiyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi sebebiyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olayın iş kazası olduğu belirtilmiştir. Gerek uygulama ve gerek öğretilerde açıkça kabul edildiği ve madde metninden de anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Eş söyleyişle, iş kazası hukuksal nitelikte bir olay olup, bu olayın yukarıda açıklanan yasa maddesinde sınırlandırılan ve belirtilen hallerden herhangi birinin oluşmasıyla ortaya çıkması gerekir.”, Y10HD, E. 2015/7640, K. 2016/13856, 15.11.2016 ve aynı yönde, Y10HD, E. 2013/24845, K. 2014/191, 14.01.2014; Y10HD, E. 2019/3234, K. 2020/2116, 09.03.2020, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020.

³⁶ “Gerçi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 11. maddesinin A/a bendinde ‘sigortalının işyerinde bulunduğu sırada’ meydana gelen ve sigortalıyı arızaya uğratan olayın iş kazası bulunduğu yönü belirgin bir biçimde öngörülmüştür. Şu var ki, bu ‘işyerinde bulunma’ olgusunun rıza ile ve hizmet akdinin öngördüğü edimi yerine getirme amacıyla işyerinde bulunma anlamını taşıdığı yönü açıktır. Yoksa, bu olayda olduğu gibi, - böyle bir amacı ve rızayı içermesi söz konusu olmayacak bir biçimde- işyerinin tatil zamanında, rıza dışında ve salt orada içki içmek maksadıyla işyerine girilmesi ve bu sırada olayın meydana gelmiş bulunması iş kazası kavramının kapsamı dışındadır.”, Y10HD, 2308/2482, 10.05.1983, ÇENBERCİ, s. 121. “Davalı işverene ait inşaat işyerinde çalışan sigortalının, işyerinde yatıp kalkmadığı, olay günü iş saati sona erdikten sonra saat 21.00’e kadar inşaatın önünde arkadaşlarıyla içki içtiği ve tuvalet ihtiyacını gidermek üzere inşaatın birinci katına çıktığı sırada düşerek öldüğü anlaşılmaktadır. İş kazasının tanımını yapan 506 Sayılı Kanununun 11. maddesine göre; sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen ve sigortalıyı bedence ve ruhca arızaya uğratan olay iş kazasıdır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre kaza ile görülen iş arasında uygun nedensellik bağının bulunmadığı, kazanın sigortalının gördüğü işin bir sonucu olmadığı görülmektedir. Gerçekten kazanın işverenin otoritesi altında meydana gelmediği, günlük çalışma saati sona erdikten sonra işin görülmesi ile ilgili olmayan bir nedenle gece vakti cereyan eden olayın bu sebeple iş kazası olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.”, Y10HD, E. 2001/5874, K. 2001/8059, 22.11.2001, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. Her ne kadar kararda kaza ile iş arasında uygun

- işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- bir işveren bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda³⁷,
- 5510 sayılı Kanun'un 4, f. 1, a maddesi kapsamındaki emziren kadın sigortalının iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında.

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki iş kazası tanımı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun³⁸ 11. maddesinin A bendindeki tanıma önemli

nedensellik bağı bulunmadığı belirtilmişse de kanaatimizce buradaki olayın iş kazası olarak kabul edilmemesinin asıl nedeni, yine kararda vurgulandığı üzere, işyerinde gerçekleşmiş olsa da "işverenin otoritesi altında meydana gelmemiş olması" dolayısıyla, mesleki risk kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazasının gerçekleşmesi için "işverenin otoritesi altında olma"nın "sosyal güvenlik hukukunun sigortalıyı koruma yanını da dikkate alarak geniş yorumlayarak" anlaşılması konusundaki açıklama ve değerlendirmeler için bkz. AYDIN, s. 719-721. Ayrıca bkz. CANİKLİOĞLU, Nurşen: "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Yeni Mevzuatın Getirdiği Değişiklikler", Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu-İş, Ankara, 2007, s. 63-64. Y10HD, 2308/2482, 10.05.1983 "[...] Davacı miras bırakanı, davalı idarenin belediye hudutları içinde bulunan şantiyesinde bekçi olup işyerine yirmi ile yirmi beş metre mesafede bulunan ... Nehrinde yüzmekte olan bir çocuğun boğulmak üzere bulunduğunu görerek kendiliğinden ve insani hislerle işyerinden ayrılarak yardıma koştuğu ve onu kurtarmak istediği anda kimliği tespit edilemeyen çocukla birlikte boğulduğu anlaşmazlık konusu değildir. Şu halde olay, işyeri dışında vuku bulmuş olup işin yürütülmesi ile hiçbir ilişkisi yoktur. Bu durumda olayın 505 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 11. maddesinde anılan bir iş kazası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.", Y9HD, 2910/8849, 11.09.1970, BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 310. "İşyerinden sayılan karavanın kurulu olduğu yerde meydana gelen ölüm olayı iş kazasıdır.", ASLANKÖYLÜ, Resul: En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi SSK ve Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı, Cilt I-II, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 664.

³⁷ "Sigortalı işçinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla işyerinden uzaklaştığında, boş zamanlarını normal bir yaşantı içerisinde değerlendirmesi doğaldır. (Bu yönden), Sigortalı işçinin boş zamanlarını sinemaya, kahveye, eğlence yerine giderek değerlendirmesi mümkündür. Bunun gibi, akşam yemeğini de sahildeki bir lokantada yemesi doğal hakkıdır. Bu bakımdan, sigortalıyı görevle ayırdığı işyerinden aynı işyerine dönünceye kadar normal yaşantı içerisinde kalmak koşuluyla boş zamanlar da dahil olmak üzere tüm risklere karşı sigortalı saymak, sosyal sigorta hukukunun ilkelerine uygun düşeceği söz götürmez.", Y10HD, 2601/3002, 02.06.1983, ÇENBERCİ, s. 120.

³⁸ RG. 29-30-31.07.1964-01.08.1964/11766-11779.

ölçüde benzemektedir. 5510 sayılı Kanun'da, 506 sayılı Kanun'dakinden farklı olarak, bağımsız çalışanlar bakımından da “yürütmekte olduğu iş nedeniyle” meydana gelen olay iş kazası olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca 506 sayılı Kanun'da, işveren tarafından sağlanan bir araçla *sadece toplu olarak* işin yapıldığı yere götürülüp getirilmeleri sırasında uğradıkları kazalar iş kazası sayılmışken, öğretide de belirtildiği üzere isabetli olarak³⁹, işverenin sağladığı bir araçla *sadece toplu değil, bireysel biçimde gerçekleştirilen* taşımalar sırasında meydana gelen kazalar da iş kazası kabul edilmiştir⁴⁰. Öyleyse, işveren tarafından tedarik edilmiş, bizzat sigortalının kendisi veya bir başkası tarafından kullanılan bir araçla, işyerine geliş-gidişler sırasında meydana gelen kazalar sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazası niteliğindedir. Dahası, buradaki taşımalar, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁴¹ 66. maddesinin f bendindeki “[...] işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri” hallerini değil, sosyal amaçlı taşımaları da kapsamaktadır⁴².

Sosyal sigortalar anlamında iş kazasının unsurları Yargıtay kararlarında⁴³ ve öğretide⁴⁴ şu şekilde sayılmaktadır: Kazaya uğrayan kişi 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olmalı (4/a'lı veya 4/b'li) veya bazı sigorta

³⁹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 372-373; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 407; SÖZER, s. 350; ASLANKÖYLÜ, s. 641; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 119-120; CANİKLİOĞLU, Kısa Vadeli, s. 65-66.

⁴⁰ Fransız hukukunda “*accident de trajet/yol kazası*” adı verilen, sigortalının eviyle işi veya yemek yediği yerle işi arasındaki geliş-gidişler sırasında meydana gelen kazalar bir iş kazası türü olarak tanımlanmış ve işçinin işi için evinden ayrılmasının (yola çıkmasının) başlı başına bir risk olması sebebiyle böyle bir ayırma gidildiği belirtilmiştir, CHAUCHARD /KERBOURC'H /WILLMANN, s. 459-462; GRANDGUILLOT, Dominique: L'essentiel du Droit de la Sécurité Sociale, 19e édition, Paris, 2020, s. 70.

⁴¹ RG. 10.06.2003/25134.

⁴² GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 374; SÖZER, s. 349; ÇENBERCİ, s. 119; SÜMER, Sosyal Güvenlik, s. 155; ŞAKAR, s. 256.

⁴³ YHGK, E. 2002/21-200, K. 2002/304, 10.04.2002; Y10HD, E. 2015/7640, K. 2016/13856, 15.11.2016; Y10HD, E. 2007/24473, K. 2009/2964, 09.03.2009; www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020.

⁴⁴ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 362 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 393 vd.; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 331 vd.; ALPER, s. 221 vd.; ÇENBERCİ, s. 116; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 76 vd.; ULUSAN, s. 71-80; MUTLAY, Faruk Barış: “5510 Sayılı Kanunda Bağımsız Çalışanlar Bakımından Öngörülen İş Kazası Halleri Yenilik Midir?”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan III (Editör: Süleyman Başterzi), İstanbul, 2011, s. 2448-2449; GÜLVER, s. 21 vd.

kolları bakımından sigortalı sayılmalıdır, sigortalı bir kazaya uğramış olmalıdır, kaza, 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerden birinde meydana gelmiş olmalıdır ve meydana gelen kaza ile sigortalının zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 6. bendinde sigortalı, "kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi" olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte, bu tanım kapsamında sigortalı sayılan herkes, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, iş kazası ve meslek hastalığı kapsamındaki sigortalılar, 5510 sayılı Kanun'a göre 4/a ve 4'b'lilerdir, başka bir ifadeyle, işçiler ve bağımsız çalışanlardır⁴⁵. Buna karşılık, Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca sigortalı olanlar (kısaca; 4/c'liler), başka bir ifadeyle kamu görevlileri, aynı maddenin altıncı fıkrası gereği, kısa vadeli sigorta kollarından, dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanamazlar. Ayrıca, yine 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre "bazı sigorta kollarının uygulanacağı" sigortalılar da iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamındadırlar.

İş kazasının ikinci unsuru olan kazanın sözlük anlamı, "istem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir kimsenin, bir nesnenin veya bir aracın zarara uğraması"dır⁴⁶. Bir olayın kaza sayılması için (zarara uğrayan tarafından) istenmemesi, dıştan gelmesi ve ani olması gerektiği de belirtilmektedir⁴⁷. Öncelikle, iş kazası, bir nesne veya araç üzerinde değil sadece insanın (sigortalının) bedeni veya ruhu üzerinde zarara yol açan olaylardan ibarettir⁴⁸. Ayrıca, kaza kavramına atfedilen özelliklerden istenmeme ve dıştan gelme özelliklerinin iş kazası bakımından geçerli olup olmadığı da tartışmalıdır⁴⁹. Zararlandırıcı olaya maruz kalan sigortalının bunu *istememiş olmaması*, başka bir ifadeyle olayın gerçekleşmesinde

⁴⁵ Bağımsız çalışanlar bakımından iş kazası, sadece yürüttükleri iş nedeniyle ve işyerindeyken uğradıkları kazalar olup, bu durumlarda kazanın nerede meydana geldiğinin bir önemi bulunmamaktadır; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 362 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 392; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 364-366; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 126 vd.; MUTLAY, s. 2450-2458.

⁴⁶ Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Ankara, 2011, s. 1370.

⁴⁷ EREN, s. 6; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 394-397; KORKUSUZ/UĞUR, s. 287; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 102-109; AKIN, Maddi Tazminat, s. 20-23; ULUSAN, s. 71-72.

⁴⁸ EREN, İş Kazası, s. 6.

⁴⁹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 365-366; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 336; ÖZDEMİR, s. 517-518.

kusuru bulunması, kanaatimizce, söz konusu olayın iş kazası olmasını etkilemez⁵⁰. Nitekim, öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, hem 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde böyle bir koşula yer verilmemiş hem de 22. maddede açıkça, ağır kusurlu veya kasıtlı bir davranışı nedeniyle iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan sigortalının yine bu sigorta kolu kapsamındaki yardımlardan faydalanacağı ancak bunlarda kesinti yapılacağı öngörülmüştür⁵¹. Buna göre, sigortalının ağır kusuru veya kastı nedeniyle meydana gelen zararlandırıcı olay, "istenmeme" özelliğine sahip olmamakla birlikte iş kazası olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay kararları da sigortalının işyerinde intihar etmesini, kasdi hareketiyle ortaya çıkan bir durum olmasına rağmen, yukarıdaki belirttiğimiz gerekçelerle, iş kazası olarak nitelendirmektedir⁵². "Dıştan gelme" özelliği için de benzer bir

⁵⁰ Aynı yönde: GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 365-366; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 336; ANDAÇ, s. 179; ULUSAN, s. 71; SÜMER, Sosyal Güvenlik, s. 151. 506 sayılı Kanun dönemindeki aksi yönde bir görüş için bkz. GÜLVER, s. 51-52.

⁵¹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 365-366; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 336.

⁵² "Koşulları varsa intihar dahi iş kazası sayılabilir (Özet)", Y9HD, 7602/10056, 21.10.1969, ÇENBERCİ, s. 122; "[...] "Olay" sözcüğünün kapsamının belirlenmesinde herhangi bir kuşku ve duraksamaya yer olmayacağı, bu sözcüğün, sigortalıyı, beden veya ruha arızaya uğraticı tüm olguları içereceği açıktır. Bu yönden, bir olayın iş kazası sayılabilmesi için işin yürütümü ile ilgili, ya da dış etkenlerle oluşmuş veya aniden olmasında bir zorunluk olmayacağı, böyle bir sınırlamanın yasaca öngörülmediği için benimsenmeyeceği de tartışmasızdır. Buna göre, olayda, sigortalının intihar etme olasılığından da söz edilmekle, bir sigortalının işyerinde intihar etmesi hali de iş kazası sayılacaktır. Esasen, bu konuda oluşabilecek mantıksal kuşku, anılan yasa, başka maddeleri ile kesin biçimde ortadan kaldırmaktadır. İntihar kişinin sonucunu amaçlayarak ve bilerek, kendi hayatını sona erdirmesidir ve kendisine karşı, kasten, eylemde bulunmasıdır. 506 sayılı Yasanın 110. maddesi: "Kastı yüzünden iş kazasına uğrayan sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği ve sürekli iş görmezlik geliri verilmez. Sigortalıya yalnız gerekli sağlık yardımları yapılır" demekle, bir sigortalının, kasten (örneğin intihar) iş kazasına uğraması halinde bu durumu yine iş kazası olarak kabul etmektedir. Sadece sigortalıyı (hak sahiplerini değil) amaçlayan bazı kısıtlamalar getirmekle yetinmektedir. Şu suretle, 506 sayılı Yasanın 11. maddesindeki açıklık, aynı yasanın 110 uncu maddesi ile de doğrulanmaktadır. Bu durumda, olayın bir intihar olarak kabulü halinde dahi bunun, iş kazası sayılmayı engellemeyeceği ortadadır. Kaldı ki, dosyada intiharı kabule götürecek kesin bulgular bulunmamaktadır. Bu hallerde, sosyal güvenlik ilkeleri gereği, sigortalı veya hak sahiplerinin yararına olan durumun kabulü gerekeceği de hatırlanmalıdır.", Y10HD, E. 1978/8413, K. 1979/2759, 29.03.1979; "[...] Sözcüğümleri intihar eylemi eğer işyerinde gerçekleşmiş ise, olayın salt işyerinde meydana gelmesi durumunda bile, intihar eden sigortalının gördüğü işle ilgili ve işverenin kusurundan kaynaklanmamış olmasına rağmen 506 sayılı Yasanın 11. maddesi açıklığı gereği olay yine de iş kazasıdır.", Y10HD, E. 2004/4465, K. 2004/6425, 05.07.2004, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. Sosyal güvenlik mevzuatında, iş kazasının varlığı için mutlaka görülen iş nedeniyle veya etkisiyle

YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

yaklaşımı benimsemek kanımızca mümkündür ki gerek öğretide⁵³ gerekse pek çok Yargıtay kararında⁵⁴ “dıştan gelme” şartı aranmaksızın, 13. maddedeki şartları sağlayan olayların iş kazası sayılmaktadır.

meydana gelmiş olması şartının arandığı ve bunun “işverenin otoritesi altına olmak” şeklinde açıklandığı Fransız hukukunda dahi, işçinin intiharını iş kazası olarak kabul eden yargı kararları mevcuttur. Ancak Fransız yargısının işçinin intiharını iş kazası saydığı kararlarında da “işle ilgili intihar”dan bahsedilmiş ancak buradaki işle ilgili olma kriteri iş hayatındaki “psiko-sosyal riskleri” dikkate alacak biçimde geniş yorumlanmıştır, CHAUCHARD /KERBOURC’H /WILLMANN, s. 440-445.

⁵³ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 366; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 336-337; AKIN, Maddi Tazminat, s. 29; ÇENBERCİ, s. 117; ASLANKÖYLÜ, s. 651.

⁵⁴ “[...] Burada önemli olan husus meydana gelen zarar ile ani olay arasında illiyet bağının olup olmadığı meselesidir. Kanunda iş kazası tanımlanırken dıştan gelen bir etkinin varlığından bahsedilmemiştir. Bu nedenle sigortalının kalp krizi veya beyin kanaması geçirmesi ile intihar etmesi de iş kazası kapsamında değerlendirilmektedir. Burada önemli olan bir husus, olayın iş kazası sayılması ile işverenin kazanın meydana gelmesinde kusuru olup olmadığı halinin karıştırılmaması gerektiğidir. Zira bir olayın iş kazası sayılması ile işverenin kusurunun bulunması durumu aynı değildir.”, Y10HD, E. 2019/3234, K. 2020/2115, 09.03.2020; “[...] Dosya kapsamından müteveffa sigortalının davalı işyerinde çalışmakla iken 30.11.2011 tarihinde kalp krizi geçirdiği, kendisine hipertansiyon ve kalp damar hastalığı teşhisi konulup, stend takıldığı, bu olaydan birkaç ay sonra 18.02.2012 tarihinde işyerinde toplantı yapıldığı esnada sigortalının fenalaşıp yere düştüğü, akabinde vefat ettiği, ölüm belgesinde ölüm nedeni olarak beyin kanaması ve kalp damar hastalığı nedeniyle kalp ve solunum durmasının gösterildiği, Kurum’un ilk olarak açıklanan olayı iş kazası olarak kabul etmediği, sonrasında açılan davada olayın iş kazası olduğunun tespitine dair verilen kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, [...] Öte yandan olayın iş kazası olduğu tartışmasız olup, olayda kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyesel yatkınlığı gibi çeşitli faktörlerin etkisinin olabileceğinin kusur oranlarının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği ortadadır.”, Y21HD, E. 2018/3834, K. 2019/6393, 22.10.2019; “[...] Ne var ki, bir olayın kurum ya da işveren açısından iş kazası olarak kabul edilmemiş olması, harici etkenlerle veya aniden ortaya çıkıp çıkmaması, yasanın açık hükmü karşısında olayın iş kazası sayılmamasını gerektirmeyecektir. Zira; yasada açıkça ifade edildiği üzere, zararlandırıcı sigorta olayının, yasada sayılan hal ve durumlardan herhangi birisinde gerçekleşmiş olması, gerekli ve yeterlidir. Daha açık ifadeyle; sigortalının, işyerinde çalışmakta iken kalp krizi geçirerek ölümü, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 11 maddesinin (A) fıkrasının (a) bendinde gösterilen “Sigortalının iş yerinde bulunduğu sırada meydana gelme” hâline uygun bir olay olduğu gibi, aynı maddenin (b) bendinde yer alan “işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme” hâline de uygun olup; iş kazası sayılması gerekir. Maddede, başkaca bir şart ya da kısıtlamaya yer verilmemiş olduğundan, yasada olmayan bir kısıtlamanın yorum yoluyla getirilmesine de olanak yoktur.”, YHGK, E. 2016/21-816, K. 2019/457, 16.04.2019, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. Buna karşılık öğretide farklı yöndeki bir görüş, kalp krizinin gerçekleşmesinde dışsal bir etken bulunduğu takdirde bunun sosyal sigortalar bakımından iş kazası sayılması gerektiği yönündedir, CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

İş kazasının üçüncü unsuru, “uygun nedensellik (illiyet) bağı”dır. Yukarıda da ayrıntılı biçimde açıklandığı ve sosyal sigortalar anlamında iş kazasının varlığından söz edilebilmesi için bulunması gereken nedensellik (illiyet) bağı, kaza ile zarar arasındadır⁵⁵, görülen işle kaza arasında uygun illiyet bağı bulunması söz konusu olayın iş hukuku anlamında iş kazası olması, başka bir ifadeyle işverenin sorumluluğunun ortaya çıkması için gereklidir. “Uygun illiyet bağı” ile anlaşılması gereken, “bir olay neticesinde ortaya çıkan sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre niteliği itibariyle meydana getirmeye elverişli veya bunun gerçekleşme olasılığını objektif olarak arttırmış olan zorunlu şart ile bu sonuç arasındaki bağ”dır⁵⁶. Hukuk Genel Kurulu da iş kazasının varlığı için olay ve zarar arasında olması gereken uygun illiyet bağını “yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi” olarak açıklamıştır⁵⁷. Son olarak, zararın meydana gelmesinde mücbir sebep, zarar gören sigortalının tam veya üçüncü kişinin yeterli yoğunluktaki kusuru etkili olmuş, başka bir ifadeyle, zararın gerçek sebebi mücbir sebep ya da zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ise kaza olayı ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği kabul edilir⁵⁸. Bu illiyet bağı kesildiği takdirde, kaza olayı ile zarar arasında bir neden-sonuç ilişkisinden bahsedilemeyeceğinden bir iş kazası da ortaya çıkmamış olur.

Bir iş kazasının varlığı için aranan son unsur da “zarar”dır. Yukarıda da değinildiği üzere, iş kazası ile meydana gelen zararın mutlaka kişinin (sigortalının) bedeni veya ruhu üzerinde ortaya çıkmış olması gerekir. Nitekim 5510 sayılı Kanun’un 13. maddesinde açıkça “sigortalıyı [...] bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay” ifadesi kullanılmıştır. Dahası, ortaya çıkan zararın ağırlığı da olayın iş kazası sayılması bakımından önem taşımaktadır. Şöyle ki; ancak *sigortalıda geçici veya sürekli iş göremezliğe*

İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2009, s. 334.

⁵⁵ “[...] Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için olayla sigortalının zarar görmesi arasında uygun neden-sonuç (illiyet) bağının gerçekleşmesi gerekir. Ortaya çıkan olayın nitelik itibariyle “sosyal sigorta olayı” olması ve bu olayın sigortalıyı zarara uğratması icabeder.”, YHGK, E. 2009/21-400, K. 2009/432, 14.10.2009, kaza olayı ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerektiğine ilişkin başka karar örnekleri için bkz. Y21HD, E. 2008/19238, K. 2009/2885, 02.03.2009; Y21HD, E. 2017/5422, K. 2018/9595, 24.12.2018; Y21HD, E. 200721056, K. 2008/6062, 17.04.2008, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020.

⁵⁶ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 610.

⁵⁷ Dn. 40’ta künyesi verilen 16.04.2019 tarihli HGK kararı.

⁵⁸ EREN, s. 627-641.

ya da sigortalının ölümüne yol açan olaylar “bedenen ya da ruhça engelli hale getirme” şartını sağlamaktadır. Dolayısıyla söz konusu engellilik, sigortalıda veya hak sahiplerinde gelir kaybına yol açacak ağırlıkta olmalıdır⁵⁹. Bedenen veya ruhen engelli hale gelmeye örnek olarak da ayakta basit bir müdahaleyle tedavi edilemeyecek ölçüde yaralanmalar, kırıklar, iç kanamalar, bir organın tamamen kullanılmaz hale gelmesi (körlük, sağırılık gibi) veya akıl hastalığı, hafıza kaybı sayılabilir⁶⁰.

B. İş Kazasının Bildirilmesi ve Tespiti

Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için söz konusu zararlandırıcı olayın Kurum tarafından iş kazası olarak tanınması gereklidir⁶¹. Olayın iş kazası olarak tanınması süreci şu şekildedir:

- Öncelikle, meydana gelen iş kazasını sigortalının işvereni veya sigortalı bağımsız çalışan ise bizzat kendisinin Kurum’a bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır⁶² (5510 sayılı Kanun m. 13, f. 1). Bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunan işveren bu yükümlülüğünü en geç kazadan sonraki üç işgünü veya kaza işverenin kontrolü dışında bir yerde meydana gelmişse öğrenildiği tarihten itibaren üç işgünü içinde “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirgesi”ni Kurum’a ulaştırmak⁶³ suretiyle yerine getirmelidir. Bildirim

⁵⁹ AKIN, Maddi Tazminat, s. 37; ÖZDEMİR, s. 510; ASLANKÖYLÜ, s. 650; İZVEREN, s. 202. Karş. GÜLVER; s. 101-102.

⁶⁰ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 374-375; TUCAY/EKMEKÇİ, s. 411-412; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 352-353; ÇENBERCİ, s. 117.

⁶¹ “[...] İş kazası nedeniyle sosyal sigorta yardımlarının yapılabilmesi öncelikle Kurumun zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası olduğunu kabul etmesine bağlıdır. İş kazası olgusu Kurumca kabul edilmezse somut olayda olduğu gibi sigortalının ya da hak sahiplerinin olayın iş kazası olduğunu dava yolu ile tespit ettirmesi gerekmektedir.”, Y10HD, E. 2016/17217, K. 2019/3441, 15.04.2019, Çalışma ve Toplum, S. 63, 2019, s. 2939-2941 ve aynı yönde, Y10HD, E. 2018/746, K. 2019/291, 17.01.2019; Y10HD, E. 2016/15673, K. 2019/1460, 20.02.2019; Y10HD, E. 2017/3634, K. 2019/6258, 18.09.2019, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020.

⁶² Ayrıca, 6331 sayılı Kanun’un 15. maddesinin 2. fıkrasında da işverenin, işçisinin uğradığı iş kazasını Kurum’a bildirim yükümlülüğü tıpkı 5510 sayılı Kanun’daki bildirim yükümlülüğü gibi düzenlenmiş olup ayrıca, sağlık hizmet sunucuları bakımından da on işgünü içinde Kurum’a bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanun’da, 6331 sayılı Kanun’daki düzenlemeden farklı olarak, işverenler için ayrıca kolluk kuvvetlerine de iş kazasını *derhal* bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

⁶³ Matbu bir form olan İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirgesi Kurum’a doğrudan veya taahhütlü posta aracılığıyla ulaştırılabileceği gibi (5510 sayılı Kanun m. 13, f. 2) elektronik ortamda da gönderilebilir (Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Tebliği m. 7/I: “Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği Ek-7’de yer alan iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesini YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

yükümlülüğü bulunan kişinin bağımsız çalışan sigortalının bizzat kendisi olduğu durumlarda ise bu üç işgünü süresi, “bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra” başlar.

- İş kazası bildirim yapılan her durumda Kurum’un bunu iş kazası olarak kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iş kazası bildirim yapıldığı takdirde, Kısa Vadeli Sigorta Servisi tarafından mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda başkaca bir araştırma yapılmaksızın söz konusu olay iş kazası olarak kabul edilebileceği gibi, Kısa Vadeli Sigorta Servisi, olayın iş kazası olmadığı yönünde de karar verebilir. Bu durumda, İş Kazası Tespit Komisyonu tarafından inceleme yapılacak ve Komisyon da bir iş kazasının gerçekleşmiş olduğu yönünde karar verebileceği gibi iş kazası olmadığı yönünde de karar verebilecektir. Komisyonun olumlu veya olumsuz bir karara varamaması da mümkün olup bu durumda soruşturulan olaya ilişkin dosya “belgeleri ve gerekçeleri ile birlikte soruşturulmak üzere; ölümlü olmayan vakalarda sosyal güvenlik denetmenlerine, ölümle sonuçlanan vakalarda ise Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının ilgili Grup Başkanlığına iletilecektir”⁶⁴.

- İş kazasının tespiti, yargıya da intikal edebilmektedir. Şöyle ki, işçilerin işverenlerine iş kazası nedeniyle açacakları maddi ve manevi tazminat davalarında, “dava nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesine ilişkin olduğundan, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün belirlenen tazminattan düşülmesi gerektiği”⁶⁵ Yargıtay’ın yerleşik içtihadıdır. Dolayısıyla, böyle bir başvuru yapıp gelir bağlanmadan açılan tazminat davalarında, önce davacılara Kurum’a başvurmaları için süre tanınmakta, başvurularının reddedilmesi halinde ise gelir bağlanması Kurum’a karşı iş kazasının tespitine ilişkin dava açılması

vermekle yükümlü olanlar e-Sigorta ile Kuruma bildirir veya doğrudan ya da posta yoluyla da ilgili üniteye gönderebilir. Adi posta veya kargo ile yapılan bildirimlerde Kurum kayıtlarına intikal tarihi, taahhütlü, iadeli taahhütlü veya acele posta ile yapılan bildirimlerde de postaya veriliş tarihi esas alınır. Bildirim için tanınan sürede resmi tatil günlerine rastlayan günler üç iş günü hesabında dikkate alınmaz”, RG. 28.09.2008/27011, <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/09/20080928-10.htm>, E.T.: 03.09.3030).

⁶⁴ SGK 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları Genelgesi, s. 16-18, [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(5vogj44r2sadxpd2rhs0tez\)\)/Home/Goster/143421](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(5vogj44r2sadxpd2rhs0tez))/Home/Goster/143421), E.T.: 15.09.2020. Ayrıca bkz. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Tebliği m. 10, RG. 28.09.2008/27011.

⁶⁵ Y21HD, E. 2019/411, K. 2020/66, 14.01.2020, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020.

için süre verilerek bu tespit davası bekletici mesele yapılmaktadır⁶⁶. Ayrıca, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁶⁷ 4. maddesinde "31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, iş kazasının tespiti istemli davalarda görevli mahkeme, iş mahkemesidir ve öncesinde Kurum'a başvurulmuş olması sonradan tamamlanması mümkün olmayan dava şartıdır⁶⁸. Son olarak, iş kazasının yargıya intikal ettiği bir diğer uyuşmazlık hali de Kurum tarafından iş kazası olduğu kesin olarak tespit edilmiş bir durumda bunun sonuçlarından etkileneceği için sigortalının işvereni tarafından açılabilir olan "olayın iş kazası olmadığı" yönündeki davadır⁶⁹.

⁶⁶ "[...] davanın niteliği göz önünde tutularak öncelikle hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazası sebebiyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması, gelir bağlanmış ise, bildirilen miktarın, tazminattan düşülmesi, gelir bağlanmamış ise bu yön, hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine; gelir bağlanması için Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı dava açması için önel verilmesinde yasal zorunluluk olduğu açıktır. Başka bir anlatımla, kendisine gelir bağlanmayan hak sahibinin destekten yoksun kalma tazminat isteme hakkına sahip olmayacağı açık-seçiktir. [...] Yapılacak iş, maddi tazminat isteminde bulunan davacı ...'ya iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanması için Kurum'a başvurmak üzere süre vermek, başvurunun reddi halinde ...'nı hasım göstererek iş kazası sigorta kolundan kendisine ölüm geliri bağlanması gerektiğinin tespiti davası açması için önel vermek, dava açılması halinde 6100 Sayılı HMK'nun 165/2. maddesi gereğince bu dava için bekletici mesele yapmak [...]", Y21HD, E. 2016/4196, K. 2016/14442, 22.11.2016, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. Ayrıca bkz. BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 179 vd.

⁶⁷ RG. 25.10.2017/30221.

⁶⁸ BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s.179-180.

⁶⁹ "[...] Mahkemece, davacı işverenin 22.10.2007 tarihli kazanın iş kazası olmadığını tespitine yönelik iddiasını, sigortalı tarafından açılan tazminat davasıyla Kurum tarafından ileride açılacak rücu tazminat davasında ileri sürebileceği belirtilerek, iş bu davaya konu etmesinde hukuki yararı bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, ş kazası olmadığını tespiti davası, işverenin de hak alanını ilgilendirir. Nitekim, bu kararlar davalı Kurum (tespit kararı verildiğinde) iş kazası sonucu iş göremez duruma giren sigortalıya gelir bağlayacak, işveren kusurlu ise; işverene rücu edecektir. O halde, davacı işverene, sigortalının açtığı tazminat davasıyla Kurumun ileride açacağı rücu davasını bu davada değerlendirme fırsatı vermek için, mahkemece, esasa girilerek, davalı A. Özkan'ın YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

C. Sosyal Sigortalar Hukukunda Meslek Hastalığının Tanımı ve UNSURLARI

Çalışma yaşamının çalışanların sağlıkları üzerinde olumsuz etkisi olan tek rizikosu iş kazaları değildir; bir diğer mesleki risk de *meslek hastalıkları*⁷⁰. Meslek hastalığı, 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinin ilk fıkrasında “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli bedensel veya ruhsal engellilik halleri” şeklinde tanımlanmıştır⁷¹. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na (şimdiki adıyla Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na) bağlı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (“İSGİP”) tarafından, meslek hastalıklarının nedenlerinin işyerinde olduğu ve “tüm meslek hastalıklarının önlenabilir hastalıklar” olduğu ifade edilmiştir⁷².

Meslek hastalıkları, adından da anlaşıldığı üzere mutlaka bir “hastalık” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda bir mesleki risk olan meslek hastalığı ile fizyolojik risk olan hastalık arasında ne gibi bir farklılık olduğu, bu iki durumun neden ayrı sosyal riskler altında ele alındığı sorusu ortaya

geçirmiş olduğu kazanın, 506 Sayılı Kanununun 11. maddesi gereğince iş kazası olup olmadığı konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”, Y10HD, E. 2012/23645, K. 2013/14451, 27.06.2013; “[...] Olayın iş kazası olmadığına tespiti istemine ilişkin bu tür davalar 506 Sayılı Yasa'nın 11. maddesinden (5510 Sayılı Yasa'nın 13. maddesinden) kaynaklanmaktadır. [...] iş kazası olmadığına tespiti davasının sonucunu bekleyecek olan maddi tazminat davasında kusur dağılımının belirlenmesi ve maddi tazminatın hesaplanması için ayrı bir bilirkişi incelemesi de yaptırılması gerekir.”, Y21HD, E. 2010/3898, K. 2011/7429, 29.09.2011, www.kazanci.com, E.T.: 01.10.2020.

⁷⁰ CHAUCHARD /KERBOURC'H /WILLMANN, s. 470; EREN, İş Kazası, s. 4 ve 22.

⁷¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (“ÇASGEM”) ve İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (“İSGİP”), meslek hastalıklarından başka “işle ilgili hastalıklar” kavramına da değinmiş ve bu kavramı “ortaya çıkış nedeni karmaşık olan, oluşmasında ve gelişmesinde çalışma ortamı ve çalışma şeklinin diğer sebepler arasında önemli faktör olduğu hastalıklardır” ve “doğrudan işyerinden kaynaklanmasa bile, işyerindeki faktörlerden etkilenen ve seyri değişen hastalıklar” şeklinde açıklamıştır, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM): Meslek Hastalıkları, Ankara, 2013, s. 7; İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (İSGİP): Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, 2015, s. 6-7. İşle ilgili hastalıkların tek nedeni mesleki değildir; meydana gelmesinde/ağırlığının artmasında/seyrinin hızlanmasında çok fazla faktör olmakla birlikte bu faktörler arasında meslek/iş de bulunmaktadır. Dolayısıyla, işle ilgili hastalıklar, 5510 sayılı Kanun'un iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında değildir. Bu konuda ayrıca bkz. AKDENİZ, s. 29.

⁷² İSGİP, s. 3.

çıkabilir. Nitekim ILO'nun 102 sayılı Sözleşmesi'nde de meslek hastalıkları halinde saplanacak yardımlar, hastalık halinde sağlanacak yardımlardan ayrı olarak iş kazalarıyla birlikte Sözleşme'nin altıncı bölümünde düzenlenmiştir⁷³. O halde meslek hastalıklarının diğer hastalıklardan ayırddedici özelliği üzerinde de durmakta fayda vardır: 5510 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ilk fıkrasında hastalık hali "(4/a'lı ve 4/b'li) sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası dışında kalan ve iş görmezliğine neden olan rahatsızlıklar" olarak tanımlanmıştır. Bu durum öğretide isabetli olarak, meslek hastalığı ile hastalık kavramlarının, Türk sosyal sigortalar mevzuatında, birbirlerini dışlayacak şekilde düzenlendiği yönünde değerlendirilmiştir⁷⁴. Bunun nedeni, meslek hastalıklarının kaynağı ile ilgilidir. Şöyle ki, diğer hastalık hallerinin nedenleri toplumun her kesiminde rastlanabilecek türdenken, meslek hastalıkları doğrudan görülen iş veya icra edilen meslektan kaynaklanmaktadır⁷⁵. Ancak, meslek hastalığı ile hastalık ayırımının yapılması her zaman kolay olmamaktadır, zira sonuç itibariyle bir meslek hastalığı durumu meydana geldiğinde her ne kadar ifa edilen meslek veya yapılan iş bunda temel neden olabilmekteyse de söz konusu fizyolojik/psikolojik bir rahatsızlık olduğundan nedeninin işten/meslektan bağımsız olması veya bunlara rağmen bu fizyolojik/psikolojik rahatsızlığın ortaya çıkmaması mümkündür⁷⁶. Dolayısıyla, sigortalının yakalandığı bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi ve bu sigorta kolu kapsamındaki yardımlardan faydalanabilmesi için meslek hastalığının 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde öngörülen şekilde tespit edilmesi gerekir.

Bir hastalığın iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında meslek hastalığı olarak kabul edilmesi için şu unsurların tamamını birlikte barındırmalıdır⁷⁷: Hastalanan kişi 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı

⁷³ ILO "Social Security (Minimum Standards) Convention", 1952, No. 102. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C102. E.T.: 20.09.2020.

⁷⁴ AKDENİZ, s. 25.

⁷⁵ Hatta meslek hastalıklarının mutlaka yapılan iş/icra edilen meslek kaynaklı olması meslek hastalıklarının sadece diğer hastalıklardan değil, iş kazalarından da ayrıran bir özelliktir; ÇENBERCİ, s. 123; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 381; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 416-417; İŞÇİ, s. 13-14 vd.; AKDENİZ, s. 20-22.; EREN, İş Kazası, s. 28.; ULUSAN, s. 81-84; ARICI, s. 317.

⁷⁶ AKDENİZ, s. 40-41.

⁷⁷ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 382-384; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 416-420; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 358-360; ÇENBERCİ, s. 124-126; SÜMER, s. 99-101; *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

olmalı (4/a'lı veya 4/b'li) veya bazı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmalıdır, sigortalı mesleki bir riske maruz kalmalıdır, sigortalının yakalandığı hastalık yaptığı iş dolayısıyla maruz kaldığı mesleki riskin sonucu olmalıdır ve söz konusu hastalık yönetmelikle tarafından meslek hastalığı olarak tanınmış ve belli bir süre içinde ortaya çıkmış olması veya Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu (“SSYSK”) tarafından meslek hastalığı olarak kabul edilmiş olması gerekmektedir.

Meslek hastalığının mesleki bir risk sayılması ve hatta onu, iş kazasından da ayıran unsuru; ortaya çıkan hastalığın yapılan işle ilişkili olmasıdır. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde açıkça “işin niteliğinden dolayı *tekrarlanan* bir sebeple veya işin *yürütüm şartları* yüzünden” ifadeleri kullanılarak bu husus açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ortaya çıkan hastalıkla yapılan iş arasında nasıl bir ilişki olması gerektiği de bu tanımda belirlenmiştir⁷⁸. O halde, Kanun'da belirtilen nedenlerden farklı bir nedenle ortaya çıkan hastalık, görülen işle ilgili bulunsa dahi meslek hastalığı olmayacaktır. Bunun yanında, meslek hastalığının ne tür bir hastalık olması gerektiği konusunda bir ayırım yapılmamış hem bedensel hem de ruhsal hastalıkların meslek hastalığı olabileceği kabul edilmiştir. Hastalık sonucunda, sigortalının Kurum tarafından yardım yapılması gereken fiziksel veya ruhsal bir zararı ortaya çıkmalı, iş kazasında olduğu gibi, sigortalının gelir veya kazanç kaybı olmuş olmalıdır⁷⁹. Öğretide -bizim de katıldığımız- bir görüşe göre, meslek hastalığı nedeniyle sigortalının uğradığı zarar mutlaka sigortalının tedavi olmasından kaynaklanmak zorunda değildir, tedavi süreci geçirmeksizin sadece istirahat etmesi gerekliliğinden de kaynaklanabilir⁸⁰. Başka bir ifadeyle, sigortalı tedavi olsun olmasın, uğradığı hastalık nedeniyle bir süre çalışmamalıdır. Burada bir tedavi uygulanıp uygulanmamasına karar veren kişi/kurumlar hekimler/sağlık hizmeti sunucuları olmalı, işçinin hastalık nedeniyle kendi kararıyla bir süre dinlenme amaçlı çalışmaması bu kapsamda tabii ki değerlendirilmemelidir. Kaldı ki bu durumda, aslında, hekim kararıyla

ALPER, 232-233; İŞÇİ, s. 94 vd.; AKDENİZ, s. 42 vd.; EREN, İş Kazası, s. 22vd.; ULUSAN, s. 81-84.

⁷⁸ SÖZER, s. 358-359; AKDENİZ, s. 59-60.

⁷⁹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 382-383; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 422; ÇENBERCİ, s. 125; KORKUSUZ/UGUR, s. 292; İŞÇİ, s. 114-116; AKDENİZ, s. 58-59; EREN, İş Kazası, s. 27; ULUSAN, s. 82.

⁸⁰ SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 359-360; ÇENBERCİ, s. 124-126; İŞÇİ, s. 94 vd.; AKDENİZ, s. 42 vd.; EREN, İş Kazası, s. 22vd.; ÖZDEMİR, s. 519-522; ULUSAN, s. 81-84.

istirahat veya gözetim amacıyla çalışmaya ara verilmesinde, tıbbi bir tedavi fiilen uygulanmasa bile, tıbbi bir gereklilik söz konusudur. Ayrıca, sigortalının hastalığı onda kalıcı hasarlar bırakabileceği gibi geçici sonuçlara da yol açabilir.

Meslek hastalığının maruz kalınan mesleki risk unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus da aniliktir⁸¹. Şöyle ki; yukarıda da ifade edildiği üzere anilik kazanın -dolayısıyla iş kazasının- bir özelliği olmakla birlikte meslek hastalığı belli bir süre bir işi yaparken maruz kalınan riske bağlı olarak, dolayısıyla belli bir zaman içinde ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce meslek hastalığının, belli bir riske belli bir süre maruz kalınması sonucunda ortaya çıkması da mutlak olarak, riske sürekli maruz kalma sonucunda hastalığa yol açması şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim, Alman hukukunda anilik unsurunun katı bir biçimde değerlendirilmediği, hukukumuz bakımından da anilik unsurunun mutlak olarak iş kazasına özgülenmesi gerekmeyeceği belirtilmiştir⁸². Gerçekten de meslek hastalıkları listesinde bulaşıcı hastalıklara da yer verildiği⁸³ ve bulaşmanın bir anlık -dolayısıyla ani- bir eylem olduğu dikkate alındığında, bu görüşe katılmamak mümkün olmayacaktır. Hatta bu durumda, meslek hastalığının ani olmamasını ve belli bir süre içinde ortaya çıkmasını “meslek hastalığına yol açan sebebin *tekerrür* etmesi” şeklinde açıklayan görüş⁸⁴ dikkate alınarak, riske, meslek icabı tekrarlayan biçimde maruz kalınması ama riskin bir seferde sonuca yol açması olarak da anlamak mümkündür.

Son olarak, açıklanan unsurların tamamına sahip olmak dahi bir hastalığın meslek hastalığı sayılması için yeterli değildir. Zira 5510 sayılı Kanun’un 14. maddesinin altıncı fıkrasına göre “hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı [...] Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir

⁸¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 397; SÜMER, s. 99-101; AKIN, Maddi Tazminat, s. 22-23; AKDENİZ, s. 21; EREN, İş Kazası, s. 22vd.; ÖZDEMİR, s. 519-522; ULUSAN, s. 81-84. Buna karşılık, iş kazasının yasal tanımında anilik unsuruna yer verilmediği, dolayısıyla iş kazasının varlığı için mutlaka ani olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 336-338; ÇENBERCİ, s. 117.

⁸² AKDENİZ, s. 21.

⁸³ Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, Ek 2, R.G. 11.10.2008/27021. Ek 2’de yer alan meslek hastalıkları listesinde D Grubu’nun başlığı “Mesleki Bulaşıcı Hastalıklar” olup bu başlık altında dört grupta (helminthiasis, tropik hastalıklar, hayvandan insana bulaşan hastalıklar ve meslek gereği enfeksiyon hastalıklarına özellikle maruz kişilerdeki enfeksiyon hastalıkları) çeşitli bulaşıcı hastalıklar, meslek hastalığı olarak tanınmıştır.

⁸⁴ EREN, İş Kazası, s. 26.

hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır”. Ayrıca, listede yer alan bir hastalığın meslek hastalığı sayılması için, “yükümlülük süresi” olarak ifade edilen azami bir süre içinde çıkmış olması gerekir (5510 s. Kanun m. 14, f. 3)⁸⁵. Bu süre, hastalığın çalışırken ortaya çıkmadığı durumlarda, çalışması son erdikten sonra en fazla ne kadarlık bir zaman dilimi içinde ortaya çıktığı takdirde meslek hastalığı sayılabileceğini göstermektedir. O halde, kural olarak, ancak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte⁸⁶ yer alan hastalıklar meslek hastalığı sayılabilecek ancak, bu yönetmelikte bulunmayan bir hastalık, SSYSK tarafından meslek hastalığı olarak tanınabilecektir. Ayrıca, SSYSK kararına karşı yargı yoluna başvurmak da mümkün olup, görevli mahkeme iş mahkemesidir⁸⁷. Hatta, yükümlülük süresi aşılmış hastalıklar bakımından da, yine SSYSK onayıyla bunların meslek hastalığı sayılması mümkündür. Buna göre, meslek hastalıklarının tespiti hukukumuzda “karma sistem” olarak adlandırılan⁸⁸ bir usule bağlanmıştır. Anılan sistemin kabul edilmiş olması, ILO’nun 121 Sayılı “İş Kazası Yardımları Tavsiye Kararı”na da uygundur⁸⁹. Nitekim, ILO üyesi ülkelerden Fransa’da da meslek hastalıklarının tanınması ve sınıflandırılması için hukukumuzdaki gibi karma sistem benimsenmiş olup

⁸⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 385-386; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 419; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 360.; KORKUSUZ/UĞUR, s. 292-293; ALPER, s. 234; ASLANKÖYLÜ, s. 676; AKDENİZ, s. 75-76; İŞÇİ, s. 110-111.

⁸⁶ Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği.

⁸⁷ “[...] yasa koyucu yargı yetkisi alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünü bu niteliği haiz olmayan bir kurula yasa ile bırakamaz. Uyuşmazlığın çözümü kuşkusuz tıbbi bir sorunun çözümünü gerektirmektedir. Mahkeme tıbbi sorunu, bilirkişi incelemesini gerektirir diğer işlerde olduğu gibi usulünce incelettikten sonra kararını verecektir. Sosyal Sigorta sağlık işlerinin kendine vergi özellikler taşıyan ve ayrı uzmanlığı öngören sağlık işleri olduğu düşüncesi dahi az önce açıklanan esaslardan ayrılmayı haklı göstermez. Kaldı ki 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 134. maddesi “Bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür” demek suretiyle görevli yeri de iş davalarına bakmakla görevli mahkeme olarak hükme bağlanmıştır.”, YİBGK, E. 1976/6, K. 1976/4, 28.06.1976, www.kazanci.com, E.T.: 10.10.2020.

⁸⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 418; AKDENİZ, s. 71.

⁸⁹ R121, İş Kazası Yardımları Tavsiye Kararı 1964, m. 7: “Ulusal mevzuatın belirli hastalıkların mesleki kaynaklı olduğuna ilişkin bir listeye yer verdiği durumlarda, listede yer almayan hastalıkların mesleki nedenlere dayandığını ve listede yer alan ama mesleki kaynaklı oldukları varsayımına yol açan koşulları taşımayan hastalıkların meslek hastalığı olduğunu ispat olanağı da tanınmalıdır.”, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R121:NO,E.T.:29.09.2020.

öncelik meslek hastalıkları listesinde yer verilen hastalıklarda bulunmakla birlikte, bu listelerde yer almayan hastalıkların meslek hastalığı olarak tanınabilmesi için işte maruz kalınan risklerden kaynaklanan hastalığın sigortalıda en az %25 oranında ve sürekli olarak meslekte kazanma gücü kaybına veya ölüme yol açması ve hastalıkla sigortalının rutin olarak ifa ettiği işi arasında doğrudan ve temel bir bağlantı olması zorunlu sayılmıştır⁹⁰. Benzer şekilde Belçika’da da “açık sistem” olarak adlandırdıkları ve “Meslek hastalığı listesinde yer almayan bir hastalık için de tazmin edici ödeme talep edilmesi mümkündür. Bunun için sigortalı hastalığının doğrudan ve kesin olarak yaptığı işe bağlı olduğunu kanıtlamak zorundadır. [...] Yapılan iş mutlaka hastalığın birincil nedeni olmalıdır. Fiiliyatta, bunun ispatı zordur. Yardımlardan yararlanabilmek için bir hastalığa yakalanmış olmak, bu hastalığa yol açabilecek bir hastalığa çalışan olarak maruz kalmış bulunmak ve yapılan işle hastalık arasında bir illiyet bağı bulunduğunu ispat etmek gerekmektedir”⁹¹ şeklinde açıkladıkları sistem uygulanmaktadır.

D. Meslek Hastalığının Bildirilmesi ve Tespiti

5510 sayılı Kanun’un 14. maddesinin dördüncü fıkrasına göre işveren sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu bizzat veya kendisine haber verilmesiyle öğrendiği tarihten itibaren üç işgünü içinde Kurum’a bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Aynı şekilde meslek hastalığına yakalanan bağımsız çalışan da bu durumu, öğrendiği günden itibaren üç işgünü içinde Kurum’a bildirmelidir. İşverenin veya bağımsız çalışan sigortalıların gerçekleştirecekleri bildirim usulü iş kazasının bildirimindeki usulle aynı olup; “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirgesi”nin elektronik ortamda (e-bildirge şeklinde) ulaştırılması veya doğrudan ya da posta yoluyla Kurum’a ulaştırılmasıyla gerçekleştirilir.

Meslek hastalığının tespiti aşaması ise iş kazasının tespitinden farklıdır. Her şeyden önce, iş kazasının bildiri halinde bildirilen olayın iş kazası olduğu, kısa vadeli sigorta servisleri tarafından sadece “düzenlenen İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirim Formunun, yine işverence düzenlenecek iş kazası tespit tutanağının, olayın intikal ettiği kolluk kuvvetlerince olay ile ilgili düzenlenecek tutanağın ve tanık ifadelerinin, kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen iş kazası dolayısıyla düzenlenen resmi belge, bilgi ve konuyla ilgili düzenlenen tutanak veya

⁹⁰ CHAUCHARD /KERBOURC’H /WILLMANN, s. 475-476.

⁹¹ https://fedris.be/fr/glossary#systeme_ouvert, E.T.: 05.09.2020.
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

raporların incelenmesi” sonucunda başka bir araştırma yapılmaksızın iş kazasının bulunduğu karar verilebileceken⁹² meslek hastalığı bakımından bu tespit kararının verilmesi prosedürü daha kapsamlı ve yasa gereği zorunludur. Şöyle ki, 5510 sayılı Kanun’un 14. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun; a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi, b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur”. O halde, sigortalının, meslek hastalığı sigortasından faydalanabilmesi için, bu durumunun mutlaka Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespiti gerekmektedir.

Kurum Sağlık Kurulu’nun meslek hastalığını nasıl tespit edeceği, “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği” ve “Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Genelgesi”nde açıklanmıştır. Ayrıca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na (şimdiki adıyla Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na) bağlı “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM)” meslek hastalığı tanısı koyarken, sağlık hizmet sunucusunun, “fiziksel muayene ve laboratuvar değerlendirmesi, klinik değerlendirme, çalışma öyküsünü alması ve işyeri ortam ölçümleri yapması” gerektiğini belirtmiş, özellikle çalışma öyküsünün, meslek hastalığı tanısında çok önemli olduğunu vurgulamıştır⁹³.

Kurum Sağlık Kurulu sigortalının meslek hastalığına tutulmadığı veya ölüm sebebinin meslek hastalığı olmadığına karar verdiği takdirde sigortalı veya hak sahibi, bu karara itiraz edip itirazları da reddedildiği takdirde iş mahkemesinde dava açabilirler. Bu durumda, yargı kararında Adli Tıp Kurumu’na başvurularak alınacak rapor esas alınır⁹⁴.

⁹² SGK 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları Genelgesi, s. 17, [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(5vogj44r2sadxpd2rhs0tez\)\)/Home/Goster/143421](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(5vogj44r2sadxpd2rhs0tez))/Home/Goster/143421), E.T.: 15.09.2020.

⁹³ ÇASGEM, s. 34.

⁹⁴ “Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de, diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu, giderek Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir.”, Y21HD, E. 2010/940, K. 2011/2881, 29.03.2011, Çalışma ve Toplum, S. 33, 2012, <https://calismatoplum.org/yargitay-karari/itiraz-halinde-adli-tip-kurumuna->

E. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Kapsamında Sağlanan Yardımlar

Hastalık sigortasından yararlanma koşullarından farklı olarak iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yardımlarından yararlanmak için belli bir süre prim ödenmiş olması şartı aranmamaktadır. Bu durum, bu sigorta kolunun mesleki nedenlerle ortaya çıkan riskleri konu edinme özelliğiyle uyumludur. Zira sigortalı, ne kadar süredir çalışıyor olursa olsun, o mesleki faaliyette bulunmaya başladığı andan itibaren, mesleki niteliği gereği o riskle karşı karşıyadır⁹⁵. Dolayısıyla, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmak isteyen sigortalılar 4/a'lılar, 4/b'liler ve 5. maddede sayılanlar-ve bunların hak sahipleri, meydana gelen olay veya ortaya çıkan hastalık, yukarıda belirtilen tanımlara uyuyor ve unsurları taşıyorsa başka koşul aranmaksızın bu sigorta kolu kapsamında sağlanan yardımlara hak kazanır.

Daha önce de belirtildiği üzere, sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazasıyla iş hukuku anlamında ve işverenin sorumlu olduğu iş kazası birbirinden farklı kavramlar olup sonuçları bakımından da farklılıklar içermektedir. Şöyle ki; sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olduğu kabul edilen bir durum gerçekleştiğinde, sigortalının taleplerini yöneltmek konusunda muhatabı Kurum olup Kurum'un karşılamakla yükümlü olduğu taleplerin çerçevesi de 5510 sayılı Kanun'un 16 ila 20. maddeleriyle emredici biçimde çizilmiştir. İş hukuku anlamındaki iş kazasından ve ayrıca meslek hastalığından işverenin sorumluluğu ise işçinin Kurum tarafından karşılanmayan zararı ile sınırlıdır⁹⁶. Dolayısıyla, hem sigortalının veya hak sahiplerinin zararlarını gidermek hem de işverenin sorumluluğunun söz konusu olacağı durumlarda bu sorumluluğun kapsamını belirlemek için Kurum'un yapacağı yardımların toplam değeri önem taşımaktadır. Kurum tarafından karşılanan zararlar -sigortalının zararlarını gidermek için Kurum'un yaptığı yardımlar- iki grupta toplanmaktadır: Sağlık yardımları

basvurulabileceği#gsc.tab=0, E.T.: 10.10.2020; Y21HD, E. 2015/18802, K. 2016/11419, 22.09.2016, BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 815-817.

⁹⁵ Benzer bir yaklaşımla, Fransız sosyal sigortalar hukukunda da, iş kazası veya meslek hastalığı mağdurunun ne kadar süredir sosyal güvenlik sistemine dahil olduğuna bakılmaksızın bu sigorta kolu kapsamındaki yardımlardan yararlanması öngörülmüştür, CHAUCHARD /KERBOURC'H /WILLMANN, s. 491.

⁹⁶ SÜMER, s. 202 vd. ve 218; "Kurumun iş kazası tahkikatının ve giderek zararlandırıcı olayın iş kazası olarak tespitinin açılan tazminat davalarına doğrudan etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki iş kazasından kaynaklanan tazminat davaları nitelikçe Kurumca karşılanmayan zararların tahsiline ilişkin davalar olduğundan [...]", Y21HD, E. 2016/13252, K. 2018/1437, 19.02.2018, BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 359-360; ULUSAN, s. 135-136 ve 158-159; AKIN, Maddi Tazminat, s.100-102; SÜZEK, s. 436.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

ve parasal yardımlar. Sağlık yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından değil genel sağlık sigortasından sağlanmaktadır. Öyleyse, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası sadece parasal yardımlar sunmaktadır. Bu parasal yardımlar da sigortalının uğradığı zararın niteliğine göre değişmektedir. Bununla birlikte, *yardımın türü, niteliği ve miktarı bakımından buna hak kazandıran zararın sebebinin iş kazası veya meslek hastalığı olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır*⁹⁷. İş kazası ve meslek hastalığı kapsamında sağlanan parasal yardımları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Öncelikle sigortalının uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle bir *geçici iş göremezlik hali* ortaya çıkabilir. Geçici iş göremezliğin hekim raporuyla saptanması gerekmektedir. Hekim raporuyla geçici bir süre çalışamayacağı belgelenen sigortalıya 5510 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir⁹⁸. Ödeneğin miktarı ve hesaplanması da Kanun'un 17. maddesinde “[...] verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç; iş kazasının [...] olduğu tarihten, meslek hastalığı [...] halinde ise iş göremezliğin başladığı tarihten önceki on iki aydaki son üç ay içinde 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun'un 18. maddesinde ise geçici iş göremezliği sağlık raporuyla belirlenmiş olan sigortalıya iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılacak geçici iş görmezlik ödeneğinin, bu rapora göre çalışmadığı her gün için verileceği öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, geçici iş görmezlik halinde yapılacak parasal yardımların miktarı, hesaplanması veya süresi konusunda, buna yol açan nedenin bir iş kazası veya meslek hastalığı olması bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

- İş kazası veya meslek hastalığı neticesinde sigortalının *sürekli iş göremez hale* gelmesi de mümkündür. 5510 sayılı Kanun'un 19. maddesine

⁹⁷ ÇENBERCİ, s. 129.

⁹⁸ Geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması için sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde iş göremezliğini hekim raporuyla belgelendirmekten başka şart aranmamasının istisnasını tarım ve orman işlerinde süresiz olarak çalışanlarla bir ay içinde on günden az ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından iş kazasından en az on gün önce sigortalı olma, sigortalılıklarının devam ediyor olması ve prim ile prime ilişkin borcu bulunmamasının aranması oluşturur (5510 s. Kanun Ek m. 5, f. 5 ve Ek m. 9, f. 3). Bir diğer istisna da 4/b'liler için öngörülmüş bulunan “genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş” olmasının zorunluluğudur (5510 s. Kanun m. 18, f. 2) ki aynı zorunluluk 4/b'lilerin sürekli iş göremezlik gelirene hak kazanabilmeleri için de aranmaktadır (m. 19, f. son).

göre sigortalının sürekli iş göremez hale geldiği, Kurum'un yetkilendirdiği sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarının verdikleri raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulu tarafından *meslekte kazanma gücünün en az %10'unun kaybedildiğinin* tespitiyle kabul edilerek sürekli iş göremezlik geliri bağlanır. Meslekte kazanma gücü kaybı oranına ilişkin sağlık raporu vermekle görevli sağlık hizmeti sunucuları, Kurum tarafından çıkarılmış bulunan “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği”nin 5. maddesinde; Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri, devlet üniversitesi hastaneleri, sigortalının ikamet ettiği ilde bunlardan biri bulunmadığı takdirde de Sağlık Bakanlığı tam teşekküllü hastaneleri olarak sayılmıştır. Meslekte kazanma gücü kaybının oranı sadece sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanmak bakımından değil, bağlanacak gelirin miktarının belirlenmesi için de önemlidir. Zira 19. maddenin üçüncü fıkrasında sürekli tam iş göremezlikte sigortalıya, gelirin, 17nci maddeye göre hesaplanan aylık kazancının %70'i oranında bağlanacağı, sürekli kısmî iş göremezlikte, tam iş göremezlik geliri gibi hesaplanarak bunun iş göremezlik derecesi oranındaki tutarının ödeneceği ve sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise gelir bağlama oranının %100 olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Ayrıca, sigortalı yeniden tedavi edildiği takdirde, meslekte kazanma gücü oranı da yeniden sağlık kurullarından alınan raporlara göre belirlenecektir (f. 2). Görüldüğü üzere sürekli iş göremezlik geliri, geçici iş göremezlik ödeneğinden farklı olarak sigortalıya işe devam edemediği geçici süre boyunca değil, tedaviye rağmen meydana gelen hastalık veya engellilik nedeniyle meslekte kazanma gücünü belirli bir oranda kaybettiği takdirde ve meslekte kazanma gücü kaybı bu oranın altına düşmediği sürece ödenir.

- Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da belirli koşulların varlığı halinde geçici iş göremezlik ödeneğinin veya sürekli iş göremezlik gelirin Kurum tarafından azaltılabileceği, kesilebileceği veya hiç verilmeyebileceğidir. Gerçekten de 5510 sayılı Kanun'un 22. maddesinde, ödenek veya gelirin, “ceza sorumluluğu olmayanlar ile kabul edilebilir bir mazereti olanlar hariç, sigortalının hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malûl kalmasına neden olması halinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak dörtte birine kadarının” ve “ceza sorumluluğu olmayanlar hariç, ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadarının” eksiltileceği öngörülmüştür. Ayrıca, yukarıda da değinildiği üzere, kasdi hareketiyle iş kazasına uğrayan veya meslek

hastalığına tutulan ya da “Kurumun yazılı bildirimine rağmen teklif edilen tedaviyi kabul etmeyen” sigortalıya ödenen ödenek veya gelir de yarı yarıya azaltılacaktır. Dahası, tedavi gördüğü hekimden çalışabileceğine ilişkin rapor almadan çalışan sigortalıya da geçici iş göremezlik ödeneği ödenmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, süresi içinde iş kazası bildirimini yapmamış olan bağımsız çalışanlara ödenek, iş göremezliklerinin başlangıcından itibaren değil, geç yaptıkları bildirimden itibaren ödenecektir.

- Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ölümü halinde Kurum tarafından yapılacak yardımlar, hak sahiplerine yapılır ve bu husus 5510 sayılı Kanun’un 20. maddesinde düzenlenmiştir. *Hak sahibi* kavramı, Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 7. bendinde; “Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babası” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda hak sahiplerine yapılacak parasal yardımlar; *gelir bağlanması*⁹⁹ ile 37. maddeye göre *cenaze ve evlenme ödenekleri* ödenmesidir.

- İş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sağlanan bir yardım olmamakla birlikte, sosyal sigortalar dahilinde 4/a ve 4/b’li sigortalılara başka bir parasal yardım daha yapılması mümkün olabilmektedir. Şu kadar ki; söz konusu sigortalılar iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğradıkları zarar neticesinde meslekte kazanma güçlerinin en az %60’ını kaybettikleri takdirde malûl sayılarak malullük aylığına hak kazanırlar (5510 sayılı Kanun m. 25, f. 1). Ancak, malullük aylığına hak kazanmak için meslekte kazanma gücündeki %60 ve üzeri kaybın Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmiş olması yeterli olmayıp, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamındaki yardımlara hak kazanmak için aranmayan bazı şartların da sağlanması gerekmektedir. Buna göre sigortalı “az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş” olmalı ve “Malûliyeti nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan veya işyerini kapattıktan veya devrettikten sonra Kurumdan yazılı istekte bulunmalı”dır. Ayrıca 4/b’lilerin genel sağlık sigortası primleri dahil prime ilişkin hiçbir borcu bulunmamalıdır. Görüldüğü üzere, aranan

⁹⁹ Hak sahiplerine gelir bağlanmasında, 20. maddede yapılan atıf nedeniyle, *ölüm aylığına* ilişkin 34 ve 35. maddeler esas alınacaktır.

sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı şartlarını sağlamayan ve çalışmaya devam eden sigortalıların malullük aylığına hak kazanmaları söz konusu değildir. Halbuki iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanmak için bu tür koşullar aranmamaktadır. Öyleyse, sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hem sürekli iş göremezlik gelirine hem de -bunun için aranan sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve çalışmama koşullarını da sağladığı takdirde- malûl sayılarak malullük aylığına hak kazanması mümkündür. Böyle bir ihtimal gerçekleştiği takdirde “[...] sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır” (5510 s. K. m. 54, f. 1, c)

F. İş Kazası ve COVID-19

Çalışmamızın “Giriş” kısmında da bahsettiğimiz gibi SGK, 2020/12 sayılı Koronavirüs Genelgesi ile COVID-19’a maruz kalarak sağlık hizmeti sunucularına başvuran sigortalıların hastalık kapsamında provizyon almaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Genelge’de vurgulandığı üzere COVID-19’un salt bulaşıcı bir hastalık olması, bunun her durumda mutlaka fizyolojik bir risk sayılmasını gerektirmez, mesleki bir risk teşkil etmeyeceği anlamına gelmez. Nitekim yukarıda yer verilen yabancı ülke mevzuatlarından uygulama örnekleri ile konuya ilişkin uluslararası kuruluşların değerlendirmeleri de COVID-19 ciddi boyutta mesleki risk oluşturduğu yönündedir¹⁰⁰.

Hukukumuzda, yargının, bulaşıcı hastalıkları sosyal sigortalar hukuku boyutuyla nasıl ele aldığı hakkında önemli bir örnek olarak Yargıtay, kısaca “H1N1 kararı” olarak adlandırmayı tercih ettiğimiz yeni tarihli sayılabilecek kararında¹⁰¹ işçinin, işvereni tarafından görevli olarak gönderildiği yerde H1N1 virüsü kaparak, görevlendirildiği yerden döndükten sonra bu bulaşıcı hastalık nedeniyle ölümünü iş kazası olarak kabul etmiştir. Karara konu olayda, işçi virüsü işveren tarafından iş için gönderildiği yerde kapmış, sonuçları döndükten sonra ortaya çıkmıştır. Bir olayın iş kazası olarak tanımlanabilmesi için kaza olayı bir anda gerçekleşmiş olmakla birlikte,

¹⁰⁰ ECDC, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işyerlerinin hem çalışanları için büyük risk arz ettiğini hem de hastalığın topluma yayılmasında büyük etkisi olduğunu belirtmiştir, s. 2.

¹⁰¹ Y21HD, E. 2018/5018, K. 2019/2931, 15.04.2019, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020. *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

zararlandırıcı sonucun zaman içinde ortaya çıkmış olması da mümkündür¹⁰². Burada önemli olan husus, kazanın 5510 sayılı Kanununun 13. maddesinde sayılan hallerden birinde meydana gelmesi ve hemen olmasa bile sigortalının sağlığı üzerindeki olumsuz sonuç (zarar) ile bu kaza olayı arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır. Söz konusu kaza olayı olan hastalanma; bulaşıcı hastalığın ortaya çıkması -test sonucunda saptanması, semptom göstermesi veya sekel bırakması- değil, buna sebep olan virüsün veya bakterinin *bulaşması* olayıdır. Öyleyse, iş kazası türleri/halleri açıkça sayılmamışsa da Kanun'un 13. maddesinde iş kazası sayılmaya ilişkin koşullar açık ve emredici nitelikte düzenlenmiş olup, virüsün bulaşma eylemi ve sigortalıyı fiziksel veya ruhsal olarak engelli hale getirmesinin bu koşullara uygun biçimde gerçekleştiği durumlarda, salt bir Genelge nedeniyle Kanun'un söz konusu hükmü yok sayılarak bunun iş kazası değil de alelade bir hastalık olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Esnek çalışma modelleri uygulanarak çalışma yaşamında sosyal temasın aza indirilmesinin mümkün olmadığı veya mümkün olduğu halde tercih edilmediği durumlarda çalışanın, bu aza indirilemeyen veya indirilmeyen sosyal temas nedeniyle maruz kaldığı virüse bağlı hastalık riskinin mesleki risk olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla, COVID-19'un da 13. maddede sayılan hallerden birinde bulaştığı ve meydana gelen zarar -geçici veya sürekli iş görmezlik ya da ölüm- bu hastalığın sonucu olduğu takdirde, olayın bir iş kazası sayılacağı açıktır¹⁰³.

¹⁰² Örneğin Yargıtay bir kararında, “Kalp krizi işyerinde başlamış ve buna bağlı olarak sigortalı başka bir yerde ölmüşse olay iş kazasıdır” görüşündedir, Y10HD, 1122/1433, 26.02.1996, ASLANKÖYLÜ, s. 665. Kaldı ki, 13. maddede de açıkça iş kazasının sigortalıyı hemen veya *sonradan* engelli hale getiren bir olay olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰³ AKIN, s. 22-23; ÖZVERİ, Murat: “Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, İzmir, 2020, s. 28; YENER, Mehmet Zahid: “COVID-19 Salgının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020) (Editörler: ÇALIŞKAN, Yusuf/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz/EROL, Ömer Faruk/DÜLGER, Ahmet/AHTER YAKACAK, Gülnihal/KAFALI, Ömer Faruk), İstanbul, 2020, s. 255; ARSLAN DURMUŞ, Seda: “COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 78, S. 2, 2020, s. 376-377, DOI: 10.26650/mecmu.2020.78.2.0004, E.T.: 22.10.2020. YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgının Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 19, S. 38 (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı), 2020, s. 45; NARTER, Sami/ŞİMŞEK, Cebrail: “Sağlık Çalışanları İçin COVID-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı Mıdır?”, Karatahta, S. 16, 2020, s. 163-167. Ayrıca bkz. ŞAHİN EMİR, Asiye: “İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

Bulaşmanın önlenmesinde maske kullanımı kadar kişiler arasında fiziksel mesafe veya güncel deyimle *sosyal mesafe* sağlanması da çok etkilidir. Bununla birlikte, kalabalık veya kalabalık sayılabilecek sayıda insanın bir arada olduğu işyerlerinde, üstelik çalışma sürelerinin de azaltılmadığı durumlarda, mesafenin her koşulda sağlanması mümkün olmadığı gibi sürekli maske kullanımı da zorluk gösterecek, dolayısıyla virüsün bulaşma riskinin azaltılması güçleşecektir. Dolayısıyla, esnek çalışma uygulanmayan, işyerine gidip burada başkalarıyla birlikte, özellikle de sosyal mesafenin korunmasının mümkün olmayabileceği kapalı alanlarda çalışanların, ne kadar önlem alınırsa alınsın işyerindeyken virüse maruz kalarak hastalanmaları mümkündür. Nitekim kapalı ve yeterince havalandırılmayan alanda çalışma, havalandırma sistemleri nedeniyle bulaşma, çalışma alanının ıslak olması sebebiyle bakterilere ve mantar enfeksiyonlarına elverişlilik yaratması gibi özellikler, “enfeksiyon hastalıklarının gelişimini etkileyen mesleki risk faktörleri” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁴.

COVID-19’un damlacık enfeksiyonu ile hızlı biçimde yayılan bir hastalık olması ve asemptomatik kişiler tarafından da bulaştırılabilmesi, çalışanlar bakımından işyerlerini veya çalışmalarını nedeniyle farklı farklı kişilerle temas ettikleri her durumu önemli bir risk konumuna getirmesinin yanında, hayatın her alanında -iş dışındaki özel alanlarında da- bu riske maruziyetin yüksek olacağı açıktır. Bu nedenle, COVID-19’un bir iş kazası olarak meydana gelip gelmediğinin tespitinde, bulaşmanın 5510 sayılı Kanun’un 13. maddesinde sayılan durumlardan birinde gerçekleştiğinin tespiti büyük güçlükler arz etmektedir. Böyle bir tespit yapılırken titizlikle somut olayın

Kanun Anlamında İş Kazası Olup Olmadığının Değerlendirilmesi -Domuz Gribi (H1N1) ve Koronavirüs (COVID-19) Özelinde Bir Değerlendirme-“, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 17, S. 66, 2020, s. 576-580 ve COVID-19’un hem meslek hastalığı hem de iş kazası özellikleri taşıdığına ilişkin değerlendirmeler için KORKUSUZ, Ammar Yasir: “Çalışma Hayatında COVID-19 Pandemisine Maruz Kalanların Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 22, S. 2, 2020, s. 679-680. Yargıtay, 2014 tarihli bir kararında da sigortalının (5510 sayılı Kanun’un 13. maddesindeki hallerde gerçekleştiği anlaşılan) kene sokması sonucunda ölümünü iş kazası kabul etmiştir (Y21HD, E. 2014/6372, K. 2014/10626, 13.05.2014, www.kazanci.com, E.T.: 29.09.2020). Kararı değerlendiren SÖZER, “meslek hastalığı gibi tekrarlanan bir nedenle doğmayan ancak, kişinin yapmakta olduğu iş nedeniyle yakalandığı ve etkisi kısa süre içinde ortaya çıkan bulaşıcı hastalıkların iş kazası olarak” değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir; SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 458.

¹⁰⁴ İSGİP, s. 331.

özellikleri incelenmeli ve belli başlı özellikler gözetilerek -hastalığın bulaşma anını somutlaştırmada bazı kriterler belirlenerek- sonuca varılmalıdır.

Bu kriterler, hem H1N1 kararındaki gibi, hastalığın tespit edildiği tarih ve kuluçka süresi dikkate alınarak¹⁰⁵ hastalığın bulaştığı tarihte sigortalının çalışıp çalışmadığının veya izinde olup olmadığının araştırılması; hastalığa yakalanan sigortalının aynı evde yaşadığı kişilerde sigortalıdan önce hastalığın tespit edilip edilmediği, dolayısıyla sigortalının, hastalığa birlikte yaşadığı kişiler nedeniyle yakalanıp yakalanmadığı; her türlü sosyal ortama girilmesi değil ancak düğün, toplantı gibi ve sonrasında virüs yayılımı tespit edilen kalabalık ortamlara belirli bir süreden fazla dahil olunup olunmadığı gibi durumların göz önünde bulundurulması olabilir. Ayrıca, bir işyerinde COVID-19 vakası olarak tespit edilen ilk kişinin dışarıdan aldığı virüsü işyerine getiren kişi olduğu kabul edilerek, bu çalışan için normal hastalık, sonrasında aynı işyerinde tespit edilecek -ilk tespit edilenin bulaştırma süresi dikkate alınarak- vakaların ise iş kazası olduğu kabul edilebilir¹⁰⁶. Haklı olarak belirtildiği üzere, vakaların ve temaslı oldukları kişilerin tespit ve tedavisi için yürütülen fiyasyon çalışmaları da virüsün bulaşma tarihi ve şeklini tespit için önemli bir rol oynayacaktır¹⁰⁷.

Yukarıda, iş kazasının zarar unsuru açıklanırken belirtildiği üzere söz konusu zarar Kurum'un yardım yapmasını gerektirecek, dolayısıyla sigortalının gelir veya kazanç kaybına uğramasına yola açacak bir zarar olmalıdır. Zarara ilişkin bu özellik, konumuz bakımından ayrıca önemlidir: COVID-19 vakalarında sıklıkla rastlanan "belirti göstermeme veya hafif sayılabilecek (hastaneye yatış gerektirmeyen) belirtilerle atlatma" durumlarında da sigortalının izole olması ve sonuç olarak bu izolasyon süresi boyunca çalışamayacak olması nedeniyle bir geçici iş göremezlik hali ortaya çıkmaktadır. Öyleyse, iş kazası niteliğinde bir bulaşma sonucu COVID-19 olduğu hekim raporuyla tespit edilen sigortalı, geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacaktır. Sigortalı bu nedenle meslekte kazanma gücünün en az %10'unun kaybettiği takdirde sürekli iş göremezlik gelirine, sigortalının ölümü halinde ise hak sahipleri ölüm aylığına hak kazanacaklardır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ YENER, s. 255.

¹⁰⁶ ŞAHİN EMİR, 575.

¹⁰⁷ AKIN, s. 24 ve 29-30; ARSLAN DURMUŞ, s. 382-383; ŞAHİN EMİR, 572-573.

¹⁰⁸ Sigortalının ölümünün, iş kazası niteliğindeki COVID-19'a bağlı olup olmadığının tespitinde kanımızca DSÖ'nün yayınlamış olduğu, "International Guidelines for Certification and Classification (Coding) of COVID-19 as Cause of Death (COVID-19'un YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

G. Meslek Hastalığı ve COVID-19

Meslek hastalıklarının unsurları açıklanırken, iş kazası ile meslek hastalıkları arasında anilik bakımından fark bulunduğu ama bunun mutlak olarak ve çok katı biçimde anlaşılması gerektiği belirtilmişti. Nitekim yine daha önce de vurguladığımız üzere, bu durumun tipik örneğini meslek hastalığı olarak meslek hastalıkları listesinde yer verilmiş bulunan bulaşıcı hastalıklar oluşturmaktadır.

Meslek hastalığı listesi, yapılan işle ortaya çıkan hastalık arasındaki neden-sonuç ilişkisini ortaya koyduğundan sigortalıyı bu ilişkiyi ispat yükünden kurtararak ona kolaylık sağlamaktadır¹⁰⁹. Mevcut listede, henüz SARS-CoV-2 virüsü veya bunun sebebiyet verdiği COVID-19 hastalığına yer verilmemiştir. Dolayısıyla şu an için hukukumuz bakımından, COVID-19'un bir meslek hastalığı niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir¹¹⁰. Dahası, her ne kadar meslek hastalıkları listesinde bazı bulaşıcı hastalıklara yer verilmişse de kanaatimizce böyle açık biçimde meslek hastalığı olarak tanımlanmayan bulaşıcı hastalıkların SSYSK kararıyla meslek hastalığı sayılması zordur. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, her ne kadar meslek hastalıklarının belirli bir süre maruz kalma sonucunda gerçekleşmesi gerektiği, ani olarak gerçekleşmeyeceği mutlak biçimde algılanmamalıysa da kanaatimizce, anilik özelliği taşıyan hastalıkların meslek hastalığı sayılması istisnadır. Dolayısıyla SSYSK kararıyla böyle bir tanımanın güçlüğü dikkate alındığında, ani şekilde -bulaşma yoluyla- ortaya çıkan bir hastalığın meslek hastalığı sayılmasının ancak açıkça listede yer verildiği durumlarda mümkün olabileceği kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, sadece açıkça belirtilen durumlarda kuralın dışına çıkılarak istisnai düzenleme yapılabilir.

COVID-19'un listeye alınarak bir meslek hastalığı sayılması mümkündür. Böyle bir ihtimalde, kanımızca şu iki hususun üzerinde özellikle durulmalıdır: Öncelikle, hangi meslek grupları bakımından COVID-19'un bir meslek hastalığı sayılabileceği, virüse maruz kalma yoğunluğu ve hastalığı atlama şekli -eldeki mevcut veriler ve istatistiki bilgiler dikkate alınarak- tespit edilmelidir. Bundan başka, SARS-CoV-2

Ölüm Nedeni Olarak Belgelenmesinde ve Sınıflandırılmasında Uluslararası Rehber İlkeler)"den faydalanmak yerinde olacaktır kanısındayız;

https://www.who.int/classifications/icd/Guidelines_Cause_of_Death_COVID-19.pdf, E.T.: 15.09.2020.

¹⁰⁹ SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 360.

¹¹⁰ Ayrıca bkz. AKIN, s. 21-22; YÜREKLİ, s. 45; ŞAHİN EMİR, s. 581; ARSLAN DURMUŞ, s. 386-387.

virüsünün bulaşma şekli, dolayısıyla, COVID-19 hastalığının sebebinin işyeri kaynaklı olup olmadığından emin olmak-mutlak biçimde olmasa bile kesine yakın biçimde emin olmak- için birtakım kriterler belirlenmesi de mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, COVID-19 meslek hastalığı olarak nitelendirildiği takdirde, sağlık çalışanları gibi, virüse maruz kalma bakımından çok yüksek risk altındaki meslek grupları açısından tanınması, hatta sağlık tesislerinin kapalı alan ve kalabalık işyerleri olduğu dikkate alındığında, “sosyal mesafe” kuralının uygulanmasının imkansıza yakın olduğu da gözetilerek sadece COVID-19 hastalarıyla yakın temaslı çalışanlar değil tüm sağlık çalışanları için bir meslek hastalığı riski olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Her ne kadar, COVID-19’un belirli meslek grupları (örneğin sağlık çalışanları için) meslek hastalığı listesine alınması *mümkünse de kanımızca gerekli değildir*¹¹¹. Zira, COVID-19’un meslek hastalığı olarak kabul edildiği Fransa’da, bu durum, ülkemizdeki aksine gereklidir çünkü Fransız hukukunda hem sosyal güvenlik mevzuatında iş kazası daha dar kapsamlı biçimde düzenlenmiştir¹¹² hem de bu düzenleme doğrultusunda Yargıtay içtihatları uzun yıllardır¹¹³ “meslek hastalıkları listesinde yer almayan bulaşıcı hastalıkların iş kazası sayılamayacağı” yönündedir. Buna karşılık Türk hukukunda, COVID-19’un meslek hastalığı sayılması yönünde bir düzenleme yapılsa dahi 4/a’lı ve 4/b’li sigortalılar için, 13. maddede sayılan hallerden birinde gerçekleştiğinde bir iş kazası olarak yine iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamındaki yardımlardan yararlanmaları sonucu doğuracaktır. Öyleyse, iş kazası olarak nitelendirilebilecek bir durumun, ayrıca meslek hastalığı olarak tanınmasına gerek yoktur. Dahası, öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, “iş kazası ile meslek hastalığının çakıştığı durumlarda” iş kazası prosedürü, meslek hastalığı prosedürüne göre daha “kolay takip edilebilir” olduğundan, sigortalının daha lehine olacaktır¹¹⁴.

¹¹¹ Benzer bir görüş için bkz. ARSLAN DURMUŞ, s. 387. Buna karşılık KORKUSUZ, COVID-19’un sağlık çalışanları için meslek hastalığı olarak tanınması gerektiği ancak bunlar dışındaki çalışanlar için, virüse işyerinde maruz kalmaları nedeniyle hastalanmış olsalar dahi iş kazası sayılamayacağını ileri sürmüştür, s. 683.

¹¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CHAUCHARD /KERBOURC’H /WILLMANN, s. 440 vd.; GRANDGUÏLOT, s. 70.

¹¹³ Cass. ass. plén. 21 mars 1969, n° 66-11.181, www.legifrance.gouv.fr, E.T.: 29.09.2020.

¹¹⁴ ÖZVERİ, s. 26-27.

IV. TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU SİSTEMİNDE COVID-19'UN ÇALIŞANLAR BAKIMINDAN VAZİFE MALULLÜĞÜ OLUŞTURUP OLUŞTURAMAYACAĞI SORUNU

A. Sosyal Sigortalar Hukukunda Vazife Malullüğünün Tanımı ve Koşulları

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanun'da 4/c'liler kısa vadeli sigorta kolları kapsamı dışında bırakılmışlardır. Dolayısıyla, kamu görevlileri, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerine tabi değildir. Bununla birlikte, mesleki risklerin 4/c'liler bakımından söz konusu olmadığı da söylenemez. Dolayısıyla, 4/c'lilere de mesleki risklere karşı sosyal bir güvence sağlanması gerekir. Bu güvence “vazife malullüğü” ve “harp malullüğü” ile sağlanmakta olup söz konusu malullük halleri adi malullüğün özel bir türüdür¹¹⁵. Ancak harp malullüğünün bu çalışmanın merkezini oluşturan COVID-19 hastalığıyla bir ilişkisi bulunmadığından burada sadece vazife malullüğü ele alınacaktır.

Malullük, bir kısa vadeli sigorta kolu değil, uzun vadeli sigorta kolu olup erken emekliliğe benzediği ifade edilmiştir. Ancak malullük, emeklilikten farklı olarak, ne zaman ortaya çıkacağı bilinemeyen -kaldı ki ortaya çıkması da kesin olmayan- ancak gerçekleştiği takdirde emeklilikten çok daha erken gerçekleşen ve dolayısıyla malullük sigortasından yararlanma koşullarının emeklilikten daha kolay düzenlendiği bir risktir¹¹⁶. Tanımlayıcı bir hüküm niteliğinde olan, 5510 sayılı Kanun'un 25. maddesinde¹¹⁷ *malûl sayılma*; “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı malûl sayılır” şeklinde tanımlanmıştır.

Özel bir malullük türü olan “vazife malullüğü” ise yine 25. madde ve buradaki atıfla 47. maddede tanımlanmıştır. Buna göre 4/c'liler, hastalık nedeniyle, çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kayb ettikleri takdirde ve hastalıkları “vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu

¹¹⁵ ARICI, s. 354. AKIN, Levent: “5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası”, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 886.

¹¹⁶ AKIN, Malullük, s. 880-882.

¹¹⁷ ÇENBERCİ, s. 340.

işlerden veya kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kazadan doğmuş olursa”, vazife malûlü sayılacaklardır.

47. maddede yer alan, sigortalının (4/c’linin) vazife malûlü olabilmesi için, malullüğe sebebiyet veren olayın nedenleri sınırlı sayıdadır. Bu nedenlerden “sigortalının vazifesini yaptığı sırada kazaya uğramış olması”, iş kazasını tanımlayan 13. maddedeki “sigortalının işyerinde bulunduğu sırada kazaya uğraması” halini iş kazası sayan ifadeye benzemektedir. Ancak burada, sigortalının işyerinde bulunması yeterli olmayıp vazifesini yapıyor olması da gerekmektedir. Vazifesini yapıyor olmakla birlikte bu ifadeden de anlaşıldığı üzere uğranılan kazanın vazifeyle ilgili olması, kaza olayı ile sigortalının vazifesi arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunması şartı aranmamaktadır. Nitekim 5510 sayılı Kanun’daki bu hükmün eski mevzuattaki karşılığı olan 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nun¹¹⁸ 45. maddesinde vazifesini yapıyor olmanın yanında *vazifeden doğmuş olma* şartı da aranmaktaydı. Yeni düzenlemede bu şarta yer verilmemiş olması öğretide haklı olarak bilinçli bir tercih olarak nitelendirilmiş, sigortalının vazife malûlü sayılması için vazifesini yaparken uğradığı kazanın vazifesiyle ilgili olmasının gerekmediği belirtilmiştir¹¹⁹. Hatta, “kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kaza” hallerinde de kaza ile sigortalının vazifesi arasında bir bağ aranmamaktadır.

Sayılan tüm koşullar gerçekleşmesine rağmen, sigortalının vazife malûlü sayılmaması da mümkündür. Zira 47. maddenin ikinci fıkrasına göre “keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan, mevzuat ve emir dışında hareket etmiş olmaktan, yasak fiilleri yapmaktan, intihara teşebbüsten, her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına menfaat sağlama veya zarar verme amacından” kaynaklanan durumlarda sigortalı hakkında vazife malullüğü hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

4/c’liler hakkında ayrıca belirtilmesi gereken bir durum da bu sigortalılar için vazife malullüğü düzenlemesine yer verilmiş olmakla birlikte, bu malullüğün sebebi konusunda vazife (iş) kazası ile vazife (meslek) hastalığı ayrımı veya tanımlaması yapılmamış olmasıdır. Dahası, kamu görevlileri

¹¹⁸ RG. 17.06.1949/7235.

¹¹⁹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 492; TUNCAI/EKMEKÇİ, s. 493; SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 305; AKIN, Malullük, s. 888-889.

hakkında uygulanmak üzere bir “meslek hastalıkları listesi” de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, vazife malullüğünün, bu şekilde tanımlanmamış olsa bile meslek hastalığı özelliği taşıyan bir hastalıktan kaynaklanmasının önünde de bir engel yoktur¹²⁰. Nitekim öğretilerde de harp malullüğünün düzenlendiği Kanun olan 5510 sayılı Kanun’da, eski mevzuatta harp malullüğünü düzenleyen 5434 sayılı Kanun’un aksine iş kazasının yanında meslek hastalığına da ayrıca yer verildiği ve bunun “düzenleniş şekline göre hareket edildiğinde, yasanın sigortalı saydığı tüm çalışanlara uygulanabilir nitelikte” olduğu, “dolayısıyla bu tür maluliyet olaylarında meydana gelen zararı salt iş kazası boyutuyla ele almak aynı koşullarda oluşan meslek hastalıklarına yasanın sağladığı kolaylıkları sunmamak anlamına” geleceği bunu isabetli olmayacağı ifade edilmiştir¹²¹. Bu görüş her ne kadar harp malullüğünün mutlaka bir kaza sonucu değil ancak daha uzun süre maruziyetle gerçekleşen meslek hastalığı nedeniyle de ortaya çıkabileceğini açıklamaya yönelik olsa da kanımızca aynı yorumu genel olarak vazife malullüğü için yapmak da mümkündür.

B. Vazife Malullüğü Halinde Sağlanan Yardımlar

Vazife malûlü sayılan sigortalıya malullük sigortası kapsamında parasal yardımlar yapılacaktır. Ancak bunun için öncelikle, sigortalının vazife malûlü sayılmasına neden olan olayın Kurum’a süresi içinde bildirilmesi gerekmektedir. Bildirim yükümlülüğü 5510 sayılı Kanun’un 47. maddesinin üçüncü fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, öncelikle, vazife malullüğünün 4/c’liler için öngörülmuş bir durum olmasının doğal sonucu, bildirim yükümlülüğü bulunan işveren “kamu idaresi”dir. Kamu idaresi 4/c’li çalışanın *vazife malullüğüne sebep olan olayı* hem kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatı gereği yetkili mercie derhal hem de Kurum’a en geç on beş iş günü içinde; olayın meydana geldiği tarihten, (hastalıkları sebebiyle vazife malullüğü hükümleri uygulanacaklar için) hastalıklarının tedavisinin imkânsız olduğuna dair düzenlenen kesin raporun onay tarihinden, esirlik ve gaiplik hallerinde ise, bu hallerin sona erdiği tarihten itibaren bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

Vazife malûlü olduğu Kurumca tespit edilen 4/c’lilere malullükleri nedeniyle görevleriyle ilişkilerinin kesilmesini takip eden ay başından itibaren *vazife malullüğü aylığı* veya sigortalının bu nedenle ölümü halinde

¹²⁰ SÖZER, Sosyal Sigortalar, s. 329.

¹²¹ AKIN, Malullük, s. 900.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanır¹²². Vazife malullüğü aylığına hak kazanmada değil ama aylığın hesabında sigortalının prim ödeme gün sayısı da önem taşımaktadır; çünkü 47. maddenin yedinci fıkrasına göre 10 800 güne kadar prim ödeme gün sayısı bulunan sigortalılarla bunun üzerinde prim ödeme gün sayısı bulunanların vazife malullüğü aylığı bu süreler üzerinden ayrı ayrı hesaplanacaktır. Yine, aylığın hesaplanmasında malullük derecesine göre zam yapılacaktır.

C. Vazife Malullüğü ve COVID-19

COVID-19 pandemisi sadece işçiler ve bağımsız çalışanlar için değil kamu çalışanları için de önemli bir tehlike teşkil etmektedir. Dolayısıyla, konunun, 4/c'liler bakımından da bir mesleki risk arz etmesi hali dikkate alınmalıdır.

Kamu görevlilerinde vazife malullüğüne yol açmayan bir hastalık halinde ne gibi haklara sahip olacakları sosyal sigortalar mevzuatında değil 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede “Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde on sekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise on iki aya kadar izin verilir. Memurun, hastalığı sebebiyle yataklı tedavi kurumunda yatarak gördüğü tedavi süreleri, hastalık iznine ait sürenin hesabında dikkate alınır. [...] *Görevi sırasında veya görevinden dolayı bir kazaya veya saldırıya uğrayan veya bir meslek hastalığına tutulan memur, iyileşinceye kadar izinli sayılır*” hükmü yer almaktadır. Şu halde, COVID-19'a yakalanan bir kamu görevlisine, bu hastalığı ve izin ihtiyacını sağlık raporuyla belgelenmek kaydıyla, on iki aya kadar ve maaşında eksilme olmaksızın hastalık izni verilecektir. On sekiz aylık sürenin uygulanması bakımından henüz COVID-19'a ilişkin bu kadar uzun süreli izin gerektirecek tedavi ihtiyacı olup olmayacağı *henüz bilinmediğinden şimdilik* bu hastalığın azami on iki ay istirahat gerektirebileceği varsayılabilir. İleride, COVID-19'un da maddede sayılan kanser, verem, akıl hastalığı gibi uzun süreli tedaviye ihtiyaç gösteren bir hastalık olduğunun kabul edilmesi de mümkündür. Hatta kanaatimizce, COVID-19'un alıntılanan son cümledeki “*görevi sırasında veya görevinden dolayı bir kazaya uğrama*” halinde gerçekleşmesi özellikle de *kamu sağlık*

¹²² Her ne kadar 47. maddenin beşinci fıkrasında sigortalının ölümü halinde bağlanacak aylığa da vazife malullüğü aylığı adıyla yer verilmişse de ASLANKÖYLÜ'nün de haklı olarak belirttiği üzere (s. 1604-1605) bu ifade sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması şeklinde anlaşılmalıdır.

çalışanları için, COVID-19'a görevleri nedeniyle yakalanmadıkları kesin biçimde ortaya konmadığı takdirde, uygulanması gereken bir hükümdür.

Görüldüğü üzere, 4/c'lilerin görevleriyle ilgisi olsun olmasın herhangi bir hastalık nedeniyle bir süre -hatta uzunca bir süre- sağlık raporu almış olmaları kaydıyla, çalışmadıkları hallerde, 657 sayılı Kanun gereği *sadece aylıklarında değil, özlük haklarında* da bir kayıp söz konusu olmayacağından, iş kazası ve meslek hastalığı veya hastalık sigortası kapsamında ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma ihtiyaçları zaten bulunmamaktadır. Dolayısıyla, geçici iş göremezlik ödeneği bakımından, 4/c'lilerin kısa vadeli sigorta kolları -konumuz özelinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası- kapsamında yer almamaları bu sigortalılar için uygulamada olumsuz bir sonuca yol açmamaktadır. Buna göre, 4/c'lilerin yaptıkları işle ilgili olsun olmasın, COVID-19'a yakalanmaları halinde ve sağlık raporu aldıkları takdirde, raporlu oldukları, bu nedenle *geçici olarak iş göremedikleri süre boyunca* bir gelir kayıpları olmamaktadır.

COVID-19 pandemisi boyunca çalışan 4/c'liler için COVID-19'a yakalanmalarının vazife malûlü sayılmalarına yol açması için hem hastalığa yakalanma şekilleri bakımından 47. maddedeki koşulları taşımaları hem de bunun sonucunda çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybetmeleri gerekmektedir. Tıpkı 4'a ve 4/b'liler için iş kazasında olduğu gibi burada da 4/c'liler için sorun teşkil edebilecek olan husus, bulaşmanın vazife malûlü sayılmaya sebebiyet veren hallerden birinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitidir. "İş kazası ve COVID-19" başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olduğundan tekrardan kaçınıyoruz. Yalnız, sağlık çalışanlarının önemli bir bölümünün Sağlık Bakanlığı'na veya devlet üniversitelerine bağlı hastanelerde çalışan 4/c'li sigortalılar olduğu dikkate alındığında, bu kişiler için COVID-19 kaynaklı malullük durumu ortaya çıktığı takdirde veya COVID-19'a bağlı ölümleri halinde, 47. maddede sayılan koşulların, özellikle de "vazifelerini yaptıkları sırada" meydana geldiği koşulunun sağlandığı *kural olarak* kabul edilmelidir. Bunun aksi, ancak hastalığın inkübasyon süresi ile hastalığın ortaya çıkma zamanı, sigortalının bu dönemde izinde olup olmadığı, sigortalının görev yaptığı birimde COVID-19'lu hiç vaka veya başka çalışan bulunup bulunmadığı gibi hususlar birlikte değerlendirilerek, virüsün sigortalının vazifesini yaptığı sırada (veya 47. maddenin ilk fıkrasında sayılan diğer hallerin varlığı altında) virüse maruz kalması sebebiyle değil başka bir ortamda/sebeple COVID-19'a yakalandığının kesin veya kesine yakın bir biçimde ortaya

konmasıyla kabul edilebilmelidir. Burada, sağlık çalışanları arasında da kanaatimizce *pandemi hastanesinde veya COVID-19 servisinde çalışıp çalışmama* gibi bir ayırım gözetilmemelidir çünkü salgının yayılımının hızı ve genişliği dikkate alındığında böyle bir ayırım yapılması mümkün değildir.

SONUÇ

COVID-19 pandemisinin sadece sosyal yaşamda veya aile yaşamı dahilinde değil tüm çalışanlar -işçiler, bağımsız çalışanlar, memurlar- için çalışma yaşamlarında da bir tehlike teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ancak bu tehlikenin, sosyal riskler bağlamında bir mesleki risk mi fizyolojik risk mi sayılacağı, çalışanların COVID-19'a yakalanarak belli bir süre çalışmamaları, dolayısıyla iş göremezlik sonucu gelir kaybına uğramaları ve hatta, bu hastalığa bağlı ölümleri halinde hak sahiplerinin durumu açısından belirleyici olacaktır.

Bireysel iş hukukundaki iş kazası kavramından daha geniş kapsamlı bir kavram olan sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası, 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerde gerçekleşen ve sigortalıyı zarara uğratan her olayı kapsamaktadır. Dolayısıyla, 13. maddede sayılan biçimde gerçekleşen bir bulaşıcı hastalığa uğrama olayının da iş kazası sayılması gerekecektir. Nitekim, Yargıtay'ın 2019 senesinde vermiş olduğu, sigortalının, iş için görevli gittiği yerde kapıldığı H1N1 virüsü nedeniyle ölümünü iş kazası olarak kabul ettiği kararı, COVID-19 bakımından da yol gösterici niteliktedir. COVID-19'a, 13. maddede tanımlanan şartlara yakalanan 4/a ve 4/b'li çalışanlar için iş kazası sayılması gerektiği, kanaatimizce açıktır. Ancak burada, hastalığın damlacık enfeksiyonuyla bulaşan ve belirti göstermeyen kişilerce de bulaştırılabilen bir virüsten kaynaklanması yayılımını kolaylaştırmakta, dolayısıyla sigortalının COVID-19'a yakalandığı tespit edildiğinde, bulaşma olayının 13. maddede sayılan hallerden birinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi kolay olmayacaktır. Dolayısıyla, virüsün bulaşma şeklinin titizlikle incelenmesi gerekecektir.

İş kazasıyla aynı sigorta kolu kapsamında düzenlenen ve ortaya çıkış şekli ile tanınması bakımından iş kazasından önemli biçimde ayrılan, ancak sonuçları ve bunlardan yararlanma koşulları iş kazasıyla aynı şekilde düzenlenmiş bulunan bir diğer mesleki risk; meslek hastalıklarıdır. Her ne kadar COVID-19'un niteliği itibariyle sigortalılarda bir iş kazası sonucunda ortaya çıkması kuvvetli bir olasılıksa da, hastalık riskine başka çalışanlardan daha fazla ve sürekli maruz kalan bazı meslek grupları, özellikle de sağlık çalışanları için durumun bir meslek hastalığı olarak kabul edilip

edilemeyeceği de tartışmalıdır. Kural olarak, anlık bir olayla meydana gelen bulaşıcı hastalıkların meslek hastalığı olabilmesi istisnaiyse de açıkça meslek hastalıkları listesinde yer verildiği takdirde imkânsız değildir. Ancak kanaatimizce, halihazırda iş kazası özellikleri taşıyabilecek bir durumun daha komplike bir tespit sürecine bağlı meslek hastalığı olarak kabulünü tercih etmek yerinde olmayacaktır.

Son olarak, kamu çalışanları için mevzuatımızda “iş kazası ve meslek hastalığı” hali düzenlenmemişse de hem Devlet Memurları Kanunu’nun 105. maddesindeki düzenleme hem de 5510 sayılı Kanun’un vazife malullüğü düzenlemesi, kamu görevlilerine mesleki risklere karşı koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, COVID-19’a bu düzenlemelerde öngörülen koşullarda yakalanan kamu görevlileri bakımından da anılan hükümler uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Ayşe Ledün: Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, İstanbul, 2015.
- AKIN, Levent: “COVID-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren, C. 34, S. 2, 2020, s. 16-71.
- AKIN, Levent: “5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 879-923. (Malullük)
- AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001. (Maddi Tazminat)
- ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Bursa, 2019.
- ANDAÇ, Faruk: Sosyal Güvenlik Hukuku ve İlgili Kuruluşlar, İstanbul, 2018.
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2015.
- ARSLAN DURMUŞ, Seda: “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 78, S. 2, 2020, s. 363-393, DOI: 10.26650/mecmua.2020.78.2.0004, E.T.: 22.10.2020.
- ASLANKÖYLÜ, Resul: En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi SSK ve Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı, Cilt I, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- AYDIN, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının

- Değerlendirilmesi 2015, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2017, s. 557-868.
- BALCI, Mesut/SONER, Birol/AYDOĞAN, Bahri/YENER, Ahmet: İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Ankara, 2020.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Sosyal Sigorta Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Kamu-İş, Ankara, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2003, s. 288-379.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Yeni Mevzuatın Getirdiği Değişiklikler”, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu-İş, Ankara, 2007, s. 57-104, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/sosguvsem.pdf>, E.T.: 05.09.2020. (Kısa Vadeli)
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2009, s. 297-350.
- CHAUCHARD, Jean-Pierre/KERBOURC’H, Jean-Yves/WILLMANN, Christophe: Droit de la Sécurité Sociale, 8^e édition, Paris, 2018.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM): Meslek Hastalıkları, Ankara, 2013.
- ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1985.
- DU, Yinhzhen/TU, Lei/ZHU, Pingjun/MU, Mi/WANG, Runsheng/YANG, Pengcheng/WANG, Xi/HU, Chao/PING, Rongyu/HU, Peng/LI, Tianzhi/CAO, Feng/CHANG, Christopher/HU, Qinyong/JIN, Yang/XU, Guogang: “Clinical Features of 85 Fatal Cases of COVID-19 from Wuhan A retrospective Observational Study”, American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine, V. 201, No. 11, 2020, s. 1372-1379, DOI: 10.1164/rccm.202003-0543OC, E.T.: 29.09.2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, Ankara, 1974. (İş Kazası)
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019.
- European European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC): Infection prevention and control for COVID-19 in healthcare settings, Fourth update, 3 July 2020, Stockholm, 2020.
- GRANDGUILLOT, Dominique: L’essentiel du Droit de la Sécurité Sociale, 19^e édition, Paris, 2020.
- GÜLVER, Ender: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.

- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2020.
- İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (İSGİP): Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, 2015, http://www.isgip.gov.tr/wp-content/uploads/2015/11/isgip_saglik_tani_rehberi1.pdf, E.T.: 15.09.2020
- İŞÇİ, Bülent Ferat: Meslek Hastalığının Tanım ve Tespiti, İstanbul, 2017.
- İZVEREN, Adil: Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, 2. Baskı, Ankara, 1970.
- KORKUSUZ, Ammar Yasir: “Çalışma Hayatında COVID-19 Pandemisine Maruz Kalanların Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 22, S. 2, 2020, s. 673-693.
- KORKUSUZ, M. Refik/UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 6. Baskı, Bursa, 2018.
- KURT, Resul: 250 Soruda Koronavirüs (COVID-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020.
- MUTLAY, Faruk Barış: “5510 Sayılı Kanunda Bağımsız Çalışanlar Bakımından Öngörülen İş Kazası Halleri Yenilik Midir?”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan III (Editör: Süleyman Başterzi), İstanbul, 2011, s. 2435-2467.
- NARTER, Sami/ŞİMŞEK, Cebrail: “Sağlık Çalışanları İçin COVID-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı Mıdır?”, Karatahta, S. 16, 2020, s. 139-170.
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, 2014.
- ÖZVERİ, Murat: “Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, İzmir, 2020, s. 25-38.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2019. (Sosyal Sigortalar)
- SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 437-583.
- SÜMER, Halûk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019.
- SÜMER, Halûk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020. (Sosyal Güvenlik)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2019.
- YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

- ŞAHİN EMİR, Asiye: “İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı Kanun Anlamında İş Kazası Olup Olmadığının Değerlendirilmesi - Domuz Gripi (H1N1) ve Koronavirüs (COVID-19) Özelinde Bir Değerlendirme-“, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 17, S. 66, 2020, s. 547-592.
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, 2020.
- T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü: COVID-19 (SARS-Cov-2 Enfeksiyonu) Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, Ankara, 2020, https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39060/0/covid19_rehberigenelbilgilerepidemiolojivetanipdf.pdf, E.T.: 05.09.2020.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, 2019.
- Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Ankara, 2011
- ULUSAN, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990.
- ÜÇİŞİK, H. Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 2015.
- WALSH, Kieran A./JORDAN, Karen/CLYNE, Barbara/ROHDE, Daniela/DRUMMOND, Linda/BRYNE, Paula/AHERN, Susan/CARTY, Paul G./O'BRIEN, Kirsty/O'MURCHU, Eamon/O'NEILL, Michelle/SMITH, Susan M./RYAN, Mairin/HARRINGTON, Patricia: “SARS-CoV-2 Detention, Viral Load And Infectivity Over The Course Of An Infection”, Journal of Infection, 81, 2020, s. 357-371, <http://doi.org/10.1016/j.jinf.2020.06.067>, E.T.: 29.09.2020.
- World Health Organization (“WHO”), “Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions”, Scientific Brief, 9 July 2020, file:///Users/naz/Downloads/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Transmission_modes-2020.3-eng-1.pdf, E.T.: 10.09.2020.
- YENER, Mehmet Zahid: “COVID-19 Salgının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020) (Editörler: ÇALIŞKAN, Yusuf/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz/EROL, Ömer Faruk/DÜLGER, Ahmet/AHTER YAKACAK, Gülnihal/KAFALI, Ömer Faruk), İstanbul, 2020, s. 243-267.

YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgının Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 19, S. 38 (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı), 2020, s. 34-61.

calismatoplum.org

www.comcare.gov.au

covid19.saglik.gov.tr

fedris.be

www.ilo.org

www.ituc-csi.org

www.kazanci.com

legifrance.gouv.fr

www.sgk.gov.tr

resmigazete.gov.tr

www.who.int

CONQUEST OVER CYBERSPACE: AN UNLIMITED SOVEREIGNTY?

(SİBER UZAY ÜZERİNDEKİ HAKİMİYET: SINIRSIZ BİR EGEMENLİK Mİ?)

Jacques Kabano * **

ÖZ

Egemenlik, tanım gereği, devletin üstün gücünün sınır ötesi durumlarda, kendi toprakları içinde ve dışında kullanılmasıdır. Egemenlik kelimesi, Orta Çağ'dan beri her şeyin üzerinde olan hükümdarın - kral, prens veya imparator- gücüne atıfta bulunmak için kullanılmıştır. Ancak 1950'ler ile 1980'ler arasında siber uzay olarak adlandırılan yeni bir tür alan ortaya çıkmıştır. Bu sanal alan, diğer tüm alanlardan daha fazla karakteristik özelliğe sahipti. Zamanla, devletlerin ortaya çıkan bu yeni alanı kontrolleri altına almaları ise zorunlu hale gelmiştir.

Politik anlamda, sahip olduğu olanaklar göz önüne alındığında bu sanal egemenliğin ele geçirilmesi doğru bir harekettir. Hukuki açıdan bakıldığında, insanların toplumdaki yaşamlarını düzenleyen kuralların işleyişlerini ve içeriğini inceleyen sosyal bir bilim olan hukuk, toplumdaki herbir bireyi birbirine bağlayan ve onlara gerçek bir evrensel topluluk hüviyeti kazandıran bu “ağlar ağına” kayıtsız kalamayacaktır. Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan egemen eşitlik ilkesi, modern uluslararası ilişkileri düzenleyen temel bir kuraldır ve devletlerarası münasebetlerin tüm alanlarında geçerlidir. Bu ilkenin, temel ilke olarak siber uzaya da uygulanması gerekmektedir çünkü siber uzay artık bu tür ilişkiler için pratik bir yerdir. Ancak, bu tür bir uygulanabilirliğin sağlanması için siber uzay, henüz sahip olmadığı net bir uluslararası hukuk konusu niteliğine sahip olmalıdır. Siber uzayda zaman ve mesafe gibi belirleyici faktörlerin olmaması, çoklu siber saldırı vakalarını ve siber savaş ihtimalini güçlendirmektedir. Bu alanın müphem karakteri, kabul edilebilir eşikleri geleneksel askeri operasyonlardan daha düşük olan doğrudan eylem biçimlerinden dönüştürmektedir. Muhtelif aktörler arasındaki güç

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 09.10.2020. İlk hakem raporu tarihi: 01.12.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 11.01.2021; Onaylanma tarihi: 14.01.2021.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0248-9204.

Esere Atıf Şekli: Jacques Kabano, “Conquest Over Cyberspace: An Unlimited Sovereignty?”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.117-139.

farklılıklarını azaltarak hatta klasik eylemlere ek olarak, asimetrik veya hibrit saldırıdan masrafsız bir dönüşe imkan verirken, failinin siber isnatlardan kaçınmak için kimliklerini gizlemesine izin verir. Bir devlet siber bölgesini ne kadar koruyabilir? Bu alan üzerinde devletin yetkisinin kapsamına ilişkin herhangi bir sınırlama var mıdır?

Bu çalışmada, sanal egemenliğe karşı klasik yaklaşımdaki egemenliği, bu tür egemenliklere ilişkin bilimsel tartışmaları ve uluslararası hukukun mevcut kurallarının siber uzaya kıyasen uygulanabilmesinin yanında bu tür egemenliklere ilişkin bilimsel tartışmalar ışığında sanal egemenlik ve klasik yaklaşımdaki egemenlik kavramlarının karşılaştırılması yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Siber Uzay, Siber Saldırı, Egemenliğin Sınırlandırılması, Klasik Egemenlik, Sanal Egemenlik*

ABSTRACT

Sovereignty, by definition, is the exercise of the supreme power of the state inside and outside its territory, in case of extraterritoriality. The word 'sovereignty' since the Middle Ages, was used to refer to the power of the sovereign, who was overall; the king, prince, or emperor. However, between the 1950s and 1980s, a new kind of space dubbed cyberspace emerged. This virtual territory engaged more personalities than any other space. Over time, it became imperative for States to include this newly gained space under their control.

Conquering this virtual sovereignty given its potentials, politically speaking, equals the right move. From a legal perspective, Law as a social science that studies the mechanisms and contents of the rules through which humans regulate their lives in a community, cannot be alien to this 'network of networks' that connects each sub-community and brings them together in a genuine universal community. The sovereign equality as a principle under the Charter of the United Nations is an ultimate rule governing modern international relations and valid in all spaces of interstate exchanges. It is imperative for this principle and its essence to be applied to cyberspace because cyberspace is now the right place for diplomacies. However, to achieve this kind of applicability, cyberspace needs to have a clear international law position, which it does not have by the time. The absence of determining factors such as time and distance within cyberspace strengthens the multiple occurrences of cyber-attacks and the possibility of cyber warfare. Its opacity allows the return of direct modes of action whose acceptance thresholds are lower than conventional military operations. It allows an inexpensive return of the asymmetric or hybrid offensive, by

reducing the power differences between different players, or even in addition to conventional military actions, while allowing its author to hide their identities to avoid cyber attributions. How far would states go to protect their cyber territory? Are there any limitations to this conquest? In this paper, a comparison between sovereignty in the traditional approach and virtual sovereignty, scholarly discussions on these types of sovereignties, as well as the analogy to apply existing rules of international law to cyberspace, will be established.

Keywords: *Cyberspace; Cyber-attack; Limitation of Sovereignty, Classic Sovereignty; Virtual Sovereignty*

INTRODUCTION

We are confronted at the beginning of the 21st century with the legacy that the last century left us, setting the trend in technology and facing an imminent change in the social, cultural, and economic paradigm. In the current context where multi-polarization, economic globalization, cultural diversification, and computerization are gaining in-depth, and where the global governance system is undergoing profound changes, humanity is entering a new era of the information revolution. Digital platforms offer a new square of exchanges that strengthens the free and direct expression of citizens. They compete with traditional intermediary organizations: unions, political parties, and various associations. This square is called cyberspace. Cyberspace can be defined as *“a global and interconnected network of information, communication infrastructures, including the Internet, telecommunications networks, computer systems, and the information located there.”*¹

There are so many factors to limit the sovereignty of States; such as limitations of State sovereignty in the economic sphere through liberalization-privatization and multinational corporations and international economic organizations, limitations brought by ratified conventions and treaties, and other factors such as globalization where socio-economic cultural exchanges between citizens of different countries are inevitable. However, this paper will focus on those limitations that involve States directly and hit their sovereignties, either directly imposed on them or self-assumed responsibilities. For that reason, it will only discuss limitations by unilateral international obligation where States limit the extent of their sovereignty with a unilateral commitment which at the end becomes binding

¹ N. Melzer, *Cyberwarfare and international Law*, UNIDIR, 2011, p. 4

and no chance to revoke, by limitation not to use force and settle their disputes peacefully, and finally by limitations imposed to them of not to interfere into other States' internal matters. After establishing a comparison between traditional and virtual sovereignty, then an analysis of these limitations in the framework of cyberspace will follow.

A. CLASSIC APPROACH ON SOVEREIGNTY

The State is not subordinate to any other entity and is subject only to its own will. The State exercises its supreme authority over a given population and a territory.² Sovereignty, therefore, means independence, the ability not to have the will of others imposed on them (principle of non-intervention), and freedom of internal organization. External sovereignty is based on the principle of equality between States, whatever their effective power, resources, or demography, and therefore regardless of de facto inequalities.³ This equality also means that States are not subject to any higher authority even outside of it. States are theoretically subordinate to only standards which they have defined or to which they have consented.⁴ In this sense, international relations are thus characterized by horizontal relations between independent political groups.⁵ The concept of sovereignty was forged, to sum up, this singular power which is posed as the distinctive sign of the State, an abstract entity erected as the depositary of social identity and the source of all authority: it means that the State has supreme power of domination, that is to say of an irresistible and unconditional power which not only imposes itself on the subjugated, without them being able to escape from it but also escapes any bond of subordination, to any relationship of dependence.

This affirmation of the sovereign power of the State does manifest itself internally: the legal order of the State gradually imposes its supremacy, by replacing, or at least by superimposing itself, on the pre-existing legal orders

² A. Franceschet, "Sovereignty and Freedom: Immanuel Kant's Liberal Internationalist 'Legacy.'" *Review of International Studies* 27, no. 2 (2001): 209–28. doi:10.1017/S0260210500002096

³ Y.S. Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı: doğuşu, gelişimi kavramsal çevresi ve dönüşümü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, p. 66-68.

⁴ J. Robert, *Marxist-Leninist Doctrine and The Soviet Theory of Sovereignty*. In: *The Soviet Concept of Limited Sovereignty from Lenin to Gorbachev*. Palgrave Macmillan, London, 1990, p. 211.

⁵ E. KURUBAŞ, "Uluslararası İlişkiler Düşüncesi ve Dünya Politikasında Değişimi Anlamak", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 2 Sayı 1 (2012), p.16-19. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/181031> accessed 16 September 2020
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

and by becoming the sole legal framework of reference for the whole community; as Kelsen pointed out, the State tends to become "the total legal order,"⁶ which integrates and brings together all others. It also manifests itself externally. Classic international law is built on the idea of State sovereignty, sovereignty which does not mean here a supreme power as in the internal order, but the absence of any link of subordination:⁷ the sovereign State does not recognize any authority superior to its own and any limitation of that authority can only come from its consent; international society thus appears to be a fundamentally "anarchic" society, made up of equally sovereign entities and within which there is no power of command.

This classic theory of sovereignty and the theory of State⁸ itself has been the subject of strong criticism in legal doctrine, without eradicating the underlying conception of law.

The most systematic criticism is undoubtedly that of Duguit, who rejected the very idea of sovereignty and beyond the very concept of the State. According to him, the State is in reality only an abstract entity placed behind the physical person of the rulers to legitimize the use of coercion; the legal norm is therefore not the expression of sovereign power, but only the manifestation of the power of domination held, in fact, by the rulers.⁹ However, insofar as he admits the privilege of the precondition and affirms that obedience is due to any act emanating from the rulers, the commands of power are presumed to conform to objective and legitimate law, Duguit indeed surreptitiously reintroduced the idea of public sovereign power.¹⁰

Kelsen also challenged the classic theory of sovereignty insofar as it conceives of the State as a mystical entity which, hidden behind the law, would order its creation and give it binding force: in reality, it is the legal order itself which regulates the conditions of production of legal norms and makes the State exist as a "*legal person*" to whom these acts will be imputed, which means that "*the law regulates its creation*"; the State is thus, in the end, "*the national legal orders find the reason for their validity in the international legal order, which at the same time defines their spheres of*

⁶ H. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol. 55, No. 1 (Nov. 1941), pp.44-70. Available at

<https://www.jstor.org/stable/1334739?seq=1> accessed 9 December 2020.

⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p.16

⁸ For more about State theory, especially discussions and criticisms, see: O. Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayincılık, İstanbul, 2015, pp.189-286

⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3rd Ed., vol.5, Fontemoing, 1927-1930, p.67,79.

¹⁰ Duguit, p. 79.

validity, the international legal order must be superior to each national order."¹¹

However, a further step is required. The relationship established between State formation and legal monism is undoubtedly schematic: despite its totalizing claims and its quest for exclusivity, the State legal order has never succeeded in reducing to itself and condensing all legal phenomena; it has always been caught in the rear and bypassed by norms forming in other places and partly escaping its mediation. And these breaches, which lie below, on the fringes and beyond the State, are widening in contemporary society. State law is dominated by an increasingly dense set of norms, which contribute to further limit the sovereignty of States.

No doubt international law is at first glance perfectly compatible with the principle of sovereignty since it was built on the foundation of this principle. It implies that the State cannot be obliged without its permission: on the other hand, nothing prevents it from entering into the agreements it deems useful with other States, as well as from respecting certain rules relating to custom or jus cogens; as the *International Permanent Court of Justice* ruled in its first judgment of August 17, 1923, "*the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty*".¹² International law is therefore not, like domestic law, the expression of supreme power, but the product of the meeting of sovereign wills: it is an "*inter-state*" law, created from the agreement of States.

This approach is, however, too simple: beyond their sovereignty in principle, States are required to enter into the agreements necessary for their development and to forge links of interdependence that they cannot break unilaterally; an international order has indeed been formed from a set of conventional and unconventional sources, and this order weighs as a constraint on States. Supra-state law takes on even greater importance from the moment when, as in Europe, regional groups have been built above States: this construction results in the existence of a specific and superior legal order to that of States;¹³ the extreme density of community law, which

¹¹ H. Kelsen, 1941, p. 70

¹² S.S. "WIMBLEDON" Judgment of 17 August 1923 (Series A, No. 1), First Annual Report of the Permanent Court of International Justice (1 January 1922 – 15 June 1925), Series E, No. 1, pp. 163-168. Available at https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/5_e.pdf accessed 5 October 2020.

¹³ Summaries of EU Legislation, Precedence of European Law, 1 January 2010. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l14548> accessed 5 October 2020.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

has become more and more invasive, as evidenced by the proliferation of regulations and directives, which States are forced to apply under penalty of sanctions, shows that this regulatory space is tending to become constantly expanding to the detriment of the State legal space.

Applied to law, the concept of sovereignty traditionally has two inseparable faces, referring to one another as if by mirror effect:¹⁴ as an order of constraint, the law implies the existence of a supreme order of which it is supposed to derive any legality; and the existence of this order is the guarantee of the normative power of law. However, the law could no more be locked in the folds of a supreme and totalizing order than it could be reduced to the sole constraint: vector of institutionalization, the law is found at very different levels of the social structure; and the coordination of social activities can be carried out in various ways, more or less constrained.

B. VIRTUAL SOVEREIGNTY

In theory, the legal structure can easily adapt to technological changes and it is up to the jurisprudence to carry out the necessary adjustments to make the system viable in the context of conflicts and specific transactions. The interpretation of the rules of international law within the framework of cyberspace presupposes above all that these rules are applicable. Although there is no convention or rules specifically relating to cyberspace, this does not mean that cyberspace is a zone of "lawlessness", in which there is a legal vacuum and where no applicable rules exist.

The United Nations Intergovernmental Group of Experts (GGE), established by a resolution of the General Assembly in 2003¹⁵, has been tasked with examining the risks that arise or could arise from cyberspace and possible cooperative measures to deal with them. In this report, the group notably declared that: "*international law and, in particular, the United Nations Charter applies to the use of ICTs by States. This affirmation is essential to maintaining peace and security and promoting an open, secure, stable, accessible and peaceful ICT environment*".¹⁶

Article 2 (1) of the *Charter of the United Nations* thus States that "*the organization is founded on the principle of the sovereign equality of all its*

¹⁴ J. Chevallier, *Souveraineté Et Droit*, In D. M. Desgrées du Loû, *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, Coll. Grands Colloques, 2006, pp. 203-219. Available at: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728232/document> accessed 5 October 2020

¹⁵ A/RES/58/32.

¹⁶ UN GGE Report 2013 (A/68/98*), §19 (adopted by the GA: UN Resolution A/RES/68/243 on the UN GGE Report 2013)

Members". Tallinn manual editors consider that States also exercise their sovereignty in cyberspace, at least over their cyberinfrastructures.¹⁷ In this sense, the bigger the cyberinfrastructures, the bigger the cyberspace. Cyberspace, while providing enormous prospects for humanity, also postures various new problems and contests. Safety and stability in cyberspace are now a matter of global concern that involves the sovereignty, security, and development interests of different countries. The Internet suffers from problems that become more and more severe, such as unbalanced development, imperfect rules, and irrational order.

Along with the law, power constitutes the other factor regulating international relations. The power of the State can be measured against the level of freedom of action it has; it corresponds as much to its ability to coerce as to its ability to influence the behaviors of other actors. The power of a State therefore determines its ability to guide the course of international relations. Today, the control of information and the networks that it uses, as well as that of artificial intelligence, are becoming essential components of the power of States, both to influence the various actors and to legitimize their action. In the same logic, the NGOs, transnational firms, IOs, and civil society can also benefit from the use of information technologies to spread their fundamental ideologies.

It is useful to make a distinction between the governance "of" the Internet as a technical system (the rules applicable to the logical layer: protocols, naming systems, addressing, etc.) and, on the other hand, governance "on" the Internet, i.e., the rules applicable to what Internet users do in cyberspace (issues of privacy, freedom of expression, security, etc.). Overall, the system of governance "of" the Internet, which is based on an effective ecosystem of organizations, including ICANN¹⁸, works quite well. There are certainly always improvements to be made and specific questions remain, notably on the status of ICANN, which is a US multi-stakeholder group. However, the technical governance system that supports Internet activities has managed to allow the network to grow from a few hundred

¹⁷ Tallinn Manual – Rule 1 – Sovereignty: « *A State may exercise control over cyberinfrastructure and activities within its sovereign territory* ». This means that a State regulates the use and access to infrastructure located on its territory as it wishes. (M. N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual 2.0 On the International Law Applicable to Cyber Operations, (Michael N. Schmitt ed., 2d ed. 2017)

¹⁸ *The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)* is the organization that coordinates the Internet address and domain name system (www.icann.org).
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

users to three billion without major technical problems.¹⁹The reason for this growth goes side by side with the evolution of technology itself. As the technology evolved new versions of applications, new technical solutions like antiviruses, and new features in telecommunication devices have been added to markets so that users can have more choices available to their needs and their financial situations.

On the other hand, there is a problem concerning governance "on" the Internet (or in cyberspace): there are no instruments, nor even the spaces for dialogue so that the various actors concerned by the activities on the Internet can discuss their ways of cooperation among themselves. Certainly, national governments exist and their laws must apply, but cyberspace is fundamentally cross-border and there are no tools to deal with normative tensions such as settling questions regarding privacy, freedom of expression, and the fight against cybercrimes. Conferences or intergovernmental organizations fail to deal seriously with these issues because governments do not agree with each other. Today there is a pile of national laws seeking to reaffirm national sovereignty or sovereignties, at the risk of encroaching on the sovereignty of other countries. The revealing element in this regard was the paroxysm of the extraterritorial extension of the sovereignty of a country, the *United States*, represented by the activities of the *National Security Agency (NSA)*.²⁰

The fact that internet service mega-companies²¹ from some countries like the US and China are used by countries and *de facto* they apply the law of those countries outside of them, is completely contrary to the very principles of sovereignty and non-interference. For all many actors, the application of surveillance through operators based in the United States is in fact, a violation of sovereignty.²²

¹⁹ Interview with Bertrand de La Chapelle on Sovereignty in the cyberspace. He was a member of the board of directors of ICANN from 2010 to 2013. F. Douzet: *Souveraineté et juridiction dans le cyberspace*, *Hérodote*, n° 152-153, La Découverte, 2014. <https://www.cairn.info/revue-herodote-2014-1-page-174.htm> accessed 4 October 2020.

²⁰ D. Kedmey, Report: NSA Authorized to Spy on 193 Countries, 1 July 2014. <https://time.com/2945037/nsa-surveillance-193-countries/> accessed 6 October 2020.

²¹ A. Bloomenthal, World's Top 10 Internet Companies, 18 September 2020, <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/030415/worlds-top-10-internet-companies.asp> accessed 5 October 2020.

²² F. Douzet, 2014

The United States, European countries, European Union²³, Japan, and several other OECD countries have not changed their general position on how internet governance should work, they are in favor of multi-stakeholder mechanisms that bring together governments, civil societies, and the private sectors. On the other hand, China and Russia, but also Saudi Arabia and a few others, rightly reaffirm what has been the reality for a very long time: *“Public policy matters are the exclusive domain of States, and therefore, if international regimes are to be defined, it is up to governments alone to decide governance on the Internet.”*²⁴ Many countries have not taken a position, so do not have a clear idea of what they want.

C. COMPARISON OF CLASSIC APPROACH ON SOVEREIGNTY AND VIRTUAL SOVEREIGNTY IN TERMS OF THEIR LIMITATIONS

Whether in practice or doctrine, the notion of sovereignty stands as the most debatable topic in the history of public international law.²⁵ Since the emergence of the first "independent human groups, endowed with a supreme authority which could be individual or collective"²⁶, the term "sovereignty" has known *"a long and eventful history during which it took on meanings, connotations, and ideas of different tones depending on the context and the objectives of those who employed it"*.²⁷

National sovereignty is opposed to the notion of popular sovereignty, which in turn involves mechanisms of direct democracy, such as citizens' assemblies, imperative terms, or referendums. The notion of national

²³ **Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic, and Social Committee and The Committee of The Regions Internet Policy and Governance Europe's Role in Shaping the Future of Internet Governance (Text with EEA Relevance) /* COM/2014/072 Final**, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0072&from=DA> accessed 9 December 2020.

²⁴ E. Saakashvili, "The global rise of Internet sovereignty", *Authoritarian Tech*, 21 March 2019. Available <https://www.codastory.com/authoritarian-tech/global-rise-internet-sovereignty/> accessed 6 October 2020.

²⁵ H. Steinberger, *Sovereignty*, in *Encyclopaedia of Public International Law* by R. Bernhardt, Elsevier, vol. 4, 2000, p. 500.

²⁶ TRUYOL and SERRA, *Sovereignty*, in *Fundamental Legal Vocabulary of Law*, APD, t. 35, 1990, p. 313. These are according to these authors, the first examples of human societies established under a supreme authority such as, for example, the Egyptian, Greek, or the Roman States.

²⁷ W. M. Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", *American Journal of International Law* 84, no. 4 (1990): 866–76. doi:10.2307/2202838
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

sovereignty legitimizes a political body with real autonomy in decision-making. In the reflection on sovereignty, the Nation-State holds a central place, since it is also a founding element that serves as a basis for legal and political reflection on the power of the State and therefore on sovereignty. Historically speaking, this supports the absolutism of sovereignty by giving a unitary character to its holder. Sovereignty, in its original sense, is defined as indivisible, supreme, absolute, and inalienable power.²⁸ As it has been mentioned in the introduction of this paper, sovereignty with absolute nature (national sovereignty) has always met different challenges in the international arena. In comparison with Virtual sovereignty, the following section will analyse whether or not virtual sovereignty has a legal back up.

1. A Sovereignty Limited by Unilateral International Legal Order

The subject of the objectivity of the obligations resulting from unilateral acts of States, especially since the jurisprudence of the International Court of Justice in the cases of nuclear tests, opposing New Zealand²⁹ and Australia³⁰ to France, inspired much interest among the internationalists.

As to the question of their legal effects as a source of subjective rights and obligations, an affirmative answer is possible insofar as unilateral acts of States can be a source of subjective obligations.³¹ If the unilateral act of the State implies commitments towards other subjects of international law, it would have the obligation to respect its commitments and its obligations which may always be imposed on it within the limits admitted by international law.³² While the obligations that unilateral acts create are subjective, their existence is objective. Indeed, the fact that these obligations result from unilateral acts does not imply that they have a subjective existence, dependent only on the will of the State which is at the origin of the unilateral commitment. Indeed, the State which commits unilaterally can no longer take back its commitments in the same unilateral manner.³³ It

²⁸ Id

²⁹ Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.), 1973 I.C.J. 457 (Dec. 20) online: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20_nuclear_tests2.htm accessed 6 September 2020.

³⁰ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgement, I.C.J. Reports 1974, p. 253., online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 6 September 2020.

³¹ Blake, 1999 Inter-Am.Ct.H.R., (ser C.) No. 48., p.5 (Jan. 22, 1999)

³² ABI-SAAB (G.), *La souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (Ed.), t. II, Pedone, 1991, pp. 639-661.

³³ P. DAILLIER, M. FORTEAU and A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8th Ed., 2009, pp. 406-413

effectively follows the logic given by the Court that the requirement to comply with a unilateral commitment is no longer an individual choice which the State can also decide unilaterally; it becomes an obligation for it to execute.

Thus, no less than any other international obligation, obligations arising from unilateral acts of States are also binding on their creator in an objective manner.³⁴ This commitment becomes a burden that the State cannot revoke unilaterally in its so-called State sovereignty. By losing the power to revoke what it has independently initiated, its sovereignty is restricted.

What about virtual sovereignty, can State's unilateral acts in cyberspace become a reason to restrict its virtual sovereignty? The answer is yes and this is why: According to the commentary of article 12 of the *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* responsibilities may arise for a State by a treaty and by a rule of customary international law or by a treaty and a unilateral act.³⁵ The *International Law Commission's* commentary 3 on this draft's article 12, stressed that whatever the origin of these unilateral acts so long as they have been initiated by a competent authority of the State and generate a result that breaches international law, these acts will constitute obligations to be carried out by that State regardless of whether these actions were unilateral or not. Since the origin is ruled out, the cyber origin can come in. These will include cyber operations that might be launched by a State. However, as it is known in the case of international obligation, for a State to be liable for any action; attributing those actions to a specific State is very crucial.

Here comes the very first difference between classic sovereignty and virtual sovereignty. It is very problematic to attribute cyber operations to States because, for dark operations, actors will often hide their identities from any track. In addition to this, States might pay individual hackers to do their dirty works and stay clean. Examples of this, Estonia³⁶ in 2007 and all

³⁴ L. Bal, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Droit, Université de Strasbourg, 2012. Available online at: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00721073/document> accessed 4 October 2020.

³⁵ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries 2001, session (A/56/10), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf accessed 4 October 2020

³⁶ R. Ottis, *Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective*, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn, Estonia, *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

cyber operations against Ukraine³⁷ on a very satisfying line of patterns, Russia was behind them but up to this time, a 100% attribution of these cyber operations to the Russian government has never been established.

Another aspect of sovereignty in cyberspace is the ability of actors (mostly the State in this case) to neutralize the physical infrastructures that allow it to function. According to the Tallinn Manual handbook on the application of international law on cyber operations, experts concluded that at least a State has sovereignty over cyberinfrastructures available in their legal spaces. Within the logic of this text cutting the Internet in a given territory (through the interruption of data transfers by international optical fibers) may be a gesture of sovereignty by a State actor whose territory in which those infrastructures reside, these actions may have repercussions on other actors since such infrastructures are shared between the States. Is it therefore the exercise of State sovereignty, an attack, or an act calling into question the stability of the international system?

Depending on which side you are supporting, this would mean different things to different sides. Although this is in a State's unilateral capacity to exercise such sovereignty, the real deal here is the degree of damage such an act may cause to other States. Besides, this would undermine the principle of cooperation between States as always publicized by the United Nations. For the actor of this action, this is a pure exercise of sovereignty over its infrastructure, for the rest, this is an attack and instability of the international system. The end of this debate is not granted.

2. A Sovereignty Limited by Prohibition to Use Force

For a long time, international law recognized in States a competence to engage in wars. The legal theologians of the School of Salamanca³⁸ of the 16th and 17th centuries, Francisco Vitoria, Luis de Molina, Francisco Suarez, were interested in the conditions of the legality of the war; they developed the doctrine of *ius ad bellum*. They took up Thomas Aquinas' theory of "just war"³⁹ under which three conditions should be completed; 1) *it must be*

https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ottis2008_AnalysisOf2007FromTheInformationWarfarePerspective.pdf accessed 18 September 2020

³⁷ T. Maurer, *Cyber Proxies, and the Crisis in Ukraine*, New America, 2018. https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ch09_CyberWarinPerspective_Maurer.pdf accessed 18 September 2020

³⁸ J. B. Scott, *The Spanish origin of international law: Francisco de Vitoria and his law of nations*, Oxford: Clarendon Press, 1934, p.288

³⁹ R. Cox, "Historical Just War Theory up to Thomas Aquinas", Saint Andrew, 2015, pp. 1-26.

decided by the authority of a prince, that is to say by a sovereign authority, 2) *it must have a just cause*, in the sense that it must either be the consequence of an injury or breach of international responsibility, 3) *it must have a good intention*; it must therefore aim for the common good. However, a few centuries after Aquinas, relations between States met substantial changes through history and the concept of "war" became the last resort thing to do after all negotiations have failed. And with the end of the second world war, the countries united in a new international organization, the UN, and banned the use of force to resolve disputes.

The principle of the ban on the use of force is a centerpiece in the structure of the collective security system set up in 1945. Numerous resolutions⁴⁰ of the *United Nations General Assembly* have recalled the existence of this principle which, according to the *International Court of Justice*, constitutes a "*cornerstone of the Charter of the United Nations*"⁴¹. In 1986, the ICJ even found that it had acquired customary value.⁴² The principle of the prohibition of the use of force therefore has the dual status of a conventional norm and a customary norm. Finally, given its importance, this norm is often cited as an example of a *jus cogens* rule⁴³, in other words as an overriding principle, a rule that cannot be derogated from.⁴⁴

https://researchrepository.standrews.ac.uk/bitstream/handle/10023/11776/Ch05_Cox_Historical_Just_War_Theory_up_to_Aquinas.pdf?sequence=1 accessed 7 October 2020.

⁴⁰ The principle of the prohibition of the use of force has been reaffirmed by many United Nations General Assembly resolutions: 2625 (XXV) of 24 October 1970, 2660 (XXV) of 7 December 1970, 3314 (XXIX) of 14 December 1974, A / RES / 31/9 of 8 November 1976, A / RES / 33/72 of 14 December 1978, A / RES / 42/22 of 18 November 1987.

⁴¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (the Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 59 section 148. Online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 6 September 2020.

⁴² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 92. Section 193. Online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 6 September 2020.

⁴³ In principle when a rule has reached the status of *jus cogens* it accepts no derogations, meaning that no treaty and no consent is allowed to violate this rule. However, when it comes to the use of force (art. 42, 51 of the UN Charter and art. 101, 105, and 110 of the UNCLOS for example allow the use of force to a certain extent. Read more: Helmersen, Sondre Torp. "The Prohibition of the Use of Force as *Jus Cogens*: Explaining Apparent Derogations." *Netherlands International Law Review* 61, no. 2 (2014): 167–93.

⁴⁴ *Id.*

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

With the creation of the United Nation, the power of a sovereign authority to wage wars except in specific cases determined by its Charter was revoked. Article 2(4) of the *Charter* proclaims the general character of the principle of the ban on the use of force: "*Members of the Organization shall refrain, in their international relations, from resorting to threats or the use of force, either against the territorial integrity or political independence of any State or in any other manner incompatible with the purposes of the United Nations*". This article refers not to war but to force. The concept of force used by Article 2 (4) is not defined in the Charter and to date, there is no unanimous interpretation of what is meant by the concept of "force" in the international community.

The dictionary offers different definitions of the word "force". It can be the use of "power, violence, compulsion, or constraint exerted upon or against a person or thing. Power dynamically considered that is, in motion or action; constraining power, compulsion; strength directed to an end".⁴⁵

In the context of international law, the same tension is felt over the interpretation to be given to the term "force". Relatively broad, it can encompass both forces by arms and also economic force or other coercive measures. Since the scope of the term "force" cannot be defined with certainty, one must observe how the term is used in the treaty and take into account its object and purpose.

Depending on the way you wish to interpret article 2(4) of the Charter, two ideas may be entertained. According to a verbatim interpretation of the terms of article 2 (4), one may argue that the drafters of the *Charter* intentionally chose not to speak of "armed" force in article 2 (4) to prohibit the use of force on a broader scope. If the drafters had meant only to refer to the use of military force, Article 2 (4) would have included the adjective "armed". For the second opinion supported by authors like Schmitt,⁴⁶ the interpretation of this article must follow the guidelines and the spirit of the *UN Charter's* preamble, which explicitly refers to the prohibition of armed force.

According to the first reasoning on the meaning of the force, as stipulated in the UN Charter, any action of one State that threatens the sovereignty of

⁴⁵ WEST's Encyclopedia of American Law, the definition of "Force" <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Force> accessed 7 October 2020.

⁴⁶ M. N. Schmitt, Computer network attacks and the use of force in international law: Thoughts on a normative framework, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999, p. 21-26. <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a471993.pdf> accessed 7 October 2020.

another sovereign State can be considered as a force. Cyber-attacks are operations that can put the sovereignty of a country in danger. Since the qualification "use of force" is independent of the type of weapons employed, cyber operations should, in theory, be able to constitute a use of force. Nevertheless, it is not possible to conclude that a cyber-attack always constitutes a use of force, since these can be carried out by means and on a scale that varies. It is therefore a case of analysing cyber-attacks individually.⁴⁷

What conditions should be examined to define whether a cyber-attack constitutes a use of force? There are different theories about this. The so-called "instrument-based" approach is concerned with the methods used to conduct an attack. A cyber act becomes the use of force if the act in question exhibits the corporeal features conventionally related to an armed operation.⁴⁸ A second theory is concerned with the target of the operation (strict liability approach). When it targets critical national infrastructure, the operation is tantamount to the use of force.⁴⁹ Finally, the third method takes into account the consequences of the attack as a whole (consequence-based approach) and seeks to analyze whether the effects of the operation are serious enough to qualify it as a use of force.⁵⁰

The sovereignty of a State over its cyberspace infrastructures does not allow it to use such infrastructures to violate the rights of other States especially undermining their sovereignties. Not all operations reach the use of force threshold as provided in article 2 (4). An effective legal framework for qualifying cyber use of force operations should consider the seriousness of the consequences of an attack for State sovereignty and international peace and security. It would also take into account the reversible or non-reversible effects of a cyberattack as well as the target of an attack, without applying the target-based approach which ignores the consequences. A cyber-attack would thus be qualified as the use of force when it aims to

⁴⁷ CSIS, Significant Cyber Incidents Since 2006, Center for Strategic and International Studies (CSIS) | Washington, D.C. https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/201002_Significant_Cyber_Events_List.pdf retrieved 7 October 2020

⁴⁸ M. Benatar, Use of Cyberforce: Need for Legal Justification? *Goettingen Journal of International Law* 1, 3, 2009, p. 388.

⁴⁹ D. B. Hollis, "why states need an informational law for information operations", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 11, p. 1041. <https://law.lclark.edu/live/files/9551-lcb114art7hollis.pdf> accessed 6 October 2020.

⁵⁰ Tallinn Manual, Rule 11 – Definition of use of force: "A cyber operation constitutes a use of force when its scale and effects are comparable to non-cyber operations rising to the level of a use of force".

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

cause large-scale and irreversible physical damage by attacking the computer systems and networks on which a society depends for its proper functioning. A-State is, therefore, prohibited to use force either by classic armed force or by cyber operations that may be qualified as use of force. In both cases, its sovereignty is restricted.

3. A Sovereignty Limited by Prohibition to Interfere in Other States' Internal Matters

The principle of sovereignty began to take root in the relations between States with the Treaties of Westphalia which reshaped the map of Europe in 1648.⁵¹ Sovereignty is exercised over a given territory and, on this territory, only the internal actors in it can exercise the attributes of public power. The rule is that of non-intervention of external actors in the activities of a sovereign State.

Any reason that may allow other States to meddle with internal matters of a State is a typical violation of the principle of sovereignty. Historical examples show that interventions mostly military have been used in the territory of other States with or without their prior authorizations.⁵² The legitimacy of these interventions is not our focus in this paper. The *raison d'être* of this concern is that in international law, the principles of sovereignty and non-intervention have always conflicted. The existence of one excludes the presence of another.

As discussed above, not all cyber-attacks constitute the use of force, let alone armed aggression. However, these acts are not necessarily in conformity with international law. These attacks may fall into a category other than the use of force, namely that of intervention prohibited by international law. Few authors have focused on the principle of non-intervention applied to cyberattacks, compared to the principle of prohibiting the use of force.⁵³ Generally, the principle is quickly evoked as constituting a category for cyber-attacks not equivalent to the use of force, without further reflection on what the principle of non-intervention encompasses and how it finds to be applied in the cyber background.

⁵¹ D. Hassan, The Rise of the Territorial State and The Treaty of Westphalia, Yearbook of New Zealand Jurisprudence Vol. 9, pp. 62-70, 2006.
<https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/3289/1/2006006060.pdf> accessed 7 September 2020.

⁵² M.N.S. Sellers, Intervention under International Law, 29 Md. J. Int'l L.1., 2014, p. 6-11. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol29/iss1/3> accessed 7 October 2020.

⁵³ *Id.*

A typical example of a cyberattack that may be characterized as an intervention prohibited by international law is operations targeting the computer systems of New Zealand's Stock Exchange Market in 2020⁵⁴, the operations happened for four days and one of them forced the State to halt its stock exchange from 11.30 am to 3 pm. Although the officials did not attribute these operations to any State besides mentioning "overseas hackers", the failure to stop them raised the attention of the government to rethink its security systems. The same thing happened to its neighboring country, Australia⁵⁵. These events have to be considered as interventions, in particular, because they have been carried out without causing loss of human life or the destruction of property in a direct way, which could not necessarily be avoided by a kinetic operation with the same goal. It does not constitute the use of force or military aggression, since its effects are confined to the economic domain. On the other hand, it would be an intervention prohibited by international law, since undermining the economic and financial system of the victim State constitutes interference in its internal affairs. Another practical example as mentioned earlier in this paper would be to apply the law of another country only because the internet line used, is from that country.

In the classic approach of sovereignty, a State may face a violation of its sovereignty because a specific State (States) has/have interfered in its internal matters, therefore breaching its supreme authority and integrity. In virtual sovereignty, the principle of non-intervention makes it possible to qualify cyber-attacks that do not reach the threshold for the use of force as illegal acts under international law. However, given the lack of clarity attached to the principle of non-intervention, mainly, the attribution problems, it remains difficult to apply in cyberspace. Currently, for lack of being able to qualify an operation carried out by a non-state group, or quite simply for lack of being able to attribute an operation to a State, the principle cannot apply and does not open up a response to the victim State.

⁵⁴ Reuters Staff, New Zealand bourse resumes trade after cyber-attacks, government activates security systems, Technology News, 28 August 2020. <https://www.reuters.com/article/uk-nzx-cyber/new-zealand-bourse-crashes-for-fourth-day-after-cyberattacks-idUSKBN25003Q> accessed 10 September 2020.

⁵⁵ *Id.*

CONCLUSION

Whether classic or virtual sovereignty, the concept of a nation, a State, or a republic whatever denomination it may be given, is built on the principle of sovereignty. As discussed in this paper, cyberspace and cyber-attacks do not escape the application of international law. However, cyberspace responses to cyberattacks remain limited, in particular by the problem of identifying and attributing cyberattacks. In this paper, it has been mentioned that the principle of sovereignty has many exceptions and only three of them were discussed. After an established comparison, it can be concluded that like other fields of operations (land, air, sea, outer space) cyberspace operations are unique, and based on this uniqueness applying international law by analogy to such operations is not only confusing but also unhelpful. The territories of the digital world hold the most valuable and profitable deposits of the contemporary economy. Of course, the raw materials of the material economy continue to flourish, but they are not sustainable and their lifespan is getting shorter every day. On the contrary, the resources of the intangible economy continue to grow faster than before. The globalization of the internet does not allow strictly national solutions to flourish, nor regional solutions. As it can be observed, the failure to take this into account, at an international level allows the global nature of the Internet to generate disorders and to preserve the fundamental inequality between States which is the characteristic of the current situation.

The current distribution of IT resources breaks the principle of State sovereignty. Indeed, the territories of the digital world are almost totally dominated by a few giant firms of the star-spangled banner. Faced with the unprecedented danger that this unprecedented domination may represent for the sovereignty of other States, the community of nations, founded on the search for balance, should propose a new international organization with the mission of easing tensions and co-regulation of the resources of the digital world. There is a necessity for a whole new treaty regarding cyberspace which would provide common definitions according to cyber perspectives and common guidelines to be applied to certain cyber operations, especially those with enormous serious damages. An international organ like a court specifically dealing with cyber operations would also be a viable mechanism to develop legal scholarship and doctrine on cyber matters. Technology evolves quickly and always comes with new challenges; the law should not wait for a disaster to happen to be ready for the rapid change of technology.

BIBLIOGRAPHY

- ABI-SAAB (G.), *La souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, in Droit international, Bilan et perspectives, M. Bedjaoui (Ed.), t. II, Pedone, 1991, pp. 639-661.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (the Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 59 section 148. Online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 6 September 2020.
- BAL, Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Droit, Université de Strasbourg, 2012. Available online at: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00721073/document> accessed 4 October 2020.
- BEAUD, Olivier, *La puissance de l'État*, PUF, Coll. Leviathan, 1994
- BENATAR, Marco, "Use of cyber force: the need for legal justification?", *Goettingen Journal of International Law*, 1, 3, 2009, pp: 379-395.
- BLAKE V. GUATEMALA, 1999 Inter-Am.Ct.H.R., (ser C.) No. 48., p.5 (Jan. 22, 1999)
- BLOOMENTHAL, Andrew World's Top 10 Internet Companies, 18 September 2020, <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/030415/worlds-top-10-internet-companies.asp> accessed 5 October 2020.
- CHEVALLIER, Jacques, *Souveraineté Et Droit*, In : D. M. Desgrées du Lou, *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, Coll. Grands Colloques, 2006, pp. 203-219. Available at: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728232/document> accessed 5 October 2020
- COX, Rory, "Historical Just War Theory up to Thomas Aquinas", Saint Andrew, 2015, pp. 1-26. Available:https://researchrepository.standrews.ac.uk/bitstream/handle/10023/11776/Ch05_Cox_Historical_Just_War_Theory_up_to_Aquinas.pdf?sequence=1 accessed 7 October 2020.
- CSIS, Significant Cyber Incidents Since 2006, Center for Strategic and International Studies (CSIS) | Washington, D.C. https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/201002_Significant_Cyber_Events_List.pdf retrieved 7 October 2020
- DAILLIER, Patrick ; FORTEAU, Mathias and PELLET, Allain, *Droit international public*, LGDJ, 8th Ed., 2009.

- DOUZET, Frédérick, « Souveraineté et juridiction dans le cyberespace », Hérodote, n° 152-153, La Découverte, 2014. <https://www.cairn.info/revue-herodote-2014-1-page-174.htm> accessed 4 October 2020.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3rd Ed., vol.5, Fontemoing, 1927-1930.
- FRANCESCHET, Antonio, “Sovereignty and Freedom: Immanuel Kant's Liberal Internationalist ‘Legacy.’” *Review of International Studies* 27, no. 2 (2001): 209–28.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı: doğuşu, gelişimi kavramsal çevresi ve dönüşümü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- HASSAN, Daud, “The Rise of the Territorial State and The Treaty of Westphalia”, *Yearbook of New Zealand Jurisprudence* Vol. 9, pp. 62-70, 2006. <https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/3289/1/2006006060.pdf> accessed 7 September 2020.
- HOLLIS, B. Duncan, “why States need an informational law for information operations”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 11, 2007, pp.1-39. <https://law.lclark.edu/live/files/9551-lcb114art7hollis.pdf> accessed 6 October 2020.
- International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, session (A/56/10), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf accessed 4 October 2020
- KEDMEY, Dan, Report: NSA Authorized to Spy on 193 Countries, 1 July 2014. <https://time.com/2945037/nsa-surveillance-193-countries/> accessed 6 October 2020.
- KELSEN, Hans, The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov. 1941), pp:44-70. Available at <http://www.jstor.org/stable/1334739> accessed 5 October 2020.
- KURUBAŞ, Erol, “Uluslararası İlişkiler Düşüncesi ve Dünya Politikasında Değişimi Anlamak”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 2 Sayı 1 (Ocak 2012), pp: 9-34
- MAURER, Tim, *Cyber Proxies, and the Crisis in Ukraine*, New America, 2018. https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ch09_CyberWarinPerspective_Maurer.pdf accessed 18 September 2020
- MELZER, Nils, “Cyberwarfare and international Law”, *UNIDIR*, 2011.

- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 92. Section 193. Online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 6 September 2020
- Nuclear Tests (Australia v. France), Judgement, I.C.J. Reports 1974, p. 253., online: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf> 6 September 2020
- Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.), 1973 I.C.J. 457 (Dec. 20) online: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20_nuclear_tests_2.htm 6 September 2020
- OTTIS, Rain, Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn, Estonia, https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ottis2008_AnalysisOf2007FromTheInformationWarfarePerspective.pdf 18 September 2020
- REISMAN, Michael. W., Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, American Journal of International Law 84, no. 4 (1990): 866–76.
- REUTERS STAFF, New Zealand bourse resumes trade after cyber-attacks, government activates security systems, Technology News, 28 August 2020. <https://www.reuters.com/article/uk-nzx-cyber/new-zealand-bourse-crashes-for-fourth-day-after-cyberattacks-idUSKBN25O03Q> accessed 10 September 2020.
- ROBERT, Jones, Marxist—Leninist Doctrine and The Soviet Theory of Sovereignty. In: The Soviet Concept of Limited Sovereignty from Lenin to Gorbachev, Palgrave Macmillan, London, 1990.
- S.S. “WIMBLEDON” Judgment of 17 August 1923 (Series A, No. 1), First Annual Report of the Permanent Court of International Justice (1 January 1922 – 15 June 1925), Series E, No. 1, pp. 163-168. Available at https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/5_e.pdf accessed 5 October 2020.
- SAAKASHVILI, Eduard, “The global rise of Internet sovereignty”, Authoritarian Tech, 21 March 2019. Available <https://www.codastory.com/authoritarian-tech/global-rise-internet-sovereignty/> accessed 6 October 2020.
- SCHMITT, Michael N (ed.), Tallinn Manual 2.0 On the International Law Applicable to Cyber Operations, 2017
- SCHMITT, Michael N., “Computer network attacks and the use of force in international law: Thoughts on a normative framework”, *Columbia YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1* (2021)

- Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999.
<https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a471993.pdf> accessed 7 October 2020.
- SCOTT, J. Brown, *The Spanish origin of international law: Francisco de Vitoria and his law of nations*, Oxford: Clarendon Press, 1934.
- SELLERS, Mortimer, N.S., *Intervention under International Law*, 29 Md. J. Int'l L.1., 2014, pp:1-11. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol29/iss1/3> accessed 7 October 2020.
- STEINBERGER, Helmut, *Sovereignty*, in *Encyclopaedia of Public International Law* by R. Bernhardt, Elsevier, vol. 4, 2000
- Summaries of EU Legislation, *Precedence of European Law*, 1 January 2010. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:114548> 5 October 2020.
- The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions *Internet Policy and Governance Europe's Role in Shaping the Future of Internet Governance (Text with EEA Relevance) /* COM/2014/072 Final*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0072&from=DA> accessed 9 December 2020.
- TRUYOL and SERRA, *Sovereignty*, in *Fundamental Legal Vocabulary of Law*, APD, t. 35, 1990
- UN GGE Report 2013 (A/68/98*), §19 (adopted by the GA: UN Resolution A/RES/68/243 on the UN GGE Report 2013)
- UNGA RESOLUTION: 2660 (XXV) of 7 December 1970
- UNGA RESOLUTION: 3314 (XXIX) of 14 December 1974
- UNGA RESOLUTION: A / RES / 42/22 of 18 November 1987.
- UNGA RESOLUTION: 2625 (XXV) of 24 October 1970
- UNGA RESOLUTION: A / RES / 31/9 of 8 November 1976
- UNGA RESOLUTION: A / RES / 33/72 of 14 December 1978
- UNGA RESOLUTION: A/RES/58/32 of 8 December 2003
- UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayincilik, İstanbul, 2017
- WEST's Encyclopedia of American Law, the definition of "Force"
<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Force> accessed 7 October 2020.

FEMİNİZM VE KADIN HAKLARI

(FEMINISM AND WOMEN'S RIGHTS)

Prof. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu * **

ÖZ

Kadınların eşit hak mücadelesi olarak ortaya çıkan ve bir kurama dönüşen feminizm dalgalar halinde tüm dünyayı etkilemiştir. Feminizmin Türkiye üzerinde de belirli somut etkileri gözlemlenebilir. Çalışmada bu çerçevede önce genel olarak kadın haklarının mevzuat ve Anayasa Mahkemesi içtihadındaki gelişimi izlenecektir. Sonrasında ise kadına yönelik şiddet, eğitim ve öğretim alanında kadının yeri ve kadının işgücüne katılımı özgül konular olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Feminizm, kadın hakları, kadına yönelik şiddet.*

ABSTRACT

Feminism has arised from women's struggle for equal rights and it has transformed to theory. Feminism has surged and affected all over the world. Specific and concrete impacts of the feminism on Turkey can be observed. In this context, firstly, the development of the legislation of the woman rights and the case law of the Constitutional Court will be followed in general. Afterwards will be analysed specifically violence against women, the place of women in education and training areas and women's participation in the labor force.

Keywords: *Feminism, women's rights, violence against women.*

I.

Tarihsel Gelişim

“Feminizm” sözcüğü ilkin 1890’larda Fransa’da ortaya çıkmıştır, ancak bu sözcüğün sınırları, anlamı ve imaları ile ilgili büyük anlaşmazlıklar bugün de devam etmektedir.¹ En geniş anlamıyla feminizm, kadınların cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılığa uğramasını engelleme ve cinsiyet

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.12.2020. İlk hakem raporu tarihi: 29.12.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 30.12.2020. Onaylanma tarihi: 30.12.2020.

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0499-5856.

Esere Atf Şekli: Osman Korkut Kanadoğlu, “Feminizm ve Kadın Hakları”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.141-169.

¹ Wiesner-Hanks E. Merry, Tarihte Toplumsal Cinsiyet, Çev. Meral Çıyan Şenerdi, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2020, s. 166.

eşitliğini sağlama yolundaki çabalara verilen genel addır. Kadınların kamusal alanda yer alabilmesi için verilen bir hak mücadelesi olarak ortaya çıkan feminizm, zamanla sosyal bilimler alanında önemli, açılımlar sağlayan bir kurama ve uzun erimli bir politika tarzına dönüşmüştür.²

Erkeklerin yaşam deneyimlerini ve önceliklerini esas alması, buna karşılık kadınların karşı karşıya kaldığı riskleri tam olarak dikkate almaması, üç kuşak hakkın (kişisel-siyasal haklar / ekonomik-sosyal haklar / topluluk hakları) ortak paydasıdır. “Kadınların insan hakları” kavramı da bu ortak paydadadan ortaya çıkmaktadır. Diğer bir söyleyişle, liberal teorinin ataerkil karakteri, birey ve devlet kavramlarının feminist bir yaklaşımla yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir. Feminist hukuk teorisinde bu ataerkil sistemi ortaya çıkarma ve dönüştürmede kullanılacak araçlar özellikle önem taşır.³

19. yüzyıl boyunca kadın, özel ve aile yaşamı içinde konumlandırılmış ve siyasal haklardan yoksun bırakılmıştır. Özel sayılan alanda da örneğin medeni kanunda aile reisliğinin erkeğe verilmesi veya ceza kanununda evlilik içi tecavüzün düzenlenmemesi, aileyi erkek için cennet, kadın için terör kültürünün egemen olduğu bir cehenneme dönüştürebilmektedir. Bu yaklaşıma karşı çıkan ilk feministlerden Mary Wollstonecraft, modern dünyanın zorbalıktan arındırılması için yalnızca “kralların ilahi haklarına” değil “kocaların ilahi haklarına” da karşı çıkılması gerektiğini söylemiştir.⁴

1968 öncesi birinci kuşak (liberal) feministlerin esas amacı erkeklerle aynı haklara sahip arzusuna dayanıyordu. Bu dönemin liberal feministlerin esas hedefi, kadının kamusal alana girmesi ve onları eve hapseden uygulamaları ortadan kaldırmak oldu. Kadınlar cins olarak toplumsal iktidarın ve mülkiyetin dışında tutuluyordu. Cinsiyete dayalı işbölümünün sonucu olarak kadınlar “kamusal” olanın uzağında kaldılar.⁵ Toplumsal cinsiyet⁶ (biyolojik cinsiyetin toplumsal ve kültürel kurgulanışı ya da

² Akçabay F. Ceren, “Bir ‘Hak’ Ediş Tartışması: Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı”, in: *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları*”, Ed. Bora Erdağı, NotaBene Yayınları, Ankara 2015, s. 107.

³ Agm. s. 110.

⁴ Berktaş Fatmagül, “Kadının İnsan Hakları”, in: *İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000*, s. 353.

⁵ Bora Aksu, “Kamusal alan/özel alan: Mahrumiyet-özgürleşme ikileminin ötesi”, *Toplum ve Bilim*, 75 Kış 1997, s. 87.

⁶ Simone de Beauvoir’ın “Kadın doğulmaz, kadın olunur” sözü, biyolojik/toplumsal cinsiyet ayrımının en temel ifadesi olmuştur. Kadın denen yaratığı üreten doğa değil, bütünüyle uygarlıktır, Direk Zeynep, “Simone de Beauvoir: Abjeksiyon ve Eros Etiği”, *Cogito, Sy. 58*, 2009, s. 12.

tarihsel ve toplumsal olarak var olan cinsiyet kalıpları ve rolleri; mülkiyet gibi toplumsal yaşamın var ettiği kategorilerden biri) kadınların herhangi bir alandan dışlanmaları için gerekçe olmamalıydı. Zira toplumsal cinsiyet anlayışları, insanların sadece kadın ve erkeklere dair düşünce tarzlarını etkilemekle kalmamış, genelde toplum hakkındaki düşünce tarzlarını da etkilemiştir. Bu ilk kuşak feministlerin önde gelen amacı, kadınların pozitif ve sosyal bilimler dahil her alandaki başarılarının erkeklerle beraber insanlık tarihinin bir parçası olduğunun anlaşılmasıydı. Erkeğin tekelinde olan ilerlemeci ve yaratıcı lineer zamanda kadın yerini almalıydı. Kadının başkaldırısı, değişimden çok tanınma ve dahil edilme söylemleri üzerine oturuyordu.⁷ Bu sürecin hızlı gelişmediğini hukuk ve bilim alanından verilebilecek iki örnek açıkça gösterecektir. İngiltere’de genel oy 1928, eşit velayet 1973, kadının da zina nedeniyle tazminat isteme hakkı 1970, evlilik içi tecavüzün cezalandırılması 1991’de tanındı.⁸ Marie Curie dünyada farklı iki bilim dalında Nobel ödülünü alan ilk bilim insanı olmasına rağmen 1911’de Fransız Bilimler Akademisi’ne sırf kadın olduğu için kabul edilmedi. Kadınlara üyelik yasağı 1979’a kadar sürdü.

İkinci kuşak (radikal) feministler ise özdeşleşme yerine farklılığı esas alarak feminist söylemi başka bir boyuta taşımışlardır. Temel iddia, erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümünün sınıfsal, irksal, dinsel vb. tüm tahakküm biçimlerinden daha yaygın ve baskıcı olduğudur. Bunun için radikal feministler erkek tahakkümünü somutlaştıran kurumları sorguladılar.⁹ Bu iki kuşak feministleri birbirinden ayıran önemli bir farklılık, farklılıkları eşitleme çabası içindeki birinci dalga feministlerin aksine, ikinci dalga feministler “farklılık” fikrini esas alıp “kadın olma” halinin değerini ön plana almakta¹⁰ ve insanların hareket ve düşünce biçimlerini değiştirmeyi amaçlamaktadır.¹¹ 21. yüzyılın üçüncü dalga feminizm ise “kişisel ve cinsel

⁷ Şimşak Hülya, “Unes Femmes: Kristeva, Psikanaliz ve Kadın”, in: Cinsiyetli Olmak, Der. Zeynep Direk, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019, s. 58.

⁸ ABD’de Yüksek Mahkeme’nin kadınlara eşit koruma kapısını açmış olması, 1971’de vasiyetname bırakmadan ölen kişilerin mülklerine idareci olarak kadınlar yerine erkeklerin atanmasını düzenleyen bir Idaho yasasını geçersiz kılmasıyla mümkün olabilmiştir (Reed v. Reed, 404 U.S. 71).

⁹ Uygun Oktay, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 155-157.

¹⁰ Durudoğan Hülya, “İkinci Dalga Fransız Feminizmine Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 68.

¹¹ Sayan Cengiz Ferda, “Bir “Yeni Sosyal Hareket” Olarak Türkiye’de 1980 Sonrası Feminist Hareket: Değerler Değişimi mi Alternatif Dinamikler mi?”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 120.

kimliğin kendisine odaklanmış bir tutum” olarak bu kimliklerin çoğullaşmasıyla sonuçlanacak bir mücadeleyi ifade etmektedir.¹²

II. Ülkemize Özgü Bazı Gözlemler

1960’lı yılların sonlarından itibaren radikal ya da post modernist feministler, liberalizmin yasa karşısındaki biçimsel eşitlik anlayışını sorgulamakta ve farklılık ve çeşitliliğe vurgu yapmaktadırlar. Türkiye’de 1980’lerin feminist hareketi kadına yönelik şiddet, taciz, evlilik içi tecavüz, kadınların ev içinde harcadıkları karşılıksız emek, bekaret, namus gibi konuları gündeme getirerek, özel alana hapsedilen sorunları siyasallaştırmışlardır. Batı’nın ikinci kuşak feministlerinin söylem ve eylem biçimlerinden önemli ölçüde etkilenen bu dönem ve 1990’larda yapılan feminist çalışmalar ile bir dönem önceki dönemin “kadın konulu” çalışmaları arasındaki temel fark, Kemalist modernleşme projesine yaklaşımlarıdır.¹³ Türkiye’deki kadın hareketine¹⁴ göre, İslamcı olsun cumhuriyetçi Kemalist olsun her ideoloji, kadın bedeni üzerinden görünürlük çerçevesini çizmektedir. Devamında şu görüşler ileri sürülmektedir; Kemalist projede kadın bedeni çağdaşlığı simgelerken, kadının proje sınırları dışında kurabileceği özneliği, toplumsal düzene ve dayanışmaya tehdit olarak algılanacaktır. İslami tesettürün sınırları ile tanımlanmış mahrem, cumhuriyetçi bir çerçevede yeniden üretilmiş ve kendini cumhuriyet değerlerine vakfetmiş kadının ciddi, cinsellikten uzak ve sade görüntülü tavrıyla betimlenmiştir. Dolayısıyla cumhuriyetçi proje, kadının özneliği ve bireyselliğine baskı yapmakla¹⁵, ulus devlet ataerkilliği

¹² Bora Aksu, “Feminizmin “Dalgalar”ı”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 506. Ayrıca bkz. Türkeli Gözde, “Feminizmin Üç Dalgası ve Kamusal Mücadele”, in: Kadın, Kamusal Alan ve Hukuk, Ed. Ülker Yükselbaba, Tekin Yayınevi, İstanbul 2017, s. 47 vd.

¹³ Özkan Kerestecioglu İnci/Özman Aylin, “Kavramsal Tartışmalar, Tarihsel-Politik Dinamikler, Güncel Sorunlar”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 647.

¹⁴ Kardam Filiz/Ecevit Yıldız, “1990’ların Sonunda Bir kadın İletişim Kuruluşu: Uçan Süpürge”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, Der. Aksu Bora/Asena Günel, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 89.

¹⁵ Türkmen Betül, “Toplumsal Proje ve Kadınlık Deneyimi: İslamcı Kadın Tarafından Yeniden Tanımlanan Mahrem”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019, s. 132-133; Durakbaşı Ayşe, “Klasik teoriler feminizmle karşılaşiyor: Comte’un Pozitivizmin İlmihali kitabı üzerine feminist okuma denemesi”, Toplum ve Bilim, 75 Kış 1997, s. 141.5
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

oluşturmakla¹⁶ ve bağımsız bir kadın hareketinin gelişiminin önünü kapatmakla¹⁷ eleştirilmiştir.

Bu yaklaşım yanıltıcı olabilir. Yasal hakların elde edilmesi her şeye rağmen erkek egemenliğe son vermede önemli bir araçtır. Yasa ile kültür arasında gerilimli bir ilişki yaşansa da yasa toplumda her şeye rağmen simgesel bir rol oynar; hele ki Tanzimat dönemine değin çıkarılan ve kadının sokağa hangi günler çıkabileceğine veya kadınların baba ve oğulları ile bile sokakta yürüyemeyeceklerine ilişkin padişah fermanları düşünüldüğünde.¹⁸

Eşitlik mücadelesinde bayrağı erken Cumhuriyet dönemi feministlerinden devralan Kemalist kadın hareketi, 1935 yılından 1960 sonlarına kadar toplumsal cinsiyet mücadelesi vermek için tek adres olmuştur.¹⁹ Bu çerçevede Atatürk'ün toplumsal cinsiyeti reddeden bir devrimci olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Ona göre; “Kadının siyasi ehliyetsizliğine mantıklı hiçbir sebep yoktur. Bu husustaki tereddüt ve menfi zihniyet, mazinin toplumsal bir halinin can çekişen bir hatırasıdır.”²⁰ Nitekim Cumhuriyetin ilk yıllarında kadınlar, Kemalist modernleşme projesi çerçevesinde toplumda yeni kamusal roller üstlenmişlerdir. Üstelik feministlerden gelen tüm bu eleştiriler, cumhuriyetin kurucu metinlerinin kadına verdiği aydınlanmacı sözün, kadınların yaşadıkları ayrımcılıkları sorunsallaştırmalarına yarayabilecek bir kaynağa dönüştürülmesine bir katkı da sağlamıştır.²¹ Bu nedenle kadın hareketinin tarihini birinci ve ikinci dalga feminizmler üzerinden okumak yerine bütünsel olarak ele alarak, bu tarihin bariz gerçeği Kemalist feminizmi toplumsal cinsiyet literatürüne katmak daha anlamlı olacaktır.²²

¹⁶ Çakır Serpil, “Osmanlı Kadın Hareketi: XX. Yüzyılın Başında Kadınların Hak Mücadelesi”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 100.

¹⁷ Tekeli Şirin, “Tek Parti Döneminde Kadın Hareketi de Bastırıldı”, in: Sol Kemalizme Bakıyor, Metis Yayınları, İstanbul 1991.

¹⁸ Doğramacı Emel, Türkiye’de Kadının Dünü ve Bugünü, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1992, s. 121.

¹⁹ Çağatay Selin, “Kemalist Feminizm: Kadın Hareketi Tarihinin Göz Ardı Edilmiş ‘Bariz Gerçeği’”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 314.

²⁰ Ayın Tarihi, No. 17, 1935, s. 14.

²¹ Koğacıoğlu Dicle, “Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği”, Cogito, Sy. 58, 2009, s. 366-367.

²² Çağatay Selin, “Kemalist Feminizm: Kadın Hareketi Tarihinin Göz Ardı Edilmiş ‘Bariz Gerçeği’”, s. 330.

Günümüzde “Kadın ve erkeği eşit duruma getiremezsiniz, çünkü fitrata terstir” diyen siyasetçiler²³ olsa da demokratik toplumlarda benzer söylemde bulunanların akıbeti parlak olmamaktadır. Nitekim Harvard Üniversitesi rektörü L. Summers’in 2005 yılında kadınlar ve erkekler arasında düşünme yetenekleri arasında doğal farklar olduğunu ima etmesi rektörlüğüne mal olmuştur.²⁴ Zira kadınlığın özüne dair birtakım vasıfların olduğunu iddia etmek, toplumsal cinsiyetin inşa edilmiş, toplum tarafından biyolojik cinsiyete giydirilmiş tarihsel ve tesadüfi, bu nedenle de geçici ve değiştirilebilir bir kimlik olduğunu inkar etmek anlamına gelecektir. Tabii ki kadınların ve erkeklerin fiziksel ve üreme işlevleri bakımından farklı olduğu onaylanabilir²⁵, fakat bu farklılıkların kadın ve erkeklerin sahip olabilecekleri fırsatlar veya yapabilecekleri faaliyetlerle bir ilgisi yoktur. Buna karşılık insanların dinsel düşünce gereği doğuştan farklı yaratıldığını düşünen bir siyasi hareketin kadın-erkek eşitliğini kabul etmesi ve uygulamasını beklemek kolayca söz konusu olamayacaktır. Siyasi iktidarlar, özellikle 2000’li yıllardan beri muhafazakâr politikaları ve gündelik yaşama müdahale biçimiyle eğitim, spor, sanat ve hukuk gibi birçok alanda toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin artmasına yol açmaktadır.²⁶ Nitekim

²³ Bkz. <https://bianet.org/bianet/kadin/160184-erdogan-kadinla-erkegi-esit-konuma-getirmek-fitrata-terstir> (ET. 20.11.2020).

²⁴ Kılınç Berna, “Akıl Cinsiyeti Var mı?”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019, s. 35-36.

²⁵ AYM’ye göre “biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak “kadın” veya “erkek” olarak yapılan tanımlamadır”, (E. 2017/130, K. 2017/165, K. 29.11.2017). AYM bir diğer kararında cinsiyeti tamamen biyolojik bir temelden hareketle tanımlamış ve bunun bir yansıması olarak transseksüel bireylerin kendileriyle özdeşleştirdikleri cinsiyetin hukuk düzeni tarafından kabul edilebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptırılmalarını zorunlu tutmuştur. AYM, transseksüel kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilmesinin kamu düzeninin korunması açısından yaratacağı mahzurlardan hareketle kuralın kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmediğini ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık taşımadığı sonucuna ulaşmıştır (E. 2015/79, K. 2017/164, Kt. 29.11.2017, prg. 36). Oysa karşı oy yazılarında belirtildiği üzere AİHM’in bu konudaki istikrarlı kararları (başta Y.Y./Türkiye, B. No. 14793/08, 10.3.2015 kararı olmak üzere bkz. A.P./Fransa, B. No. 79885/12, 6.7.2017; E.G./Fransa, B. No. 52471/13, 6.7.2017; B./Fransa, B. No. 13343/87, 25.3.1992; Van Kuck/Almanya, B. No. 35968/97, 12.6.2003; L./Litvanya, B. No. 27527/03, 11.9.2007) dikkate alındığında, transseksüel bireylerin ait olduğunu talep ettiği cinsiyetin tescili için bir cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanmaları, AİHS’in 8. maddesini ihlâl etmektedir.

²⁶ İktidarın özellikle de 2010’dan itibaren kadınların rolü ve işlevi konusundaki gericileşen söylem ve uygulamaları, otoriter devlet ile ataerkil ideoloji ve yapılar arasındaki sıkı ilişki YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Türkiye’de yapılan çalışmalar, muhafazakar İslam yorumlarının ataerkil kültürü besleyip desteklediğini açıkça göstermektedir.²⁷ Bu çaba birçok kadına cazip geldi ve örneğin muhafazakar İslam’ın bir simgesi olan türbanı takmak isteyen kadınlar da erkekler gibi “geleneğin” yandaşı haline geldi.

Özellikle de Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB), “mezhep vesayetine” dayalı biçimde bir tür ahlak düzenleyiciliğine soyunmuş vaziyettedir.²⁸ Bu doğrultuda DİB, kadınların dindarlaşmasına özel bir öncelik vermektedir. Aile değerlerinin dini temellere oturtulmasına yönelik bu işlevi de Aile İrşat ve Rehberlik Büroları üzerinden yerine getirmektedir. Kamusal alanda cinsiyet rolleri ve kimlikleriyle ilgili meselelerde dinin ilke koyucu ve düzenleyici rolünün bu şekilde benimsenmesi, anayasal laiklik ilkesi ve cinsiyet eşitliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

DİB’in kuruluş amacından saparak dini meselelerden de öte dünyevi konulara girilmesinin en somut örneği, 7039 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile aile hukukunun en temel kurumu olan “evlilik konusunda” müftü ve diğer din görevlilerine evlendirme memurlarının sağladığı görev ve yetkilerin verilmesidir. Böylece Kemalist Devrim’in kadının toplum içindeki konumunu güçlendirmek amacıyla yapmış olduğu en önemli gelişmelerden biri olan medeni nikâh kurumu zedelenmiştir.²⁹

2014 BM Gelişim Programı Cinsiyete Dayalı Gelişme Endeksi’nde 147 ülke arasında 118. sırada ve kadın hakları konusunda Tanzanya’dan geri kalmış olmamız³⁰, bu sorunlarla daha etkin mücadele etmeyi gerektirmektedir. Fakat Müslüman ülkelerde kadınlara karşı ayrımcı davranışlar, “İslami partükalizm” adına haklı çıkarılmaktadır. Bununla

ve işbirliğine tanıklık etmektedir, Berktaç Fatmagül, “Dünden Bugüne “Nafîle Biraderlik Sözleşmesi””, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 567.

²⁷ Rankin Bruce H./ Aytaç Işık A. , “Eğitimde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Araştırma Sonuçları ve Düşündürdükleri”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 284.

²⁸ Sancar Serpil, “Diyanet’in “Kadınlaşması”: Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Yeni Kadın ve Aile Politikası”, in: Kadın Odaklı, Der. Çiğdem Kağıtçıbaşı/Hülya Şimşir/Dilek Barlas/Murat Önok/Zeynep Gülru Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 203-204.

²⁹ Duygun Ahmet Mert, “Nikâh Kararına İlişkin Bazı Düşünceler:2010 Sonrası Anayasa Mahkemesi İçtihadının Muhafazakarlaşmasında Üçüncü Evre”, Güncel Hukuk, Sy. 139, 2015, s. 54.

³⁰ Sancar Üşür Serpil, “Otoriter Türk Modernleşmesinin Cinsiyet Rejimi”, http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/03/serpil_hc.Otoriter_turk_modernlesmesinin_cinsiyet_rejimi.pdf (ET. 14.10.2020).

birlikte kurumsallaşmış, devlete ve kendi cemaatlerine karşı kadın taleplerini dile getiren bir İslamcı kadın hareketinden bahsetmek de oldukça güçtür.³¹ Osmanlı toplumunda Müslüman feministler, şer'i bir müessese olan çok karılılığı ve tesettürü eleştirirken dahi bir altın çağ olarak idealize ettikleri geçmiş İslam toplumlarını ve Kuran'ı kendi argümanlarına delil gösterip hak taleplerinin ve toplumsal itirazlarının meşruluğunu şeriatın dokunulmazlığından destek alarak ispat etmeye çalışmışlardır.³² Son on yıldır ise cılız da olsa feminizme doğrudan ya da dolaylı olarak referans veren İslami kadın gruplarının örgütlenmelerine rastlanmaktadır.³³

1990 İslam Ülkeleri Örgütü'nün İslam İnsan Hakları Bildirgesi, kadınların onur bakımından (haklar değil) eşit olduğunu içermektedir (md. 6). Zaten çoğu İslam ülkesi, 1979 Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni (CEDAW) imzalamamış, imzalayanlar da "İslami Şeriata" uygunluk çekincesi koymuştur. Oysa CEDAW, kadınların insan hakları konusundaki en kapsamlı ve BM'ye üye devletlerce en yaygın biçimde onaylanan (186/196) ulusalüstü yasadır ve kadına karşı ayrımcılığı, "haklarda eşitlik ilkesinin ve insan onuruna saygının" çiğnenmesi olarak tanımlamıştır. CEDAW'ın kadınlara yönelik ayrımcılığın kapsamlı ve sistemli niteliğini ortaya koyması ve kadın-erkek eşitsizliğinin toplumsal nedenlerini dikkate alması önemlidir.

III. Kadın Hakları

Teorik açıdan liberal haklara eleştirel yaklaşan feminist hareket, erkekliği üstün kılan ilişkileri doğrudan sorgular ve bunu değiştirmeyi amaçlamaktadır. Buna karşılık toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasında liberal hakların önemli rol oynayabileceğini savunan kadın hakları siyasetinin ise erkek egemenliğine son verme gibi zorunlu bir hedefi olmasa da dolaylı olarak erkek egemenliğini zayıflatma sonucunu doğurmaktadır. Sonuçta feminist mücadele genel olarak değerlendirildiğinde çoğu feminist

³¹ Merçil İpek, "İslam ve Feminizm", in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019, s. 116.

³² Aykur Ebru, "İfratla Tefrit Arasında Müslüman Osmanlı Kadınları ve Feminizm", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 60.

³³ Tuksal Hidayet Şefkatli, "Türkiye'de İslami Feminizm Tartışmaları", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 229-230; Çakıl-Dinçer Gülşen, "Feminizmle İlişkisi Bağlamında Türkiye'de İslamcı Kadın Hareketi", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 243.

hak kavramını desteklemektedir, hatta birçok feminist hareketin ana politik hedefi kadın haklarının güvence altına alınmasıdır.³⁴

Feminizm hukukta; üreme, tecavüz, seks işçiliği ve ailenin hukuk tarafından kurulması ve sonlandırılması gibi tarihsel ve sosyolojik olarak kadına ilişkin görülen konular üzerinden gelişmiş olsa da sadece bu konularla sınırlı değildir.³⁵ Bu konulara ilişkin hukuk normlarının ülkemizde nasıl bir değişime uğradığı, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ışığında ana hatlarıyla şöyle özetlenebilir;

a. Mevzuatta Kadın Hakları

2001 Anayasa değişiklikleriyle 41. maddeye³⁶, ailenin “eşler arası eşitliğe” dayanacağı hükmü, 2004’de ise 10. maddeye “kadın erkek eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür” kuralı eklenmiştir. Bu eklemelerin, pozitif ayrımcılık uygulamalarına açılım sağlayacak genişlikte olmasının³⁷ yanında CEDAW’ın 4/1. maddesinde geçen “geçici özel önlemler alma” yükümlülüğü, Anayasa’nın 90. maddesi gereği iç hukukta da geçerlidir. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk belgelerinde de kadın-erkek eşitliğini düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. Böylece kadın-erkek

³⁴ Akçabay F. Ceren, “Bir ‘Hak’ Ediş Tartışması: Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı”, s. 131.

³⁵ Scalaes Ann, Hukuki Feminizm, Çev. F. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019, s. 26.

³⁶ Anayasa’nın 41. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı şeklindeki hüküm, maddeye 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’la eklenmiştir. Bu düzenlemeyle “*I. Ailenin korunması*” şeklindeki madde başlığı “*I. Ailenin korunması ve çocuk hakları*” şeklinde değiştirilerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruma sorumluluğu çerçevesinde tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. 5982 sayılı Kanun’un genel gerekçesi ile madde gerekçesinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması da yer almıştır.

³⁷ Fransız Anayasası’nın 3. maddesine 1999 yılında yapılan ekle “kanunlar, kadın ve erkeklerin seçimle gelen görevlere eşit şekilde girmesini teşvik etmelidir” hükmü getirilmiştir. Bu hükümle kadınların siyasal hayata katılımını artırmaya yönelik kota önu açılmıştır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki kotaların Fransız ve İsveç modellerinin de teyit ettiği gibi “çoğunluk” sistemine nazaran “nispi temsil”in uygulandığı seçim sistemlerinde daha etkili sonuçlar vermiştir, bkz, Usal Zeynep Oya, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının Siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 173.

arasındaki de facto eşitliği sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasına yönelik hukuki bir zemin oluşturulmuştur.

Özellikle iki temel kanun üzerinden kadın-erkek eşitliğinin ne ölçüde gerçekleştiği sorgulanabilir. Bunlardan ilki, 2001’de kabul edilen 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu’dur (TMK). Bu Kanun ile kadınların ailedeki eşit hak ve sorumlulukları yaşama geçirilmiştir. Şöyle ki;

- 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 152. maddesinde düzenlenen, koca evlilik birliğinin revidir ilkesi kaldırılmıştır. Yeni düzenleme şöyledir; *'Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.'* (md. 188).³⁸
- Ev seçimi artık kocaya ait değildir, eşler birlikte seçeceklerdir; *'Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler.'* (md. 186).
- 743 sayılı TMK’da velayetin kullanılmasında babanın oyuna üstünlük tanıyarak eşitlik ilkesini ihlâl eden düzenlemeye, yeni Kanun’da yer verilmemiştir. Velayette anlaşmazlık halinde babanın reyî üstün değildir, eşler velayeti birlikte kullanırlar (md. 336).
- Evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye verilir (md. 337).
- Evin geçimi artık sadece kocaya ait değildir; “eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılırlar (md. 186/3). Böylece ev içi emek hukuken bir değer olarak tanınmıştır. Ancak ev işi ve çocuk büyütme gibi faaliyetlerde kadın emeğinin sistematik olarak göz ardı edildiğini kabul etmek gerekir. Çalışan kadın hane halkı ve ev bakımına günde 4 saat 3 dakika ayırırken bu süre çalışan erkeklerde 43 dakikadır.”³⁹
- Aile konutuna ilişkin diğer eşin rızası dışında kira sözleşmesi feshedilemez, malik olunması halinde devredilemez (md. 194).
- Evlilik süresince elde edilen mallar boşanma halinde eşit şekilde bölünecektir. 743 sayılı mülga Medeni Kanun, mal ayrılığı rejimini yasal mal rejimi olarak kabul ettiğinden, eşler

³⁸ Fransa’da da 1981’e kadar erkekler resmi olarak “evin reisi” idiler ve evli kadının kocasının izni olmadan kendi malını satması yasaktı.

³⁹ Saygılıgil Feryal/Sağlam Güliz, “Kadınların Görünmeyen Emeği”, in: Kadın Odaklı, Der. Çiğdem Kağıtcıbaşı/Hülya Şimğa/Dilek Barlas/Murat Önok/Zeynep Gülrü Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 58.

arasındaki evlilik birliği sona erdiğinde, eşlerin birbirinin malları üzerinde herhangi bir paylaşım hakkı mevcut olmayıp herkes kendi mal varlığını almaktaydı. Bu durum özellikle, çalışma hakları eski 743 sayılı Kanuna göre kocanın iznine bağlı evli kadınların ağır mağduriyetine sebep olmuştur. Yeni TMK'nın 219. maddesinin ikinci fıkrasının (4) numaralı bendi, eşlerden birinin evlilikten sonra edindiği değerlerde diğer eşin katkısı, desteği varsayılarak kişisel malların evlilik birliği içinde edinilen gelirlerinin ortak paylaşımını öngörerek kadınların korunmasını sağlamaktadır.⁴⁰

Bu olumlu yasal değişikliklere rağmen Doğu'daki köylerde yaşayan üç kadından birisinin halen imam nikahıyla evli olduğu ve kadınların kırsal alanda miras haklarını kullanamadıklarını gözden ırak tutmamak gerekir.⁴¹

Kadının hakları bakımından ele alınması gereken diğer temel kanun, Türk Ceza Kanunu'dur (TCK). 765 sayılı mülga TCK'da kadınların aile tarafından kontrolü merkezi bir önem taşımaktaydı. Yerini alan 5237 sayılı TCK, bu alanda olumlu bir gelişme sağlamıştır. Örneklersek;

- Eski TCK'nın 423. maddesinde yer alan kızlık bozma suçunda yer alan "*Evlenme vukuu halinde ceza sakit olur.*" hükmüne 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. 5237 sayılı Kanun'daki düzenlemelerde, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında, daha sonra evlilik birliğinin kurulması ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden ya da ceza indirim nedeni olarak kabul edilmemiştir.
- Mülga Kanun'da cinsel suçlar, kamu ahlakı ve aileye karşı işlenen suçlar bölümünde yer alıyordu. Kadınların vücutlarıyla ilgili meseleler kadınların kişisellikleriyle değil aile ve toplumsal düzen ile ilgili meseleler olarak düşünülüyordu.
- Bu çerçevede evlilik içi tecavüz diye suç tanınmamıştı; zorla cinsi münasebete kadın rıza göstermek zorundayken, 2005 tarihli yeni TCK'nın 102/2. maddesinde cinsel saldırı suçunun eşlere karşı işlenmesi, mağdurun şikayetine bağlı kılınmıştır.

⁴⁰ AYM, bu hükmün iptali istemini reddetmiştir, E. 2016/36, K. 2016/187, K. 14.12.2016.

⁴¹ Hoşgör Ayşe Gündüz, "Türkiye'de Kırsal Kadının Toplumsal Konumu: Bölgesel Eşitsizlikler, Yasal Müdahaleler ve Kısmi Kazanımlar", in: Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 308-309.

- Aynı şekilde eski TCK'ya göre (md. 462) cinayetlerin namus nedeniyle işlendiği beyan edildiğinde cezalarda ciddi indirimler uygulanıyordu.⁴²
- Yine gayrimeşru çocuğunu öldüren anneye ceza indirimi uygulanıyordu.

b. AYM Kararlarında Kadın Hakları

Anayasal içtihatla kadın-erkek eşitliğine ilişkin kararlar, bütüncül ve tutarlı olmaktan uzaktır. Bu kararlar yalın bir sınıflandırma ile cinsiyetçi kararlar ve cinsiyetçiliği reddeden kararlar olarak iki kümeye ayrılabilir.⁴³ Son dönemlerde AYM'nin doğrudan kadın haklarına ilişkin olumlu sınırlı sayıda kararına karşı, olumsuz birçok kararından söz edilebilir. Olumlu kararlar şunlardır;

- AYM, kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan (eski) Medeni Kanun'un 159. maddesini iptal ederek, Anayasa'nın 10. maddesini kadın-erkek eşitliği olarak somutlaştırmıştır.⁴⁴

- AYM, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4/2. maddesinin 'Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.' biçimindeki hükmünü şu haklı gerekçeyle iptal etmiştir; "Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur."⁴⁵

- AYM, kocanın zinasını kadınıninkine göre gerçekleşmesi daha güç koşullara bağlayan (eski) TCK'nın 441. maddesini eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁶ Ancak AYM'nin hukuki boşluğun dolması için verdiği bir

⁴² TCK md. 462'ye ilişkin 1997 esas sayılı AYM kararı, karar gününden yaklaşık beş yıl ve söz konusu maddenin yürürlükten kaldırılmasından yaklaşık dört ay sonra Resmi Gazete'de yayımlandığından, AYM'nin görüşünün maddenin kaldırılmasında bir rolü olmamıştır (E. 1997/45, K. 1998/48, Kt. 16.7.1998, RG, 22.11.2003, No. 25297). Dikkat çekici husus, AYM'nin ilgili maddeyi Anayasa'ya aykırı bulmamış olması ve bu maddenin ne eşitlik ilkesini, ne de kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakkını ihlal etmediğine kanaat getirmiş olmasıdır, Göztepe Ece, "Namus Cinayetlerinin' Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi", TBB Dergisi, Sayı 59, 2005, s. 36.

⁴³ Bkz. Oder Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", in: Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 214.

⁴⁴ E. 1990/30, K. 1990/31, Kt. 29.11.1990.

⁴⁵ E. 2010/119, K. 2011/165, Kt. 8.12.2011.

⁴⁶ E. 1996/15, K. 1996/34, Kt. 23.9.1996. Bkz. Baştürk İhsan, " Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu", Hacettepe HFD, 8(1) 2018, s. 27-46

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

yıllık sürede düzenleme yapılmadığından kocanın zinası suç olmaktan çıkmış, TCK md. 440'a göre kadının zinası suç olmaya devam etmiştir. Bunun üzerine itiraz yoluyla yapılan bir başvuru sonucunda AYM, aynı hukuki durumda olmalarına rağmen kadın ve erkek için farklı düzenleme getiren TCK md. 440'ı da eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁷

Belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın, 20 Şubat 2018'de basın mensuplarına yaptığı açıklamada⁴⁸, zina konusunun yeniden ele alınmasının çok isabetli olacağını belirtmesi, zina tartışmasını yeniden canlandırmıştır.⁴⁹

Kadının konumu açısından olumsuz sonuçlar doğuran AYM kararları ise şunlardır;

- Kadının ikametgahını kocaninkine varsayan (eski) Medeni Kanun'un 21. maddesini, aileyi koruma amacıyla anayasaya uygun bulan AYM, erkeğin (ikametgâh) seçme özgürlüğüne, kadınıniki karşısında eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz biçimde üstünlük tanımıştır.⁵⁰

- TCK'nın 438. maddesi, fuhşu meslek edinen bir kadının kaçırılması veya ırzına geçilmesinde verilecek cezanın ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda verilecek cezadan 2/3'e kadar indirilebilmesine imkan tanıyordu. AYM, bu düzenlemenin Anayasa'ya olduğu gibi hukukun genel ilkelerine ve adalet duygusuna da aykırı olmadığına karar vermiştir.⁵¹ Neyse ki TBMM, 1990 yılında bu hükmü yürürlükten kaldırdı.⁵²

⁴⁷ E. 1998/3, K. 1998/28, Kt. 23.6.1998.

⁴⁸ "Bu toplumun manevi değerler noktasında farklı bir konum var. Biz Avrupa Birliği sürecinde bu konuda bir yanlımız oldu ki zina ile ilgili düzenlemeyi de yapmak suretiyle bu tacizler vesaire bunları belki de aynı kapsam içerisinde değerlendirmemiz lazım", <https://www.milligazete.com.tr/haber/1505234/cumhurbaskani-erdogan-ab-istedi-zina-yasagini-kaldirdik-yanlis-yaptik> (ET. 2.12.2020). Bu konuda bkz. Çokoğullar Bozaslan Emel, Muhafazakarlık ve AK Parti'nin Aile Politikaları, s. 138, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/71674/544533.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (ET. 4.12.2020).

⁴⁹ Türkiye için yeni olmayan bu tartışmada yaşananlar kısaca şöyle özetlenebilir; TCK'de 1926 yılında suç olarak tanımlanan zina, AYM'nin ilk olarak yukarıda belirtilen iptal kararı ile suç olmaktan çıkarılmıştı. Ancak 2004 yılında TCK reformu tartışmaları başladığında AKP, zinanın tekrar suç olarak tanımlanması için girişimde bulunmuştu. Ancak başta kadın hareketleri olmak üzere kamuoyu girişime tepki gösterdi. Öte yandan, Avrupa Birliği de zinanın suç olarak tanımlanmasının üyelik müzakerelerini etkileyeceği konusunda Türkiye'ye uyarıda bulunmuştu, <https://www.dw.com/tr/h%C3%BCk%C3%BCmetin-zina-plan%C4%B1-kad%C4%B1nlar%C4%B1-endi%C5%9Feleniyor/a-42774956> (ET. 5.12.2020).

⁵⁰ E. 1993/23, K. 1993/55, Kt. 2.12.1993.

⁵¹ E. 1988/4, K. 1989/3, Kt. 12.1.1989.

⁵² Feministlerin, İstanbul'da genelevlerin bulunduğu sokakta "İffetli Kadın Vesikası" dağıtma eylemi bu sonucun alınmasında rol oynamıştır, Ekal Berna, "Feminist Hareket ve *YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)*

- AYM kadının, eşi yararına üçüncü kişilere borçlanmasını hakim onayına bağlayan (eski) Medeni Kanun'un 169. maddesini, kadını ve aile birliğini korumak gerekçesiyle anayasaya uygun bulmuştur.⁵³

- Medeni Kanun'un 153/1. maddesi gereği kadının önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanabilmesini (kadın kocasının soyadını alır kuralını), AYM anayasaya aykırı bulmamıştır.⁵⁴ Bu karar, Anayasa'nın 17. maddesiyle kadına tanınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı karşısında aile birliğinin sağlanması amacıyla kocaya öncelik vermektedir. Neyse ki AYM daha sonra bireysel başvuru sonucu verdiği kararlarında bu durumun kadının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal ettiğini saptayabilmiştir.⁵⁵

- AYM, kız kardeşi cinsel ilişki halinde yakalanan kişinin öldürülmesi ya da bu kişiye karşı müessir fiil suçu işlenmesi halinde ceza indirimi öngören eski TCK md. 462'yi, yasa koyucunun, "ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini de göz önünde bulundurarak takdir yetkisine sahip" olduğu ceza siyaseti kapsamında görmüştür.⁵⁶ Ancak AYM, bir kez daha Anayasa'nın 17. maddesini kararında dikkate almamış ve yasa koyucunun takdir yetkisine hiçbir müdahalede bulunmamıştır.

- (Eski) TCK md. 416'ya göre "reşit olmayanla rızası ile cinsi münasebette bulunan" cezalandırılır. AYM'ye göre bu suçun faili sadece

Erkek Şiddetiyle Mücadele", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 469.

⁵³ E. 1997/27, K. 1998/43, Kt. 30.6.1998.

⁵⁴ E.2009/85, K.2011/49, Kt. 10.3.2011. Bkz. Çakırca Seda İrem, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, Sy. 2, Yıl 2012, s. 150 vd. ; Tahmazoğlu Uzeltürk Sultan, "Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, Sy. 5, Yıl 2014, İstanbul, 2014, s. 15 vd. ; Özen Burak, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06.03.2015), s. 95 vd. ; Helvacı Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, s. 157-169; Tacir Hamide, "Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak Ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, Sy: 1 Haziran 2017, s. 50 vd.; Beysan Nazime, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Evli Kadının Soyadı ve Anayasa Mahkemesi İctihadı", in: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri, Ed. Bezar Eylem Ekinci, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa 2010, s. 93 vd.

⁵⁵ *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, prg. 38.

⁵⁶ E. 1997/45, K. 1998/48, Kt. 16.7.1998.

erkekler olabileceğinden, TCK md. 434/3'e göre mağdur kadın ile mahkum arasında evlenme olursa, ceza ertelenir" hükmü, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı değildir. Oysa karşı oy yazısında da belirtildiği gibi karar erkek egemen dünya görüşünü ve yaygın olguyu yansıtsa da suçun faili kadın da olabilir.⁵⁷

- Anne ve rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sezaryen ameliyatı ile doğum yaptırılabilirliğini öngören kural, AYM'ye göre kadının maddi ve manevi varlığını geliştirmeye engel olmayacaktır.⁵⁸ Ancak bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde sadece hekimin tedavi yöntemini seçme ve çalışma haklarını esas alarak, "tek bir doğum yöntemi dayatılan"⁵⁹ kadının vücut bütünlüğü ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına yapılan bu ölçüsüz müdahaleyi tespit edememiştir.⁶⁰

- "Genel kadın" olarak çalışmak isteyen ancak bu talebi reddedilen başvurucu hakkında verdiği kararda AYM, bir yandan rızasıyla fuhuşu ifa eden yetişkin bireylerin bu rızalarının geçerliliğini tartışma noktasına çekmiş, öte yandan bu şekilde yapılan eylemlerin bir eğitim veya yetenek unsuruna bağlanması suretiyle meslek sayılmasını⁶¹ insan onuruyla bağdaşmaz nitelikte bulmuştur.⁶² Aslında böyle bir değerlendirme kendi rızasıyla fuhuş yapan kadınların bireysel özerkliklerini göz ardı ederek onları insan onurunun minimum korumasından yoksun bırakacaktır.

- AYM, resmi nikâh öncesi dini nikâh kıyılmasını cezai yaptırıma bağlayan TCK'nın 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal etmesi,

⁵⁷ E. 2001/478, K. 2004/38, Kt. 25.3.2005. Karşı oy Fazıl Sağlam tarafından yazılmıştır.

⁵⁸ E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 3.10.2013.

⁵⁹ Bkz. E. Yıldırım ve Z. Arslan'ın karşı oyları. Karar, AİHM'in Ternovszky/Macaristan kararıyla da çelişmektedir: "(...) anne baba olma kararına ilişkin hak, doğumun nasıl yapılacağı konusundaki tercih hakkını da içerir" (Ternovszky/Macaristan, B. No: 67545/09, 14.12.2010, prg. 22).

⁶⁰ Kanadoğlu Korkut, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", TBB Dergisi 2015 (119), s. 25.

⁶¹ Türkiyeli feministler arasında seks işçiliğini bir meslek olarak değerlendirme eğilimi yüksektir, Saner Suzan/Yüksel Şahika, "1980'lerden Günümüze Türkiye'de Feminizm ve Cinsellik", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 438.

⁶² S. K. (B) Başvurusu, B. No. 2014/18275, 4.7.2018. Ayrıca bkz. Ekinci Bezar Eylem, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Yorumunda Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğini Görmek", in: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri, Ed. Bezar Eylem Ekinci, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa 2010, s. 88 vd.

Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan medeni nikâhın yerini dini nikâhın alma tehlikesini doğurmuştur.⁶³

IV. Kadına Yönelik Şiddet

Devlet kadına karşı (sistemli) şiddete tarafsız kalamaz. BM kadına karşı şiddeti diğer şiddet türlerinden ayırt etmek için şu şekilde tanımlamıştır: Kadınlara fiziksel, cinsel ve psikolojik zarar ve acı vermeyle sonuçlanan veya sonuçlanma olasılığı bulunan, cinsiyet temelli olarak oluşan herhangi bir eylem.

Vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı, devlete bir koruma yükümlülüğü getirmektedir ve bu yükümlülük yerine getirilmezse devlet hak ihlalinden sorumlu olacaktır (Anayasa md. 17). Devlet, öncelikle yaşama hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı ve bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Bu ödev ayrıca bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten koruma yükümlülüğünü de içerir. Bu tedbirler korumasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlamalı, yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumlarda makul adımlar atmalarını içermelidir.⁶⁴

Kadınları her türlü şiddete karşı koruma ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti önleme, kovuşturma ve ortadan kaldırma amacına yönelik olan ve taraf olduğumuz Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) etkin biçimde uygulanması bu açıdan anayasal bir gerekliliktir (Anayasa md 90). İstanbul Sözleşmesi'nde kadınlara yönelik aile içi şiddet, ev içi şiddet, toplumsal cinsiyete dayalı dayalı şiddet biçimleri ayrı ayrı tanımlanarak, fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddetin yanı sıra ekonomik şiddete, ısrarlı takip gibi yeni şiddet biçimlerine de yer verilmektedir.⁶⁵

⁶³ E. 2014/140, K. 2015/85, Kt. 8.10.2015. Bu kararın eleştirisi için Duygun Ahmet Mert, Anayasa Mahkemesi'nin Dini Nikâh Kararı Üzerine Bazı Düşünceler: 2010 Sonrası Anayasa Mahkemesi İçtihadının Muhafazakârlaşmasında Üçüncü Evre; Güncel Hukuk Dergisi; Boyar Oya, Bir Yorum Meselesi ve Ötesi: Anayasa Mahkemesi'nin 2015/51 Sayılı Kararı, Güncel Hukuk Dergisi, Temmuz 2015, s. 49-51. Kararı destekleyen görüş için bkz. Yüksel Saadet, Anayasa Mahkemesi'nin Dini Nikâh Kararına Dair Kısa Bir Analiz; <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/SaadetYu%CC%88ksel-Anayasa-Mahkemesinin-Dini-Nikah-Karar%C4%B1na-Dair-Bir-Analiz.pdf> (ET. 16.02.2018).

⁶⁴ R.K., B. No: 2013/6950, 20.4.2016, prg. 75.

⁶⁵ Yüksel-Kaptanoğlu İlknur, "Akademide ve Kamuda Kadınlara Yönelik Şiddete Yaklaşım", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 456.

Opuz/Türkiye, M.G./Türkiye ve Halime Kılıç/Türkiye kararında⁶⁶ AİHM, şiddet uygulayan kişinin tekrarlayan şiddet ve tehdit eylemlerinin her defasında kamu makamlarına iletilmesine rağmen kamu makamlarının öngörülebilir bir öldürülme riskini dikkate alarak etkili bir koruma ve tedbir kararı uygulayamadıklarını tespit etmiştir. Bu kararlarda öldürmeye giden olaylar dizisinin belirleyici bir aşamasında kamu makamlarının gerçek ve yakın riskin varlığını göz önüne alarak yaşamı koruyucu önlemleri almaları gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin Halime Kılıç/Türkiye kararında AİHM, alınmış olan üç koruma ve tedbir kararının da başvuranın kızına herhangi bir koruma sağlama konusunda tamamen etkisiz olduğunu tespit etmiştir.

Evli bir kadının şiddete maruz kalması üzerine başlatılan ceza soruşturmasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek soruşturmanın etkisiz bırakılması ve bununla bağlantılı olarak yaşamının korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması sonucu ölüm olayının meydana gelmesine ilişkin olarak yapılan bir başvuruda AYM, aynı duyarlılığı gösterememiştir. Gerçi AYM, aile içi şiddet olayı nedeniyle verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir cezasızlık sorununu ortaya çıkarabileceğine, ortaya çıkan cezasızlık durumunun ise aile içi şiddet mağduru olan çocuklar ve diğer savunmasız kişiler bakımından bir risk oluşturduğuna haklı olarak işaret etse de failin, öldürdüğü kadının yaşamı açısından gerçek ve yakın bir risk oluşturduğunun kamu makamları tarafından bilindiği veya bilinmesi gerekmediği sonucuna varmıştır.⁶⁷

Bu kez ihlal kararı verdiği bir başka kararında AYM, başvurunun can güvenliğinin tehlikede olduğunu somut temellere dayalı olarak açıklayarak önce çalıştığı kuruma daha sonra da yargı makamlarına iletmış olmasına karşın, Millî Eğitim Bakanlığı ve İzmir 7. Aile Mahkemesinin şiddet mağduru başvuruçuyu korumaya yönelik tedbirleri (işyeri değişikliği) sağlama yönündeki pozitif yükümlülüklerine uygun hareket etmemeleri üzerine başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna varmıştır.⁶⁸

Olumlu olarak nitelendirilmesi gereken yakın tarihli bir diğer kararında da AYM, lehine beş ay süreyle koruma tedbiri uygulanmasına hükmedilen

⁶⁶ Opuz/Türkiye, B. No. 33401/02, 9.6.2009; M.G./Türkiye, B. No. 646/10, 22.3.2016 ve Halime Kılıç/Türkiye, B. No. 63034/11, 28.6.2016.

⁶⁷ Fatma Güneş Başvurusu, B. No. 2016/8300, 3.6.2020.

⁶⁸ K. Ş. Başvurusu, B. No. 2016/14613, 17.7.2019.

başvurucunun bu süre içinde eşi tarafından darp edildiğini gerekçe göstererek talep ettiği zorlama hapsinin reddedilmesinin başvuru maddi ve manevi varlığının korunması hakkını ihlal etmiştir.⁶⁹

Ancak başvuru tarihleri ile karar tarihleri arasında geçen uzun süreler dikkate alındığında bireysel başvuru sonucu verilen yukarıdaki ihlal kararların ne derece etkili olacağının da düşünülmesi gerekmektedir.

Ayrıca sosyolojik ve psikolojik açıdan belirtmek gerekir ki şiddet uygulayan yetişkinlerin büyük çoğunluğunda çocuklukta aile içi şiddete maruz kalma öyküsü saptanmıştır.⁷⁰ Eşine şiddet uygulayan erkeklerin büyük çoğunluğu, bunun nedenini, kadının “geleneksel kadınlık görevlerini” yerine getirmemek olarak ifade etmektedir. Yine bir başka çalışmada eşinden ve yakınlarından şiddet gören kadın oranı %40,7 olarak saptanmıştır.⁷¹ Özellikle 1990’lardan itibaren kamu kurum ve kuruluşlarındaki gelişmeler ve kurumsallaşmalar açısından küçümsenmeyecek gelişmeler yařanmış⁷² olsa da gerekli zihniyet dönüşümünün sağlanması zorluğu ve kanunların uygulama aşamasında karşılaşılan zorluklar nedeniyle günümüzde kadına karşı şiddet artarak sürmektedir.⁷³

Kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik olarak yeni TCK’da eziyet, işkence, kasten öldürme ya da yaralama suçunun eşe ve çocuklara karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak sayılmıştır. Uygulamada ise şiddete uğrayan kadınlar hukuk kurumundan fazla bir şey beklememektedirler. İÜHF bünyesinde yapılan bir çalışmada aile içi şiddete uğrayan kadınların yalnızca %7,6’sının hukuka başvurduğunu göstermektedir.⁷⁴

AYM de bu doğrultuda aile içi şiddetin en yaygın görünüm şekillerinden biri olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki kasten yaralama suçlarında aile bireylerinin baskısı sonucu şikâyetin engellenebileceği

⁶⁹ Ö.T. Başvurusu, B. No. 2015/16029, 19.2.2019.

⁷⁰ Vahip Işık, “Psikanalitik Bakış Açışıyla Aile İçi Şiddet”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019, s. 91.

⁷¹ Bugay Aşlı/Delevi Rakel, “Üniversite Öğrencilerinde Kadına Yönelik Tutumun Nedeni”, in: Kadın Odaklı, Der. Çiğdem Kağıtçıbaşı/Hülya şimğa/Dilek Barlas/Murat Önok/Zeynep Gülrü Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 172.

⁷² Kadın sığınakları, danışma birimleri ve eğitim programlarını içeren bu kurumlaşma için bkz. Işık S. Nazik, “1990’larda Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, s. 61 vd. ; Acuner Selma, “90’lı Yıllar ve Resmî Düzeyde Kurumsallaşmanın Doğuş Aşamaları”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, s. 125 vd.

⁷³ Yüksel-Kaptanoğlu İlkur, “Akademide ve Kamuda Kadınlara Yönelik Şiddete Yaklaşım”, s. 459.

⁷⁴ Sokullu Akıncı Fusun, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.

gözeterek eşe veya kardeşe karşı işlenen kasten yaralama suçunun şikâyet aranmaksızın takibinin yapılmasını ve verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını öngören TCK'nın 86/3. maddesini, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.⁷⁵

AYM, bir başka kararında benzer biçimde, 8.3.2012 günlü ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un tedbir kararlarının uygulanması için ilgililere tefhim veya tebliğ edilmesinin gerekmediği belirtilen 10/5. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM'ye göre; “Kanunla ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalanın gecikmeksizin korunması amaçlandığından, Kanun uyarınca verilen tedbir kararlarının uygulanması için ilgililere tebliğ edilmesini beklemek, Kanun'un amacı ile bağdaşmayacaktır.”⁷⁶

Buna karşılık öldürme suçunun nitelikli hali olarak “töre” yerine açıkça “namus saikiyle” denilmemesi ve “genital muayenenin” kadının rızası koşuluna bağlanmaması yeni TCK'daki eksiklikler olarak belirtilebilir. Zira Türkiye'de kadın bedenleri namus üzerinden disipline edilmektedir⁷⁷ ve şiddet vakalarının önemli nedenlerinden biri, toplumda egemen olan kadınların “namuslu olmalarını” bekleyen anlayıştır.⁷⁸

IV. Eğitim ve Öğretimde Kadın

Erkek egemen, erkek merkezli ideoloji özellikle eğitim ve öğretim sektöründe yaygınlaşmıştır. Örneğin Türkçe ders kitaplarında erkeğin daha olumlu rollerde konumlandırılmıştır; kadın daha çok annelik yönünün getirmiş olduğu kişilik özellikleriyle yer almış, erkek ise daha çok baba rolünün getirmiş olduğu koruyuculuk ve otoriteyi temsil etmiştir.⁷⁹ Tüm ders kitapları bakımından yapılan incelemede kadının görünürlüğünün azaldığı, kadınların güç ve otorite sahibi pozisyonlarda olduğu bölümler çıkarılmış, kadın erkek eşitliği ve kadın haklarına ilişkin ifadeler çıkarılmış, namus kelimesi geri dönmüş, aile içi iş bölümünde, çalışma hayatı ve

⁷⁵ E. 2019/2, K. 2020/28, Kt. 11.6.2020.

⁷⁶ E. 2013/64, K. 2013/142, Kt. 28.11.2013.

⁷⁷ Koğacıoğlu Dicle, “Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği”, s. 351.

⁷⁸ Saygılıgil Feryal/Sağlam Güliz, “Kadınların Görünmeyen Emeği”, s. 65.

⁷⁹ Çeçen Mehmet Akif, “Türkçe Ders Kitaplarında Toplumsal Cinsiyet Rollerini”, https://www.researchgate.net/publication/291697291_TURKCE_DERS_KITAPLARINDA_TOPLUMSAL_CINSIYET_ROLLERI (ET. 5.12.2020).

mesleklerde cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı açıkça tespit edilmiştir.⁸⁰ Buna karşılık yapılan bir araştırmada anneleri çalışan öğrencilerin toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin eşitlikçi rolleri benimsedikleri belirlenmiştir.⁸¹

Toplumsal muhafazakarlaşmayı pekiştiren eğitim politikaları (imam hatip okulları üzerinden dini eğitim) özellikle kızları hedef almaktadır ve kadının ataerkil toplumdaki geleneksel rollerini dayatmaktadır.

Örgün eğitime kız çocukların katılımı 1869'da gerçekleşmiştir. 1927'de karma eğitime geçilmiştir. 1935'de kadınların %90'ı okuma yazma bilmemektedir. Bugün bu oran %6'ya inmiştir. Fakat 2018 itibarıyla okuma yazma bilmeyen 2.197.257 kişinin %85'i kadındır.⁸² Kız çocukları yükseköğrenime geçme fırsatı bulamadığında evlilik ve ev kadınlığı kaçınılmaz bir sonuç olmaktadır.⁸³ Öğretim elemanları sayısı cinsiyete göre '93 bin 893'ü erkek, 76 bin 668'i kadın' şeklinde dağılırken, erkekler toplam sayının yüzde 55'ini oluşturmaktadır. Yükseköğretim sisteminde yer alan 27 bin 861 profesör arasında erkeklerin çoğunluğu oluşturması dikkat çekmektedir. 18 bin 962 erkek profesöre karşılık, kadın profesör sayısı 8 bin 899'dur.⁸⁴

Özellikle 2010'dan itibaren açıkça anti-feminist bir tutum alan iktidar partisi AKP'nin eğitimi dinselleştirmesi, kadın örgütlerini seküler eğitimin savunulması noktasında birleştirmiştir. Kamusal ve seküler eğitim, feminist mücadelenin etkin olabileceği bir alan haline gelmiştir.⁸⁵

V. Kadınların İşgücüne Katılımı

⁸⁰ Aratemur Çimen Canan/Bayhan Sezer, "Ders Kitaplarında Toplumsal Cinsiyet", https://www.academia.edu/38013262/De%C4%9Fi%C5%9Fen_Ders_Kitaplar%C4%B1nda_Toplumsal_Cinsiyet.pdf (ET. 13.9.2020).

⁸¹ Başar Fatma/Demirci Nurdan, "Türkiye'deki Hemşirelik Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Rollerine İlişkin Tutumları", in: Kadın Odaklı, Der. Çiğdem Kağıtçıbaşı/Hülya Şimşir/Dilek Barlas/Murat Önok/Zeynep Güllü Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 163.

⁸² <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/okuryazar-olmayanlarin-yuzde-85-2si-kadin/1504120> (ET. 7.12.2020).

⁸³ Bkz. Toksöz Gülay, "Neoliberal Piyasa, Özel ve Kamusal Patriarka Çıkmazında Kadın Emeği", in: Türkiye'de Refah Devleti ve Kadın, Der. Sanıye Dedeoğlu/Adem Yavuz Elveren, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 103-126.

⁸⁴ <https://www.birgun.net/haber/erkek-profesör-sayisi-kadınların-iki-kati-289076> (ET. 5.12.2020).

⁸⁵ Öztan Ece, "Kesişimsel Feminist Siyaset İçin Potansiyel Bir Alan: Eğitim", in: Türkiye'de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 679-680.

Ülkemizde kadınlar arasında işgücüne katılım oranı geleneksel olarak gerek AB gerekse OECD ortalamalarının oldukça gerisinde kalmıştır. Nitekim bu oran 28 AB üyesi ülke arasında 2016 yılında %67,3 olarak gerçekleşmiştir. Benzer bir durum OECD karşılaştırmaları açısından da geçerlidir. 35 üye ülke ortalaması açısından kadınların işgücüne katılım oranı %63,6 düzeyindedir. OECD ülkeleri arasında Türkiye son sıradadır (%36).⁸⁶ Kadın işgücü artışını destekleyen en önemli faktör, evlilik yaşının yükselmesi, özellikle 15-19 yaş grubundaki kadın evliliklerinin azalmasıdır. Ataerkil aile yaşamı, eğitim düzeyindeki iyileşme ve kreş ve okul öncesi eğitim kurumlarının yaygınlaşması da bu konudaki önem etkenlerdendir.⁸⁷

BM istatistikleri de kanunlar seviyesinde kadın haklarının büyük ölçüde sağlanmış ülkelerde bile kadınların açıkça ayrımcılığa uğradığını göstermektedir. Kadınların geliri erkeklerden %70 azdır; eşit işe eşit ücret ilkesi çoğu iş alanında asla uygulanmaz; kadın yöneticiler önyargılarla boğuşmaktadır⁸⁸; yoksulluk sınır altında yaşayan kadınların yüzdesi o kadar çoktur ki, “yoksulluğun dişileştirilmesi” terimi abes kaçmaz.⁸⁹ Aslında küresel neoliberal ekonomi politikaları bu bölünmeyi ortadan kaldırmak yerine belirginleştirmektedir.⁹⁰ Ekonominin küreselleşmesi ve küresel rekabetin artmasıyla oluşan yeni istihdam dokuları, toplumsal gruplar arasındaki kutuplaşmayı artırmaktadır. Ayrıca ekonomik krizlerin yaşandığı dönemlerde, ekonomik krizlerin en çok kadın işgücünü etkilediği de belgelenmiştir.⁹¹

⁸⁶ Akgeyik Tekin, “Türkiye’de Kadınların İşgücü Piyasasına Katılımını Etkileyen Faktörler: TÜİK Verileri Üzerine Bir Analiz”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394276> (ET. 8.12.2020).

⁸⁷ Aldan Altan/Öztürk Selcen, “Kadın İşgücüne Katılımında Artışın Belirleyicileri: Kuşak Etkisinin Ayrıştırılması”, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/2520bd50-8ad1-4485-aab9-ceaddb10b42/wp1905.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-2520bd50-8ad1-4485-aab9-ceaddb10b42-mA0mOiI> (ET. 3.5.2020).

⁸⁸ Kabasakal Hayat/Aycan Zeynep/Varnalı Renin/Başkurt A. Burçin/Erdoğan Irmak, “Girişimcilikte Başarı Kriterleri ve Temel Başarı Faktörleri: Kadın-Erkek Karşılaştırması”, in: Kadın Odaklı, Der. Çiğdem Kağıtçıbaşı/Hülya Şimşak/Dilek Barlas/Murat Önok/Zeynep Güllü Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 107.

⁸⁹ Nagl-Docekal Herta, “Feminist Felsefenin Geleceği”, *Çagito*, Sy. 58, 2009, s. 219.

⁹⁰ Marion Young Iris, “Yaşanan Bedene Karşı Toplumsal Cinsiyet: Toplumsal Yapı ve Öznellik Üzerine Düşünceler”, Çev. Rüya Kalıntaş, *Çagito*, Sy. 58, 2009, s. 51.

⁹¹ Kayası Serap, “Değişen ‘dünya düzen’leri, değişen ‘kadın’lar: Toplumsal cinsiyetin ‘değişen’ içeriği”, *Toplum ve Bilim*, 75 Kış 1997, s. 177.

AYM, cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle işten çıkarılmayla ilgili bir başvuruda⁹², Derece Mahkemesi kararında başvurucunun sırf kadın olduğu için işten çıkarıldığı, diğer çalışanın ise erkek olduğu için işten çıkarılmadığı, bu şekilde cinsiyet ayrımcılığı temeline dayalı olarak işten çıkarıldığı iddiaları yönünden hiçbir değerlendirme ve tartışmanın yapılmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Son yıllarda kadınlar ve erkeklerin arasındaki iş dağılımında bazı değişiklikler görölse de ücretsiz bakım ve ev idaresi işinin öncelikle kadınlar tarafından yerine getirildiği bir gerçekliktir. Kadınların çocukları, kocaları ve kocalarının yakınları için harcadıkları bu emek “karşılıksız” ve “görünmez” emektir. Bu ilişki bir sömürü ilişkisi olarak da nitelendirilebilir. Kadının neredeyse tüm zamanını alan ev içi emek kadın için bir istihdam sorunu olmaktan çok özgülleşme sorunu haline gelmiştir.⁹³

Bazen de kadınlar lehine getirilen özel düzenlemeler fiili eşitsizlikleri gidermekten çok pekiştirmeye ve meşrulaştırmaya yol açtığı da söylenebilir. Örnek olarak işyerlerinde çocuk bakma yükümlülüğünü yalnızca kadınlara bırakan “Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair” Yönetmelik veya yer altında çalışmayı erkeklere özgülleyen İş Kanunu hükmü (md. 72) gösterilebilir.⁹⁴

VI. Sonuç Yerine: Değişiklik Önerileri

Kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi için bir toplumsal düzen olarak cinsiyete tümüyle veda edilmelidir. Bu bağlamda eşitlik kilit kavramlardan biridir. Eşitliğin hem temel kanunlarla sağlanması hem de kadınların haklarından de facto yararlanmasını sağlayacak destekleyici önlemlerin alınması gerekmektedir. Özellikle erkeklerin toplum içindeki ayrıcalıklı konumundan dolayı gerçek bir fırsat eşitliğinden bahsedilemeyeceğini vurgulayan yeni feminist yaklaşımlar bunun yerine farklı bir eşitlik anlayışını önermektedir: sonuçların eşitliği.⁹⁵

- Tarihsel olarak hiçbir zaman eşit siyasi yarışma fırsatı bulamamış kadınlara öncelikle adil ve eşit yarışma

⁹² Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, B. No. 2013/7063, 5.11.2015.

⁹³ Yaman Melda, “Karşılıksız Ev İçi Emek: Teorik ve Politik Tartışmaların İzini Sürmek”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 610-611.

⁹⁴ Uygun Oktay, Hukuk Teorileri, s. 166-167.

⁹⁵ Güneş-Ayşe Ayşe/Gölgelioğlu Özlem, “Fırsat Eşitliği mi Sonuçta Eşitlik mi? 2000’li Yıllarda Kadın Kotası Tartışmaları”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 140.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

koşulları oluşturulmalıdır. Siyasi alanda olgusal eşitlik için anayasal organlar ve partilerde kadın kotası anayasal bir zorunluluk haline getirilmelidir. Böylelikle fırsat eşitliği noktasından sonuç eşitliğine uzanan bir sıçrama yaşanabilecektir. Aksi takdirde Türkiye'nin kadınların siyasete katılımında 112 ülke arasında yer aldığı 107. sıradan⁹⁶ kurtulması olası görünmemektedir.

- Kadın istihdamını artıracak önlemler alınmalıdır⁹⁷; zira kadını erkeğe bağımlılıktan kurtaracak olan çalışma yoluyla gelen özgürlüktür.
- Kadına şiddet önlenmelidir. Bu yönde Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam ve maddi ve manevi varlığın “şiddete karşı” korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü açıkça vurgulanmalıdır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinde “ev içi şiddeti” dışlayan koruyucu bir anlayışa yer verilmelidir.
- Eğitim cinsiyetçi içerik ve söylemlerden arındırılmalı; Bilimsel laik örgün eğitime ulaşmada cinsiyetlerarası eşitlik, imam hatip okullarının sadece din görevlisi ihtiyacına yönelik biçimde sayısı azaltılmalıdır.⁹⁸

Bu konularda toplumsal farkındalık ve özendirme oluşturulmalı; çok boyutlu ayrımcılığın önüne geçmek sadece kadınların meselesi değildir; günümüzde hiç kimse bu hedefi benimsemeden eşitlik ve demokrasi talebinde bulunamaz. Bu doğrultuda Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan devletin görevleri arasına “cinsiyetçi kalıpların tasviyesi” de eklenmelidir.

KAYNAKÇA

Acuner S., “90’lı Yıllar ve Resmî Düzeyde Kurumsallaşmanın Doğuş Aşamaları”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, Der. A. Bora/A. Günel, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016.

⁹⁶ Agm. s. 145.

⁹⁷ İstihdamda Kadın Erkek Eşitliği Kanunu’nun çıkarılması, işyerinde mobbing’in TCK’da yaptırımı bağlanması gibi mevzuat değişikliği önerileri için bkz. Bakırcı Kadriye, “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 263-276.

⁹⁸ Kağıtçıbaşı Çiğdem, “Türkiye’de Kadın ve Eğitim”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 18.

- Akçabay F. C., “Bir ‘Hak’ Ediş Tartışması: Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı”, in: Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları”, Ed. B. Erdağı, NotaBene Yayınları, Ankara 2015.
- Akgeyik T., “Türkiye’de Kadınların İşgücü Piyasasına Katılımını Etkileyen Faktörler: TÜİK Verileri Üzerine Bir Analiz”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394276> (ET. 8.12.2020).
- Aldan A./Öztürk S., “Kadın İşgücüne Katılımında Artışın Belirleyicileri: Kuşak Etkisinin Ayırıtılması”, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/2520bd50-8ad1-4485-aab9-ceaddbc10b42/wp1905.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWOR KSPACE-2520bd50-8ad1-4485-aab9-ceaddbc10b42-mA0mOii> (ET. 3.5.2020).
- Aratemur Çimen C./Bayhan S., “Ders Kitaplarında Toplumsal Cinsiyet”, https://www.academia.edu/38013262/De%C4%9Fi%C5%9Fen_Ders_Kitaplar%C4%B1nda_Toplumsal_Cinsiyet.pdf (ET. 13.9.2020).
- Aykur E., “İfratla Tefrit Arasında Müslüman Osmanlı Kadınları ve Feminizm”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Bakırcı K., “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Başar F./Demirci N., “Türkiye’deki Hemşirelik Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Rollerine İlişkin Tutumları”, in: Kadın Odaklı, Der. Ç. Kağıtçıbaşı/H. şimga/D. Barlas/M. Önok/Z. G. Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- Baştürk İ., ” Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, Hacettepe HFD, 8(1) 2018.
- Berktaş F., “Kadının İnsan Hakları”, in: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000.
- Berktaş F., “Dünden Bugüne “Nafile Biraderlik Sözleşmesi””, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Beyhan N., “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Evli Kadının Soyadı ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı”, in: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri, Ed. B. E. İkinci, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa 2010.
- Bora A., “Kamusal alan/özel alan: Mahrumiyet-özgürleşme ikileminin ötesi”, Toplum ve Bilim, 75 K1ř 1997.
- Bora A., “Feminizmin “Dalgalar”ı”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.

- Boyar O., Bir Yorum Meselesi ve Ötesi: Anayasa Mahkemesi'nin 2015/51 Sayılı Kararı, Güncel Hukuk Dergisi, Temmuz 2015.
- Bugay A./Delevi R., “Üniversite Öğrencilerinde Kadına Yönelik Tutumun Nedeni”, in: Kadın Odaklı, Der. Ç. Kağıtçıbaşı/H. Şimşek/D. Barlas/M. Önok/Z. G. Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- Çağatay Selin, “Kemalist Feminizm: Kadın Hareketi Tarihinin Göz Ardı Edilmiş ‘Bariz Gerçeği’”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.,
- Çakıl-Dinçer G., “Feminizmle İlişkisi Bağlamında Türkiye’de İslamcı Kadın Hareketi”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Çakır S., “Osmanlı Kadın Hareketi: XX. Yüzyılın Başında Kadınların Hak Mücadelesi”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Çakırca S. İ., “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, Sy. 2, Yıl 2012.
- Çeçen M. A., “Türkçe Ders Kitaplarında Toplumsal Cinsiyet Rollerini”, https://www.researchgate.net/publication/291697291_TURKCE_DERS_KITAPLARINDA_TOPLUMSAL_CINSIYET_ROLLERINI (ET. 5.12.2020).
- Çokoğullar Bozaslan E., Muhafazakarlık ve AK Parti’nin Aile Politikaları, s. 138, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/71674/544533.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (ET. 4.12.2020).
- Direk Z., “Simone de Beauvoir: Abjeksiyon ve Eros Etiği”, Cogito, Sy. 58, 2009.
- Doğramacı E., Türkiye’de Kadının Dünü ve Bugünü, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1992.
- Durakbaşı A., “Klasik teoriler feminizmle karşılaşılıyor: Comte’un Pozitivizmin İlmihali kitabı üzerine feminist okuma denemesi”, Toplum ve Bilim, 75 Kış 1997.
- Durudoğan H., “İkinci Dalga Fransız Feminizmine Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Duygun A. M., “Nikâh Kararına İlişkin Bazı Düşünceler: 2010 Sonrası Anayasa Mahkemesi İçtihadının Muhafazakarlaşmasında Üçüncü Evre”, Güncel Hukuk, Sy. 139, 2015.

- Ekal B., “Feminist Hareket ve Erkek Şiddetiyle Mücadele”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Ekinci B. E., “Temel Hak ve Hürriyetlerin Yorumunda Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğini Görmek”, in: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri, Ed. B. E. Ekinci, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa 2010.
- Göztepe E., “‘Namus Cinayetlerinin’ Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005.
- Güneş-Ayata A./Gölgelioğlu Ö., “Fırsat Eşitliği mi Sonuçta Eşitlik mi? 2000’li Yıllarda Kadın Kotası Tartışmaları”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Hoşgör A. G., “Türkiye’de Kırsal Kadının Toplumsal Konumu: Bölgesel Eşitsizlikler, Yasal Müdahaleler ve Kısmi Kazanımlar”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Işık S. N., “1990’larda Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, Der. A. Bora/A. Günel, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Kabasakal H./Aycan Z./Varnalı R./Başkurt A. B./Erdoğan I., “Girişimcilikte Başarı Kriterleri ve Temel Başarı Faktörleri: Kadın-Erkek Karşılaştırması”, in: Kadın Odaklı, Der. Ç. Kağıtçıbaşı/H. Şimşak/D. Barlas/M. Önoğ/Z. G. Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- Kağıtçıbaşı Ç., “Türkiye’de Kadın ve Eğitim”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Kanadoğlu K., “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, TBB Dergisi 2015 (119).
- Kardam F./Ecevit Y., “1990’ların Sonunda Bir kadın İletişim Kuruluşu: Uçan Süpürge”, in: 90’larda Türkiye’de Feminizm, Der. A. Bora/A. Günel, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Kayasü S., “Değişen ‘dünya düzen’leri, değişen ‘kadın’lar: Toplumsal cinsiyetin ‘değişen’ içeriği”, Toplum ve Bilim, 75 Kış 1997.
- Koğacioğlu D., “Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği”, Cogito, Sy. 58, 2009.
- Kılınç B., “Aklın Cinsiyeti Var mı?”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019.

- Marion Young I., “Yaşanan Bedene Karşı Toplumsal Cinsiyet: Toplumsal Yapı ve Öznellik Üzerine Düşünceler”, Çev. Rüya Kalıntaş, Cagito, Sy. 58, 2009.
- Merçil İ., “İslam ve Feminizm”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019.
- Nagl-Docekal H., “Feminist Felsefenin Geleceği”, Cagito, Sy. 58, 2009.
- Oder B. E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Özen B., “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06.03.2015).
- Özkan Kerestecioğlu İ./Özman A., “Kavramsal Tartışmalar, Tarihsel-Politik Dinamikler, Güncel Sorunlar”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Öztan E., “Kesişimsel Feminist Siyaset İçin Potansiyel Bir Alan: Eğitim”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Rankin B. H./Aytaç I. A., “Eğitimde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Araştırma Sonuçları ve Düşündürdükleri”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Sancar S., “Diyabet’in “Kadınlaşması”: Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Yeni Kadın ve Aile Politikası”, in: Kadın Odaklı, Der. Ç. Kağıtçıbaşı/H. Şimşak/D. Barlas/M. Önoğuz/Z. G. Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- Sancar Üşür S., “Otoriter Türk Modernleşmesinin Cinsiyet Rejimi”, http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/03/serpilhc.Otoriter_turk_modernlesmesinin_cinsiyet_rejimi.pdf (ET. 14.10.2020).
- Saner S./Yüksel Ş., “1980’lerden Günümüze Türkiye’de Feminizm ve Cinsellik”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Sayan Cengiz. F., “Bir “Yeni Sosyal Hareket” Olarak Türkiye’de 1980 Sonrası Feminist Hareket: Değerler Değişimi mi Alternatif Dinamikler mi?”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 120.
- Saygılıgil F./Sağlam G., “Kadınların Görünmeyen Emeği”, in: Kadın Odaklı, Der. Ç. Kağıtçıbaşı/H. Şimşak/D. Barlas/M. Önoğuz/Z. G. Göker, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

- Scalaes A., Hukuki Feminizm, Çev. F. C. Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019.
- Sokullu Akıncı F., Türkiye'de Aile İçi Şiddet, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- Şimga H., “Unes Femmes: Kristeva, Psikanaliz ve Kadın”, in: Cinsiyetli Olmak, Der. Z. Direk, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019.
- Tacir H., “Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak Ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, Sy: 1 Haziran 2017.
- Tahmazoğlu Uzeltürk S., “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, Sy. 5, İstanbul, 2014.
- Tekeli Ş., “Tek Parti Döneminde Kadın Hareketi de Bastırıldı”, in: Sol Kemalizme Bakıyor, Metis Yayınları, İstanbul 1991.
- Toksöz G. “Neoliberal Piyasa, Özel ve Kamusal Patriarka Çıkamazında Kadın Emegi”, in: Türkiye’de Refah Devleti ve Kadın, Der. S. Dedeoğlu/A. Y. Elveren, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.
- Tuksal H. Ş., “Türkiye’de İslami Feminizm Tartışmaları”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Türkeli G., “Feminizmin Üç Dalgası ve Kamusal Mücadele”, in: Kadın, Kamusal Alan ve Hukuk, Ed. Ülker Yükselbaba, Tekin Yayınevi, İstanbul 2017.
- Türkmen B., “Toplumsal Proje ve Kadınlık Deneyimi: İslamcı Kadın Tarafından Yeniden Tanımlanan Mahrem”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019.
- Usal Z. O., “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının Siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları”, in: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- Wiesner-Hanks E. Merry, Tarihte Toplumsal Cinsiyet, Çev. M. Çıyan Şenerdi, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2020.
- Vahip I., “Psikanalitik Bakış Açısıyla Aile İçi Şiddet”, in: Cinsiyetli Olmak, 7. Baskı, YKY, İstanbul 2019.
- Yaman M., “Karşılıksız Ev İçi Emek: Teorik ve Politik Tartışmaların İzini Sürmek”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.

- Yüksel S., Anayasa Mahkemesi'nin Dini Nikâh Kararına Dair Kısa Bir Analiz; <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Saadet-Yu%CC%88ksel-Anayasa-Mahkemesinin-Dini-Nikah-Karar%C4%B1na-Dair-Bir-Analiz.pdf> (ET. 16.02.2018).
- Yüksel-Kaptanoğlu İ., “Akademide ve Kamuda Kadınlara Yönelik Şiddete Yaklaşım”, in: Türkiye’de Modern Siyasi Düşünce Cilt 10 Feminizm, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2020.

*** KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA
DESTEĞİN TAM KUSURLU OLMASI HALİNDE DESTEK
GÖRENLERİN DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI
TALEP EDEBİLMESİ SORUNU**

*(THE PROBLEM OF REQUESTING COMPENSATION FOR LOSS OF SUPPORT IN
CASE OF SUPPORT'S COMPLETE FAULT UNDER THE HIGHWAY MOTOR LAW)*

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser * **

ÖZ

Destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği konusundaki tartışma, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında sigorta şirketlerinin sorumluluğu açısından önemli sonuçlar doğurmuştur.

Türk öğretisinde hâkim görüş, destekten yoksun kalma zararının yansımaya zarar olduğu yönündedir. Son yıllarda Yargıtay kararlarında bu zararının yansımaya zarar değil, doğrudan zarar olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Hazine Müsteşarlığı'nca hazırlanan 14 Mayıs 2015 tarih ve 29355 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 1 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile Yargıtay'ın bu görüşü bertaraf edilmek istendi. Daha sonra da 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 4. maddesi ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesine (g), (h) ve (i) bentleri eklendi.

Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.2020 tarih ve 31269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 17.07.2020 tarih ve 2019/40 E., 2020/40 K. sayılı kararı ile Karayolları Trafik Kanunu'nun md. 92/(i) bendinin iptal edilmesi üzerine yeniden destekten yoksun kalma zararının doğrudan zarar ya da yansımaya zarar olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi sorunu gündeme geldi. Çalışmamızda Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nu md. 92/(i) bendinin iptalinden sonra desteğin tam kusurlu

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.11.2020. İlk hakem raporu tarihi: 23.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 14.12.2020. Onaylanma Tarihi: 11.01.2021.

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7990-4218

Eserin Atf Şekli: Yıldırım Keser, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Desteğin Tam Kusurlu Olması Halinde Destek Görenlerin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Edebilmesi Sorunu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.170-192.

olması halinde destek görenlerin destekten yoksun kalma tazminatı talep edip edemeyecekleri hususu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Destekten yoksunluk tazminatı, yansıma zarar, sigortalının sorumluluk riski kapsamı, doğrudan zarar, desteğin tam kusuru, ilgili kişi, kusura denk gelen zarar

ABSTRACT

The debate on the legal nature of compensation for loss of support has had important consequences for the liability of insurance companies under the Highway Motor Vehicles Compulsory Liability Insurance.

The prevailing view in Turkish doctrine is that compensation for loss of support is a consequential damage. In recent years, it has been seen in the decisions of the Supreme Court that the compensation for loss of support is considered as a direct damage, not a consequential damage. With the General Conditions of Highways Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance published in the Official Gazette dated May 14, 2015 and numbered 29355 prepared by the Undersecretariat of Treasury, it was aimed to eliminate this opinion of the Supreme Court. Later, with the Law No. 6704 dated 14.4.2016, "the Law on the Amendment of Some Laws and Statutory Decrees and the Law on Allowance for Needy, Weak and Orphaned Turkish Citizens over 65 years of age", paragraphs (g), (h) and (i) were added to article 92 of the Highways Traffic Law.

After the Constitutional Court annulled the article 92/(i) of the Highways Traffic Law with the decision dated 17.07.2020 (case number 2019/40, decision number 2020/40) published in the Official Gazette dated 09.10.2020 and numbered 31269, the issue of whether the compensation for loss of support is a direct damage or a consequential damage has been raised. In our study, it will be discussed whether the supporters will be able to demand compensation for loss of support, where the support is completely faulty after the annulation of the Highways Traffic Law article 92/(i).

Keywords: *compensation for loss of support, consequential damage, liability risk coverage of the insured, direct damage, complete faultiness of support, relevant person, damage corresponding to the fault.*

GİRİŞ

Türk Hukuku'nda destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar mı doğrudan zarar mı olduğu hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Buna karşılık öğretideki hakim görüş yansıma zarar olduğu yönündedir. Destek

görenlerin destekten yoksunluk tazminatı taleplerine ilişkin önce Hazine Müsteşarlığı'na hazırlanan 14 Mayıs 2015 tarih ve 29355 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 1 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (Trafik Genel Şartları) ile sınırlamalar getirildi. Daha sonra 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 4. maddesi ile Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTK) bu hususa ilişkin değişiklik yapılarak KTK md. 92'ye (g), (h) ve (i) bentleri eklendi. İlgili maddenin (g) bendi ile “*Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri*”, (h) bendi ile “*İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri*” (i) bendi ile “*Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler*”, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında bırakıldı. KTK md. 92/ (i) bendi ile “Trafik Sigortası Genel Şartları”na yollama yapılarak desteğin kusurunun destekten yoksun kalanları bağlayacağı yönünde özel düzenleme getirilmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 09.10.2020 tarih ve 31269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 17.07.2020 tarih ve 2019/40 E., 2020/40 K. sayılı kararı ile KTK md. 92/(i) bendinin iptaline, (g) ve (h) bentlerine yönelik itirazların reddine karar verilmiştir. Buna göre “Trafik Sigortası Genel Şartları” ve KTK değişikliği öncesi Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları gereğince destekten yoksun kalma tazminatının doğrudan zarar olduğu yönünde görüşü esas alınırsa destek görenlerin AYM tarafından iptal edilen hüküm sonrasında destekten yoksunluk tazminatı talep edip edemeyecekleri sorunu değerlendirilmelidir.

I. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Tanımı

Haksız fiil sonucu desteğini yitiren kimse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu TBK md 53/3'e dayanarak uğradığı destekten yoksun kalma zararının tazminini isteyebilir.

Öğretide destekten yoksun kalma tazminatı genel olarak, desteğin ölmesi nedeniyle destek görenlerin talep edebileceği özel bir tazminat türü olarak

tanımlanmaktadır¹. Destekten yoksun kalma tazminatı, destek görenlerin, desteğin ölümü nedeniyle uğradıkları zarara ilişkindir². Destekten yoksunluk tazminatı, ölenin sadece ekonomik desteğiyle sınırlı olmayıp, bedensel ve düşünsel desteğini de kapsamaktadır ve bu değerlerin parasal karşılığıdır³. Destekten yoksun kalma tazminatı talebi, terekeden intikal etmeyen destek görenin şahsında doğan, asli ve bağımsız bir haktır⁴.

¹ Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 474, Kocabaş, Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2014, s. 275, <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/4807> (E.T. 24.09.2020), __Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 104.

² Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.2, 12. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 102, Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara 2013, s.753, Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2020, s. 525, Gürsoy, Kemal Tahir, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, s. 143, Altop, Atilla, “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi’nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Journal of Yasar University, C. 8, 2013, s. 161, Sirmen, Lale, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXV, S. 1-4, Y. 1978, s. 485, Bektaşoğlu Sanlı, Dilek, “Destekten Yoksun Kalma Talepleri Sözleşmesel İlişkiye Dayandırılabilir mi?” Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 2, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 142, Aydın Özdemir, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 88.

³ Çelik, Ahmet Çelik, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 16, Başalp’e göre, desteğin yardımının aynı ya da nakdi olması önem taşımamakla birlikte maddi olması gerektiği hususunda bkz. Başalp, Nilgün, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bazı Değerlendirmeler: Tazminat Şartları ve Zararın Hesabında Yetiştirme Giderleri”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 2, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 118-119, Baysal’a göre destekten yoksunluk tazminatındaki amaç destek görenleri haksız fiil gerçekleştirmemiş olması halindeki ekonomik konuma getirmektir. (Baysal, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 439), Sirmen, destekten yoksunluğu tamamen ekonomik yönüyle değerlendirerek, desteğin ölümünden sonra elde edilen gelirin desteğin kazancından az olsa bile bakım ihtiyaçları karşılanabiliyorsa destekten yoksunluğun bulunmadığı görüşündedir, (Sirmen, s. 489-490), Çağa ise, desteğin ölümü ile destek görenlerin hayat tarzında değişiklik olmasını, hiç çalışmamış kadının kocası öldükten sonra çalışmaya başlaması gibi, destekten yoksunluk olarak yeterli olduğunu savunmaktadır (Çağa, Tahir, “Ölüme Sebepiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara

II. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Edilebilmesinin Şartları

A. Destek Ölmüş Olmalıdır

Destekten yoksun kalma zararının ortaya çıkması desteğin ölümüne bağlıdır⁵. Zira desteğin ölmemesi durumunda destekten yoksun kalma tazminatından bahsedilemeyecek olup, tazminat talebi bedensel zarar ve buna bağlı olarak iş gücü kaybı ve bakım giderlerine ilişkin olacaktır.

B. Destek Haksız Fiil Sonucu Ölmüş Olmalıdır

1. Hukuka Aykırı Bir Fiilin Bulunması

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından biri hukuka aykırı fiilin varlığıdır⁶. Öğretide hukuka aykırı fiil genel olarak, bir kimsenin hukuk düzeninin içerdiği emir ve yasakları ihlal ettiği davranış olarak tanımlanmaktadır⁷. Bir fiilin hukuka aykırı fiil olarak nitelendirilebilmesi için emredici hukuk kurallarına aykırı olması ve hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birinin bulunmaması gerekir⁸. Destekten yoksun kalma tazminatı, kural olarak zarar verenin hukuka aykırı bir fiilinin bulunması halinde talep edilebilecektir⁹.

2. Zararın Meydana Gelmesi

Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi” Adalet Dergisi, Y. 41, S. 1, Ocak 1950, s. 438).

⁴ Çağa, s. 437, Eren, s.753, Tandoğan, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963. s. 5, Antalya, s. 474, Altop, s. 172, Bektaşoğlu Sanlı, s. 143, Aydın Özdemir, s. 88, Kocabaş, s. 280.

⁵ Çağa, s. 437, Eren, s. 751, Antalya, s. 479, Oğuzman/Öz, C. 2, s. 106, Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 160, Sirmen, s. 488, Tüzel kişilerin destek sıfatına sahip olamayacağına ilişkin bkz. Kocabaş, s. 292-293, Gökyayla, s. 90-91, Baysal, s. 443.

⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 475, Eren, s. 516, Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 138, Antalya, s. 419.

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476, Nomer, s. 138-139, Antalya, s. 433, Kılıçoğlu, s. 364.

⁸ Eren, s. 586,

⁹ Gökyayla, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin, Ankara, 2004, s. 89.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Haksız fiilden dolayı kural olarak, doğrudan zarar görenler tazminat talep edebilir¹⁰. Öğretide zarar, genel olarak bir kimsenin zarar verici olaydan önce ve sonrasında rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır¹¹. Haksız fiil nedeniyle oluşan zarar, malvarlığı zararı olarak nitelendirilmektedir¹². Haksız fiilden zarar gören dışında üçüncü kişinin de zarar görmesi mümkündür ve yasal şartlar gerçekleştiğinde bu zarar da giderilmelidir¹³. Destekten yoksun kalma zararı, destek görenlerin destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradığı zarardır¹⁴.

3. Hukuka Aykırı Fiilin Kusurla İşlenmiş Olması

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından biri de kusurdur¹⁵. Öğretide kusur genel olarak, hukuk düzenince kınanan davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Diğer bir görüşe göre, kusur hukuka aykırı davranışta bulunan hakkındaki değer yargısını ifade eder¹⁷. Sorumluluk hukukunda genel kural, bir kimsenin sorumlu olması için kusurlu olması gerektiğidir¹⁸. Ancak kusura dayanmayan sorumluluk halleri de mevcuttur. KTK md. 85/1’de düzenlenen sorumluluk tehlike esasına dayanan kusursuz

¹⁰ Eren, s. 529.

¹¹ “Zarar deyimi tek başına kullanılınca maddi zararı ifade eder.” (Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1, 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 384), Tekinay, Selahattin Sulhi, Ölüm Sebebi İle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s. 44, Asıl zararın dar anlamdaki maddi zarar olduğuna ilişkin bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548, Nomer, s. 148, Türk-İsviçre hukuklarında “zarar” kavramından “ maddi zarar” anlaşıldığına dair bkz. Eren, s. 521, Aynı yönde bkz, Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Mimosza Yayınları, Konya 2015, s. 299, Gökyayla, s. 93.

¹² Antalya, s. 456, Büyüksağış, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 49.

¹³ Eren, s. 530.

¹⁴ Gökyayla, s. 92, Kocabaş, Desteğin ölümü sonucunda destek görenin malvarlığının aldığı durum ile zarar verici olay gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı varsayımsal durum arasındaki farkı destekten yoksun kalma tazminatı ile giderilmesi amaçlanan zarar olarak nitelendirmektedir. (Kocabaş, s. 276-277).

¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 475, Eren, s. 516, Nomer, s. 138, Antalya, s. 419, Ayan, s. 251, Gökyayla, s. 97, Atamer, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 20.

¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492, Eren, s. 569, Antalya, s. 422, Kılıçoğlu, s. 403.

¹⁷ Nomer, s. 152.

¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492, s. 475, Nomer, s. 155, Antalya, s. 417, Gökyayla, s. 97, Kılıçoğlu, s. 411..

sorumluluktur¹⁹. Yasal düzenlemeye göre, işleten hiçbir kusuru olmasa bile aracın işletilmesi nedeniyle oluşan zararları gidermek zorundadır²⁰.

4. Desteğin Ölümü İle Olay Arasında Uygun Nedensellik Bağı Olması

Nedensellik bağı, olay ile meydana gelen zarar arasında bulunan sebep sonuç ilişkisidir²¹. Fiilin, hayatın olağan akışına göre, niteliği itibariyle sonucu meydana getirmeye elverişli olması halinde zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının varlığı kabul edilmektedir²².

Destek görenlerin destekten yoksun kalmaları nedeniyle tazminat talep edebilmeleri için desteğin ölümü ile meydana gelen olay arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Hayatın olağan akışına göre olayın ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması halinde uygun nedensellik bağının varlığından söz edilebilecektir²³.

KTK md. 85’de işletenin hukuki sorumluluğu, KTK md. 86/1’de²⁴ ise işletenin sorumluluktan kurtulabileceği haller düzenlenmiştir. Yasal

¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 523, Eren, s. 669, Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981, s. 30, Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 17, Nomer, s. 190, Antalya, s. 665, Çelik, s. 376, Kılıçoğlu, s. 504, Ayan, s. 284, Gökyayla, s. 97, Karacan Çetin, Hatice, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 58, Adal, Erhan, “Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Batider, C. II, S. 3, Mart 1964, s. 384, Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre, Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 29.

²⁰ “KTK md 85/1’de işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak düzenlendiğinden işleten kusurlu olsa bile kusur ilkesine göre değil tehlike ilkesine göre sorumlu olur.” (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 524), Ayan, s. 284.

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 567, Eren, s. 536, Antalya, s. 526, Kılıçoğlu, s. 397.

²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 573, Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 268-269, Eren, s. 541, Oğuzman/Öz, C.2, s. 45, Nomer, s. 150, Antalya, s. 528, Büyüksağış, s. 93, Adal, Erhan, Trafik Kazalarında Akit-Dışı Hukuki Sorumluluk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s. 61, Atamer, s. 44.

²³ Gökyayla, s. 94.

²⁴ İşletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, sorumluluktan kurtulması veya sorumluluğun azaltılması: Madde 86 – (Değişik: 17/10/1996-4199/29 md.) “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.”

düzenlemede yer verilen sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında “zarar görenin” ve “bir üçüncü kişinin ağır kusuru” kavramlarına da yer verilmiştir. Bu nedenle desteğin kusurunun nedensellik bağıını kesen bir sebep olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre zarar gören destek gören olduğu için desteğin ağır kusuru, zarar ile hukuka fiil arasındaki nedensellik bağıını kesmez²⁵. Diğer bir görüşe göre, zarar görenin kusuru nedensellik bağıını kesecek derecede ağır ise sorumluluktan bahsedilemeyecektir²⁶. Kanaatimizce, desteğin ağır kusurunun nedensellik bağıını kesip kesmeyeceği hususu değerlendirilirken destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği değerlendirilerek sonuca varılmalıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının doğrudan zarar olduğu görüşü kabul edildiğinde, hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar ilişkisi değerlendirilirken öne çıkan husus, “zarar gören”in hukuka aykırı fiili işleyen olmadığıdır. Bu nedenle de desteğin ağır kusuru zarar göreni bağlamaz. Destekten yoksun kalma tazminatının hukukî niteliğinin yansıma zarar olduğu kabul edilirse, “zarar gören” hukuka aykırı fiili işleyendir. Bu nedenle de zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağıının değerlendirilmesinde, zarar görenin ağır kusuru sigorta şirketinin destekten yoksun kalma tazminatından sorumluluğu yönünden nedensellik bağıını kesen sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Ölen Kişi Hayattayken Destek Olmalı ya da Olabilecek Durumda Olmalıdır

Destek, bir başkasının destek süresince sürekli ve düzenli olarak kısmen veya tamamen bakımını sağlayan veya sağlaması muhtemel olan kişidir²⁷. Bu nedenle destekten yoksun kaldığını iddia eden kişilerin ölen kişinin

²⁵ Canbolat, Ferhat, “Trafik Kazasında Ölen Desteğin Kusurunun Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.I, Ankara, 2016, s. 390.

²⁶ Gökyayla, s. 252, Ünán, Samim, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Kısmen (6/8 Oranında) Sürücü Kusurundan Kısmen (2/8 Oranında) Araçtaki Bozukluktan Kaynaklanan Kazada Ölen Sürücünün Bu Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalan Yakınlarına Ödenecek Tazminattan Sürücü Kusuru Sebebiyle İndirim Yapılmayacağına İlişkin Kararı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 11.07.2005 Gün ve E. 2004/10789; K. 2005/7481 Sayılı Kararı)” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, s. 1177.

²⁷ Çağa, s. 436, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 620-621, Eren, s. 755, Kılıçoğlu, s. 526, Gürsoy, s. 146-148, Tekinay, s. 16, Hatemi, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Baskı, C. 2, Filiz Kitapevi, İstanbul 1998, s. 100, Sirmen, s. 488, Başalp, s. 116, Baysal, s. 444, Aydın Özdemir, s. 90.

kendine baktığını ya da bakma ihtimali olduğunu ispat etmesi gerektiği savunulmaktadır²⁸. Destekten yoksun kalma tazminatı talebi, destek görenin şahsında asli ve bağımsız olarak doğan bir hak olduğundan ölen kişi ile arasında destek ilişkisi olan herkes bu tazminatı talep etme hakkına sahiptir²⁹. Dolayısıyla destek görenin desteğin mirasçısı, akrabası olması şartı yoktur³⁰.

III. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hukuki Niteliği

Destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme yapmadan önce doğrudan zarar, dolaylı zarar ve yansıma zarar kavramı üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

Haksız fiil hukukunda doğrudan zarar mutlak hakkın ihlali şeklinde ortaya çıkar³¹. Eren'e göre, haksız fiil sonucunda zarar görenin ilk uğradığı zarar doğrudan zarar, ilk zarardan sonra gerçekleşen zararlar ise dolaylı zararlardır³².

Dolaylı zarar, zarar görenin doğrudan zarara bağlı olarak doğan diğer zararları olarak tanımlanmaktadır³³. Dolaylı zarar, doğrudan zarar sayılamayacak masraflar ile kazanç kayıpları dolayısıyla ortaya çıkan zarardır³⁴. Haksız fiil nedeniyle doğrudan zararın yarattığı olumsuz sonuçlar dolaylı zarar olarak nitelendirilmektedir³⁵. Yansıma zarar ise, haksız fiile maruz kalan kişi dışındaki kişilerin bu fiil nedeniyle uğradığı zarar olarak ifade edilmektedir³⁶.

²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 629, Sirmen, s. 488.

²⁹ Eren, s. 753-754, Antalya, s. 474.

³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 620, Eren, s. 754, Tekinay, s. 16, Antalya, s. 477, Nomer, s. 219, Aydın Özdemir, s. 90, Kocabaş, s. 282, Gürsoy, s. 146.

³¹ Hatemi, s. 50, Kılıçoğlu, s. 390, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 565, Oğuzman/Öz, C. 2, s. 43.

³² Eren, s. 529.

³³ Tandoğan, Mesuliyet, s. 70, Oğuzman/Öz, C. 2, s. 43, Eren, s. 529, Antalya, s. 461, Ayan, s. 258, Çakırca, Seda İrem, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar", Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 68.

³⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 130, Hatemi, s. 50, Kılıçoğlu, s. 390.

³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 565.

³⁶ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 43, Antalya, s. 462, Ayan, s. 258, Çakırca, s. 69, Hatemi, s. 50, Kılıçoğlu, s. 391, Ayan, s. 258, Büyüksağış, 98.

Türk Hukuku'nda destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide hakim görüş, destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar olduğu kabul edilmektedir³⁷.

Öğretide ayrıksı bir görüşe göre, destekten yoksun kalma tazminatı, külli halefler için dolaylı zarar, külli halef olmayanlar için yansıma zararı niteliğindedir³⁸.

Öğretide azınlık görüş destekten yoksun kalma tazminatının doğrudan zarar olduğunu kabul etmektedir³⁹. Bu görüşe göre ölüm nedeniyle ölen kişinin zarara uğraması söz konusu olmadığından destek görenlerin zararı doğrudan zarardır.

Kanaatimizce, destekten yoksun kalma zararı yansıma zarardır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep hakkının doğrudan destek görenlerin şahsında doğması bu zarar türünün doğrudan zarar olarak nitelendirilmesi anlamına gelmemektedir. Desteğin ölümü durumunda zarar gören desteğin kendisidir. Bu zarar, destek görenlere yansımaktadır çünkü destek görenler destekten yoksun kalmaktadırlar. Destekten yoksun kalma zararını külli halefler de dâhil olmak üzere destekten yoksun kalanlar açısından dolaylı zarar olarak nitelendirilebilmek mümkün değildir. Dolaylı zararın varlığından bahsedilmek için zarar görenin aynı zamanda doğrudan zarara uğraması veya doğrudan zarar görme ihtimâli olabilecek kişi olması gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011, 2012, 2019 ve 2020 yıllarında verdiği kararlardaki -bu olayların hepsi 2015 yılı öncesinde meydana gelmiş zararlara ilişkindir- destekten yoksun kalma zararının “yansıma zarar” değil “doğrudan zarar” olduğunu belirtmiştir⁴⁰.

³⁷ Oğuzman, C. 2, s. 102, Antalya, s. 475, Nomer, s. 219, Ayan, s. 258, Kocabaş, s. 274, Altop, s. 161, Gökyayla, s. 64-65, Kılıçoğlu, s. 391, Bektaşoğlu Sanlı, s. 143, Tandoğan destek kaybindan doğan zararın dolaylı zarar olduğunu belirtmektedir. (Tandoğan, Mukayeseli, s. 5), Aynı yönde Eren, s. 753, Zorluoğlu Yılmaz, s. 104, Hatemi, s. 100, Baysal, s. 439.

³⁸ Yazarlar dolaylı zararı dolayısıyla zarar olarak nitelendirmektedir. Hatemi/Gökyayla, s. 163.

³⁹ Çelik, s. 12-13.

⁴⁰ YHGK 2011/17-142 E., 2011/411 K., K.T. 15.06.2011, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020) “desteğin ölümü ile sonuçlanan trafik kazasında destek 6/8 oranında kusurlu olup, ağır kusuru söz konusu değildir. Kazaya karışan diğer aracın şoförü ise olayda 2/8 oranında kusurludur. Hukuk Genel Kurulunca sonuç olarak üçüncü kişi sıfatıyla eldeki davayı açan davacı tarafın, gerçekleşen trafik kazasında kısmi kusurlu olan desteklerinin sürücüsü olduğu aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısından destek tazminatı isteyebilecekleri çoğunlukla kabul edilmiştir.”, YHGK, 2011/17-787 E., 2012/92 K., K.T. 22.02.2012, YHGK 2017/1089 E., 2019/294 K., K.T. 14.03.2019, (www.yargitay.gov.tr, YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

YHGK'nın 2017 yılındaki kararı, destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar olduğu ve bu nedenle desteğin ölümü nedeniyle meydana gelen zararın destek görenlere yansıdığı kabul edildiği gibi desteğin kusurlu davranışının da destek görenlere yansıtılmasının kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁴¹.

ET: 01.11.2020) “Davacının ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtığı, ölüm nedeniyle doğrudan davacı üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacıya yansıtılmayacağı, dolayısıyla araç sürücüsünün tam kusurlu olması hâlinde, desteğinden yoksun kalan davacıyı etkilemeyeceğine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ..., işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacının da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir.”, YHGK 2018/28 E., 2020/418 K., K.T.16.06.2020, (www.yargitay.gov.tr, ET: 10.12.2020) “Sonuç itibariyle: davacının ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtığı, ölüm nedeniyle doğrudan davacı üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacıya yansıtılmayacağı, dolayısıyla araç sürücüsünün tam kusurlu olması hâlinde, desteğinden yoksun kalan davacıyı etkilemeyeceğine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ..., işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacının da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir.” aynı yönde bkz YHGK 2019/154 E., 2020/419 K., K.T.16.06.2020, (www.yargitay.gov.tr, ET: 10.12.2020), YHGK 2018/32 E., 2020/420 K., K.T.16.06.2020, (www.yargitay.gov.tr, ET: 10.12.2020), YHGK 2019/273 E. , 2020/421 K., K.T.16.06.2020, (www.yargitay.gov.tr, ET: 10.12.2020), YHGK 2020/111 E., 2020/422 K., K.T.16.06.2020, (www.yargitay.gov.tr, ET: 10.12.2020).

⁴¹ YHGK 2017/1315 E., 2017/1239 K., K.T.01.11.2017, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020) “Diğer bir deyişle, nasıl ki desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri etkilediği kabul ediliyorsa, desteğin kusurlu davranışlarının da aynı şekilde destek görenlere yansıtılmasının kabul edilmesi gerekir. Zira zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya hatta zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role, etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır. Çünkü kendi kusuruyla sebebiyet verdiği ya da artmasına neden olduğu zararın ödettilmesini istemek Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır.” Aynı yönde bkz. Nomer, Haluk, N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayın, İstanbul 1996, s.114, Kocabaş, s. 282, Altop, s. 169, Gökyayla, s. 267, Ünvan (Yargıtay), s. 1181, Amasya, Serap, “Trafik Sigortası Genel Şartlarında Yapılan Son Değişikliklerin Yol Açtığı Sorunlar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 228, Çakırca, s. 147, *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

YHGK 2017 yılında destekten yoksun kalma tazminatının yansıma zarar olduğu yönünde karar vermişse de konuya ilişkin davalara bakan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi destek yoksun kalma zararının doğrudan zarar olduğu yönünde kararlar vermeye devam etmiştir⁴². İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri 8. Hukuk Dairesi'nin de aynı doğrultuda kararları olduğu görülmektedir⁴³. Daha sonra 2019 yılında YHGK, destekten yoksun kalma zararının doğrudan zarar olduğu yönünde hüküm tesis etmiş ve böylece Yargıtay uygulamaları ile YHGK uygulamaları birbirine uygun hâle gelmiştir. Ancak Yargıtay, 2015 yılındaki “Trafik Sigortası Şartları”na kadar olan olaylar için bu yönde hüküm tesis etmiştir. “Trafik Sigortası Şartları”nın yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen olaylarda poliçenin tanzim tarihi “Trafik Sigortası Şartları”ndan sonra ise destek görenlerin zararının doğrudan zarar olup olmadığı tartışılmamış, bu düzenleme doğrultusunda desteğin tam kusurlu olması halinde destekten yoksun kalma tazminat taleplerine ilişkin davaların reddine dair kararlar verilmiştir.

Baysal'a göre, desteğin yaşaması halinde ödenecek tazminat miktarının destek görene ödenecek tazminat miktarını aşmaması gerektiğinden destek görenin yansıma zararının tazmininde desteğin kusurunun dikkate alınması gerekir. (Baysal, s. 453).

⁴² Yargıtay 17. HD 2019/2199 E., 2019/9774 K., K.T. 22.10.2019, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020) “...araç sürücüsü murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamıyla teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.” Yargıtay 17. HD 2016/5779 E., 2019/1552 K., K.T. 14.02.2019, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020) “Davacıların, ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarına, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılamayacağına”, aynı yönde Yargıtay 17. HD, 2016/13807 E., 2019/3048 K., K.T. 14.03.2019, Yargıtay 17. HD 2016/1681 E., 2018/11682 K., K.T. 04.12.2018, Yargıtay 17. HD 2016/2031 E., 2018/11378 K., K.T. 28.11.2018, Yargıtay 17. HD 2015/1503 E., 2015/8390 K., K.T. 08.06.2015.

⁴³ İstanbul BAM 8. HD 2017/1154 E., 2018/1402 K., K.T. 29.11.2018, (www.hukukmedeniyeti.org. ET: 01.11.2020) “ölüm destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğuran bir sonuç olduğundan; desteğin kusurunun destekten yoksun kalanlara yansıtılamayacağı; araç sürücüsünün veya işleteninin tam kusurlu olması halinde dahi 3. kişi konumunda olan destekten yoksun kalan kişinin sigorta şirketinden tazminat isteme hakkına sahip olduğu konusunda duraksama bulunmadığına; bu durumda 3. kişi sıfatıyla dava açan destekten yoksun kalan kişi bakımından ...yerinde görülmeyen tüm istinaf itirazlarının esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir.”

IV. “Trafik Sigortası Genel Şartları”nda Belirlenen Teminat Dışı Haller Sonrası Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Hususlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay’ın destek yoksun kalma zararını doğrudan zarar kabul eden uygulamaları sonucunda sigorta şirketlerinin sorumlu olduğu destekten yoksunluk tazminatı kapsamının genişlemiş olması nedeniyle sigorta şirketlerinin sorununa çözüm getirmek için bir takım yasal düzenlemeler yapıldı. İlk düzenleme 2015 yılında yayınlanan “Trafik Sigortası Genel Şartları”ydı. “Trafik Sigortası Genel Şartları”, tebliğ, genelge gibi düzenleyici işlemlerden olmayıp⁴⁴, bu düzenlemenin hukukî açıdan “sözleşme hükmü niteliğini taşıdığı” kabul edilmektedir⁴⁵.

“Trafik Sigortası Genel Şartları” A.6’da sigorta teminatı dışında kalan haller arasında,

b) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

c) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

d) Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri” de düzenlendi. Özellikle (d) bendindeki düzenleme Yargıtay’ın kararlarına karşı destek sürücünün tam kusurlu olduğu hallerde destek görenlerin tazminat talebinde bulunamamalarına yönelikti.

Yargıtay, desteğin tam kusurlu olduğu durumlarda, poliçe tanzim tarihi “Trafik Sigortası Genel Şartları”ndan sonra olan olaylara ilişkin kararlarında destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar ya da doğrudan zarar olup olmadığını tartışmamış, “Trafik Sigortası Genel Şartları”nı dayanak olarak alırken KTK’da aksi yönde bir düzenleme olmadığını belirterek destek görenlerin tazminat talep hakkının bulunmadığı yönünde kararlar vermiştir⁴⁶.

⁴⁴ Sevinç Kuyucu, Aslıhan, “Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği Ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 13.

⁴⁵ Ünan, Samim, “Sigorta Genel Şartları ile İlgili olarak Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 177.

⁴⁶ Yargıtay 17. HD 2017/18 E., 2019/8598 K., K.T. 26.09.2019, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020) “kaza tarihinden ve ZMMS poliçesinin düzenlenmesinden önce olmak üzere 14/05/2015 tarihli resmi gazetede yayınlanarak 01/06/2015 tarihinde yürürlüğe giren YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Yargıtay' ın TBK ve KTK' da yer alan yasal düzenlemelerin varlığına rağmen Trafik Sigortası Genel Şartlara göre hüküm tesis etmesi sorumluluk hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktaydı. Bu nedenle de kanun koyucu, Trafik Sigortası Genel Şartlara paralel olarak KTK' de değişiklik yaptı.

2016 Yılındaki KTK md. 92'deki Değişikliğin Destek Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Hususlarının Değerlendirilmesi

14.04.2016 tarihinde 6704 sayılı yasa ile KTK'nın zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlarını düzenleyen 92. maddesine

“g) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

h) (Ek: 14/4/2016–6704/4 md.) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

i) (Ek: 14/4/2016–6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler” bentleri eklenmiştir.

V. AYM Kararının Konuya İlişkin Olarak Değerlendirilmesi

AYM tarafından KTK md. 92/(g), (h), (i) bentleri değerlendirilerek md. 92/(i) bendinin iptaline diğer bentlerle ilgili itirazın reddine karar verilmiştir.

A. KTK md. 92/(g) Bendi ile İlgili Değerlendirme

AYM, hak sahibi kendi kusurlu davranışı sebebiyle uğradığı zarara kendisinin katlanması gerekeceğinden bu zararın sigorta kapsamı dışında tutulmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

B. KTK md. 92/(h) Bendi ile İlgili Değerlendirme

AYM, KTK md 92/(h) bendinin AY'ya aykırı olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir. Bu kararını iki temel gerekçeye dayanmıştır. Birincisi

Hazine Müsteşarlığının "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunluluk Sigortası Genel Şartlarında" değişiklik yapılmasına dair tebliği ile Genel Şartların "A.6 Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı maddesinin "b" ve d" bendinde hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri ile sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı taleplerinin ZMMS teminatı kapsamı dışında bırakıldığı, dolayısıyla davacının desteği olan müteveffa eşinin %100 (yüzde yüz) oranındaki kusuruna isabet eden zararın poliçe teminat kapsamının dışında olduğu...", Yargıtay 17. HD 2017/5196 E., 2019/10065 K., K.T. 04.11.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020), Yargıtay 17. HD 2016/14573 E., 2017/6035 K., K.T. 29.05.2017, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.11.2020).

“İlgililer”in kim olduğuna Kanun’da yer verilmemiş olması ve kavramdan haksız fiile maruz kalan kişi dışında tazminat talep edebilecek kişilerin anlaşılması gerektiğidir. İkincisi ise, sigortalıdan talepte bulunması mümkün olmayan ilgililerin sigorta şirketinden de talepte bulunamamasının Anayasa’ya aykırı olmadığıdır.

C. KTK md. 92/(i) Bendi ile İlgili Değerlendirme

AYM iptal kararında, KTK md. 92/(i) bendinde sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğunun kapsamının kanunda düzenlenmeyerek idarenin düzenleyici nitelikteki işlemi olan “Trafik Sigortası Genel Şartları” ile belirlendiğini belirtmiştir. Buna göre sigorta şirketinin sözleşmeden doğacak borcunun idare tarafından her zaman değiştirilebilir nitelikteki kurallar olan “Trafik Sigortası Genel Şartları”na göre belirlenecek olması ve borcun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelerin kanunda belirlenmediği, idareye geniş takdir yetkisinin tanındığı gerekçeleriyle (i) bendinin iptaline karar vermiştir.

KTK md. 92/(i) bendinin iptali nedeniyle sigorta şirketinin sorumluluğunda “Trafik Sigortası Genel Şartları” dikkate alınamayacaktır. KTK md. 85/1’deki sorumluluk kapsamında KTK md. 92’deki düzenleme dikkate alınarak sigorta şirketinin sorumluluğu belirlenecektir. Uygulamada en sık karşılaşılan sorunlardan biri olan desteğin tam kusurlu olduğu ve yaşamını kaybettiği trafik kazalarında, destek görenlerin uğramış oldukları zararların zorunlu trafik sigortası kapsamında tazmin edilip edilemeyeceği tartışması AYM’nin KTK md. 92/(i) bendinin iptali (g) ve (h) bentlerine ilişkin başvurunun reddi kararı sonrası yeniden gündeme gelmiştir.

VI. AYM İptal Kararı Sonrasındaki Süreçte Uygulanacak Hükümler

AYM’nin kararı sonrasında KTK md. 92/(g) ve (h) bentleri geçerliliğini korumaktadır. Bu nedenle desteğin tam kusurlu olduğu hallerde destek görenlerin tazminat talep edip edemeyecekleri tartışmasında destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliğinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

A. KTK md. 92/(g) Bendi Kapsamında Değerlendirildiğinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Talep Edilip Edilemeyeceği

AYM, KTK md. 92/(g) bendinde yer alan düzenlemeyi hak sahibinin kendi kusurlu davranışı sebebiyle uğradığı zarara kendisinin katlanmasının

gerekeceği gerekçesiyle kişinin kendi kusuruyla uğradığı zararın sigorta kapsamı dışında tutulmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak kanun koyucu yasal düzenlemede “hak sahibinin talep edebileceği tazminat” ifadesini kullanmadığı için kanaatimizce “*Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri*” destek görenlerin desteğin kusuruna denk gelen tazminat talepleri olarak yorumlanabilir. Buna göre destekten yoksunluk zararı yansıma zarar olarak değerlendirildiğinde, desteğin kusurunun destek görenlere yansıtacağı ve bu kapsamda destek görenlerin tazminat talep edemeyeceği kabul edilecektir.

Destek yoksun kalma tazminatının doğrudan zarar olduğu kabul edilirse, destek yoksun kalma tazminatı talep edenler hak sahibi olarak nitelendirilmelidir. Destek görenler hak sahibi olarak nitelendirilse de onlara atfedilecek kusur bulunmadığından (g) bendinin varlığı tazminat talebi hakkının varlığına engel teşkil etmeyecektir.

B. KTK md. 92/(h) Bendi Kapsamında Değerlendirildiğinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Talep Edilip Edilemeyeceği

Kanun koyucu, KTK md. 92/(h) bendinde ilgililerin sigorta sorumluluk riski kapsamında olmayan taleplerinin teminat dışında olduğunu düzenlemiştir. Bu nedenle “ilgili” ve “sorumluluk riski” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir.

“İlgili” kavramından anlaşılması gereken zararın türüne bakılmaksızın zarar gören herkestir. Destekten yoksun kalma zararı, yansıma zarar olarak da doğrudan zarar olarak da kabul edilse destek gören, ilgili olarak nitelendirilebilecektir. Bu nedenle KTK md 92/(h) bendi gereğince, desteğin tam kusurlu olması hâlinde destek görenlerin tazminat taleplerinin sigortalının sorumluluk riski kapsamında olup olmadığının tespiti gerekir.

KTK'da sigorta sorumluluk riskinin tanımı Kanun'un tanımlar bölümünde yapılmamıştır. Ancak işletenin hukuki sorumluluğu KTK md. 85'de⁴⁷ düzenlenmiş; sorumluluğun kapsamı, bir motorlu aracın işletilmesinin bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına ya da bir şeyin

⁴⁷ KTK md 85/1- (Değişik birinci fıkra: 17/10/1996-4199/28 md.) “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar”

zarara uğramasına sebep olması olarak belirtilmiştir. KTK md. 91/1'de⁴⁸ md. 85/1'de düzenlenen sorumlulukların karşılanması amacıyla mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle sorumluluk riski kapsamı KTK md. 85'e göre değerlendirilmelidir.

“Trafik Sigortası Genel Şartları”na bakıldığında destekten yoksun kalma tazminatının KTK'dan farklı düzenlendiği anlaşılmaktadır. KTK md. 85/1 ile “Trafik Sigortası Genel Şartları” sigortanın kapsamı başlıklı A3/1⁴⁹ ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı kenar başlıklı A5/ç⁵⁰ maddelerini karşılaştırdığımızda kanunda sorumluluğun “bir kimse”⁵¹nin zararı ile ilgili olarak, “Trafik Sigortası Genel Şartları”nda ise “üçüncü kişi”⁵²nin zararı ile ilgili olarak düzenlendiği görülmektedir. 02.08.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartların A.2'nci maddesine (g) bendi olarak sorumluluk riski tanımı eklenmiştir. Buna göre sorumluluk riski, “sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan; kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen tazminat yükümlülüğü” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁸ KTK md 91/1-(Değişik: 17/10/1996 - 4149/33 md.) “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.”

⁴⁹ A.3/1-“Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır.”

⁵⁰ A.5/ç- “Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı: Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminattır. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde ölen kişi esas alınır.”

⁵¹ KTK md 85/1'de bir motorlu aracın işletilmesinden zarar gören olarak “bir kimse” olarak, talep hakkının düzenlendiği KTK md 97'de “zarar gören” olarak ifade edilmiştir. KTK md 97'de zarar görenin talep ve dava hakkı düzenlenirken kimin “zarar gören” sayılacağı yönünde bir ölçü verilmemiştir (Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1995, s. 829) Dolayısıyla aynı durum KTK md 85/1 için de geçerlidir.

⁵² Sorumluluk sigortalarında sigortacı ile sigortalı işleten dışındaki kişilerin 3. kişi sayılacağı yönünde bkz. Ünan, (Yargıtay), s. 1178, Amasya, s. 221.

KTK'daki düzenleme “Trafik Sigortası Genel Şartları”yla sınırlandırılmıştır. Oysaki Kanun'daki düzenlemelerin “Trafik Sigortası Genel Şartları”yla sınırlandırılabilmesi ya da değiştirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle “Trafik Sigortası Genel Şartları”nın 5. maddesinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatı kenar başlığı ile getirilen (ç) bendi dikkate alınarak KTK md. 92/(h) bendinde ifade edilen sigortalının sorumluluk kapsamının belirlenebilmesi mümkün değildir⁵³. Bu nedenle de (h) bendinde yer alan sigorta sorumluluk riski KTK md. 91/1 ve doğal olarak md. 85/1 kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim AYM kararında da KTK md. 92/(h) bendinde yer alan “sigortalının sorumluluk riski” kavramından KTK md. 85’de düzenlenen hukuki sorumluluk kapsamında gerçekleşmesi olası risklerin anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

C. KTK md. 92/(i) Bendi Kapsamında Değerlendirildiğinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Talep Edilip Edilemeyeceği

AYM kararıyla KTK md. 92/(i) bendinin iptal edilmesi nedeniyle KTK md. 92’de “Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri”ni doğrudan teminat dışı bırakan bir düzenleme yer almamaktadır. AYM, sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğun kapsamının kanunla düzenlemeyerek idarenin düzenleyici nitelikte işlemi olan genel şartlar ile belirlenmesinin Anayasa md. 13’e aykırı olduğuna hükmetmiştir. AY md. 153/son’da yer alan “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*” hükmü gereğince AYM kararı yargı organları açısından

⁵³ Aksi yönde Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 17. HD, 2018/1316 E., 2019/12413 K., K.T. 24.12.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET. 01.11.2020), “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları A.3. maddesine ve A.5. maddesinin (ç) bendine göre ancak üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla oluşan destek zararları, destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı kapsamındadır. Bunun sonucu olarak, sigortacının destek zararlarından sorumlu olması için, motorlu aracın işletilmesi sırasında ölen kişinin mutlaka üçüncü bir kişi olması gerekir. Somut olayda ise işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü murisin üçüncü kişi olarak kabulü mümkün değildir.”, Yargıtay 17. HD, 2017/5196 E., 2019/10065 K., K.T. 04.11.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET. 01.11.2020).

bağlayıcıdır. Bu nedenle de destekten yoksunluk tazminatı talebinde sorumluluğun TBK ve KTK' da düzenlenen hükümlere göre belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce, AYM kararından sonra Yargıtay'ın destekten yoksunluk tazminat taleplerini değerlendirirken “Trafik Sigortası Genel Şartları”na göre değerlendirme yapması mümkün değildir. Aksi halde KTK md. 92/(i) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu için verilen iptal kararının hiçbir önemi kalmayacaktır.

KTK'da açıkça sınırlayıcı bir düzenleme yer almaması nedeniyle desteğin tam kusurlu olduğu hallerde, destek görenlerin tazminat talep edebilecekleri düşünülse de burada destekten yoksunluk zararının niteliği önemli rol oynayacaktır. Yargıtay, “Trafik Sigortası Genel Şartları”ndan önceki uygulaması doğrultusunda destekten yoksunluk zararının doğrudan zarar olduğunu kabul ederse, destek görenlerin taleplerinin KTK md. 85/1 ve md. 91/1 gereğince sigorta sorumluluk riski kapsamında yer aldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

VII. SONUÇ

Destekten yoksun kalma tazminatının, desteğin tam kusurlu olması halinde destek görenlerin tazminat taleplerinden sigortacının sorumluluğu ile ilgili sorunu çözüme kavuşturmak için ilk olarak 2015 yılında “Trafik Sigortası Genel Şartları” düzenlendi. Daha sonra 2016 yılında KTK'da değişiklik yapıldı.

Yapılan değişiklikler ile desteğin tam kusurlu olduğu hallerde destek görenlerin tazminat talep edemeyeceği açıkça KTK'da düzenlenmiş oldu. KTK md.92'ye eklenen bentlerin iptali için AYM'ye yapılan başvuru neticesinde AYM 2020 yılında verdiği kararda; KTK md. 92/(i) bendinin Anayasaya aykırılığının kabulüne ve ilgili düzenlenmenin iptaline, (g) ve (h) bentlerinin ise Anayasa aykırı olmadığına karar vermiştir.

AYM, sigorta şirketinin sözleşmeden doğacak borcunun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelerin kanunda belirlenmediği, sorumluluğun kapsamının idare tarafından her zaman değiştirilebilir nitelikteki kurallar olan “Trafik Sigortası Genel Şartları”na göre belirlenecek olması ile idareye geniş takdir yetkisinin tanındığı gerekçeleriyle KTK md. 92/(i) bendinin iptaline karar vermiştir.

AYM kararı sonrası KTK md. 92'de destek görenlerin tazminat taleplerini doğrudan teminat dışı bırakan bir düzenleme bulunmamaktadır. AYM'nin iptal kararında yer alan sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğun kapsamının AY md. 13 gereğince kanunla düzenlemeyerek idarenin düzenleyici nitelikte işlemi olan

genel şartlar ile belirlenmesinin AY'ya aykırı olduğu gerekçesi AY md. 153/son gereğince yasama ve yargı organı açısından bağlayıcıdır. Bu nedenle de TBK ve KTK'da düzenlenen hükümlere göre sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla AYM'nin iptal kararından sonra Yargıtay'ın tazminat taleplerini değerlendirirken “Trafik Sigortası Genel Şartları”na göre değerlendirme yapması mümkün değildir.

AYM kararı sonrası KTK md. 92/(i) bendi iptal edilmiş olup, KTK md. 92/(g) ve (h) bentleri ile ilgili başvuru AYM tarafından reddedildiğinden bu düzenlemeler geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda desteğin tam kusurlu olduğu hallerde destek görenlerin bu düzenlemeler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir.

KTK md. 92/(g) ve (h) bentlerinde yer alan düzenlemelerin destek görenlerin taleplerinde değerlendirilebilmesi hususunda destekten yoksunluk zararının hukuki niteliği önem kazanmaktadır. Destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar ya da doğrudan zarar olarak kabulü halinde var olan düzenlemelerin farklı yorumlanması ve farklı sonuçlar doğurması sorunu ortaya çıkacaktır.

KTK md. 92/(g) bendinde kanun koyucu yasal düzenlemede hak sahibinin talep edeceği tazminat ifadesini kullanmadığı için destekten yoksunluk zararının yansıma zarar olduğu kabul edildiğinde, kanaatimizce desteğin kusurunun destek görenlere yansıtacağı ve bu kapsamda destek görenlerin tazminat talep edemeyeceği kabul edilebilecektir.

Destekten yoksun kalma zararının doğrudan zarar olduğu kabul edilirse, bu durumda destek yoksun kalma tazminatı talep edenler hak sahibi olarak nitelendirilmelidir. Destek görenlere desteğin kusuru atfedilemeyeceğinden KTK md. 92/(g) bendinin varlığı tazminat talebine engel teşkil etmeyecektir.

Destekten yoksun kalma zararı, yansıma zarar da kabul edilse doğrudan zarar da kabul edilse destek görenler “ilgili” kavramının kapsamına girer. Bu nedenle KTK md. 92/(h) bendi gereğince, desteğin tam kusurlu olması hâlinde destek görenlerin taleplerinin sigortalının sorumluluk riski kapsamında olup olmadığının tespiti gerekir. Kanaatimizce, KTK md. 85/1'de zarar gören ile ilgili bir sınırlama olmadığından destekten yoksun kalma tazminatı sigorta sorumluluk riski kapsamındadır. AYM'nin iptal kararı sonrasında destek görenlerin tazminat taleplerinin KTK md. 92/(h) gereğince reddedilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan, Trafik Kazalarında Akit-Dışı Hukuki Sorumluluk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- Adal, Erhan, “Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Batider, C. II, S. 3, Mart 1964, s. 384-396.
- Altop, Atilla, “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi’nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Journal of Yasar University, C. 8, 2013, s. 151-184.
- Amasya, Serap, “Trafik Sigortası Genel Şartlarında Yapılan Son Değişikliklerin Yol Açtığı Sorunlar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 199-243.
- Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Atamer, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Aydın Özdemir, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Başalp, Nilgün, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bazı Değerlendirmeler: Tazminat Şartları ve Zararın Hesabında Yetiştirme Giderleri”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 2, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 115-130.
- Baysal, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Bektaşoğlu Sanlı, Dilek, “Destekten Yoksun Kalma Talepleri Sözleşmesel İlişkiye Dayandırılabilir mi?” Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 2, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 141-151.
- Büyüksağış, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Canbolat, Ferhat, “Trafik Kazasında Ölen Desteğin Kusurunun Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.I, Ankara, 2016, s. 379-394.
- Çağa, Tahir, “Ölüme Sebebiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi” Adalet Dergisi, Y. 41, S. 1, Ocak 1950, s.434-458.

- Çakırca, Seda İrem, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Çelik, Ahmet Çelik, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15.Bası, Ankara 2013.
- Gökyayla, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin, Ankara 2004.
- Gürsoy, Kemal Tahir, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, s. 143-197.
- Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre, Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Hatemi, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Baskı, C. 2, Filiz Kitapevi, İstanbul 1998.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2015.
- Karacan Çetin, Hatice, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1995.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.
- Kocabaş, Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2014, s. 273-302, <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/4807> (E.T. 24.09.2020)
- Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Nomer, Haluk, N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayım, İstanbul 1996.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Sevinç Kuyucu, Aslıhan, “Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği Ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 1-48.

- Sirmen, Lale, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXXV, S. 1-4, Y. 1978, s. 485-495.
- Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981.
- Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961. (Atıf şekli: Mukayese)
- Tandoğan, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963. (Atıf şekli: Mukayeseli)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Ölüm Sebebi İle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Ünan, Samim, “Sigorta Genel Şartları ile İlgili olarak Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 177-198.
- Ünan, Samim, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Kısmen (6/8 Oranında) Sürücü Kusurundan Kısmen (2/8 Oranında) Araçtaki Bozukluktan Kaynaklanan Kazada Ölen Sürücünün Bu Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalan Yakınlarına Ödenecek Tazminattan Sürücü Kusuru Sebebiyle İndirim Yapılmayacağına İlişkin Kararı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 11.07.2005 Gün ve E. 2004/10789; K. 2005/7481 Sayılı Kararı)” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (Atıf Şekli: Yargıtay) s. 1172-1184.
- Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanunu’nda Zararın Paylaştırılması, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**¶ DENİZ ALACAKLARINA KARŞI SORUMLULUĞUN
SINIRLANDIRILMASINDA FON TESİSİ BAKIMINDAN “FAİZ VE
MASRAFLAR” KONUSUNUN SİNGAPUR YÜKSEK
MAHKEMESİ’NİN AS FORTUNA OPCO BV AND ANOTHER V SEA
CONSORTIUM PTE LTD AND OTHERS KARARIYLA BİRLİKTE
DEĞERLENDİRİLMESİ [2020] SGHC 72**

*(EVALUATION OF “INTEREST AND EXPENSES” AS TO THE ESTABLISHMENT
OF A LIMITATION FUND FOR THE LIMITATION OF LIABILITY AGAINST MARITIME
CLAIMS WITH A DECISION OF THE SINGAPORE HIGH COURT: AS FORTUNA
OPCO BV AND ANOTHER V SEA CONSORTIUM PTE LTD AND OTHERS
[2020] SGHC 72)*

Dr. Öğr. Üyesi Melisa Konfidan * **

ÖZ

1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılması için sevk ettiği kurallar bakımından önem taşıyan bir milletlerarası düzenlemedir. Bu Sözleşme uyarınca sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla uygulamada çoğunlukla fon tesisi usulü tercih edilmektedir. Türkiye, Sözleşme’nin âkit devletlerinden birisidir. Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda konuyla ilgili tamamlayıcı nitelikte hükümlere de yer verilmiştir. Bu düzenlemeler arasında fon tesisinde faiz ve masraflar konuları da yer almaktadır. Anılan Sözleşmeye Singapur da taraftır. Singapur Yüksek Mahkemesi’nin 14.04.2020 tarihli As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others adlı kararı, faiz ve masraflar konusunda âkit devletler bakımından örnek teşkil etmektedir. Bu çalışma kapsamında deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılmasında fon tesisi bakımından faiz ve masraflar konusunun anılan karar örneğiyle birlikte değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.08.2020. İlk hakem raporu tarihi: 06.08.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 10.08.2020. Onaylanma Tarihi: 09.11.2020.

* Piri Reis Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4963-4090.

Esere Atf Şekli: Melisa Konfidan, “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasında Fon Tesisi Bakımından “Faiz ve Masraflar” Konusunun Singapur Yüksek Mahkemesi’nin As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others Kararıyla Birlikte Değerlendirilmesi [2020] SGHC 72”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.194-210.

Anahtar Kelimeler: sınırlı sorumluluk, sınırlı sorumluluk fonu, fon tesisi, faiz, deniz ticareti hukuku.

ABSTRACT

Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 is an international instrument providing rules for limitation of liability against maritime claims. The right of limitation of liability is usually invoked by the establishment of a limitation fund and types of limitation of liabilities are set out in this Convention. Turkey is a party to this Convention. Thus, Turkish Commercial Code (numbered 6102) contains complementary provisions regarding the limitation fund including the interest and expenses. Singapore is also a party to this Convention and Singapore High Court’s 14.04.2020 dated As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others decision is significant for all the parties to the Convention due to the analysis on interest and expenses issues. In this study, it is aimed to evaluate the subject together with this decision.

Keywords: limitation of liability, limitation fund, establishment of a fund, interest, maritime law

I. Giriş

Deniz ticareti faaliyetinin sürdürülmesi sırasında birçok tehlikeyle karşı karşıya kalınması mümkündür. Böylelikle çeşitli zararların meydana gelme ihtimali oldukça yüksektir. Bu durum, denizciliğin gelişebilmesi için donatanların geminin işletilmesinden kaynaklanan bazı borçlarından sorumluluklarının sınırlanması suretiyle korunmaları ihtiyacını doğurmuştur¹. Böylelikle sınırlı sorumluluğa ilişkin kurallar sevk edilmeye başlanmıştır. Günümüzde, sınırlı sorumluluk rejimlerinin milletlerarası alanda düzenlenmesi amacıyla kabul edilen düzenlemelerden en temeli, 19.11.1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme’dir²(1976 LLMC). Genel bir

¹ YAZICIOĞLU Emine, Kender/Çetingil, **Deniz Ticareti Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020; Barış Günay, “1976 Tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkındaki Sözleşmede Fon Kurulması ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu”, **BATİDER**, 2011, Cilt: 27, Sayı: 4, s. 52.

² *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*. 19.11.1976 tarihinde kabul edilen bu düzenleme, 01.12.1986’da milletlerarası alanda yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 04.06.1980 tarih ve 17007 sayılı RG’de yayımlanan 28.02.1980 tarih ve 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla bu Sözleşmeye taraf olmuştur. Öğretide, Bakanlar Kurulu kararıyla Sözleşmeye taraf olunması sebebiyle, Sözleşmenin yürürlüğe girmedığı görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Öğretide, 1976 LLMC’nin usulüne uygun olarak yürürlüğe

sınırlandırma rejimi tesis eden bu Sözleşmenin bazı maddeleri, Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşmeyi Tadil Eden 02.05.1996 tarihli Protokol (1996 Protokolü) ile değiştirilmiştir³. Son olarak ise Londra Protokolü'nün

girmedığı hakkında bkz. SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt I**, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 4. Bası Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 238-305; SÖZER Bülent, “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında 1976 Konvansiyonu Eki İle 1996 Protokolü'nün Türk Hukukunda Uygulanma Kabiliyeti ve Türk Ticaret Kanunu'na Göre Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIX**, 25 Aralık 2015, BTHAE, Ankara, 2016, s. 130-137; CAN Mertol, “Donatanın Sorumluluğu Bakımından 19 Kasım 1976 Tarihli Deniz Alacaklarından Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin Londra Konvansiyonu'nun Yürürlüğe Girip Girmedığı Meselesi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII**, Ankara, BTHAE, 2000, s. 191, 213. Karş. İLGİN Sezer, “LLMC (Deniz Alacaklarına Karşı Sorumlulukların Sınırlandırılmasına İlişkin Sözleşme) Hakkında”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 1-2, 1998, s. 67-68; ÜNAN, 2000, s. 641; ATAMER Kerim, “Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIII**, 12.06.2009, BTHAE, Ankara, 2009, s. 180-184.

1976 LLMC ile ilgili bkz. KULA DEĞİRMENCİ Nil, **Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 23-29; ATAOL Hüseyin, “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı”, **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64-77; ÜNAN Samim, “Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulama Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı, Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı, Donatanın Karar Verdiği Kurtarma Yardımın Müşterek Avarya Olup Olmayacağı”, **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 640-643.

1976 LLMC tercümesi için bkz. ÇAĞA Tahir, “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşme”, **İÜHFMD**, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 117-133.

³ *Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*. 02.05.1996 tarihinde kabul edilen bu düzenleme, milletlerarası alanda 13.05.2004'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 05.02.2010 tarihli ve 2010/162 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 1996 Protokolüne taraf olmuştur (RG 13.03.2010/27520). 1996 Protokolü, anılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca katılma belgesinin 19.07.2010 tarihinde tevdi edilmesi üzerine 17.10.2010 tarihinde Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1328 hükmünde yer alan atıf vasıtasıyla Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir kılmıştır. 1996 Protokolü tercümesi için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/03/20100313-1.html>, (Erişim Tarihi: 20.07.2020). Ayrıca, TTK m. 1328 f. 1 uyarınca deniz alacaklarından doğan sorumluluğun “(...) 1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre” sınırlanması hükme bağlanmıştır. Henüz yürürlükte olmayan bir düzenlemeye ileriye dönük şekilde bu şekilde *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

19.04.2012 tarihli tadil⁴ ile 1996 Protokolü’ndeki sorumluluk sınırları güncellenmiş, artırılan sınırlar 08.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵. Türkiye, 1996 Protokolü ile tadil edilen 1976 LLMC’ye taraftır⁶.

Deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılmasında fon tesisi bakımından Singapur Yüksek Mahkemesi 14.04.2020 tarihinde sınırlandırma fonu tutarına uygulanacak faiz ve sınırlandırma fonu oluşturulması için yapılan masraflar konularına ilişkin önemli bir karar vermiştir⁷. Bu çalışmayla, deniz ticareti hukukunda deniz alacaklarına karşı sorumluluğun fon tesisi ile sınırlandırılması konusunun bu karar ışığında değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

II.Genel Olarak Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması

Çatma, karaya oturma, kirlilik gibi deniz hadiselerinden ötürü oluşabilecek deniz alacakları bakımından başta donatan olmak üzere, charterer, işleten, sigortacı da sorumluluklarını belirli bir tutara kadar sınırlandırabilir⁸. Bu amaçla sorumluluğun sınırlandırılmasında iki yöntem öngörülmüştür. Bunlardan ilki def’i ikincisi ise bir sınırlandırma fonunun tesis edilmesidir.

1. Def’i

bir ifadenin TTK’da yer almaması gerektiğine ilişkin bkz. ÇETİNGİL Ergon /KENDER Rayegân /ÜNAN Samim /YAZICIOĞLU Emine, “TTK Tasarısının Deniz Ticareti Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler”, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı**, Ocak 2006, s. 261-262.

⁴ *Amendments to increase the limits of liability in the 1996 Protocol to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*. 08.06.2015’te yürürlüğe girmiştir. Bilgi için bkz. IMO websitesi, <http://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/24-LLMC-limits.aspx> (Erişim Tarihi: 23.07.2020).

⁵ Güncellenmiş metin, bu çalışma kapsamında “Sözleşme” olarak anılmaktadır.

⁶ 6103 sayılı TTK’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun m. 37 f. 1 c. 2 uyarınca Türkiye, 01.07.1998’den itibaren Sözleşmeye taraf sayılmaktadır (RG 14.02.2011/27846). Bundan önce öğretide konu tartışmalıydı. Zira Bakanlar Kurulu kararı RG’de yayımlanmış ancak onay belgeleri tevdi merci olan IMO Genel Sekreterliği’ne ancak 1998’de gönderildiğinden, 04.06.1980-01.07.1998 yılları arasında Türkiye’nin 1976 LLMC’ye taraf sürecini tamamlamadığı görülmektedir. LLMC 1976’nın Türkiye bakımından yürürlüğe girip girmediği öğretide bu sebepten ötürü tartışmalıdır. Tartışmaya ilişkin açıklamalar için bkz. KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 33, dn. 78. Ayrıca bkz. dn. 3’te belirtilen diğer kaynaklar.

⁷ *As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others* [2020] SGHC 72.

⁸ Sorumluluğu sınırlandırma hakkına sahip olan kişiler için bkz. KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 62-71; YAZICIOĞLU, 2020, s. 265-268.

Sadece tek bir talep sahibinin bulunması veya birden fazla talep sahibi bulunsa bile bu kişilerin aynı yargılama usulüne tâbi olmak üzere aynı mahkeme önünde taleplerini ileri sürmeleri durumlarında sorumluluğu sınırlama hakkı, def'i olarak ileri sürülebilir⁹. Ancak çoğunlukla farklı mahkemelerden birden fazla talep ileri sürüldüğünden daha çok “fon tesisi” yolu tercih edilmektedir¹⁰.

2.Sınırlama Fonu Tesisi

Sınırlama fonunun tesisine ilişkin düzenlemelere, Sözleşme'nin m. 11 ilâ 14 hükümleri arasında yer verilmiştir. Ancak sorumluluğu sınırlama fonunun hangi hükümlere tabi olarak tesis olunacağı ve paylaşılacağı, başka bir anlatımla, sınırlama fonunun tabi olduğu usul hükümleri Sözleşmede düzenlenmeyerek, âkit devletlerin yerel hukuklarına bırakılmıştır (Sözleşme m. 14). Anılan düzenleme şöyledir:

“Bu bölüm hükümleri saklı kalmak üzere, sınırlama fonunun tesis ve tevzii hakkındaki hükümlerle bu konulara ilişkin bilcümle, usul hükümleri fonun tesis olduğu taraf devletin kanunlarına tâbidir¹¹.”

Davalı, “sorumluluğu doğuran olay tarihinden, fonun tesis edildiği tarihe kadar” faiz ödemekle yükümlüdür¹² (Sözleşme m. 11 f. 1 c. 2). Ancak fonun tesisinden “sonra” işletilecek faiz veya her iki sürede de geçerli olacak faiz “oranı” bakımından Sözleşmede bir düzenleme bulunmamaktadır. Benzer şekilde Sözleşme, sınırlama fonu tesisine ilişkin yapılacak incelemeden kaynaklanan masrafların hangi tarafa ait olacağı konusunda da sessiz kalmıştır¹³. Dolayısıyla bu iki konunun da âkit devletlere bırakıldığı anlaşılmaktadır.

⁹ KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 132.

¹⁰ KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 131.

¹¹ “Subject to the provisions of this Chapter the rules relating to the constitution and the distribution of a limitation fund, and all rules of procedure in connection therewith, shall be governed by the law of the State Party in which the fund is constituted”. Tercüme için bkz. RG: 04.06.1980/17007 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17007.pdf> (Erişim Tarihi: 17.7.2010); ATAMER Kerim/SÜZEL Cüneyt, “Sorumluluğun Sınırlandırılması”, **Yeni Deniz Ticaret Hukuku'nun Kaynakları, Cilt 1: Milletlerarası Sözleşmeler ve Açıklamalı Çevirileri – Bibliografya – Mahkeme Kararları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 465-507.

¹² “The fund shall be constituted in the sum of such of the amounts set out in Articles 6 and 7 as are applicable to claims for which that person may be liable, together with interest thereon from the date of the occurrence giving rise to the liability until the date of the constitution of the fund” (vurgu eklenmiştir).

¹³ GRIGGS Patrick/WILLIAMS Richard/FARR Jeremy, Chapter 3, “The Limitation Convention and its 1996 Protocol”, **Limitation of Liability for Maritime Claims**, 4. Basi, Informa Law, 2005, s. 34.

III. Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sınırlı Sorumluluk Fonu Tesisi

1. Genel Olarak

Türkiye, Sözleşmeye taraftır¹⁴. Türk hukukunda deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılmasında, 1996 Protokolü ile tadil edilen 1976 LLMC doğrudan uygulanır (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1328).

Yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşmede bazı konuların düzenlenmeyerek bu konularda âkit devletlerin yerel hukuklarının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda fon tesisi “usulü” hakkında fonun tesis edildiği âkit devlet hukuku uygulanacaktır (Sözleşme m. 14). Bu doğrultuda bazı âkit devletler yerel hukuklarında bu konuda özel düzenlemelere yer vermiştir¹⁵. Türk hukukunda ise bu doğrultuda tamamlayıcı olmaları amacıyla TTK m. 1328-1335 ve m. 1341-1349 hükümleri sevk edilmiştir.

2. Türk Hukukunda Sınırlama Fonu Tesisi

Türk mahkemelerinde sınırlandırma fonu, ilk olarak 11.02.2014 tarihinde tesis edilmiştir¹⁶. Türk bayraklı “Mustafa Okan” adlı gemi, 20.03.2013 tarihinde Tüpraş Limanı’nda iken 204 nolu iskelede bulunan yükleme platformuna zarar vermiştir. Hadisenin ardından liman işleteni geminin donatanına karşı dava açmıştır. Devam eden yargılama sırasında davalı donatan, donatanın sorumluluğunu bir milyon ÖÇH ile sınırlamak amacıyla fon tesisi talep etmiş ve böylelikle bir Türk mahkemesinde ilk kez bir sınırlama fonu tesis edilmiştir¹⁷.

Son yıllarda her ne kadar Türk hukuku uyarınca sınırlama fonu hem hakem kararları hem de mahkeme kararlarıyla tesis edilebilmekteyse de, iki sebepten ötürü donatanlar böyle bir talepte bulunmak bakımından çekimser davranmaktadır. İlk olarak sınırlı sorumluluk fonu tesisine ilişkin usul hükümlerinde halen bazı belirsizlikler mevcuttur¹⁸. Örnek olarak faiz oranı

¹⁴ Bkz. dn. 7.

¹⁵ KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 218 vd.

¹⁶ İstanbul 52. Deniz İhtisas Mahkemesi tarafından tesis edilen kararla ilgili bilgi için bkz. COŞKUNSU Çağlar, “A New Port of Refuge for the Limitation of Liability: Turkey”, **Shipping & Transport International**, 10 (1), 2014, s. 21; ATAERGİN Selim, “First Turkish Limitation Fund Court Decision: Intent or No Intent”, **Lloyd’s Shipping and Trade Law**, 14 (6), 2014, s. 1-3.

¹⁷ ATAERGİN, 2014, s. 1.

¹⁸ ÜNAN, 2000, s. 642-643. Kanaatimizce bu belirsizliklerin büyük bir kısmı TTK m. 1328-1335 ve 1341-1349 hükümleri ile giderilmeye çalışılmıştır. Yine de hem Sözleşmede *YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)*

verilebilir. Bu sorun, mahkeme içtihatlarıyla boşlukların doldurulması suretiyle çözümlenebilir. Ancak ikinci ve asıl sorun, 2015 yılında güncellenen sınırların oldukça yüksek olmasıdır. Bu durum donatanların, çok yıkıcı etkilere sahip olabilecek rizikoların gerçekleştiği durumlar dışında, sorumluluklarını sınırlandırma yoluna gidememeleri sonucunu doğurmaktadır.

3. Faiz

Fon tutarı, fonun tesis edildiği âkit devlet parası cinsinden hesaplanan sınırlı sorumluluk miktarı ve bu miktarın olay gününden itibaren işleyen “faiz”inden oluşur. Bu tutarın mahkeme hesabına yatırılması veya bu tutar için teminat gösterilmesiyle fon kurulur (Sözleşme m. 11). Bu tutar, Özel Çekme Hakkı (ÖÇH) olarak belirlenir¹⁹.

Sınırlara ilişkin ÖÇH tutarı, sınırlı sorumluluğunun talep edildiği devletin milli parasında, “sınırlama fonunun kurulduğu tarihteki değeri” üzerinden çevrilmelidir (Sözleşme m. 8). Dolayısıyla fonun tesis edildiği an, “fon tesisine ilişkin mahkeme kararının verildiği” zaman değil; “fon tesisine ilişkin mahkeme kararı uyarınca fon tutarının ödenmesi veya bu tutar karşılığı teminat gösterildiği” zaman olup; fon tutarının ÖÇH’den Türk Lirasına çevrilmesinde bu zaman esas alınmalıdır²⁰.

Sınırlı sorumluluğa tabi tutulan alacaklara ve fon tutarına işletilecek faize ilişkin iki husus TTK’da düzenlenmiştir. İlk olarak, Türk mahkemelerinin sorumluluğun sınırlandırılmasını kabul ettiği durumlarda, sınırlı sorumluluk fonuna dâhil edilen alacakların “sınırları aşan kısmı” için faiz işletilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 1347 f. 1). Sınırı aşan alacaklara işletilecek faize ilişkin durum hüküm altına alınmışken,

hem de TTK’nın anılan hükümlerinde düzenlenmeyen hususlarla ilgili bir uyumsuzluk olduğunda mahkemelerin vereceği kararların boşlukların dolduracağı açıktır.

¹⁹ *Special Drawing Right (SDR)/Özel Çekme Hakkı (ÖÇH)* ilk olarak Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund*) tarafından 1969 yılında oluşturulmuştur. Bu terimin benimsenmesinin en büyük amacı, enflasyonun etkisinin düşük olmasını sağlayarak taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasında adaletsiz bir sonuç doğmasını engellemektir. Euro, Amerikan Doları, Japon Yeni, Çin Renminbisi ve İngiliz Sterlininden oluşan beş ayrı para biriminin ortak olarak değerlendirilmesi sonucunda belirlenen ve her gün Merkez Bankası’nın sitesinde değeri yayımlanan bir sanal para birimi, uluslararası rezerv aracıdır. Bilgi için bkz. IMF websitesi,

<https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR> (Erişim Tarihi: 01.08.2020).

²⁰ Türk mahkemelerinde fon tesisinde ÖÇH’nin TL’ye çevriminde karar tarihinin esas alındığı, bu yanlışlığın devam etmesi durumunda karar tarihinden fon tesisine kadar geçen sürede ÖÇH’nin değerinin artmasının alacaklıların aleyhine olduğu yönünde bkz. YAZICIOĞLU, 2020, s. 284, dn. 433.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

alacaklara işletilecek faiz için öğretide İcra İflas hukukunun genel kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir²¹. İkinci olarak ise (TTK m. 1347 f. 2) sınırlı sorumluluk fonunun “paylaştırma sonuna kadar faiz getiren bir hesapta tutulması” zorunlu tutulmuştur²² (fon tutarına işletilecek faiz). Böylelikle fonun oluşturulmasından “sonraki” dönem için faiz öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca bu şekilde bir hüküm içermeyen bir Kulüp teminat mektubu, geçerli olmayacaktır.

TTK m. 1347 hükmünde alacaklara veya fon tutarına işletilecek faiz “oranıyla” ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu doğrultuda, sınırlama fonunun ÖÇH olarak belirlendiği dikkate alındığında bu husus bakımından, borcun yabancı para olarak belirlendiği takdirde uygulanması gereken Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun²³ m. 4/a geçerli olacaktır²⁴. Yabancı para borcunda faiz²⁵ kenar başlıklı bu düzenlemeye göre, “sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.”

²¹ ATAMER Kerim, 1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatına Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gerekeşi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk - Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt 1, 2003, İstanbul, s. 902. Sınırı aşan alacaklara ilişkin faiz yürütülemeyeceğine ilişkin hükme ise uygulamada sorunlar doğurduğu gerekçesiyle yer verildiğine yönelik, bkz. ATAMER Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku**, Cilt 1, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 497-498.

²² Burada amacın herhangi bir faizin elde edilmesi durumunda, elde edilen değer in alacakların karşılanması için kullanılması olduğuna ilişkin bkz. ATAMER Kerim, “Limitation of Shipowner’s Liability (LLMC, CLC, FUND)”, **Transport Law in Turkey**, (yazarlar: ATAMER Kerim/DAMAR Duygu/ERÇİN Feyzi vd.), 2. Bası, Wolters Kluwer, 2016, s. 136, par. 309.

²³ 04.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun’a, 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun m. 30 (RG: 23.11.1990/20704) uyarınca eklenen m. 4/a (RG: 19.12.1984/18616).

²⁴ Borçlu tarafından sorumluluğun sınırlandırılmasında alacağın faizi hakkında geçerli olacak kurallar bakımından, sınırları aşan alacaklara eksik borç hâline geldikleri gerekçesiyle faiz yürütülemeyeceği öğretide belirtilmiştir. Bkz. KENDER Rayegân, “Türk ve Alman Hukuk Sisteminde Donatanın Sınırlı Sorumluluğa Tâbi Borçlarında Temerrüt ve Dava Faizi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 47, Sayı: 11-12, 1973, s. 1178-1189. Ancak uygulamada bu kurala riayet edilmemektedir. Bkz. ATAMER, **Sınırlı Sorumluluk**, s. 901.

²⁵ Bu durumda da çoğunlukla, enflasyon oranı uygulanacak faizin üzerinde olabilmektedir Yabancı para üzerinden tazminatın uygulanacak temerrüt faizinin düşük olması ve bunun zarar görenlerin aleyhine sonuç hasıl ettiği yönünde bkz. ÜNAN, 2000, s. 643-647.

4. Masraflar

Türk hukukunda, sınırlama fonu tesisi için geçerli olan TTK m. 1349 uyarınca, yargılama ve takip giderleri için sorumluluğun sınırlanamayacağı; bir fon kurulmuş olsa bile, “davalı veya takip borçlusunun²⁶” bu giderleri ayrıca ödemek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün sevk ediliş amacı öğretide, borçluyu haksız yere himaye etmeyi engellemek olarak açıklanmıştır²⁷. Oluşturulacak fonun toplam miktarına ilişkin Sözleşme m. 11’de ise yargılama ve takip masrafları ifadesine yer verilmemiştir. Bu masrafların fonun dışında tutulduğu anlaşılmaktadır²⁸.

IV. *As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others Davası*

1. Davanın Özeti

“AS Fortuna” adlı gemi, Guayaquil, Ekvator’da 13.09.2018 tarihinde karaya oturmuştur²⁹. Davacılar, hadise sonrasında kendilerine farklı mahkemeler tarafından yöneltebilecek taleplere karşı sorumluluklarını sınırlandırmak amacıyla fon tesisi için harekete geçmiştir³⁰. Davacılardan ilki, geminin sicile kayıtlı donatanı olup, ikincisi ise Hollanda hukuku uyarınca donatanın hissedarı olduğu bir şirkettir³¹.

Davacılar, sınırlama fonu tesisi talebi için, olayın mahiyeti gereği, geminin P&I kulübünden bir teminat mektubu talep etmiştir³². Davalılar, davacıların sınırlı sorumluluk fonu tesisine ve bunun bir teminat mektubuyla gerçekleştirilmesine muhalefet etmemiştir³³. Bu çerçevede uyuşmazlık: (1)

²⁶ Davalı ve takip borçlusunun farklı kişiler olması durumunda oluşabilecek belirsizliğin önlenmesi amacıyla burada davalı ve takip borçlusu yerine “sorumluluğunu sınırlama talebinde bulunulan kişi” ifadesinin kullanımının daha uygun olacağı yönünde bkz. KULA DEĞİRMENCİ, 2015, s. 313.

²⁷ Masraflar için sınırlama caiz olursa, borçlu için her ihtilafı yargıya intikal ettirmenin bir avantaj haline gelebileceği; nasılsa sınırlama bulunduğu göre, bu masrafların caydırıcı olmaktan çıkacağına ilişkin bkz. ATAMER, *Sınırlı Sorumluluk*, s. 905.

²⁸ GÜNAY, 2011, s. 55. Nitekim 2003 tarihli bir çalışmada Alman hukukunda açık bir hükümle dava ve takip masraflarının açıkça fon dışında tutulduğuna ilişkin bkz. ATAMER, *Sınırlı Sorumluluk*, s. 905.

²⁹ *As Fortuna* par. 1.

³⁰ KIM Ruo Lin, “Singapore High Court clarifies applicable interest rate in LOU after constitution of limitation fund”, 10.06.2020, UK P&I Club Legal Update, <https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/publications/article/legal-update-singapore-high-court-clarifies-applicable-interest-rate-in-lou-after-constitution-of-limitation-fund-152506/> (Erişim Tarihi: 21.07.2020).

³¹ *As Fortuna* par. 2.

³² *As Fortuna* par. 3.

³³ *As Fortuna* par. 3.

Teminat mektubunun içeriğinde yer alacak düzenlemelerden birisi olan, sınırlandırma fonunun tesisinden “sonra³⁴”, fon tutarına uygulanacak faiz oranının ne olacağı; (2) fonun oluşturulması için yapılacak masraflar ve bu masraflardan hangi tarafın sorumlu tutulacağı³⁵ hususlarına ilişkindir.

2. Yüksek Mahkeme Kararında Varılan Sonuçlar

A. Faiz

a. Uyuşmazlık ve Tarafların İddiaları

Sınırlama fonunun tesisinden sonra uygulanacak faiz oranı bakımından Sözleşmede herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Taraflar, “fon tesisinden önce alacaklara işletilecek faiz³⁶” oranının” yıllık % 5,33 olması yönünde hemfikirdir³⁷. Ancak fon tesisinin, mahkemeye bir teminat sunulması veya P&I kulübünden teminat mektubu alınması suretiyle yapılması durumunda “fon tesis edildikten sonra fon tutarına işletilecek faiz” oranı bakımından bir karara varılması gerekmiştir³⁸. Bu doğrultuda yargıç, öncelikle faiz oranına ilişkin emsal üç farklı mahkeme kararını, ardından tarafların taleplerini değerlendirmiştir³⁹. Bu doğrultuda davacılar, fon tesisinden önce alacaklara işletilecek faiz oranı olan % 5,33’ün “fon tesis edildikten sonra fon tutarına işletilecek faiz” bakımından yüksek olduğunu belirterek, bu durumda yıllık % 2 faiz oranının uygulanması gerektiğini iddia etmiştir⁴⁰. Buna karşılık davalılardan biri % 2 faiz oranının çok düşük olduğunu belirterek davacıların fon tesisinden sonra fon tutarına işletilecek faiz oranı bakımından mahkemeye ödenen para miktarından

³⁴ Kararda *the post constitution interest rate* olarak adlandırılan terim, “fon tesisinin gerçekleşmesinden sonra fon tutarına işletilecek faiz” olarak tercüme edilebilir. Bkz. *As Fortuna* par. 3(a).

³⁵ *As Fortuna* par. 3.

³⁶ Kararda *the pre-constitution interest rate* olarak adlandırılan terim, “fon tesisinin gerçekleşmesinden önce alacaklara işletilecek faiz” olarak tercüme edilebilir. Bkz. *As Fortuna* par. 4(a).

³⁷ *As Fortuna* par. 4(a). Anılan faiz oranı için emsal kararlar şunlardır: *Pacific International Lines (Pte) Ltd and others v Govan Mani & Co Pty Ltd and others* HC/ADM 17/2016 (28 March 2017); *Thoresen Shipping Singapore Pte Ltd and others v Global Symphony SA and others* HC/ADM 46/2017 (25 July 2017); *Falcon Grace Pte Ltd and others v Vopak Terminals Singapore Pte Ltd and others* HC/ADM 116/2017 (19 April 2018). Üç emsal kararda da fon tesisinden önce alacaklara işletilecek faiz oranı bakımından %5,33 kararı çıkmıştır. Ancak fon tesisinden sonra fon tutarına işletilecek faiz oranı bakımından ilk kararda % 5,33 makul bulunmuşken, diğer iki kararda %2 oranının daha makul olacağına hükmedilmiştir.

³⁸ *As Fortuna* par. 4(d).

³⁹ *As Fortuna* par. 6.

⁴⁰ *As Fortuna* par. 7. Bkz. dn. 38.

kazanılabilecek faiz oranından daha fazla ödeme yapması gerektiğini iddia etmiştir⁴¹. Diğer davalı ise (1) mahkemeye bir teminat sunulmasıyla veya (2) P&I kulübünden teminat mektubu alınmasıyla fonun tesis edilmesini birbirinden ayırmıştır⁴². İkinci örnekte, donatan, sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin fonun tesisinden sonra, fonun tesisinden önceki gibi, sorumluluğunu gerektiren tutarı kendinde tutmaya devam edecektir⁴³. Dolayısıyla fon tesisinden önce alacaklara işletilen faiz oranı olan % 5.33'ün “fon tesis edildikten sonra fon tutarına işletilecek faiz” bakımından da evleviyetle geçerli olması gerektiği savunulmuştur⁴⁴. Bu beyanlara karşılık davacı ise “fon tesisinden sonra fon tutarına işletilecek faiz oranının % 5,33 olarak belirlenmesinin uygulamada kulüp teminat mektubu kullanımının ve hatta fon tesisine olan taleplerin azalmasına yol açacağını belirtmiştir⁴⁵.

b. Yüksek Mahkemenin Değerlendirmesi

aa.Fon Tesisinden Önce Alacaklara İşletilecek Faiz Oranı

Yukarıda açıklandığı üzere Sözleşme m. 11 f. 1, fon tesisinden önce alacaklara işletilecek faiz ifadesine yer vermiş, ancak faizin oranıyla ilgili bir düzenleme yapmamıştır. Yüksek Mahkeme'nin yaptığı incelemede Singapur hukukunda Singapur Denizcilik Kanunu⁴⁶ m. 139 f. 1 uyarınca Singapur Denizcilik ve Liman İdaresi'nin⁴⁷ Sözleşme m. 11 f. 1 hükmünde öngörülen faizin “oranı” bakımından bir talimat yayımlaması mümkünse de uygulamada böyle bir talimatın henüz yayımlanmadığı anlaşılmıştır⁴⁸. Böyle bir talimatın bulunmadığı durumda hangi faiz oranının geçerli olacağını belirlemek gerekecektir⁴⁹. Bu durumda Singapur Denizcilik Kanunu m. 139 f. 1 hükmünün ihtiyari bir düzenleme olmasından hareketle, genel hukuk kurallarında mahkemenin bu değerlendirmeyi yapabileceği sonucuna varılmıştır⁵⁰. Bu doğrultuda emsal kararlar ve Singapur Medeni Kanunu⁵¹ m. 12 uyarınca konunun mahkemenin takdir yetkisinde olduğu gerekçesiyle

⁴¹ *As Fortuna* par. 8.

⁴² *As Fortuna* par. 9.

⁴³ *As Fortuna* par. 9.

⁴⁴ *As Fortuna* par. 9.

⁴⁵ *As Fortuna* par. 10.

⁴⁶ Singapore Merchant Shipping Act (Cap 179, 1996 Rev Ed).

⁴⁷ Maritime and Port Authority of Singapore.

⁴⁸ *As Fortuna* par.12.

⁴⁹ *As Fortuna* par. 13.

⁵⁰ *As Fortuna* par.14.

⁵¹ Singapore Civil Law Act (CAP 43, 1999 Rev ed).

varılan sonuç, sınırlama fonu tesisine ilişkin alacaklara işletilecek faiz oranının % 5,33 olmasıdır⁵².

bb.Fon Tesisinden Sonra Fon Tutarına İşletilecek Faiz Oranı

Sözleşme, fon tesisinden sonra fon tutarına işletilecek faiz oranı bakımından sessiz kaldığından, Singapur Yüksek Mahkemesi öncelikle konuyu önceki üç emsal karara göre sonuçlandırmak istemiştir⁵³. Anılan kararlarda bu yönde bir sonuca varılmadığı anlaşıldığından bazı ilkelerin belirlenmesi gerekmiştir⁵⁴. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme ilk olarak kulüpten alınacak teminat mektubunun geçerli ve kabul edilebilir olması için, kulüp teminat mektubunun alınmasının davacıları mahkemeye teminat sunulması koşullarından daha ağır bir duruma sokmamış olması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵. Bu nedenle mahkemeye teminat sunulması suretiyle fon tesis edildiğinde işletilecek faiz oranına, yaklaşık olarak yakın bir faiz oranının “kulüpten alınacak teminat mektubu uyarınca tesis edilecek fon tutarı” bakımından da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶.

Sonuç olarak Singapur Yüksek Mahkemesi, sınırlama fonu tesisinden “sonraki” dönem için sınırlama fonu tutarına uygulanacak faiz oranının % 2,5 olmasına karar vermiştir⁵⁷. Böylelikle mahkemeye teminat ödenmesi durumunda işletilecek faiz oranına yakın bir oran belirlenmesinin hedeflendiği ve kulüp teminat mektubunun geçerli olduğu dönemde faiz oranının dalgalanmasının da engellenmeye çalışıldığı belirtilmiştir⁵⁸.

B. Masraflar

Sınırlama fonu tesisine ilişkin usulün belirlenmesinden ve fonun tutarının oluşturulmasından kaynaklanan masrafların hangi tarafa ait olduğu, emsal bazı kararlar ışığında Yüksek Mahkeme tarafından incelenmiştir⁵⁹. Bu doğrultuda, Yüksek Mahkemenin takdir yetkisi saklı tutulmak koşuluyla⁶⁰ bazı ilkeler belirlenmiştir:

İlk olarak Sözleşme uyarınca ispat yükümlülüğünün bulunduğu hususlara ilişkin olarak donatanın, davalıların masraflarını ödemesi gerektiği belirtilmiştir⁶¹. Bu durum Sözleşme m. 1, 2, 3, 6, 7 hükümleri bakımından

⁵² *As Fortuna* par.14 ve 15.

⁵³ *As Fortuna* par. 6.

⁵⁴ *As Fortuna* par. 16.

⁵⁵ *As Fortuna* par. 18.

⁵⁶ *As Fortuna* par. 18.

⁵⁷ *As Fortuna* par. 22.

⁵⁸ *As Fortuna* par. 22.

⁵⁹ *As Fortuna* par. 29-35.

⁶⁰ *As Fortuna* par. 36 (d).

⁶¹ *As Fortuna* par. 36 (a).

geçerlidir⁶². Örneğın sorumluluğunu sınırlama hakkına ilişkin yapılan masrafları, donatan karşılması gerekir. Kulüpten alınacak bir teminat mektubuyla sınırlama fonu tesisi durumunda bu husus geçerli olup, anılan mektubun uygun ve geçerli olmasının da gerekli olduğu ifade edilmiştir⁶³.

İkinci olarak, ispat yükünün donatana ait olduğu durumlarda (Sözleşme m. 4 uyarınca donatanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkını kaybettiğine ilişkin hususlar) davalıların donatanın sorumluluğunu sınırlama hakkının olup olmadığı konusunda değerlendirme ihtiyacı olacağından, gereken bilgilerin edinilmesi için masraf yapılması durumunda, tarafların her birinin kendi taleplerine ilişkin masraflardan sorumlu olacağı sonucuna varılmıştır⁶⁴.

Yukarıdaki ilkelerin uyuşmazlığa uygulanmasıyla, Sözleşme m. 1, 2, 3 uyarınca sınırlı sorumluluk fonunun tesisine; sınırlama fon tutarının hesaplanmasına ve taslak kulüp teminat mektubunun uygun ve geçerli olup olmadığına değerlendirilmesinden kaynaklanacak masrafları davacıların ödemekle yükümlü olduğuna hükmedilmiştir⁶⁵. Ayrıca donatanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkının kaybı hükmünün uygulanabilir olup olmadığına dair bir inceleme yapılması gerektiği takdirde (Sözleşme m. 4), her tarafın bu husustan kaynaklanan masrafları kendisinin karşılması gerekeceği belirtilmiştir⁶⁶.

V. Değerlendirmemiz

Yukarıda açıklandığı gibi, tesis edilecek fon tutarına faiz de dâhil edilmiştir (Sözleşme m. 11 f. 1 c. 2). Anılan faiz, “sorumluluğun doğumuna yol açan olay gününden fonun tesisi tarihine kadar işlemiş” olmalıdır. Ancak anılan sürede işleyecek faizin “oranına” ilişkin Sözleşmede bir boşluk bulunmaktadır. Ayrıca, fonun tesis edilmesinden paylaşılmasına kadar geçen sürede fon tutarına işletilecek faize ilişkin bir düzenleme de Sözleşmede yer almamaktadır. Türk hukukunda ise sınırlandırma fonunun tesisinden “sonraki” dönem için, fon tutarına faiz işletilmesinin mümkün kılınması (TTK m. 1347 f. 2), Sözleşmede yer almayan, önemli bir düzenlemedir. Sınırlama fonu tesisinde uygulanacak faiz “oranına” ilişkin özel bir düzenleme ise hem Sözleşmede hem de TTK’da bulunmamaktadır.

⁶² *As Fortuna* par. 36 (a).

⁶³ *As Fortuna* par. 36 (a).

⁶⁴ *As Fortuna* par. 36 (b).

⁶⁵ *As Fortuna* par. 37.

⁶⁶ *As Fortuna* par. 37.

Singapur Yüksek Mahkemesi *As Fortuna* kararında, fon tesisinden önce alacaklara uygulanacak faiz oranı ile fon tesis edildikten sonra fon tutarına uygulanacak faiz oranını birbirinden ayırmıştır⁶⁷. Mahkemenin bu kararı, sınırlı sorumluluk fonunun tesisinden “sonra” uygulanacak faiz oranı bakımından bir boşluğu doldurmuştur⁶⁸. Karar, bu konuda herhangi bir düzenlemesi mevcut olmayan âkit devletler bakımından örnek alınabilecek niteliktedir⁶⁹. Bu devletlerin mahkemeleri, Singapur hukuku uyarınca verilen bu karardaki gibi, sınırlama fonunun tesisine özel bir faiz oranı belirleyebilirler.

Fon tesisinin oluşturulmasından paylaştırılmasına kadar geçen sürenin uzaması durumunda fon tutarına “makul” bir faiz oranının işletilmesi alacaklıyı ve borçluyu koruyacaktır. Türk hukukunda deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin TTK’da yer alan tamamlayıcı hükümler arasında faiz oranına ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından, aksi yönde bir düzenleme yapıncaya kadar Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un m. 4/a hükmü uygulanacaktır. Hükümde öngörülen faiz oranının sınırlı sorumluluk fonu tutarına uygulanması bakımından makul bir oran olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Singapur mahkemesi kararının masraflara ilişkin sonuçlarına göre ise özellikle sınırlı sorumluluk fonunun tesisinden ve sınırlama fon tutarının hesaplanmasından kaynaklanacak masrafları ödemekle yükümlü olan tarafın sınırlama fonu tesisini talep eden olduğu sonucuna varılmıştır. Türk hukukunda ise sınırlama fonu dışında tutulan yargılama ve takip giderleri bakımından davalı ve takip borçlusu sorumlu tutulmuştur (TTK m. 1349).

Sonuç olarak Türk hukukunda her ne kadar TTK’da Sözleşmeyi tamamlayıcı hükümlere yer verilmişse de, fon tesisinin yaygınlaşması için

⁶⁷ *As Fortuna* par. 15 ve 22.

⁶⁸ WILLIAMS Richard, “Gaps in the Limitation Regime”, 06.05.2020, https://iistl.blog/2020/05/06/gaps-in-the-limitation-regime/#_ftn2 (Erişim Tarihi: 29.05.2020).

⁶⁹ Bu konuda bir düzenleme yapmış devletlere örnek olarak, Birleşik Krallık hukukunda Sözleşmeden kaynaklanan faiz oranıyla ilgili olarak 2004 tarihli Denizcilik Kanunu Talimatı (*Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others (New Rate of Interest) Order 2004*) m. 2 uygulanır. Düzenleme şu şekildedir: “*In this Order “the prescribed rate” means one per cent more than the base rate quoted from time to time by the Bank of England or the rate of interest set by any body which may supersede it and where there is more than one such rate, the lowest of them*” (Bu talimat uyarınca “belirlenen oran”, İngiliz Merkez Bankası tarafından verilen baz orandan %1 daha fazla veya onun yerini alabilecek herhangi bir yetkili merci tarafından belirlenecek faiz oranı ve birden fazla oranın söz konusu olması durumunda aralarındaki en düşük orandır).

ayrıntılı bir “Fon Tesisi Uygulama Kanunu”nun hazırlanmasına ve yürürlüğe girmesine ihtiyaç bulunmaktadır⁷⁰.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- ATAERGİN, Vehbi Selim, “First Turkish limitation fund court decision: intent or no intent”, **Lloyd’s Shipping and Trade Law**, 31.08.2014, 14 (6), 2014, ss. 1-3.
- ATAMER, Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku**, Cilt 1, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- ATAMER, Kerim, “Limitation of Shipowner’s Liability (LLMC, CLC, FUND)”, Chapter 5, (yazarlar: ATAMER, Kerim/DAMAR, Duygu/ERÇİN, Feyzi/vd.), **Transport Law in Turkey**, 2. Bası, Wolters Kluwer, 2016, ss. 117-136.
- ATAMER, Kerim, “Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIII**, 12.06.2009, BTHAE, Ankara, 2009, ss. 165-274.
- ATAMER, Kerim, “1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatına Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gerekeşesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt 1, İstanbul, 2003, s. 849-905 (Anlış: “Sınırlı Sorumluluk”).
- ATAMER, Kerim/Süzel, Cüneyt, “Sorumluluğun Sınırlandırılması”, **Yeni Deniz Ticaret Hukuku’nun Kaynakları**, Cilt 1: Milletlerarası Sözleşmeler ve Açıklamalı Çevirileri – Bibliografya – Mahkeme Kararları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 447-522.
- CAN, Mertol, “Donatanın Sorumluluğı Bakımından 19 Kasım 1976 Tarihli Deniz Alacaklarından Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin Londra Konvansiyonu’nun Yürürlüğe Girip Girmediği Meselesi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII**, Ankara, BTHAE, 2000, ss. 191-218.
- COŞKUNSU, Çağlar, “A New Port of Refuge for the Limitation of Liability: Turkey”, **Shipping & Transport International**, 10 (1), 2014, ss. 20-22.

⁷⁰ Türk hukukunda ayrı bir “Fon Tesisi ve Paylaşırma Usulü Kanunu” çıkarılması gerektiğı yönünde bkz. KENDER Rayegân, “Deniz Ticareti Hukukunda Donatanın Sınırlı Sorumluluğı (TTK Tasarısındaki Hükümlerin Değerlendirilmesiyle)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2005, s. 138. Ayrıca bkz. ATAMER, **Sınırlı Sorumluluk**, s. 855-856.

- ÇAĞA, Tahir, “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşme”, **İÜHFMD**, C. XLII, S. 1-4, 1976, ss. 117-133.
- ÇETİNGİL, Ergon/KENDER, Rayegân/ÜNAN, Samim/YAZICIOĞLU, Emine: “TTK Tasarısının Deniz Ticareti Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler”, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı**, Ocak 2006, ss. 1-295.
- DEĞİRMENCİ, Nil Kula, **Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- GÜNAY, Barış, “1976 Tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkındaki Sözleşmede Fon Kurulması ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu”, **BATİDER**, 2011, Cilt: 27, Sayı: 4, ss. 51-68.
- GRIGGS, Patrick/WILLIAMS, Richard/FARR, Jeremy, PATRICK Griggs/Richard Williams/Jeremy, Farr, 4. Bası, Chapter 3, “The Limitation Convention and its 1996 Protocol”, **Limitation of Liability for Maritime Claims**, Informa Law, 2005.
- İLGİN, Sezer, “LLMC (Deniz Alacaklarına Karşı Sorumlulukların Sınırlandırılmasına İlişkin Sözleşme) Hakkında”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 1-2, 1998, ss. 67-68.
- KENDER, Rayegân, “Deniz Ticareti Hukukunda Donatanın Sınırlı Sorumluluğu (TTK Tasarısındaki Hükümlerin Değerlendirilmesiyle)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2005, ss. 115-138.
- KENDER, Rayegân, “Türk ve Alman Hukuk Sisteminde Donatanın Sınırlı Sorumluluğa Tâbi Borçlarında Temerrüt ve Dava Faizi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 47, Sayı: 11-12, 1973, ss. 1178-1189.
- SÖZER, Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt I**, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- SÖZER, Bülent, “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında 1976 Konvansiyonu Eki İle 1996 Protokolü’nün Türk Hukukunda Uygulanma Kabiliyeti ve Türk Ticaret Kanunu’na Göre Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIX**, 25.12.2015, ss. 123-152.
- ÜNAN, Samim, “Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulama Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı, Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı, Donatanın Karar Verdiği Kurtarma Yardımının Müşterek

Avaryaya Olup Olmayacağı”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 639-676.

YAZICIOĞLU, Emine, Kender/Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Mahkeme Kararları

As Fortuna Opco BV and another v Sea Consortium Pte Ltd and Others [2020] SGHC 72 (Anılış: “As Fortuna”).

Pacific International Lines (Pte) Ltd and others v Govan Mani & Co Pty Ltd and others HC/ADM 17/2016 (28 March 2017).

Thoresen Shipping Singapore Pte Ltd and others v Global Symphony SA and others HC/ADM 46/2017 (25 July 2017).

Falcon Grace Pte Ltd and others v Vopak Terminals Singapore Pte Ltd and others HC/ADM 116/2017 (19 April 2018).

İnternet Kaynakları

Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşmeyi Tadil Eden 02.05.1996 tarihli Protokol’ün Tercümesi, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/03/20100313-1.html>, (Erişim Tarihi: 20.07.2020)

Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşme’nin Tercümesi, RG: 04.06.1980/17007 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17007.pdf> (Erişim Tarihi: 17.7.2010).

IMF websitesi,

<https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR> (Erişim Tarihi: 01.08.2020).

IMO websitesi,

<http://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/24-LLMC-limits.aspx> (Erişim Tarihi: 23.07.2020).

KIM, Ruo Lin, “Singapore High Court clarifies applicable interest rate in LOU after constitution of limitation fund”, 10.06.2020, UK P&I Club Legal Update, <https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/publications/article/legal-update-singapore-high-court-clarifies-applicable-interest-rate-in-lou-after-constitution-of-limitation-fund-152506/> (Erişim Tarihi: 21.07.2020) (Anılış: “UK P&I Makale”)

WILLIAMS, Richard, “Gaps in the Limitation Regime”, 06.05.2020, https://iistl.blog/2020/05/06/gaps-in-the-limitation-regime/#_ftn2 (Erişim Tarihi: 29.05.2020).

¶ EŞİT OY İLKESİ

(THE PRINCIPLE OF EQUAL VOTE)

Arş. Gör. Duygu Kulaç * **

ÖZ

Çalışmamızda eşit oy ilkesi incelenecektir. Bu kapsamda oy hakkının gelişimi ve demokrasi bağlantısına değinilecektir. Ardından oy hakkının demokratik ilkelerinden biri olan eşit oy ilkesinin geçmişten günümüze gelişimine yer verilecektir. Anılan ilkenin; seçim sistemleri, seçim çevreleri, seçim barajları ve siyasi partiler ile olan etkileşimleri gözler önüne serilecektir. Buradan yola çıkarak, eşit oy ilkesinin gereği gibi uygulanmasını engelleyen sebeplere göz atılacaktır. Nihayet, bu çalışmanın amacı Türk hukukunda eşit oy ilkesinin gereği gibi hayata geçirilmesi için hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği sorusuna cevap aramaktır.

Anahtar kelimeler: Oy hakkı, eşit oy, seçim sistemleri, seçim barajı, seçim çevresi, siyasi partiler.

ABSTRACT

The principle of equal vote will be treated in this study. Within this scope, the relation between the evolution of right to vote and democracy will be mentioned. After that, the principle of equal vote, one of the democratic elements of right to vote, will be figured out from past to present. The connection among the principle of equal vote, electoral systems, election districts, election thresholds and the political parties will also be revealed. From this point of view, causes of the existing principle of equal vote concerns will be questioned. Ultimately, this study aims to search for answers regarding which fundamentals should be noticed about duly implemented equal vote principle in Turkish law.

Keywords: Right to vote, equal vote, electoral systems, election district, election threshold, political parties.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 22.11.2020. İlk hakem raporu tarihi: 27.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 08.12.2020. Onaylanma Tarihi: 08.12.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4632-0996.

Esere Atıf Şekli: Duygu Kulaç, “Eşit Oy İlkesi”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.211-235.

GİRİŞ

Oy hakkı, yalnızca hukukun üstünlüğünü benimsemiş demokratik bir devlette gerçek anlamda uygulama alanı bulabilmektedir. Bu nedenle, devletin her türlü kurum ve uygulamalarıyla demokrasiyi ne derecede özümsemiş olduğu, o ülkede oy hakkının durumunu da gözler önüne sermektedir. Oy hakkının demokratik hukuk devletine uygun şekilde kullanılabilmesi amacıyla tabi olduğu bazı temel ilkeler söz konusudur. Anılan ilkeler; genel oy ilkesi, serbest oy ve seçimlerin serbestliği ilkesi, eşit oy ilkesi, gizli oy ilkesi, kişisel oy ilkesi ve doğrudan oy ilkesi şeklinde ortaya koyulmaktadır. Bu ilkeler, oy hakkına Anayasal güvence sağlayarak onu koruma işlevini yerine getirmektedir.

Oy hakkının demokratik ilkelerinden biri olan eşit oy ilkesi çalışmamızın kapsamını oluşturmaktadır. Başlangıçta, bir kişinin yalnızca bir adet ve diğerlerinin oyuna denk oy kullanması olarak değerlendirilen ilkenin, detaylı şekilde incelendiğinde çok daha kapsamlı bir içeriğe sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Kullanılan oyun gerçekten eşit olabilmesi için seçmenlerin eşit şekilde bilgilendirilmesi ve adayların eşit şekilde kendilerini ifade etme imkânına sahip olmaları da eşit oy ilkesi için olmaz olmaz niteliktedir. Bu sebeple eşit oy ilkesinin içeriğinin tam olarak ortaya koyulabilmesi adına çalışmamızda sırasıyla; oy hakkının sayısal eşitliği, seçme gücünün eşitliği, cinsiyetlerin eşitliği ve denkliği, fırsat eşitliği ile eşitlik ve ulusal azınlıklar kavramlarının değerlendirilmesi yapılacaktır. Bahsedilen kavramlar, oy hakkının gittikçe yaygınlaşması ve nihayetinde eşit oy hakkının benimsenmesinde en büyük pay sahibi olan siyasi partiler ile eşit oy ilkesi arasındaki bağlantı; seçim sistemleri, seçim çevreleri, seçim barajları, medya ve siyasi partilerin kampanyalarındaki harcamalar ekseninde ele alınacaktır. Son olarak, Türkiye’de eşit oy hakkı ilkesinin ihlalinin neden olduğu hukuki problemlerin nasıl çözülebileceği ile ihlallerin azaltılması için nelerin yapılabileceği sorularına yanıt aranacaktır.

I. EŞİT OY İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Muhakeme yeteneğine sahip tüm insanlar, hayatlarına ilişkin karar alma becerisinde birbirleriyle eşit konumdadırlar¹. Böylece, kişiler bir siyasi fikrin de kendi çıkarlarına uygun olup olmadığını en iyi kendileri tespit edebilmektedir². Bu nedenle, hukukun üstünlüğünü benimsemiş demokratik

¹ Oktay UYGUN, **Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 360.

² Robert A. DAHL, **Siyasi Eşitlik Üzerine**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018, s. 17; UYGUN, s. 370.

bir ülkede, seçmenlerin ülkenin yönetimine eşit derecede etki sağlayabilmesi amaçlanır³. Kişiler arasındaki bu siyasal eşitliğin sağlanması anlayışının bir sonucu olarak da eşit oy ilkesi benimsenmiştir⁴. Bir diğer deyişle, eşit oy ilkesinin kaynağı bakımından demokrasinin siyasal eşitlik anlayışına işaret edilir. Öte yandan, siyasal eşitlik kavramı ile bu kavramın hayatlarımıza yansması arasında uçurum olduğu bu sebeple siyasal eşitlik fikrinin tam olarak uygulanamadığı da ileri sürülmektedir⁵. Buradan yola çıkarak, mutlak anlamda bir siyasal eşitliğin ve dolayısıyla eşit oy ilkesinin tam manasıyla uygulanabilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu çalışmamızın ortaya koyulması için fikir kaynağı olmuştur.

Anayasa koyucu eşit oy ilkesini açıkça ifade etmiş ve oy hakkının kullanımını bu ilkeye uygun şekilde çıkarılması öngörülen kanunlar aracılığıyla güvenceye almıştır⁶. Bu kanunlar, siyasal tercihlere göre şekillenmekte ve seçim sistemlerini düzenlemektedir⁷. Bahsedilen Anayasal güvence gereğince, bir kişinin oyunun diğerinden farklı sonuç doğurmasına imkân verecek şekilde kanuni düzenleme yapılması yasaklanmıştır⁸. Öte yandan, yalnızca Anayasal güvenceye istinaden çıkarılacak kanunlar eşit oy ilkesinin tesisi bakımından yeterli kabul edilmemektedir. Eşit oy ilkesinin gerçekten hayat bulabilmesi için seçmen iradesini saptırabilecek nitelikteki ekonomik ve sosyal baskıların ortadan kaldırılması gerekmektedir⁹. İlaveten, seçmenler oy haklarını kullanmadan önce eşit ve gerçek şartlar altında aydınlatılmalıdır¹⁰. Böylece seçmen iradesinin saptırılması ihtimali azaltılabilecektir.

³ Tevfik Sönmez KÜÇÜK, **Parti İçi Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 28.

⁴ Ekrem Ali AKARTÜRK, **Oy Hakkının Anayasal İlkeleri**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 57.

⁵ DAHL, s. 13.

⁶ Anayasa Md. 67/2: “Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.”

Anayasa Md. 67/4: “Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir.”

⁷ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 338.

⁸ Ali AKYILDIZ, “Demokrasinin Sayılarla Sınarı: Seçim Sistemleri” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı:7, Yıl: 2016, s.129.

⁹ Hikmet Sami TÜRK, “Türk Seçim Sisteminde Oy Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:26/3, Yıl: 1969, s. 114.

¹⁰ DAHL, s. 21.

II. EŞİT OY İLKESİNİN KAPSAMI

Bir seçmenin bir seçimde yalnızca bir oyluk etki yaratabilmesi anlamına gelen eşit oy ilkesi; oyların sayısal eşitliği, seçme gücünün eşitliği, cinsiyetlerin eşitliği ve denkliği, fırsat eşitliği ve ulusal azınlıkların eşitliğini bünyesinde taşıyan çok yönlü bir kavramdır¹¹. Eşit oy ilkesinin içeriğinde yer alan alt başlıklara aşağıda sırasıyla yer verilecektir.

A. Oy Hakkının Sayısal Eşitliği

Oy hakkının sayısal eşitliği her seçmenin diğerleriyle eşit şekilde tek oya sahip olmasını ifade etmektedir¹². Günümüzden bakınca bu durum olağan görünse de geçmişte servet, ırk, yetenek, cinsiyet gibi gerekçelere dayandırılarak kişilerin oyları farklı değerlendirilmelere tabi tutulmuş hatta bazı kişilere oy hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle oy hakkının sayısal eşitliğinin yoğun mücadeleler sonucunda benimsendiği söylenmelidir¹³. Oy hakkının sayısal eşitliği prensibinin gelişimini görebilmek için oyların farklı değerlendirilmesinin olağan karşılandığı dönemlere, çoğul oy ve aile oyu başlıkları altında değinilmesi faydalı olacaktır.

1. Çoğul Oy

Oylara nicelik değil nitelik bakımından yaklaşıma mantığını taşıyan çoğul oy sistemi; Belçika, Fransa ve İngiltere gibi bazı ülkelerde bir dönem tercih edilmiştir¹⁴. Bu sisteme göre; toplumda saygı gören bir işe sahip olmak, belirli oranda vergi ödeme yükümlüsü olmak ya da öğretmen olmak gibi özellikler o dönemin yukarıda anılan ülkelerinde oyun niteliğini artırıcı bir özellik olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle sayılan özelliklerden birini haiz kişilere birden fazla oy kullanma imkânı tanınmıştır. Ancak bu imkân sınırsız olarak sunulmamıştır. Örneğin Belçika’da çoğul oy kullanma imkânı üç oy ile sınırlı şekilde uygulanmıştır¹⁵. Bir başka söyleyişle, çoğul oy anlayışında, sahibine ait birtakım özellikler nedeniyle daha nitelikli olduğu düşünülen oylara daha çok önem verilmiştir. Diğer taraftansa, kişilerin oy

¹¹ AKARTÜRK, s. 57.

¹² Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 129; Hikmet TÜLEN, “*Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Sayılı Kararı*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 299.

¹³ Cem EROĞUL, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitabevi Yayınları, 1999, s. 204.

¹⁴ Örneğin İngiltere’de çoğul oy uygulaması 1948 yılına kadar devam etmiştir. EROĞUL, s. 209.

¹⁵ KARAMUSTAFAOĞLU, s. 132; AKARTÜRK, s. 57.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

hakkı arasındaki makasın genişlemesini engellemek adına bir sayı sınırı tespit edilmesi yoluna gidilmiştir.

2. Aile oyu

Aile reisi olan kişilere ailelerindeki kişi sayısı kadar oy kullanabilme imkânının verilmesi aile oyu sistemi olarak isimlendirilmektedir. Aslında çoğul oyun bir türü olan aile oyu kavramının ayrı bir başlık altında değerlendirilmesinin sebebi, bahsedilen iki kavramın odak noktalarının farklılığıdır. Çoğul oy örneklerine bakıldığında ekonomik amacı ön plana aldığı fark edilmektedir. Ancak aile oyunda kişi, ailenin içindeki varlığına göre değerlendirilmektedir. Bir başka anlatımla, çoğul oy kavramı genellikle ekonomik bir amaçla oluşturulurken, aile oyu sistemi kişileri, aile içindeki konumları ve devlete faydalılığına göre ele alarak oylarına değer atfetmektedir.¹⁶ Aile oyu anlayışının, aile reislerinin devlet işlerinin gereği gibi yerine getirilmesinde daha fazla menfaati olduğu inancına dayanması nedeniyle evliliği teşvik ettiği söylenebilir. Zira bu sistemin benimsendiği ülkede bekâr bir erkeğin bir oy hakkı varken evli ve çocuklu olan bir erkeğin evdeki kişi sayısı kadar oy kullanma hakkı bulunmaktadır¹⁷. Özellikle I. Dünya savaşı sonucunda yoğun şekilde karşılaşılacak nüfus azalmasına karşı aile oyu uygulamasının bir çare olup olamayacağı değerlendirilmiştir. Oy hakkının kullanımında bahsedilen sisteme geçilmesi Fransa'da teklif edilmiş ancak bu öneriler reddedilmiştir¹⁸. 1946 yılına gelindiğinde ise İspanyol halkı, yapılan halkoyu neticesinde aile oyu uygulamasına evet demiştir¹⁹. 1936-1939 yılları arasında yaşadığı iç savaş nedeniyle pek çok insanını kaybeden İspanya'nın aile oyu uygulamasını benimsemesinin altında aile kurulması ve böylece nüfusun arttırılması fikrinin olduğu düşünülebilir. Zira savaştan çıkmış bir ülke, kendini toparlayabilmek için insan gücüne ve dolayısıyla nüfus artışına ihtiyaç duymaktadır.

B. Seçme Gücünün Eşitliği

İktidarların en önemli meşruiyet kaynaklarından biri olan oy hakkı; başvurulmuş çeşitli yöntemlerle, hukuka aykırı sonuçlar elde etme imkânı

¹⁶ AKARTÜRK, s. 58.

¹⁷ AKARTÜRK, s. 58.

¹⁸ LAFERRIERRE'den aktaran AKARTÜRK, s. 58.

¹⁹ Erdoğan TEZİÇ, **Seçim Sistemleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 11.

sağlayan bir hukuki araç haline gelebilmektedir²⁰. Bir diğer ifadeyle, siyasal eşitlik fikrinin sonucu olan eşit oy ilkesi, iktidarın istediğini elde etme yolunda başvurduğu çeşitli uygulamalarla ihlal edilebilmektedir. Bu nedenle oyların parlamentoya yansıtılmasında karşımıza çıkan seçim sistemleri, seçim çevreleri ve seçim barajının kanuni olmasının yanında hukuka uygun olması da elzemdir²¹. Seçme gücünün eşitliğine etkileri bakımından sırasıyla seçim sistemleri, seçim çevreleri ve seçim barajı kavramlarına eşit oy ilkesi kapsamında değinilecektir.

1. Seçim Sistemleri

Seçim sistemleri, seçimlerde kullanılan geçerli oyların parlamentodaki sandalyelere nasıl dönüştürüleceğini ortaya koyan usullerdir²². Seçim sistemleri; milletvekili sayılarının siyasi partilere dağılımı bakımından, seçilecek milletvekili sayısı bakımından ve yapılacak seçim sayısı bakımından üç temel ayrıma tabidir. İlk ayırımın sonucunda karşımıza çoğunluk ve nispi seçim sistemi çıkar. Çoğunluk sisteminde kazanan tüm oyları kazanır, kaybeden tüm oyları kaybeder. Nispi sistemde ise siyasi partilerin aldıkları oyların oranına göre meclisteki sandalyeler dağıtılır. Nispi sistemin amacı orantısız temsilin engellenmesidir²³. İkinci ayırım sonucunda, tek isimli ya da listeli seçim usulü kendini gösterir. Son ayrıma göre ise seçim sistemleri tek turlu ve iki turlu olarak ortaya çıkar. Nispi temsil sistemleri doğal olarak tek turluyken çoğunluk sistemleri iki turlu olabilir. Bahsedilen bu üç farklı başlık ile çeşitli şekillerde seçim sistemi kurgulanabilir ancak parlamentodaki vekillerin temsiline en yoğun şekilde etkilediği için ana ayırımın çoğunluk-nispi ayrımı olduğu söylenebilir²⁴. Nispi temsiline en sık kullanılan çeşidi ise d'Hondt sistemidir²⁵. Ülkemizde de bu sistem %10'luk ülke barajı ile beraber uygulanmaktadır. Ayrıca liste usulü uygulanmakta böylece seçim çevrelerinde birden fazla milletvekili seçilmekte ve nispi temsil sistemi uygulandığı için tek turlu seçimler

²⁰ Emine KARACAOĞLU, “Türkiye’de Seçim Çevrelerinin Temsil Eşitliği Sorunu”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 177.

²¹ KARACAOĞLU, s. 177.

²²Korkut KANADOĞLU , “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Seçim Hukuku Uyuşmazlıkları”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 335; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 337.

²³ Arend LIJPHART, **Demokrasi Modelleri**, İthaki Yayınları, (Çev. Güneş Ayas/Utku Umut Bulsun), İstanbul, 2016, s. 173.

²⁴ AKYILDIZ, s. 131-132; KARACAOĞLU, s.177.

²⁵ LIJPHART, s. 178.

yapılmakta, ikinci tura gerek kalmamaktadır²⁶. Kazananın her şeyi kazandığı, kaybedenin her şeyi kaybettiği bir seçim sisteminde eşit oy ilkesinden bahsetmenin zor olmasından, nispi seçim sistemlerinin seçme gücünün eşitliğini sağlamaya daha uygun olduğu belirtilmelidir.

2. Seçim Çevreleri

Seçim çevreleri, seçim bölgelerinin sayı ve büyüklüklerinin tespit edilmesiyle oluşturulan alanlardır. Seçim bölgelerinin büyüklüğü ise coğrafi bir anlam taşımakta olmayıp o seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısını ifade etmektedir²⁷. Seçim çevrelerinin; ulusal nitelikte, dar ya da geniş bölge şeklinde üç türü bulunmaktadır. Ulusal çevrede ülkenin tamamı tek bir seçim çevresi kabul edilir. Bu seçim çevresi usulünü kullanan ülkelere Japonya, Hollanda ve İsrail örnek gösterilebilir²⁸. Dar bölge usulünde ülkenin tamamı her bir seçim çevresinden bir milletvekili seçilecek şekilde bölünür. Geniş çevre usulünde ise seçim çevrelerinde birden fazla milletvekili seçilmesi imkânı söz konusudur²⁹.

Seçim çevrelerinin tespitinin hukuka uygun yapılması ve bu çevrelerin nüfuslarının birbirine benzer şekilde ayarlanması eşit oy ilkesinin seçme gücünün eşitliği ölçütü bakımından büyük önem taşımaktadır³⁰. Seçim çevrelerinin eşit oy ilkesine uygun şekilde oluşturulması gerektiğine dair hukuki bilinç uzun bir tarihsel süreç neticesinde yerleşmiştir³¹. Bu konuda Amerikan Federal Mahkemesi'nin 26 Mart 1962 tarihli Baker v. Carr kararı önem taşımaktadır. O zamana kadar seçim çevrelerinin tespitini federe devletlerin iç işleyişlerine ilişkin bir mesele olarak değerlendirerek kendisini bu konuda yetkisiz gören Mahkeme, bu dava ile içtihadını değiştirmiş ve seçim çevrelerinin seçmenlerin oylarının birbiriyle eşit etkide olmasına imkân tanıyacak şekilde oluşturulması gerektiğine hükmetmiştir³². Japon

²⁶ TÜLEN, s. 296.

²⁷ Oya ARASLI, *Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)*, Ankara, 1989, s. 138; TÜLEN, s. 298; LIJPHART, s. 181; KANADOĞLU, s. 337.

²⁸ LIJPHART, s. 184.

²⁹ ARASLI, s. 136-138; TÜLEN, s. 297.

³⁰ TÜLEN, s. 302; EROĞUL, s. 209; DAHL, s. 91.

³¹ KARACAOĞLU, s. 180.

³² Robert E. CUSHMAN, *Leading Constitutional Decisions*, New York, 1966, s.222'den aktaran KARAMUSTAFAOĞLU, s.136: “Temsilcilerimizi serbest ve eşit şekilde seçme hakkı siyasal sistemimizin temel bir unsurudur. Bu bakımdan belirli bir bölgede oturan kimselere ait oyların bir başka yerde oturan kimselerin oylarından daha ağır basması haklı görülmez. Herkesin oyu aynı değerdedir. Tek kişi-tek oy, demokratik devlet düşüncesinin temelidir.”

Yüksek Mahkemesi de seçim çevreleri arasında 1:1,5 şeklinde olan eşitsizlik oranının köyden kente göç ile beraber 1:5 şekline dönüşmesini eşit oy ilkesinin ağır şekilde ihlali olarak nitelendirmiştir. Öte yandan Mahkeme, seçim çevreleri arasındaki eşitsizlik oranının hangi sınırdan sonra eşit oy ilkesinin ihlali kabul edileceğine ilişkin tespitte bulunmamıştır³³.

Eşit oy ilkesinin gerçek anlamda tesis edilebilmesi için yapılması gereken en önemli adımlardan biri ülkenin nüfus ve coğrafi yapısına uygun şekilde ve seçilecek olan milletvekillerinin birbiriyle aynı olmasa dahi benzer sayıda oy ile sandalye kazanabilmelerini sağlamaktır³⁴. Seçim çevrelerinin birbirleriyle tamamen eşit hale getirilmesi mümkün olmamakla beraber, çevreler arasındaki eşitsizliğin en aza indirilmesi hedeflenmelidir³⁵. Öte yandan bazen demokrasinin daha iyi şekilde tesis edilebilmesi için nüfuslara bakılmaksızın seçim çevrelerine belli bir sayıda milletvekili verilmesi durumu söz konusu olabilmektedir. Örneğin Slovenya’da, İtalyan ve Macar azınlık gruplara doğrudan birer milletvekilliği verilmektedir³⁶. Bu durumun, seçme gücünün eşitliğine aykırılık teşkil etmediği belirtilmelidir³⁷.

Türkiye’de seçim çevreleri nüfus ölçütüne göre tespit edilmektedir³⁸. Milletvekillerinin seçmen olan ya da olmayan herkesin yararına görevini yürütebilmesi amacıyla Anayasa’da³⁹ böyle bir düzenlemeye gidildiği savunulmaktadır⁴⁰. Öte yandan, ülkemizde seçim çevrelerinin oluşumunu farklı bir açıdan ele alan görüşe göre ise, bu çevreler görece büyük siyasi partileri destekleyip, küçük partileri engellemek amacıyla şekillendirilmektedir⁴¹. Seçim çevreleri nüfusa göre tespit edildikten sonra, temsilcisz kalma durumunun yaşanmaması için her ile doğrudan birer milletvekili verilmesi⁴² orantısız bir seçim sonucu ortaya koyması

³³ Yasuo HASEBE, “*The Supreme Court of Japan: Its adjudication on electrol systems and economic freedoms*”, **International Journal of Constitutional Court**, Cilt: 5, Sayı:2, Yıl: 2007, s. 301; KARACAOĞLU, s. 190.

³⁴ KARAMUSTAFAOĞLU, s. 134.

³⁵ KARACAOĞLU, s. 181.

³⁶ TÜLEN, s. 300.

³⁷ TÜLEN, s. 304.

³⁸ TÜLEN, s. 293.

³⁹ Anayasa Md. 80: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.”

⁴⁰ KARACAOĞLU, s. 182

⁴¹ EROĞUL, s. 213.

⁴² 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu Md. 4/2: “Son genel nüfus sayımı ile belli olan Türkiye nüfusu, birinci fıkradaki illere verilen milletvekili sayısı çıkarıldıktan sonra kalan milletvekili sayısına bölünmek suretiyle bir sayı elde edilir. İl nüfusunun bu sayıya bölünmesi ile her ilin ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı tespit olunur.”

bakımından eleştirilmektedir⁴³. Ülkemizde seçim çevrelerine ilişkin diğer temel sorunları ise; seçim çevrelerinin büyüklüklerinin birbirlerinden farklı olması sebebiyle dağıtım sonuçlarında eşitlik olmaması ve nüfus-seçmen sayısı sebebiyle milletvekillerinin çok farklı sayıda oylarla seçilmesi durumları oluşturmaktadır⁴⁴. Örneğin, nüfusa oranla bakıldığında; İstanbul'da milletvekili seçilmek için 152.619 kişinin geçerli oyunu kazanmak gerekirken, Tunceli'de bu sayı 41.096'dır. Buna göre, seçim çevreleri arasında denge olması durumunda İstanbul'un 361 milletvekilini meclise gönderebilmesi gerekmektedir. Ancak bu sayı 96'da kalmaktadır⁴⁵. Bahsedilen durumun seçme gücünün eşitliğini zedelediği söylenebilir. Zira Tunceli'deki bir oy İstanbul'daki üç oydan daha etkili duruma gelmektedir.

Seçim çevrelerinin belirli bir siyasi parti lehine olacak şekilde düzenlenmesi durumu "gerrymandering" olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Amerika Birleşik Devletleri'nde, Thomas Gerry'nin başkanlığını yaptığı federe devlette oluşturulan seçim çevresinin haritadaki kuş bakışı görüntüsü⁴⁷, salamander (semender) olarak bilinen hayvana benzetilmiştir. Bahsedilen düzenlemeyi onaylayan Thomas Gerry'yi eleştirmek amacıyla, seçim çevrelerinin bir siyasi parti lehine hukuka aykırı şekilde oluşturulması kavramı "Gerry-mandering" olarak türetilmiştir⁴⁸. Ülkemizde gerrymandering uygulamasına güncel tarihli bir örnek olarak nüfusu

⁴³ Sultan ÜZELTÜRK, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri," **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 23, Yıl: 2006, s. 257.

⁴⁴ KARACAOĞLU, s. 181.

⁴⁵ KARACAOĞLU, s. 189.

⁴⁶ ÜZELTÜRK, s. 255; KANADOĞLU, s. 338.

⁴⁷



<https://www.pngwave.com/png-clip-art-woxrq> (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

⁴⁸ Emrah KIRIT, "Gerrymandering ve Demokratik Seçimler Üzerine" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 16/1 s. 19-20.

artmasına rağmen seçmen nüfusu azalan Bayburt gösterilmektedir⁴⁹. Buna göre Baybut, 2013 yılında 75.20 oya sahipken, 2014'te nüfusu 80.607'ye yükselmiş, 2016 yılında 90.154 olmuş ve 2017'de 80.417'ye düşmüştür. Bayburt'taki bu nüfus değişikliğinin makul olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁰. Gerrymandering uygulaması da seçme gücünün eşitliğini ve dolayısıyla eşit oy ilkesini ihlal etmektedir.

Seçme gücünün eşitliğine ilişkin ihlalleri ortadan kaldırmak için yasal değişiklik yapılarak her ilin bir seçim çevresi olması uygulamasından vazgeçilmesi ve seçim çevrelerinin birleştirilmesi ya da seçim çevrelerinin nüfusa göre değil seçmen sayısına göre belirlenmesi önerilmektedir⁵¹. Eşit oy ilkesinin sağlanabilmesi adına özellikle seçim çevrelerinin seçmen sayısına göre yeniden düzenlenmesinin seçme gücünün eşitliği prensibine hizmet edeceği söylenebilir.

3. Seçim Barajı

Seçim barajının seçme gücünün eşitliğine olan etkisi öncelikle genel sonrasında yerel seçimler ekseninde değerlendirilecektir.

a) Genel Seçimler

Seçim barajı, siyasi partilerin mecliste kendilerine yer bulabilmeleri adına seçimde kullanılan geçerli oyların belirli oranına denk gelecek miktarda oyu alması gerektiğini ifade eden bir kavramdır. Seçim barajının temel hedefinin meclise mümkün olduğunca az sayıda siyasi partinin girmeye hak kazanması suretiyle istikrarlı hükümetlerin kurulmasına zemin hazırlamak olduğu söylenebilir⁵². Dünyada yalnızca kırk beş ülkede seçim barajı uygulanmaktadır. Bu ülkeler arasında en yüksek seçim barajı uygulamasına %10 ile Sri Lanka ve Türkiye'de başvurulmaktadır. Türkiye ve Sri Lanka'yı %7 ile Rusya izlemektedir. Türkiye'de bir siyasi partinin parlamentodaki sandalyelerden pay alabilmesi için genel seçimlerde kullanılan geçerli oyların en az %10'unu alması gerekmektedir. Avrupa'nın pek çok ülkesinde ise seçim barajı %3-%4 şeklinde uygulanmaktadır. Hatta bazı ülkelerde bu oran daha da düşmektedir. Örneğin Hollanda'da geçerli

⁴⁹ <https://www.sozcu.com.tr/2015/gundem/bayburtta-nufusa-ne-oldu-831691/> (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

⁵⁰ KARACAOĞLU, s. 189.

⁵¹ KARACAOĞLU, s. 192-193.

⁵² Yavuz SABUNCU, "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları," *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 23, Yıl: 2006, s. 193.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

oyların %0.67'sini alan siyasi parti, parlamentoda bir adet koltuğa sahip olabilmektedir⁵³.

Ülkemizde seçim barajına Anayasada açıkça yer verilmemiş olup söz konusu uygulama kanun ile getirilmiştir⁵⁴. Bu düzenlemenin dayanağı ise temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleridir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi, %10'luk ülke seçim barajının Anayasada seçimlere ilişkin belirtilen yönetimde istikrar ve temsilde adalet ilkelerine uygun olduğunu ortaya koymuştur⁵⁶. Bahsedilen karar, %10'luk ülke seçim barajının küçük partilerin temsilini engellediği⁵⁷ ve yönetimde istikrar ilkesini önemseyerek temsilde adaleti yok saydığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁵⁸. Anılan eleştirilere benzer şekilde, Türkiye'de yönetimde istikrar denilince hükümetin kolay kurulması durumunun anlaşıldığı ancak aslında bürokrasinin anlaşılması gerektiği ve bürokratik başarının seçim barajları ile değil liyakatle mümkün olacağı savunulmaktadır⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Türkiye'deki seçim barajının Avrupa'daki en yüksek seçim barajı olduğunu kabul etmekle beraber her ülkenin kendi şartlarında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve Türkiye'nin geçmişindeki hükümet istikrarı sorunlarına dikkat çekmiştir. Mahkeme böylece seçim barajının oranını tespit etmenin ulusal karar vericilerin takdirine bırakılması gerektiğini söyleyerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin serbest seçim

⁵³ Orhan ŞENER, “Avrupa Seçimlerinden Alınacak Dersler”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2014, s. 59.

⁵⁴ 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, m.33/1: “Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar.”

⁵⁵ Anayasa Md. 67/6: “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.”

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, 18 Kasım 1995 Tarih ve E. 1995/54 K. 1995/59 Sayılı Karar: “Sistemin doğasından kaynaklanan ve yüzdelere konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabul edilebilir ve aykırılığından söz edilemez belirlemelerdir. Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak el atmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki % 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır.”

⁵⁷ ÜZELTÜRK, s. 258.

⁵⁸ Erol TUNCER, “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 23, Yıl: 2006, s.182; AKYILDIZ, s. 143; SABUNCU, s. 196.

⁵⁹ ŞENER, s. 60.

hakkını düzenleyen 1 No'lu Protokolü'nün 3. Maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁶⁰.

Seçim barajı uygulaması başka bir yönüyle aşırı temsile neden olabilmekte, %35 bandında oy olan bir siyasi parti, neredeyse Anayasayı değiştirebilecek kadar çok parlamento sandalyesi kazanabilmektedir. Bu sebeple %10 barajının adil ve demokratik olmayan seçim sonuçlarına neden olduğu ifade edilmelidir⁶¹. Öte yandan, seçim barajı nedeniyle parlamentoda oluşan suni çoğunluk meşruiyet sorununu da beraberinde getirebilmektedir⁶². Kendi siyasi görüşlerine uygun olan partinin baraj altında kalacağına dair endişe duyan seçmenler, aslında desteklemediği ancak seçilebileceğini düşündüğü siyasi partiye oy vermeye yönelmektedir⁶³. Sosyo-ekonomik seviye yükseldikçe bu yönelim artış da göstermektedir⁶⁴. Buna göre, ülkemizde uygulanan %10'luk seçim barajı nedeniyle, barajı geçme endişesi taşımayan bir siyasi partiyi destekleyen seçmen ile baraj endişesine sahip olan seçmenin oylarının seçme gücü bakımından eşit olmadığından söz edilebilir. Bahsedilen gerekçelerden yola çıkarak, bu kadar yüksek oranda bir seçim barajının seçme gücünün eşitliğinin önünde bir engel oluşturduğu söylenmelidir.

Seçim barajının seçme gücünün eşitliği üzerindeki olumsuz etkisini ortadan kaldırmak için bir somut öneri olarak, genel seçim barajının %5'e düşürülmesi ve seçim çevrelerinin, bu çevrelerin en az %5 oranında oy alan adayların seçilmesine fırsat tanıyacak şekilde güncellenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵. Bu öneriye karşılık olarak ise, seçme gücünün eşitliğini sağlamak için öncelikle seçim çevrelerindeki eşitsizlikleri ortadan kaldırmak gerektiği, %10 barajının seçme gücünün eşitliğine olan etkisinin bu değişiklikten sonra tartışılması gerektiği savunulmuştur⁶⁶. Bu noktada, 2017 Anayasa Değişikliklerinin %10 seçim barajı ile yönetimde istikrar ilkesi

⁶⁰ Serkan CENGİZ, “Yumak ve Sadak/Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 467.

⁶¹ Sevtap YOKUŞ, “Türkiye’de Seçim Barajı ve Sonuçları”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 151; ŞENER, s. 60-61; SABUNCU, s. 195.

⁶² SABUNCU, s. 196-197.

⁶³ Batuhan USTABULUT, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de Seçim Barajı Uygulaması”, **İnsan ve İnsan Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 18, Güz 2018, s. 355; ŞENER, s. 59.

⁶⁴ TÜSİAD, “Seçim Sistemi ve Siyasi Partiler Araştırması”, **Cilt II-Ana Rapor**, İstanbul, Kasım 2001, s. 40-41; SABUNCU, s. 194-195.

⁶⁵ AKYILDIZ, s. 144.

⁶⁶ KARACAOĞLU, s. 195.

arasındaki ilişkiyi nasıl radikal şekilde dönüştürdüğünden bahsetmek gereklidir. Öncelikle, söz konusu değişikliğe ilişkin kanunun genel gerekçesindeki “istikrar” vurgusuna dikkat çekmek yerinde olacaktır⁶⁷. Bahsedilen Anayasa değişiklikleri neticesinde yürütme organı doğrudan halkoyu ile seçilir hale gelmiştir. Bu nedenle, tek başlı yürütme organı olarak Cumhurbaşkanlığını kabul eden yeni hükümet sisteminde, yönetimde istikrar ilkesinin hali hazırda tesis edilmiş olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 67. Maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*” hükmünde bir değişiklik yapılmamakla beraber, hükümet sistemi değişikliği neticesinde söz konusu maddede yer verilen ilkelere yalnızca temsilde adalet ilkesinin ayakta kaldığı ortaya koyulabilir. Seçim barajı uygulamasının tesis edilme amacının yönetimde istikrarı sağlamak olduğuna daha önce değinilmişti. Buradan yola çıkarak, %10 seçim barajının hizmet edeceği bir amacın artık mevcut olmadığına dikkat çekilebilir. Bir diğer söyleyişle, 2017 Anayasa değişiklikleri ile beraber %10 seçim barajı uygulamasının bir fonksiyonunun kalmadığı, temsilde adalet ilkesinin sağlanabilmesi için söz konusu barajın tamamen kaldırılması gerektiği savunulabilir⁶⁸. İlâveten, Milletvekili Seçimi Kanunu'nda 2018 yılında yapılan değişiklik ile siyasi partilerin ittifak oluşturarak seçimlere katılmaları mümkün hale getirilmiştir⁶⁹. Üstelik seçim ittifakına üye olan bir siyasi parti aldığı oy oranı ile seçim barajını geçemese dahi, dâhil olduğu ittifakın toplam oyunun seçim barajını geçmesi durumunda parlamentoya girebilir hale gelmiştir⁷⁰. Örneğin, İyi Parti 24 Haziran 2018 seçimlerinde

⁶⁷ “Devlet ve siyasal tarihimiz göstermiştir ki, yürürlükteki anayasaların tercih ettiği hükümet sistemleri, beklenen kamusal faydayı istenen düzeyde sağlayamamış, istikrarsızlıkların, krizlerin ve vesayetlerin önünde mutlak bir güvence oluşturamamıştır... Özü itibarıyla 1961’de oluşturulan mevcut hükümet sisteminin Türkiye’de bir türlü istikrar üretmediği görülmüştür... Ülkemizdeki siyasi hayatın istikrara kavuşturulması ve tartışmasız istikrar üreten bir sistemin benimsenmesinin önemi açıktır.” TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 447, s. 11. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-19/19-sirasayisi.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

⁶⁸ USTABULUT, s. 353.

⁶⁹ 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu Md. 12/A: “Seçimlere katılma yeterliliği taşıyan siyasi partiler, ittifak yaparak seçime katılabilir. İttifak yapan siyasi partiler, kendi aday listelerini verir.”

⁷⁰ 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu Md. 33: “Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar. (Ek cümle: 13/3/2018- 7102/20 md.) Seçim ittifakı yapılması halinde, yüzde onluk barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli *YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)*

%9,96 oranında oy almasına rağmen dâhil olduğu Millet İttifakı barajı geçtiği için parlamentodaki 43 sandalyenin sahibi olmuştur. Bu nedenle bahsedilen seçimde kurulan ittifaka dâhil olan partiler bakımından seçim barajı fiilen işlevsiz hale gelmiştir⁷¹. Bu değişikliğin doğurduğu sonuçlar da seçim barajı uygulamasının fonksiyonunu yitirdiği ve bu nedenle eşit oy ilkesinin gereği gibi tesisi için anılan barajın kaldırılması gerektiği görüşüne bir diğer gerekçe olarak gösterilebilir.

b) Yerel Seçimler

Tıpkı genel seçimlerdeki gibi, yerel seçimlerde de %10'luk bir baraj uygulanmaktadır⁷². Ancak bu baraj yalnızca il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin seçimine ilişkindir. Belediye başkanları çoğunluk sistemi ile seçilmektedir⁷³. İl genel meclisi ve belediye meclisi üyelikleri için yapılan seçimlerde, onda birlik baraj uygulamalı sistemin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususu Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Mahkeme, yerel seçimlerde il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin seçimine ilişkin getirilen baraj uygulamasının Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir⁷⁴. Ayrıca Mahkeme bu kararında eşit oy ilkesinin mutlak eşitlik anlamına gelmediği, seçim sisteminin niteliğine göre bazı oyların meclise yansımamasının olağan olduğunu ortaya koymuştur⁷⁵.

oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması yapılmaz. Bir siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür.”

⁷¹ USTABULUT, s. 354-355.

⁷² Aksi görüş için bkz. SABUNCU, s. 191.

⁷³ 2972 sayılı Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun Md. 2/2: “İl genel meclisi ve belediye meclisi üyelikleri için yapılan seçimlerde, onda birlik baraj uygulamalı nispi temsil sistemi, belediye başkanlığı seçiminde ise çoğunluk sistemi uygulanır.”

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, 1 Mart 1984 Tarih ve E. 1984/1 K. 1984/2 Sayılı Karar: “Onda bir indirimli nispi temsil sisteminde birtakım oyların etkisiz kalmış olmasından, bu sistemin demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olduğu sonucu çıkarılamaz. Aynı sakınca, barajlı D'hondt sisteminde de mevcuttur. Bilindiği gibi bu sistemde, bir seçim çevresindeki barajı aşamayan partilerin aldıkları oylar temsil edilmemekte ve etkisiz kalmaktadır. Çoğunluk sisteminde bu husus daha açıktır. Bugün demokratik ülkelerin hala en iyi seçim sistemini bulma çabası içinde oldukları gözden uzak tutulmamalıdır.”

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 1 Mart 1984 Tarih ve E. 1984/1 K. 1984/2 Sayılı Karar: “Seçmen oy vermeden önce seçim sonuçları hakkında kesin bir bilgiye sahip bulunmamaktadır. Ancak bazı tahminleri vardır; seçim sistemini de göz önünde tutarak ona göre oyunu kullanır. Öte yandan verilen oyun etkisiz kalması, her seçim sistemi için olasıdır... Kanun Koyucu seçmenlerin durum ve kişiliklerine göre oylar arasında bir ayırım yapamaz. Ancak, her geçerli oyun mahalli meclislerde temsil edilememesi; oyların eşit olmadığı ve aynı YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Genel seçimlerde baraj uygulamasına gidilmesi, yönetimde istikrar ilkesi ve ülkemizde hükümetlerin kurulamadığı dönemler olması ile gerekçelendirilmektedir. Ancak 2017 Anayasa değişiklikleri ile beraber bahsedilen gerekçeler dayanağını kaybetmiştir. Öte yandan, mahalli idarelerde yönetim istikrarsızlığına ilişkin bir şikâyet de ileri sürülmemektedir. Buna rağmen, 2972 sayılı Kanunda yer alan ilgili hüküm, oyunu kullanacak olan vatandaşa kendisiyle aynı yönde kullanılan oyların bahsedilen barajı aşmadığı müddetçe il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin seçimi konusunda tamamen etkisiz kalacağını söylemektedir⁷⁶. İlaveten, ortada yerel yönetimlerin meclislerinde istikrarsızlık olduğuna ilişkin hiçbir şikâyet yokken, böyle bir düzenlemeye gitmenin Anayasa'nın 2. Maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da söylenebilir⁷⁷. Zira daha önce de belirtildiği gibi eşit oy ilkesi kaynağını demokrasinin siyasi eşitlik anlayışından aldığından, Mahkemenin bu kararı mahalli seçimlerdeki demokrasi beklentisi ile örtüşmemektedir⁷⁸. Bu nedenle, il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin seçimine ilişkin onda birlik barajın kaldırılmasının seçme gücünün eşitliği ve bunun neticesinde eşit oy ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından gerekli olduğu savunulabilir. Bahsedilen değişiklik, genel seçimlere yönelik uygulanan barajın 2017 Anayasa değişiklikleri ve 2018 yılı Milletvekili Seçimi Kanunu değişiklikleri ile dönüştüğü yeni durum ile örtüşmesi bakımından da önem taşımaktadır.

C. Cinsiyetlerin Eşitliği ve Denkliği

Genel ve eşit oyun benimsenmesine kadar yaşanan süreçte oy hakkı çeşitli gerekçelerle kısıtlanmıştır⁷⁹. Oy hakkını kısıtlamak konusunda en çok başvurulan ölçütlerden biri olan cinsiyet aracılığıyla kadınlar aleyhine

değerde sayılmadığı anlamına gelmez. Kullanılan oyların karşılıklı etkisi sonucu kimi siyasi partilerin adaylarını seçtirmemesi, kimi bağımsız adayların seçilememesi doğaldır.”

⁷⁶ KARAMUSTAFAOĞLU, s. 138.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 6 Mayıs 1968 Tarih ve E. 968-15 Sayılı Karar; eşit oy ilkesi ile demokratik idare arasındaki ilişkiyi gözler önüne sermektedir: “Demokratik hukuk devleti ilkesi seçim yoluyla oluşturulacak meclislerin demokratik olmasını yani halk iradesinin bu meclislere azami ölçüde yansımaları gerektirir. Demokratik idare her şeyden önce “halkın halk tarafından halk yararına yöneltilmesi demek olduğundan, “halk tarafından seçilmeyen, halkın azınlığını temsil eden bir topluluğun yönetimine” demokratik idare denmesi de mümkün değildir.”

⁷⁸ ÜZELTÜRK, s. 262.

⁷⁹ Bu durum servete, ırka, yeteneğe ve göreve dayalı oy kısıtlaması olarak ifade edilebilir. EROĞUL, s. 205-208; AKARTÜRK, s. 58.

bir kısıtlanma yaşanmıştır. Hukuk devletinin en önemli temsilcilerinden Fransa'nın dahi cinsiyete dayalı oy kısıtlamasını 1945 yılına kadar sürdürdüğü göz önüne alındığında, 1923 yılında kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin 1930'da yerel, 1934'te ise genel seçimlerde kadın ve erkeklere eşit oy hakkı tanınmasının ne kadar önemli ve örnek teşkil eden bir uygulama olduğu vurgulanmalıdır⁸⁰.

Kadınlar uzun yıllar boyunca erkeklerin sahip olduğu oy hakkına sahip olamamışlardır⁸¹. Zaman içinde öncelikle erkekler kendi aralarında sonrasında da kadınlar ve erkekler karşılıklı şekilde eşit oy hakkına sahip olma bakımından denk hale gelmiştir. Öte yandan, kadınların teorik olarak bu hakka sahip olmaları uygulamada eşit oy ilkesine uygun şekilde anılan haklarından faydalanabildiklerini göstermemektedir. Bu konuda eşitliğin hayata geçirilebilmesi için devletlere düşen yükümlülükler söz konusudur⁸². Anılan noktada, eşit oy ilkesinin cinsiyet eşitliğine ilişkin yönünün ülkemizde hep zayıf kaldığına dikkat çekilmelidir. Kadınlar hem yerel yönetimlerde hem de ulusal mecliste yeterince temsil edilmemektedir. Nitekim kadınlar siyasi partilerin aday listelerinde de erkeklere göre neredeyse hiç yer bulamamakta veya seçilemeyecek sıralara yerleştirilmektedirler⁸³. Genel Başkanı bir kadın olan siyasi partide dahi söz konusu durum değişmemektedir⁸⁴. Bu nedenle seçmenler, kadın adaylara oy vermek istese de verememekte ya da kadın aday seçilemeyecek sırada olduğundan verdikleri oylar kadınların seçilebilmesi bakımından etkisiz hale gelmektedir. Böylece eşit oy ilkesi cinsiyetlerin eşitliği ve denkliği bakımından ihlal edilmektedir. Bahsedilen duruma çözüm olarak, kadınların erkeklerle eşit şekilde temsil edilmesini sağlamak için kadın kotası

⁸⁰ EROĞUL, s. 206.

⁸¹ Jean-Marie COTTERET/Claude EMERI, **Seçim Sistemleri**, Çev. Ahmet Kotil, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s. 16.

⁸² AKARTÜRK, s. 59.

⁸³ 24 Haziran 2018 seçimleri için hazırlanan aday listelerinde 3 bin 269 erkek, 937 kadın aday yer aldı. AKP dört, CHP altı, HDP on dokuz, İYİ Parti altı, MHP iki ve Vatan Partisi on üç ilde birinci sıradan kadın aday gösterdi. Saadet Partisi'nin ise birinci sıradan seçime katılan kadın aday olmadı.

⁸⁴ Meral Akşener'in genel başkanlık görevini yürüttüğü İYİ Parti'de 159 kadın adayın 7'si milletvekili listesinde birinci sıraya yazılırken sadece 3 kadın vekil Meclis'e girebildi. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/siyasette-kadinin-adi-yok-41068281> (Erişim Tarihi 15.11.2020)

uygulanmasına geçilmesi önerilmektedir⁸⁵. Kadın kotasına ilişkin bir Anayasal ya da yasal düzenleme bulunmadığından; mevcut sistemimizde tüzüklerinde kadın kotasına yer verip vermeme hususunda siyasi partilerin takdir yetkisi olduğundan bahsedilebilir. Anılan nedenle, devlet tarafından kadın kotası uygulamasını benimseyen siyasi partilere maddi destek sağlanması yoluyla söz konusu uygulamaya geçişlerin teşvik edilmesi önerilmektedir⁸⁶. Cinsiyet eşitliğini sağlamak suretiyle eşit oy ilkesine hizmet etmesi bakımından bahsedilen önerinin desteklenmesi gerektiği düşünülmektedir.

D. Fırsat Eşitliği

Eşit oy ilkesinin hayata geçirilebilmesi için siyasi partilere ve adaylara fırsat eşitliği sağlanması devletin yükümlülüğüdür. Bu kapsamda devlet, oy hakkının eşit oy ilkesine uygun şekilde kullanılması için gerekli aşamaların takibini yapma sorumluluğunu taşımaktadır⁸⁷. Seçim kampanyaları dönemi başta olmak üzere, seçmenden oy talep etmeye ilişkin faaliyetlerinde siyasi partilere ve adaylara eşit imkânlar tanınmalıdır. Eşit oy ilkesinin fırsat eşitliği boyutu; fırsat eşitliğine medyanın etkisi ve seçim kampanyası harcamalarının fırsat eşitliğine etkileri başlıkları altında sırasıyla incelenecektir.

1. Medyanın Etkisi

Eşit oy ilkesi kapsamında fırsat eşitliği sağlanabilmesi için seçimlerin merkezine ifade özgürlüğünü almak ve bu yolda medyanın bağımsızlığını sağlamak önem taşımaktadır⁸⁸. Seçim kampanyaları döneminde medya her zamankinden fazla önem kazandığı için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi seçim kampanyalarına ilişkin tavsiye kararları yayınlamıştır⁸⁹. Bu kararlara

⁸⁵ Şafak EFENDİOĞLU, “Kadınlara Yönelik Pozitif Ayrımcılık Yönünde Seçim Kotası”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 287; KÜÇÜK, s. 238.

⁸⁶ KÜÇÜK, s. 241.

⁸⁷ DAHL, s. 54.

⁸⁸ DAHL, s. 24.

⁸⁹ https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-99-15-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-measures-concerning-media-coverage-of-election-campaigns?inheritRedirect=false; https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-cm-rec-2007-15-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-measures-concerning-media-coverage-of-election-campaigns?inheritRedirect=false (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

göre; seçim kampanyalarına ilişkin düzenlemeler çoğulculuğu desteklemelidir. Kampanyaların adil, tarafsız ve dengeli şekilde yürütülmesi zorunlu olmalı ve hem kamu hem özel yayıncılık bu zorunluluğa tabi olmalıdır. Ülkelerin iç hukukları seçim kampanyaları sırasında medyada reklam verilmesi imkânını siyasi partilere sağlıyorsa bahsedilen reklam imkânının koşulları ve bedelleri tüm siyasi partiler için eşit olmalıdır. Söz konusu kararlara göre kamu medyası, siyasi partilerin ve adayların mesajlarını tüm siyasi partilere eşit mesafede ve ücretsiz şekilde yayınlamakla görevlidir. Bu durum ise kamu medyasının yürüttüğü faaliyetin bir tür kamu hizmeti olması ile gerekçelendirilmektedir⁹⁰.

Devlet, seçim kampanyası sürecinde farklı görüşlerin medyada eşit şekilde yer bulabilmesini sağlamak ve vatandaşların manipüle edilmesini engellemekle yükümlüdür⁹¹. Bu nedenle, devletin siyasi partilere karşı tarafsız bir duruş sergileyebilmek amacıyla ifade özgürlüğü aleyhine sınırlamalar getirmesi mümkün olabilmektedir⁹². Ancak, Türkiye’de medyanın hep bir iktidar baskısı altında olmasından ötürü, fırsat eşitliğinin hiçbir zaman tam anlamıyla sağlanamaması dikkati çekmektedir. Örneğin, 1954 yılında o dönemin en etkili seçim kampanyası araçlarından biri olan radyolar muhalefet partilerine tamamen kapatılmıştır⁹³. Günümüzde de hem kamunun medya organı olan TRT’de hem de diğer özel yayınlarda iktidar partisi fazlaca yer alırken, muhalefet partileri bu imkândan yok denecek kadar az şekilde faydalanabilmektedir⁹⁴. Hatta öğretilerde TRT’nin tarafsızlığını yitirdiğinin ispat edildiği savunulmakta ve bu görüş RTÜK’ün İzleme ve Değerlendirme Raporu ile gerekçelendirilmektedir⁹⁵. Oysa eşit oy ilkesinin bir gereği olarak, siyasi partilerin ve adayların medya

⁹⁰ Sibel İNCEOĞLU, “İfade Özgürlüğü ve Seçim”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 74-75.

⁹¹ İNCEOĞLU, s. 69.

⁹² İNCEOĞLU, s. 71.

⁹³ EROĞUL, s. 226.

⁹⁴ İNCEOĞLU, s. 75.

⁹⁵ Ömer Faruk GENÇKAYA, **Siyasetin ve Seçim Kampanyalarının Finansmanı: Rekabet, Şeffaflık ve Hesap Verilebilirlik**, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu, No:4, Mayıs 2015, s. 23: “RTÜK’ün 2014 Mahalli İdareler Seçimleri İzleme ve Değerlendirme Raporu’na göre, TRT Haber’in 22 Şubat- 2 Mart arasında mitinglerden kesitler aktardığı seçim yayın süresinin partilere dağılımının dakika karşılığı şöyledir: AKP 13 saat 32 dakika, MHP 48 dakika, CHP 45 dakika, BDP 2 dakika.”

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

kuruluşlarında kendilerini seçmenlere eşit imkânlar ölçüsünde ifade edebilmeleri gerekmektedir⁹⁶.

2. Seçim Kampanyası Harcamaları

Ülkemizde, milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere devlet tarafından yardım yapılmaktadır⁹⁷. Bununla beraber, gerçek veya tüzel kişiler tarafından da siyasi partilere yardım yapılması mümkündür⁹⁸. Siyasi partiler demokratik düzenin vazgeçilmez unsurları olduklarından hem devlet yardımı hem de belirli şartlar altında bağış kabul edilmesi imkânının tanınması olağandır. Ancak, siyasi partilerin ve adayların seçim kampanyaları kapsamında yaptıkları harcamaların eşit oy ilkesinin fırsat eşitliği ölçütü açısından ele alınması gerekmektedir⁹⁹. Mevcut sistemimizde, milletvekilli adayları olan kişilerin gelirlerinin ve harcamalarının denetlenmesine ilişkin bir denetim mekanizması yoktur. İlâveten, gerek siyasi partiler gerekse cumhurbaşkanlığı bakımından seçim kampanyalarına ilişkin yapılacak harcamaların da bir üst sınırı bulunmamaktadır¹⁰⁰. YSK tarafından alınan bir karar ile siyasi partilerin destekledikleri Cumhurbaşkanı adayları lehine kampanya yürütme imkânının tanınmış olması da bağımsız adaylar için aleyhte bir durum yaratmaktadır¹⁰¹. Anılan gerekçelerle, ülkemizdeki mevcut durum eşit oy ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. Bu

⁹⁶ AKARTÜRK, s. 59.

⁹⁷ 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu Ek Md. 1/5: "Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkraya gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır."

⁹⁸ 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu Md. 66: "Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler ve muhtarlıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunla veya özel kanunla verilen yetkiye dayanılarak kurulmuş bankalar ve diğer kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmamakla beraber ödenmiş sermayesinin bir kısmı Devlete veya bu fıkırdaki adı geçen kurum, idare, teşebbüs, banka veya kuruluşlara ait müesseseler, siyasi partilere hiçbir suretle taşınır veya taşınmaz mal veya nakit veya haklar bağışlayamaz ve bu gibi mal veya hakların kullanılmasını bedelsiz olarak bırakamazlar; bağlı oldukları kanun hükümleri dışında siyasi partilere aynı hakların devrine dair tasarruflarda bulunamazlar. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatifler, özel kanunlarında yer alan hükümlere uymak koşuluyla siyasi partilere maddi yardım ve bağışta bulunabilirler. Yukarıdaki fıkranın dışında kalan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin bir siyasi partiye aynı yıl içerisinde iki milyar liradan fazla kıymette aynı veya nakdi bağışta bulunması veya yayınları kullandırması yasaktır."

⁹⁹ DAHL, s. 24.

¹⁰⁰ İNCEOĞLU, s. 83.

¹⁰¹ İNCEOĞLU, s. 83.

aykırılığı ortan kaldırmak için siyasi partilere aldığı oy oranına bakılmaksızın devlet tarafından yardım yapılması ile siyasi partilerin seçim kampanyası harcamalarını belirli bir üst limit ile kontrol altında tutma yöntemleri benimsenebilir. Bahsedilen noktada seçim kampanyası harcamalarının ve milletvekili adaylarının gelirlerinin takibinin bağımsız bir kurum tarafından yapılması önerilmektedir¹⁰². Bahsedilen harcamaların ve gelirlerin takibinin de seçimlerin dürüstlüğü kapsamında ele alınabileceği kabul edilebilir. Seçimlerin dürüstlüğüyle ilgili tüm işlemler bakımından yetkili olan Yüksek Seçim Kurulu¹⁰³ ise, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yaptıkları seçimle oluşmaktadır¹⁰⁴. Söz konusu yüksek yargı mensuplarının büyük çoğunluğu ise Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir¹⁰⁵. Hâkimler ve Savcılar Kurulu da bünyesinde Adalet Bakanı ve yardımcısı ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeleri bulundurmaktadır¹⁰⁶. Üstelik görev süresi biten Yüksek Seçim Kurulu üyelerinin yeniden seçilmesi mümkündür¹⁰⁷. Bu düzenleme, üyelerin yeniden seçilebilmek için kendilerini seçen makamların talimatlarını yerine getirme eğilimi göstermelerine neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁸. Buradan yola çıkarak Yüksek Seçim Kurulu'nun, 2017 Anayasa değişiklikleri ile tek başlı hale gelen yürütme ile yoğun temas halinde olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenle bahsedilen harcama ve gelir takibine ilişkin bir yasal düzenleme ülkemizde yapılsa bile, Yüksek Seçim

¹⁰² DAHL, s. 90.

¹⁰³ Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Md. 6/1-a: "Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğüyle ilgili bütün işlemleri yapmak veya yaptırmak, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları incelemek ve kesin olarak karara bağlamak."

¹⁰⁴ Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Md. 4/1: "Kurul, yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğuyla seçilir."

¹⁰⁵ Danıştay Kanunu Md. 9/2: "İdari yargı hâkim ve savcıları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; diğer görevlerde bulunanlar ise, Cumhurbaşkanınca Danıştay üyeliğine seçilirler."

¹⁰⁶ Hâkimler Ve Savcılar Kurulu Kanunu Md. 3/5: "Kurul; Bakan, Adalet Bakanlığı ilgili bakan yardımcısı ile Cumhurbaşkanınca seçilen dört ve Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen yedi üyeden oluşur."

¹⁰⁷ Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Md. 4/2: "Üyelerin görev süresi altı yıldır. Süresi biten üye yeniden seçilebilir."

¹⁰⁸ Ekrem Ali AKARTÜRK/Tevfik Sönmez KÜÇÜK, "Çağdaş Eğilimler Işığında Seçim Uyuşmazlıklarının Denetimi", **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 198, Yıl: 2019, s. 2400.

Kurulu'nun bu görevi gereği gibi yerine getirecek “bağımsızlığa” sahip olmadığı ifade edilebilir. Açıklanan gerekçelerle, harcama ve gelirlere ilişkin takibin seçimlerin dürüstlüğü ve eşit oy ilkesine uygunluğu bakımından, Yüksek Seçim Kurulu'nun oluşum usulünün yeniden ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

E. Eşitlik ve Ulusal Azınlıklar

İkamet ettiği ülke ile arasında vatandaşlık bağı olan, ayırt edici etnik, dinsel, kültürel ya da dilsel özelliklerine rağmen bahsedilen devlet ile arasında uzun zamandır süregelen sıkı bağlarını koruyan ve o ülkenin genel nüfusu içinde sayıca çok az bir kısmı oluştursa da yeterli derecede temsil edilebilen ve kimliğini oluşturan öğeleri koruması desteklenen kişiler topluluğuna ulusal azınlık denir¹⁰⁹. Ulusal azınlıkların siyasi parti kurmalarını desteklemek, cinsiyet eşitliği bölümünde bahsedilen kadın kotası gibi bir azınlık kotasının da parlamentoya tesis edilmesi eşit oy ilkesi bakımından önem taşımaktadır¹¹⁰. Zira Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi de devletlere bu konuda yükümlülük getirmektedir¹¹¹. Türkiye henüz bu Sözleşmeye taraf olmasa da eşit oy ilkesinin gereği gibi hayata geçirilebilmesi için bahsedilen adımların ülkemizde de atılması gerektiği ileri sürülebilir. Zira iktidara gelmeleri sürekli engellenen ya da karar alma mekanizmalarından dışlanan azınlıklar kendilerini ayrımcılığa uğramış hissederek ülkeye bağlılıklarını kaybedebilir¹¹². Öte yandan, ulusal azınlıkların mecliste temsili neredeyse imkânsız hale getiren %10'luk ülke barajının, Anayasada açıkça yer alan demokratik devlet ilkesi ile siyasi parti kurma hakkına aykırı olduğu bu nedenle ulusal azınlıkların eşit oy ilkesine uygun şekilde temsili açısından ihlal yarattığı düşünülmektedir. İlaveten, seçim çevrelerinin hukuka uygun şekilde tespiti de azınlıkların gereği gibi temsiline atılması gereken bir adımdır. Örneğin ülke genelinde

¹⁰⁹ Erol KURUBAŞ, *Asimilasyondan Tanınmaya Uluslararası Alanda Azınlık Sorunları ve Avrupa Yaklaşımı*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 15-17.

¹¹⁰ AKARTÜRK, s. 59-60.

¹¹¹ Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi Md. 4: “1. Taraflar, ulusal azınlıklara mensup kişilerin yasa önünde eşitliği ve yasa ile eşit korunma hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler. Bu konuda, ulusal azınlığa mensubiyete dayalı herhangi bir ayrımcılık yasaklanmıştır. 2. Taraflar, gerektiğinde, ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel yaşamın her alanında, ulusal azınlığa mensup kişilerle çoğunluğa mensup olanlar arasında tam ve etkin eşitliği geliştirmek için yeterli önlemleri almayı taahhüt ederler. Bu konuda, ulusal azınlıklara mensup kişilerin özgül koşullarını dikkate alırlar.”

¹¹² LIJPHART, s. 55.

%10'luk bir azınlığı temsil eden siyasi partinin yalnızca beş milletvekili çıkaracak şekilde tespit edilmiş bir seçim çevresinde bir adayını seçtirmemesi mümkün değilken, on milletvekili çıkarmaya elverişli bir seçim çevresinde azınlıkları temsil eden bu siyasi parti de parlamentoya bir milletvekili gönderebilecektir¹¹³. Açıklanan gerekçelerle, azınlıklar bakımından da kadınlar gibi kota uygulamasına gidilmesinin önem arz ettiği belirtilmelidir.

SONUÇ

Eşit oy ilkesinin mutlak şekilde uygulanabilmesi, seçim hukukundaki çeşitli tercihler nedeniyle mümkün olmamaktadır. Ancak özellikle farklı seçim çevrelerinde kullanılan oyların parlamentoya sandalye olarak yansımaları aşamasında oylar arasındaki dengesizliğin en aza indirilmesi amaçlanması gerektiği ifade edilebilir. Bu hedefi yerine getirmek için ise seçim çevrelerinin nüfusa değil seçmen sayısına göre hesaplanması usulünün benimsenmesi ve her ilin bir seçim çevresi olarak kabulünden vazgeçilmesi yoluna gidilebilir. Seçmen sayısına göre oluşturulacak seçim çevrelerinde de coğrafi bölgelerden faydalanılabilir.

Ülkemizde oldukça yüksek oranda uygulanan seçim barajı nedeniyle seçmenler, oylarının boşa gitmemesi uğruna aslında desteklemedikleri ancak barajı geçebileceğini düşündükleri siyasi partilere oy vermek durumunda kalabilmektedir. Madalyonun diğer yüzünde ise, azınlıkların temsili amacıyla kurulan siyasi partiler seçim barajı yüzünden parlamentoda kendilerine yer bulamama tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle, %10 seçim barajı hem seçme gücünün eşitliği hem de devletin ulusal azınlıklara eşit şekilde davranması yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğinden eşit oy ilkesini ihlal eder niteliktedir. Üstelik 2017 Anayasa değişiklikleri ile Milletvekili Seçimi Kanunu'na 2018 yılında getirilen düzenleme neticesinde de seçim barajı uygulamasının işlevini kaybettiği bu nedenle uygulanmasından vazgeçilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kadınların yetersiz temsili de Türkiye'nin kronik bir sorunu olup eşit oy ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Cinsiyetlerin eşitliği ve denkliği ilkesini hayata geçirebilmek için siyasi partilere kadın kotası getirmeyi zorunlu hale getirecek bir kanun hazırlanabilir. Bununla beraber, siyasi hayatta kadın ve erkek temsili arasındaki makası daraltmak amacıyla çalışmalar yapmak ve ülkedeki kadınların farkındalığını artırmak için,

¹¹³ LIJPHART, s. 183.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Kadın Bakanlığı kurulması önerilebilir. Bu yolda, tek bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile köklü bir adım atılması mümkündür.

Medya kuruluşları, iktidar dışındaki görüşleri dışlayacak şekilde yaptıkları yayınlar ile eşit oy ilkesini ihlal edebilmektedir. Üstelik anılan taraflı yayınları yapanlar hakkında fırsat eşitliği ilkesini ihlal ettikleri gerekçesiyle uygulanabilecek caydırıcı yaptırımlar da mevcut değildir. Zira bu durum Türkiye’de bir sorun olarak görülmemekte, ülkenin gerçeği olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, insanların maddi sıkıntularından ötürü kendilerini kamu kurumlarının önünde yaktıkları bir ülkede seçim harcamalarının bir üst sınırının olmayışı da eşit oy ilkesinin tam anlamıyla uygulanmasını engelleyen sebeplerden biri olarak gösterilebilir. Bir diğer söyleyişle, kapitalist düzen, vatandaşların gelir dağılımı arasındaki uçurumu genişletmek suretiyle siyasi eşitlik ve dolayısıyla eşit oy ilkesini ihlal etmektedir¹¹⁴. Bu uçurumu fırsat bilen bazı siyasi partiler de sınırsız kaynaklarıyla yürüttükleri seçim kampanyaları neticesinde dar gelirli seçmenin iradesini etkileyebilmektedir. Devletin, seçim harcamalarına bir üst limit getirmeyerek; seçmenlerin manipüle edilmesini engellemeye yönelik sorumluluğunu ihmal ettiği düşünülmektedir. Sonuç olarak, Türkiye’de eşit oy ilkesinin ideal bir demokratik devletteki gibi uygulanabilmesi için hukuki değişikliklerin yanında ekonomik ve toplumsal çalışmaların da ivedilikle yürütülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKARTÜRK Ekrem Ali, **Oy Hakkının Anayasal İlkeleri**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AKARTÜRK Ekrem Ali / KÜÇÜK Tefvik Sönmez, “*Çağdaş Eğilimler Işığında Seçim Uyuşmazlıklarının Denetimi*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 198, Yıl: 2019, s. 2400.
- AKYILDIZ Ali, “*Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri*” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, Yıl: 2016, s. 127-148.
- ARASLI Oya, **Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)**, Ankara, 1989.
- CENGİZ Serkan, “*Yumak ve Sadak/Turkey, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 447-471.
- COTTERET Jean-Marie / EMERİ Claude, **Seçim Sistemleri**, (Çev. Ahmet Kotil), İletişim Yayınevi, İstanbul, 1991.

¹¹⁴ DAHL, s. 65.

- DAHL Robert A. , **Siyasi Eşitlik Üzerine**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018.
- EFENDİOĞLU Şafak , “*Kadınlara Yönelik Pozitif Ayrımcılık Yönünde Seçim Kotası*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 287-308.
- EROĞUL Cem, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitabevi Yayınları, 1999.
- GENÇKAYA Ömer Faruk, **Siyasetin ve Seçim Kampanyalarının Finansmanı: Rekabet, Şeffaflık ve Hesap Verilebilirlik**, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu, No:4, Mayıs 2015.
- HASEBE Yasuo, “*The Supreme Court of Japan: Its adjudication on electoral systems and economic freedoms*”, **International Journal of Constitutional Court**, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 296-307.
- İNCEOĞLU Sibel, “*İfade Özgürlüğü ve Seçim*”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 67-87.
- KANADOĞLU Korkut, “*Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Seçim Hukuku Uyuşmazlıkları*”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 335- 358.
- KARACAOĞLU Emine, “*Türkiye’de Seçim Çevrelerinin Temsil Eşitliği Sorunu*”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.177-201.
- KARAMUSTAFAOĞLU Tunçer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- KIRIT Emrah, “*Gerrymandering ve Demokratik Seçimler Üzerine*” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 16/1 s. 15-38.
- KURUBAŞ Erol, **Asimilasyondan Tanınmaya Uluslararası Alanda Azınlık Sorunları ve Avrupa Yaklaşımı**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.
- KÜÇÜK Tefik Sönmez, **Parti İçi Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- LIJPHART Arend, **Demokrasi Modelleri**, İthaki Yayınları, (Çev. Güneş Ayas/Utku Umut Bulsun), İstanbul, 2016.
- SABUNCU Yavuz, “*Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları*,” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 23, Yıl: 2006, s. 191-197.

- ŞENER Orhan, “Avrupa Seçimlerinden Alınacak Dersler”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2014, s. 57-69.
- TEZİÇ Erdoğan, **Seçim Sistemleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1967.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 447.
- TUNCER Erol, “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 23, Yıl: 2006, s. 167-182.
- TÜLEN Hikmet, “Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Sayılı Kararı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 289-325.
- TÜRK Hikmet Sami, “Türk Seçim Sisteminde Oy Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 26/3, Yıl: 1969, s. 79-114.
- TÜSİAD, “Seçim Sistemi ve Siyasi Partiler Araştırması”, **Cilt II-Ana Rapor**, İstanbul, Kasım 2001.
- USTABULUT Batuhan, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de Seçim Barajı Uygulaması”, **İnsan ve İnsan Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 18, Güz 2018, s. 341-358.
- UYGUN Oktay, **Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÜZELTÜRK Sultan, “Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri,” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 23, Yıl: 2006, s. 237-278.
- YOKUŞ Sevtap, “Türkiye’de Seçim Barajı ve Sonuçları”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, MEF Üniversitesi 1-2 Mart 2018, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.131-151.

† MAHPUSLARIN AİLELERİ VE YAKINLARIYLA GÖRÜŞME HAKKI

(PRISONERS' RIGHT TO MEET WITH THEIR FAMILY MEMBERS AND FRIENDS)

Arş. Gör. Bilal Osmanoğlu *
Oğuzhan Emre Parlak **

ÖZ

Bu çalışma Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ışığında mahpusların aileleri ve yakınlarıyla görüşme hakkını açıklamayı hedeflemektedir. Söz konusu hak, AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Türk infaz hukuku mevzuatında, mahpusların ailesi ve yakınlarıyla görüşmesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (İnfaz Kanunu) hükümlünün hakları kısmı yerine "İyileştirme" başlıklı Dördüncü Kısım altında düzenlenmiştir. Mahpuslar bu haklarını, aileleri ve yakınları tarafından ceza infaz kurumunda ziyaret edilmeleri şeklinde veya izin kullanarak sınırlı bir süre için bu kurumdan dışarı çıkmak suretiyle kullanabilmektedirler. Çalışmada bu kullanım şekilleri, yargı içtihatları ve karşılaştırmalı hukuktan örnekleriyle ele alınmaktadır. Görüşme hakkı İnfaz Kanunu'nda düzenlenen disiplin cezaları nedeniyle geçici olarak sınırlanabilmektedir. Öte yandan görüşmenin gerçekleşmesi, ziyaretçilerin ceza infaz kurumuna gitmeleri için belli bir süre ayırmaları ve masrafa katlanmaları gibi kimi doğal engeller içermektedir. Bu engellerin, mahpusun ikamet adresinden makul kabul edilemeyecek bir mesafede tutulması nedeniyle ziyaretçiler için katlanabilir olmaktan öteye geçmesi mümkündür ki bu da görüşme hakkının sınırlandırılmasının diğer bir halini oluşturmaktadır. Çalışmada herhangi

† Eserin Dergimize geliş tarihi: 24.07.2020. İlk hakem raporu tarihi: 14.08.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 19.10.2020. Onaylanma Tarihi: 11.11.2020.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2342-4773.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5939-1590.

Esere Atıf Şekli: Bilal Osmanoğlu, Oğuzhan Emre Parlak, "Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.237-290.

bir yasal dayanağı olmayan bu halin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Özel ve aile hayatına saygı hakkı, Tutuklu, Hükümlü, Açık ve kapalı görüş, Eş ziyareti, Mazeret izni, Disiplin cezası, Mahpusun nakli*

ABSTRACT

This study aims to explain prisoners' right to meet with their family members and friends in light of the European Court of Human Rights (ECHR) jurisdiction. ECHR considers this right within the scope of the right to respect for private and family life, which is protected in Article 8 of the Convention. However, prisoners' right to meet with family members and friends is regulated under the title of rehabilitation instead of rights of the convict in the Law on the Execution of Penalties and Security Measures no 5275 (Law on the Criminal Execution) under Turkish legislation on criminal execution. Prisoners may use these rights by meeting with their family members or friends in penal institutions or by leaving these institutions with permission for a limited period. This study examines these forms of use with examples from jurisdiction and comparative law. The right to meet may be temporarily limited due to the disciplinary penalties regulated by the Law on Criminal Execution. However, there are some natural obstacles for visitors, such as spending a certain amount of time and money to go to penal institutions. These obstacles may be more than tolerable for visitors when prisoners are kept at an unreasonably unacceptable distance from their places of residence, which constitutes another limitation of the right to meet. The study reveals that this case did not have any legal basis and violates the right to respect family life.

Keywords: *Right to respect for private and family life, Convict, Prisoner, Conjugal visit, Disciplinary penalty, Transfer of prisoners, Open and closed visit, Non-contact visit..*

GİRİŞ

Günümüz ceza hukuku anlayışı mahpusları, herkes gibi insan haklarının bir süjesi olarak kabul etmektedir¹. Bu anlayış uyarınca hükümlüler, hapsedilmenin doğasından kaynaklı kişi özgürlüğünün kısıtlanması dışında gerek uluslararası metinlerde gerekse anayasada düzenlenen haklarından

¹ Talay Şenol, **İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 18.
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

faydalanmaya devam etmektedirler². Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 10. maddesinde³ “Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır.” düzenlemesine yer verilerek bu anlayış ifade edilmiştir⁴.

Hapsedilmenin doğası gereği mahpusun özel ve aile yaşamına bir sınırlama getirdiği kabul edilmektedir⁵. Ancak *Ploski* kararında da vurgulandığı üzere, mahpusun ailesi ve yakınlarıyla ilişkisinin kısıtlanmasının neden olacağı sıkıntılara, yenileri eklenmemeli ve mahpuslar yalnızlığa mahkûm edilmemelidir⁶. Öyle ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Messina* kararında bir adım öteye gitmiş ve mahpusun ailesiyle ilişkisini devam ettirmesinde devletin pozitif bir yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir⁷. Bu ilişkinin devamı mahpusun, bir yandan hapsedilmenin kendisi ve ailesi üzerindeki olumsuz etkisiyle başa çıkmasına yardım ederken diğer yandan dışarıdaki hayatla bağlantısının kopmaması ve cezaevi sonrası yaşantıya hazırlanması bakımından büyük bir önem arz etmektedir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de mahpusların dış dünyayla temasının devam ettirilmesine önem vermektedir⁸.

Ülkemizde güvenlik, doluluk gibi nedenler ileri sürülerek mahpuslar, aile ve yakınlarından uzak tutukevlerinde ve ceza infaz kurumlarında

² Hapsetmenin doğasından kaynaklı yalnızca gidip gelme özgürlüklerinin kısıtlandığı yönünde bkz. Eylem Aksoy Retornaz, “Özürü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, Sa. 2, Temmuz 2009, s. 57-58 (55-67).

³ Sözleşme'nin 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun'la onaylanmasının ilişkin bkz. 21.07.2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, E.T.: 03.09.2020.

⁴ Bilal Osmanoğlu, *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Yargılanması ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazında Akıl Hastalığı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 157.

⁵ AİHM, *Messina / İtalya Kararı*, B. No: 25498/94, KT: 28.09.2000, par. 61 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58818>, E.T.: 03.09.2020).

⁶ AİHM, *Ploski / Polonya Kararı*, B. No: 26761/95, KT: 12.11.2002, par. 35 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60733>, E.T.: 03.09.2020). Ayrıca bu husus Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere “Avrupa Cezaevi Kuralları” Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı m. 102/2’de şu şekilde ifade edilmiştir: “Özgürlükten yoksun bırakılarak hapsedilmenin kendisi bir cezadır. Bu nedenle hükümlü mahpuslara uygulanan rejim hapsedilmenin doğasında var olan sıkıntıyı daha da ağırlaştırmamalıdır.”

⁷ AİHM, *Messina / İtalya*, par. 61.

⁸ Eylem Aksoy Retornaz, “Mahpus Çocukların Hakları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 1, Ocak 2014, s. 133 (127-137).

tutulmaktadır. Bu çalışmada insan haklarının bir süjesi olarak mahpusların aile ve yakınlarıyla görüşme hakkı uluslararası hukuktan kaynaklı düzenlemeler ve AİHM kararları ışığında aydınlatılmaya çalışılacaktır. Öte yandan gerek uluslararası hukuk düzenlemelerinde hükümlülük ve tutukluğun birlikte ifade edilmesi gerekse Türk hukukunda konunun her ikisi bakımından benzer şekilde ele alınması nedeniyle çalışmada, tutuklu ve hükümlü yerine doğrudan mahpus terimi kullanılacaktır.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde Türk hukukunda mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkının kapsamı ve kullanımı, uluslararası metinlerle karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. İkinci bölümünde ise görüşme hakkının sınırlandırılması üzerinde durulmaktadır. Sınırlama ya disiplin cezası verilmek suretiyle görüşme sıklığının azaltılması şeklinde ya da mahpusun ailesi ve yakınlarından uzak bir yere nakledilmesi veya yerleştirilmesi suretiyle fiilen gerçekleşmektedir. İkinci bölüm bu sınırlama şekillerine göre kendi içinde ikiye ayrılmıştır. Çalışma mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkı üzerine olduğundan müdafii ile görüşme hakkı bu çalışmanın kapsamına alınmamıştır. Öte yandan görüşme bulunup konuşma işi⁹ olduğundan telefon veya mektupla haberleşme hakkı da bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Mahpusun Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşmesi

Mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkı önemine binaen uluslararası metinlerde kendine yer bulmaktadır. Mahpuslara yönelik muameleye ilişkin en temel belgelerden biri olan 1955 tarihli Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları'nda (Mandela Kuralları¹⁰) ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere "Avrupa Cezaevi Kuralları" Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nda (ACK¹¹) mahpusların aile ve yakınlarıyla görüşme hakkı "Dış dünya ile ilişki" başlığı altında düzenlenmektedir. Söz konusu

⁹ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=genel%20g%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fmek>, E.T.: 31.01.2020.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kuralları 2015 yılında büyük ölçüde revize edilmesi sonrası ömrünün önemli bir kısmını mahpushanelerde geçirmiş olan Nelson Mandela'yı anmak için Kuralların revize edilmiş haline Nelson Mandela ismi verilmiştir. Kurallara erişim için bkz.

https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2019/07/Mandela-Kurallar%C4%B1-TU%CC%88M_BASKI_2019.pdf, E.T.: 14.11.2019.

¹¹ Erişim için bkz.

http://www.cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf, E.T.: 14.11.2019.

metinler bağlayıcı olmamakla birlikte üye devletlere yol göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

Mandela Kuralları m. 58.1'e göre "Mahpuslara, aileleri ve arkadaşları ile gerekli denetim altında, düzenli aralıklarla aşağıdaki şekilde iletişim kurmalarına izin verilmesi" gerekmektedir. Maddede bu iletişimin, karşılıklı yazışarak, mümkün olduğu durumlarda telekomünikasyon, elektronik, dijital ve diğer araçları kullanarak ve ziyaret kabul etmesiyle gerçekleşeceği belirtilmiştir. ACK'nin 24. maddesinde ise "Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir." şeklinde Mandela Kuralları ile benzer bir yaklaşım kendisine yer bulmuştur. Ancak ACK, aynı maddenin 5. fıkrasında mahpusların dış dünya ile yeterli bir iletişim sürdürmeleri konusunda cezaevi yetkililerine pozitif bir yükümlülük yüklemek suretiyle Mandela Kuralları'nın da ötesi geçmektedir¹². Ayrıca 4. fıkrada ziyaretler için yapılacak düzenlemelerin ziyaret amacına uygun olması gerektiği vurgulanmıştır¹³.

Türk hukukunda mahpusun ailesi ve yakınları görüşme hakkının kullanması iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi infaz kurumunun içinde mahpusun ailesi ve yakınları tarafından ziyaret edilmesi ile gerçekleşmekte iken ikincisi mahpusun geçici bir süre ile infaz kurumunun dışına çıkıp ailesi ve yakınlarını ziyaret etmesi ile vuku bulmaktadır.

Mahpusun Ailesi ve Yakınları Tarafından Ziyaret Edilmesi

Türk hukukunda mahpusun ailesi ve yakınları tarafından ziyaret edilmesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (İnfaz Kanunu) dördüncü kısmında yer alan "İyileştirme" başlığı altında 83. maddede düzenlenmiştir¹⁴. Konunun İnfaz Kanunu'nun "Ceza İnfaz

¹² ACK m. 24.5: "Cezaevi yetkilileri dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır."

¹³ ACK m. 24.4: "Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır."

¹⁴ Türk hukukunda esas düzenleme hükümlülere ilişkin olmakla birlikte 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 116. maddesinde; ziyaret, yabancı hükümlülere ziyaret, ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esaslarda 78 ila 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanacağı belirtildiğinden çalışmada, hükümlü ve tutukluları birlikte ifade etmek üzere mahpus terimi kullanılmaktadır.

Kurumunda Hükümlünün Hakları, Güvenceleri ve Kısıtlamalar” başlıklı üçüncü kısımda düzenlenmemiş olması, mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşmesinin Türk hukukunda bir hak olarak kabul edilmediği izlenimini uyandırmaktadır¹⁵. Gerçekten maddenin son fıkrasının gerekçesinde¹⁶ *açık görüşün “hükümlülerin iyileştirilme ve topluma kazandırılabilme yönünden aile bireyleri ile bağlılıklarının devamını sağlamak üzere”* düzenlendiğinden söz edilmesi bu izlenimi kuvvetlendirmektedir. Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin, Kanun’un hükümlünün hakları kısmına alınması gerekmektedir.

Mahpus, kendisine gelen ziyaretçi ile görüşüp görüşmemekte serbesttir¹⁷. İnfaz Kanunu m. 83’e göre belgelendirilmesi koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı mahpusu ziyaret edebilmektedir. Hukukumuzda göre mahpusları yalnızca resmi nikahlı eşleri ziyaret edebilirken, Fransa ve Kanada gibi ülkelerde eş kavramı daha geniş değerlendirilmektedir. Buna göre, Fransa’da nikahlı eşlerin yanı sıra bir PACS¹⁸ ile birlikte olan ya da birlikte yaşam süren eşler de mahpusu ziyaret edebilmektedir¹⁹. Benzer şekilde, Kanada’da da nikahlı ve beraber yaşadıkları nikahsız eşlerin mahpuslarla görüşme hakkı bulunmaktadır²⁰.

İnfaz Kanunu m. 83’ün son fıkrasında ziyaretlerin *görüş, koşul ve sürelerinin* Adalet Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle kapalı ve açık olmak üzere iki biçimde yaptırılacağı belirtilmiştir. Söz konusu yönetmelik,

¹⁵ Bkz. ve krşl. Eylem Aksoy Retornaz, “Mahpusun ailesiyle görüşme hakkı”, in: **Hakkımız Var - İnsan Hakları Üzerine Yazılar**, Haz.: Zehra Kafkaslı, Begüm Baki, Doğan Kitap, 2014, s. 138 (136-139).

¹⁶ Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/933), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss710m.htm>, E.T.: 18.10.2019.

¹⁷ Oktay Erdoğan, **İnfaz Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yay., 2016, s. 1559.

¹⁸ PACS (*Pacte Civile de Solidarité*) ve birlikte yaşam kavramları, 15 Kasım 1999 tarihli ve 99-444 sayılı PACS hakkında Kanun ile tanımlanmıştır. Buna göre PACS, aynı ya da farklı cinsiyetten olan iki kişinin ortak yaşamları düzenleyen sözleşme olarak ifade edilirken, birlikte yaşam ise beraber yaşayan aynı ya da farklı cinsiyetten olan iki kişi arasında devamlılık ve düzenlilik gösteren fiili birlik olarak tanımlanmıştır. Erişim için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000761717&categorieLien=id>, E.T.: 03.09.2020.

¹⁹ Mahpusların Görüşler ve Eşya Gönderimi veya Alımı Aracılığıyla Dış Bağlantılarının Koruması Hakkında Genelge m. 1-1,

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSK1140029C.pdf, E.T.: 03.09.2020.

²⁰ Özel Aile Görüşmeleri Yönetmeliği (*DC 710-8 – Visites familiales privées*), erişim için bkz. <https://www.csc-scc.gc.ca/lois-et-reglements/710-8-cd-fra.shtml>, son E.T.: 30.09.2020. *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

*Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik*²¹'tir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik). Dikkat edilirse söz konusu yetkilendirme içinde ziyaretçileri belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 14/1'de mahpusların sadece anne, baba, eş, çocuk ve torunlarıyla açık görüş yapabilecekleri ifade edilmiş, yani ziyaretçiler, açık görüş bakımından İnfaz Kanunu'nun 83. maddesine göre sınırlandırılmıştı. Ancak Danıştay haklı olarak kanun koyucunun Adalet Bakanlığına bu yönde bir yetki tanımadığını belirtmiş ve söz konusu sınırlamanın Anayasa m. 124'e²² aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir²³. Yine Danıştay, Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 14/2'de yer alan kınama cezası dışında disiplin cezası almış ve bu cezası kaldırılmamış mahpusların, açık görüşten faydalanamayacaklarına ilişkin düzenlemeyi de iptal etmiştir²⁴. Bu iki iptal kararı sonrası, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanlar hariç mahpusların açık ve kapalı görüş yapabilecekleri kişiler bakımından yönetmelik ile yapılmayan çalışılan farklılık ortadan kalkmıştır. Özetle mahpuslar gerek açık görüş gerekse kapalı görüş ile eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasileri veya kayyımları ile görüşebilirler²⁵. Ancak İnfaz Kanunu'nun 25.

²¹ Erişim için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8345&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, son E.T.: 14.10.2020.

²² Anayasa. m. 124/1: "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*"

²³ Danıştay 10. Dairesi, E. 2006/5393, K. 2009/10123, T. 02.12.2009. Yapılan temyiz sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2010/909, K. 2010/2523, T. 23.10.2010 sayılı kararı ile Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 14/1'in iptal kararını onamıştır (www.kazanci.com, son E.T.: 10.09.2020).

²⁴ Danıştay 10. Dairesi, E. 2012/681, K. 2015/5700, T. 09.12.2015. Bu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun E. 2016/2675, K. 2017/1099, T. 09.03.2017 sayılı kararıyla onanmış, davalı idarenin bu karara yönelik karar düzeltme isteminin de E. 2017/2863, K. 2018/5238, T. 28.11.2018 sayılı kararla reddedilmesiyle iptal kararı kesinleşmiştir. Bu hususta bkz. Danıştay 10. Dairesi, E. 2014/4986, K. 2019/7210, T. 24.10.2019 (www.kazanci.com, son E.T.: 02.11.2020).

²⁵ Yönetmelik'te kan ve kayın hısımları ayrıntılı olarak yer almaktadır. Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 9/1: "*Hükümlü ve tutuklular; eşi, anne, babası, büyükanne ve büyükbabası, çocuğu, torunu, kardeşi, gelini, damadı, kayınbiraderi, baldızı, yengesi, eniştesi, görümcesi, kayınvalidesi, kayınpederi, kayınvalidesinin annesi ve babası, kayınpederinin anne ve babası, eşinin başkasından olma çocuğu, büyükanne ve büyük babasının anne ve babaları, torun çocuğu, kardeş çocuğu, eşi, amcası, halası, dayısı, teyzesi ve bunların eşleri ile vasisi ve kayyımları görüşebilir.*"

maddesi²⁶ ve Ziyaret Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesi²⁷ nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanları, yalnızca eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi ziyaret edebilmektedir. Bu noktada belirtelim ki AİHM, yalnızca müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olmayı, ziyaret hakkına getirilen aşırı sınırlamalar için yeterli bir gerekçe olarak görmemektedir. Mahkeme, *Trosin / Ukrayna* kararında müebbet hapis cezasına mahkûm başvuruçunun, mevcut düzenlemelerin herhangi bir esneklik taşınamaması nedeniyle yalnızca altı ayda bir ailesinden üç kişiyle görüşmesine izin verilmesini aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir²⁸.

Mahpus, Kanun'da yazılı bu kişiler dışında üç kişiyi, kendisine ziyaret edebilmeleri için ceza infaz kurumuna kabulünden ve kendisine bu hususun tebliğ edildiği tarihten itibaren 60 gün içinde bildirebilmektedir. Mahpusun bu süre içinde üç kişilik isim listesini bildirmesi yeterli olup bu kişilerin adreslerini bildirmesine gerek yoktur²⁹. Ancak süre içinde isim bildirmeyen mahpus bu hakkını kaybetmektedir³⁰. Ceza infaz kurumu yönetimince, gerekli görülmesi hâlinde bildirilen ziyaretçiler hakkında, ziyarette bulunmalarında sakınca bulunup bulunmadığı konusunda kolluk aracılığıyla araştırma yaptırılmakta ve sakıncalı görülenlere ziyaret izni verilmeyerek mahpustan yeni ziyaretçiyi bildirmesi istenmektedir³¹. Kanun'da bu

²⁶ İnfaz Kanunu m. 25: “(1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı rejimine ait esaslar aşağıda gösterilmiştir:..

f) Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde onbeş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilirler.”

²⁷ Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 11: “Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanları; eşi, çocukları, torunları, torunlarının çocukları, annesi, babası, büyükannesi, büyükbabası, büyükannesi ve büyükbabasının anne ve babaları, kardeşleri ve vasisi dışında kimse ziyaret edemez.”

²⁸ AİHM, *Trosin / Ukrayna Kararı*, B. No: 39758/05, KT: 23.02.2012, par. 39-45 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109197>, E.T.: 03.09.2020).

²⁹ 9. CD, E. 2010/7081, K. 2010/7284 ve T. 16.06.2010 (karar için bkz. Nimet Özkavalcı, **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve Uygulaması**, Seçkin Yay., 2017, s. 139).

³⁰ Bu mahpusun yeni isim bildirmesi yalnızca aşağıda ele alacağımız zorunlu hal kapsamında mümkün olabilmektedir. 1. CD, 2013/2985, K. 2013/4744 ve T. 03.07.2013; 19. CD, E. 2015/16539, K. 2015/6316 ve T. 27.10.2015; 1. CD, E. 2016/1857, K. 2016/1810 ve T. 06.04.2016 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020). Ancak bildirilmeyen yani olmayan isimleri, değiştirmeyi gerekli kılan bir zorunlu halin varlığından mantık kuralları çerçevesinde bahsedilememektedir.

³¹ “...cezaevi idaresince kolluk marifetiyle yapılan araştırma sonucu sakıncalı olduğu belirlenen şahsa ziyaret izni verilemeyeceği cihetle, itirazın reddi yerine, yazılı şekilde YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

kişilerde sadece zorunlu hallerde değişiklik yapılacağı belirtilmiştir³². Yönetmelik'te ise bu zorunlu değişiklikler; *ölüm, ağır hastalık, doğal afet, hükümlü ve tutuklunun nakli ya da ziyaretçinin ziyaret olanağını ortadan kaldıracak yerleşim yeri değişikliği* şeklinde örneklendirmiştir³³. Anayasa Mahkemesi (AYM), ismini bildirdiği ancak taşındığı için ziyaretine gelemeyen kişiyi değiştirmek isteyen mahpusun talebinin, zorunlu hal oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmesini, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir³⁴. Mahpusun, kanunen kendini ziyaret edebilecek kişilerden birini bu listeye eklemesi halinde, hukuki bilgi eksikliğinin mahpus aleyhine yorumlanamayacağından bahisle (zorunlu halin varlığı aranmaksızın) isim değişikliği yapabileceği kabul edilmektedir³⁵.

Kanunen ziyaret hakkı olan ve mahpusun belirlediği üç kişi dışındaki kişiler de makul sebep bulunması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecek yazılı izinle mahpusu ziyaret edebilmektedir (İnfaz Kanunu m. 83/2 ve Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 9/4). Ancak makul

karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle..." bkz. 9. CD, E. 2014/6288, K. 2014/12562 ve T. 25.12.2014 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).

³² Cumhuriyet Başsavcısına böyle bir yetkinin verilmesi madde gerekçesinde, hükümlülerin iyileştirilmesi, topluma kazandırılması, moral güçlerinin kuvvetlendirilmesi yönünden yararlı sonuçlar verebileceği görüşüne dayandırılmaktadır. Ayrıca, bu yetkinin yazılı olarak kullanılabilir olması da görevlilerin denetimleri olanağını vereceği belirtilmiştir.

³³ "...hükümlünün ziyaretçi listesinde yer alan B... A...'ın Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilen zorunlu hal kapsamında kalan ikametgah değişikliği yaptığının tespit edilmesi halinde zorunlu halin gerçekleşmiş bulunduğu cihetle, talebin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği..." 19. CD, E. 2015/25498, K. 2016/331 ve T. 14.01.2016. Yargıtay, üç kişilik isim listesinde adı bulunan kişinin tutuklanması nedeniyle artık mahpusu ziyaret edemeyecek bir durumda olmasını, isminin listeden çıkartılması için zorunlu hal olarak kabul etmiştir. Bkz. 8. CD, E. 2009/7970, K. 2009/11068 ve T. 15.07.2009 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).

³⁴ AYM, *Mehmet Zahit Şahin Kararı*, B. No: 2013/4708, KT: 20.04.2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-4708.pdf>, E.T.: 03.09.2020. Buna karşılık mahpusun isimlerini bildirdiği kişilerin iki, üç yıldır ziyaretine gelmemesi listede isim değişikliği yapılması için zorunlu hal olarak değerlendirilmemiştir. Bkz. 1. CD, E. 2016/6202, K. 2016/1468 ve T. 24.03.2016; benzer yönde bkz. 19. CD, E. 2015/16539, K. 2015/6316 ve T. 27.10.2015. 60 günlük süre içinde üç kişilik ziyaretçi ismi bildirmeyen mahpusun ceza süresinin uzun olması da zorunlu hal olarak kabul edilmemiştir. Bkz. 1. CD, 2013/2985, K. 2013/4744 ve T. 03.07.2013; 19. CD, E. 2015/16539, K. 2015/6316 ve T. 27.10.2015 (kararlar için bkz. www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).

³⁵ 10. CD, E. 2014/4581, K. 2014/5181 ve T. 07.07.2014 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).

sebebin neye göre belirleneceğinin açık olmaması ve iznin Cumhuriyet Başsavcılığının takdirine bırakılması keyfi uygulamalara yol açacak bir mahiyettedir³⁶.

Kanaatimizce sayılı akrabalar dışında ziyaretçi olabilecek kişilerin üç kişiyle ve bu kişilerde yapılacak değişikliğin ancak zorunlu haller ile sınırlandırılması yerinde değildir³⁷. Nitekim, Fransa ve Kanada'da mahpusun rehabilitasyonu, topluma geri kazandırılması ve moralinin yükseltilmesi için faydalı veya gerekli görülen kişilerin ve mahpusun arkadaşlarının görüş izni almak şartıyla mahpuslarla görüşme hakkı bulunmaktadır³⁸.

AYM, infazın amaçlarından birinin hükümlünün tahliye sonrası tekrar suç işlemekten vazgeçmesini sağlamak ve bu bağlamda hükümlünün görüşebileceği kişilere sınırlama getirilmesinin kabul edilebilir olduğunu, aksi halde ceza infaz kurumunun güvenliğinin ve düzeninin sağlanmasının zorlaşacağı gerekçeleriyle anılan hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁹. Halbuki aşağıda yer vereceğimiz üzere mahpus, ayda birkaç saatten ibaret görüşme saatlerine sahip olmakla zaten özgürlüğü sınırlandırılmamış kişilerle kıyasla ciddi bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu bakımdan mahpusun istedikleriyle görüşebilmesi cezanın caydırıcılığına etki etmeyecektir. Ayrıca İnfaz Kanunu, bu konuda hükümlü ve tutuklu arasında bir ayrıma da gitmemektedir. Esas olan mahpusun dış dünya ile iletişimi devam ettirmesidir. Bu bağlamda mahpus, kan veya kayın hısımlarıyla olduğu kadar ve belki de daha fazla hısımları dışındaki kişilerle de görüşmeye ihtiyaç duyabilmektedir⁴⁰. Gerçekten Alman İnfaz Kanunu'nda ziyaretçiler ilişkin akrabalar veya belli kişiler gibi bir sınırlama

³⁶ Uygulamada Cumhuriyet savcılarının izin verdiği durumlara ilişkin örnekler için bkz. Halil Polat, **Ceza İnfaz Kurumu Savcısı ve İnfaz Hakiminin El Kitabı – Uygulama Rehberi**, Adalet Yay., 2015, s. 7.

³⁷ Benzer yönde bkz. Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 299; Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yay., 2018, s. 191; Handan Yokuş Sevük, "AİHM Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, Sa. 3-4, Aralık 2003, s. 358 (335-384).

³⁸ Mahpusların Görüşler ve Eşya Gönderimi veya Alımı Aracılığıyla Dış Bağlantılarının Korunması Hakkında Genelge (*Circulaire du 20 février 2012 relative au maintien des liens extérieurs des personnes détenues par les visites et l'envoi ou la réception d'objets*), m. 1-2, (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=34725>, E.T.: 29.09.2020).

³⁹ AYM, E. 2012/7, K. 2012/102 ve T. 05.02.2012 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).

⁴⁰ Özbek, s. 191.

bulunmamaktadır⁴¹. Benzer şekilde Türk hukukunda da belirlenen gün ve saatlerde mahpusun istediği kişi tarafından ziyaret edilmesine imkân sağlanması gerekmektedir⁴². Öte yandan kanaatimizce kurum güvenliği ve düzeninin sağlanması için ziyaretçi kişilerin belli bir gün öncesinden bildirilmesi ve her ziyarette görüşebilecek kişilerin makul bir sayı ile sınırlandırılması düşünülebilir.

Kapalı Görüş

Kapalı görüş, mahpuslar ile ziyaretçilerinin her türlü maddi temasının önlendiği, konuşulanların hazır bulunan görevli tarafından işitilebilecek şekilde izlenebildiği ve ceza infaz kurumu idaresinin bu iş için tahsis ettiği özel bölümde yapılan görüşmelerdir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 7). Her ceza infaz kurumunda, olanaklar elverdiği ölçüde, kapalı görüş yapılabilmesi için bir ziyaretçi kabul yerinin ayrılması gerekmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 8).

Ziyaret Hakkında Yönetmelik'in "Kapalı Görüş" başlıklı ikinci kısım birinci bölümünde, aynı ceza infaz kurumu ya da birden fazla ceza infaz kurumunun bir arada bulunduğu yerleşkedeki farklı kurumlarda barındırılmakta olan (ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanlar hariç) mahpusların, yukarıda sayılan ziyaretçi olabilecek kişilerden olmaları şartıyla Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emri ile birbirleriyle görüşebilecekleri belirtilmiştir (m. 9/3). Aynı maddenin son iki fıkrasına göre, çocuk mahpusların üç kişilik liste kapsamındaki kişiler tarafından ziyaret edilebilmesi veya ziyaretçinin çocuk olması hallerinde görüşmenin gerçekleşebilmesi için ilgili çocuğun anne ve babasının veya yasal temsilcisinin rızası aranmaktadır (m. 9/5-6). Çocuklara ilişkin bu düzenlemeye Ziyaret Hakkında Yönetmelik'in "Kapalı Görüş" başlığı altında yer verilmesi isabetli olmamıştır. Zira açık görüş bölümünde, bu yönde bir düzenleme olmaması nedeniyle açık görüşe katılan çocuk mahpusun ve çocuk ziyaretçinin ebeveyn ve yasal temsilcisinden izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kapalı görüşte çocuklara ilişkin getirilen bu düzenlemenin amacı, çocuğu korumak ise aynı yaklaşımın açık görüş bakımından da geçerli olması beklenirdi. Kanaatimizce düzenlemenin

⁴¹ Alman İnfaz Kanunu'na göre mahkûmun yakını olmamak kaydıyla bir ziyaretçinin hükümlü ile görüşmesi, o hükümlü üzerinde zararlı bir etki meydana getirmesinden yahut bu görüşmenin gerçekleşmesinin yaratacağı sorundan korkuluyorsa kurum yöneticisi tarafından ziyaret yasağı getirilebilmektedir. Bkz. Demirbaş, s. 299; Yokuş Sevik, s. 358.

⁴² Benzer yönde bkz. Güven Süslü, **Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük**, Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 271.

hem açık görüş hem de kapalı görüşü kapsar şekilde birinci kısım “*Temel İlkeler*” başlığı altında yer alması gerekmektedir.

Kapalı görüş, her ayın açık görüş yapılacak bir haftası hariç diğer haftalarında yapılabilmektedir⁴³. Ancak kurum mevcudu, güvenliği ve düzeni dikkate alınmak suretiyle 5237 sayılı TCK’nın “*Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*”, “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*”, “*Milli Savunmaya Karşı Suçlar*” ve “*Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk*” bölümleri ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlardan mahpus olan kişilere iki ayda bir açık görüş yaptırılabilmesi mümkündür. Bu bakımdan bu mahpusların, her iki ayda açık görüş yapacakları hafta haricinde geri kalan haftalarda kapalı görüş yapmaları söz konusu olabilmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-e). Ayrıca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanlar, ayda yalnızca bir kez kapalı görüş yapabilmektedir (İnfaz Kanunu m. 25/1-f ve Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-f).

Her infaz kurumu, fiziki yapısı ve kapasitesini dikkate almak suretiyle ziyaret gün ve saatleri ile bir mahpusun görüşebileceği ziyaretçi sayısını kendisi belirlemektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 10/1). Bu noktada idarenin bir takdir hakkı olmakla birlikte belirlenen gün ve saatin, mahpusun ailesiyle görüşme hakkını fiilen ortadan kaldırmaması gerekmektedir⁴⁴. Mahpuslar tutuldukları kurumunun fiziki yapısının izin verdiği ölçüde, kendilerini ziyaret hakkına sahip olan birden fazla kişiyle birlikte görüşebilmektedir. Kapalı görüş süresi, kurum tarafından yarım saatten az, bir saatten fazla olacak şekilde belirlenemeyecektir. Çocuk mahpuslar için

⁴³ Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-d’de yer alan “*üçü kapalı biri açık görüş olmak üzere, ayda dört kez*” ibaresi hakkında Danıştay 10. Dairesi E. 2011/7623, T. 28.09.2011 sayılı kararı ile yürütmeyi durdurma kararı vermiş; bu karar idarece yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun YD İtiraz No: 2012/61, T. 20.11.2012 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Bunun üzerine madde anılan şekliyle yeniden düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. Ziyaret Hakkında Yönetmelik dn. 2.

⁴⁴ “*Ziyaret günlerine ilişkin kurumun ve çalışanların mevcut yapısı da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması hususunda idarenin bir takdir hakkı bulunduğu ancak takdir hakkının da somut gerekçelere dayanarak kullanılması gerektiği gibi, şayet takdir hakkının kullanılması durumunda bir hakkın özüne dokunulup, o hak fiilen kullanılamaz hale getiriliyor ise orada takdir hakkı kapsamında değerlendirme yapılamayacağı nazara alındığında, her iki çocuğu da okula giden hükümlünün çocukları ile şahsi ilişki kurmak için görüş talep etmesinin anayasal bir hak olduğu, hafta içi mesai saatleri içerisinde öğrencilerin eğitimlerine devam ettiği, eğitim gören çocukların da yalnızca hafta içi ziyaret edebileceğine yönelik kararın hakkın özüne dokunduğu ve hükümlü çocuklarının ziyaret hakkını fiilen engellediğinin gözetilmemesinde, isabet görülmemiştir.*” Bkz. 1. CD, E. 2019/1773, K. 2019/3469 ve T. 01.07.2019 (www.kazanci.com, E.T.: 03.09.2020).
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

ziyaret süresinin bir saatten az, üç saatten fazla olmamak üzere belirlenmesi gerekmektedir (İnfaz Kanunu m. 83 ve 116). Görüş süresinin başlamasında, görüşmenin fiilen başladığı an dikkate alınmaktadır (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 10/2). Öte yandan ziyaret hakkı olan kişiler, infaz kurumu tarafından belirlenen ziyaret günü ve saatleri dışında da makul sebep bulunması halinde Cumhuriyet başsavcılığının izni ile (ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanlar hariç) mahpus ile görüşebilmektedir. (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 9/4). Ziyaret Hakkında Yönetmelik'te ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanların, ziyaretçileri ile teker teker ve on beş günde bir kez görüşebileceği düzenlenmiştir. Yine görüş süresinin yarım saatten az olamayacağına ilişkin sınır, bu hükümlüler için geçerli değildir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 12).

Kapalı görüş, bazı ülkelerde hukukumuzda olduğu gibi olağan görüş yöntemiye bazı ülkelerde ise olağanüstü görüş yöntemi olarak kabul edilmiştir. Örneğin, Kanada'da ancak ziyaretçi hakkındaki incelemenin tamamlanmamış olması, ziyaretçi ya da mahpus hakkında disiplin tedbiri bulunması, mahpusun açık görüş iznini daha alamamış olması veya diğer mahpusların güvenliği için gerekli olması sebepleriyle kapalı görüş yapılabilmektedir. Fransa'da ise, prensipte görüşlerde mahpus ile ziyaretçiyi ayıran herhangi bir unsur bulunamamakta, dolayısıyla kapalı görüş yapılamamaktadır. Bununla birlikte, vukuat çıkma şüphesinin bulunması, önceki görüşlerde vukuat olması, ziyaretçi ya da mahpusun talep etmesi ve disiplin cezasının varlığı durumunda hapishane müdürü ya da ziyaretçilere görüş izni veren savcı tarafından görüşlerin kapalı görüş olarak yapılmasına karar verilebilmektedir⁴⁵.

Açık Görüş

Açık görüş, mahpuslar ile ziyaretçilerinin maddi temasına imkân verecek şekilde, konuşulanların hazır bulunan görevli tarafından işitilebildiği ve izlenebildiği, ceza infaz kurumunun bu iş için tahsis edilmiş özel bölümünde yapılan ziyaret ve görüşmelerdir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 13). Açık görüşün gerçekleşeceği yerin, ceza infaz kurumunun oda ve eklentileri dışında olması gerekmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 16).

Ziyaret Hakkında Yönetmelik açık görüşün her ne kadar maddi temasa imkân verilecek şekilde gerçekleşeceğinden söz etse de kapalı ceza infaz kurumlarında yapılan açık görüşlerde hükümlü ile ziyaretçinin yan yana

⁴⁵ Cassandra Ribieroro, **Enchaînés par-delà les murs : Le maintien des liens familiaux en prison**, Master de Criminologie, Université Panthéon-Assas -Paris II-, 2015, s. 46.

oturmalarına izin verilmemektedir. Ancak karşılıklı oturmalarına müsaade edilen bu kişiler hakkında maddi temas yalnızca ellerin teması şeklinde uygulanmaktadır⁴⁶. AİHM, mahpusun ziyaretçisiyle fiziksel temas kurmasına önem vermektedir. Mahkeme, kimi ziyaretler sırasında ailesi ile arasına fiziksel bir engel konulan başvurucuya ilişkin olayı incelediği *Kurkowski / Polonya* kararında, bu engellerin neden gerekli olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmemesine dikkat çekerek söz konusu engellerin keyfi olduğuna ve başvurucunun aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷.

Diğer taraftan bir güvenlik önlemi olarak konuşulanların hazır bulunan görevli tarafından iletilebileceğine ilişkin düzenleme, uygulamada fiziksel durumların elverişsizliği nedeniyle mümkün olmamaktadır. Görevliler ancak özel bir çaba sarf etmeleri halinde mahpuslar ile ziyaretçiler arasındaki konuşmayı dinleyebilmektedir⁴⁸.

Açık görüş ayda bir gün yapılmakta ve görüş günü infaz kurumu tarafından belirlenmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-d). Ancak açık ceza infaz kurumları⁴⁹ ile çocuk eğitimevlerinde⁵⁰ kalan hükümlülerin görüşleri her zaman açık görüş şeklinde yapılmaktadır (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 18/5). Hükümlüyü dış dünyaya hazırlamayı amaçlayan bu uygulamaya, normalleştirme ilkesi adı verilmektedir⁵¹. Kurumca mahpus sayısı dikkate alınarak görüş grupları oluşturulmakta ve her grubun görüş günü ve saatleri ailelerine bildirilmek üzere, mahpuslara tebliğ edilmektedir. Öte yandan mahpuslar Adalet Bakanlığınca uygun görülen, dinî ve milli bayramlar ile özel günlere mahsus olmak üzere, belirlenen tarihlerde, anne, baba, eş, çocuk, torun, büyükanne, büyükbaba ve kardeşleriyle açık görüş

⁴⁶ Süslü, s. 274.

⁴⁷ AİHM, *Kurkowski / Polonya Kararı*, B. No. 36228/06, KT: 09.04.2013, par. 104-105, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-118332>, E.T.: 03.09.2020). Benzer yönde bkz. AİHM, *Ciorap / Moldova Kararı*, B. No: 12066/02, KT: 19.06.2007, par. 118, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81136>, E.T.: 03.09.2020); AİHM, *Trosin / Ukrayna*, par. 46.

⁴⁸ Süslü, s. 274.

⁴⁹ İnfaz Kanunu m. 14: “Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerinde, çalıştırılmaları ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır.”

⁵⁰ İnfaz Kanunu m. 15: “Çocuk eğitimevleri; çocuk hükümlüler hakkında verilen cezaların, hükümlülerin eğitilmeleri, meslek edindirmeleri ve yeniden toplumla bütünleştirilmeleri amaçları güdülerek yerine getirildiği tesislerdir.”

⁵¹ Jean Pradel, İnfaz Hukukuna Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım, çev. Zeynel T. Kangal, in: **Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan**, C. I, 2008, s. 786; Süslü, s. 275.

yapabilmektedir⁵². Fıkarda belirtilen yakınları olmayan mahpuslar ise bu günlerde, üçüncü dereceye kadar olan akrabalarından en çok üç kişiyle görüşebilmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 15/2). Ancak bu hüküm, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlüler hakkında uygulanmamaktadır. Bayramlarda ve özel günlerdeki açık görüşün, kapalı görüş ile çakışması halinde açık görüş yaptırılmaktadır (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 15/3). Açık görüşler bir saatten fazla olmamak kaydıyla 09.00 - 17.00 saatleri arasında yaptırılmaktadır. Görüş süresinin başlamasında, görüşmenin fiilen başladığı an dikkate alınmaktadır (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 16). Belirtilen gün ve saatler dışında görüş yaptırılmamakta; bir defa görüş yapan mahpuslar ile ziyaretçilere aynı görüşle ilgili olarak ikinci defa izin verilmemektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 18/2).

Kapalı görüş başlığında da belirttiğimiz üzere; karşılaştırmalı hukuktaki birçok örnekte açık görüş olağan görüşme şekli iken kapalı görüş ancak istisnai olarak uygulanan bir görüşme şeklidir. Nitekim Fransa'da hükümlüler haftada bir gün, tutuklular ise haftada üç gün açık görüş yapabilmektedir⁵³. Zira mahpusların topluma geri kazandırılması ve rehabilitasyonu için mahpusların aileleri ve yakınlarıyla fiziki temas kurmalarına imkan veren açık görüş sıklığının artırılması gerekmektedir. Bu bağlamda hukukumuzda da görüşmeye katılan mahpusun ya da diğer mahpusların güvenliği için bir risk oluşturmaması ve ziyaretçi ya da mahpusun görüşmenin kapalı görüş şeklinde yapılması yönünde talebi olmaması halinde her daim açık görüş yapılmasına imkan tanıyan yasal bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Eş Ziyareti

Eş ziyareti mahpusların genellikle resmi nikahlı eşleriyle belli aralıklarla birkaç saat veya gün özel bir yerde yalnız kalabilmelerine ve cinsel ilişki

⁵² AİHM, Dikme kararında yurtdışında yaşayan Başvuran, Ramazan Bayramı'nın son günü İstanbul'da bir infaz kurumunda tutulan oğlunu ziyaret etmek istemiş ancak kurum yönetimi tarafından bu istem reddedilmiştir. Şikâyete ilişkin daha fazla bilgi sağlanamadığından istemin neden reddedildiği bilinmemektedir. Ancak AİHM, başvuranın bu yönde yalnızca bir kere girişimde bulunmuş olmasını ve başvuranın kurumun red kararına ilişkin itiraz vb. yoluna gitmediğini dikkate alarak aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, *Dikme/Türkiye Kararı*, B. No: 20869/92, KT: 11.07.2000, par. 113-119, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58751>, E.T.: 03.09.2020).

⁵³ Mahpusların Dış Bağlantılarının Korunması Hakkında Genelge, m. 2-1/2, (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=34725>, E.T.: 29.09.2020).

kurabilmelerine imkân tanıyan özel bir ziyaret türüdür⁵⁴. Ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkı gibi eş ile cinsel birliktelik kurmak da insan haklarının bir süjesi olan mahpusun bir hakkıdır. Ayrıca hükümlüyü cinsel ilişkiden yoksun bırakmak, özgür eşi de bu haktan yoksun bırakma anlamına gelmektedir⁵⁵. Bununla birlikte eş ziyareti, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında tanınmış bir hak değildir⁵⁶. AİHS'e taraf devletlerin eş ziyaretine ilişkin düzenleme yapma yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmamaktadır⁵⁷. Mandela Kuralları'nda da eşle özel görüşmeye izin vermeleri konusunda devletlere bir yükümlülük yüklenmediği ancak bu iznin verildiği durumlarda mahpuslar arasında ayırım yapılmaması gereği üzerinde durulmaktadır.

Eş ziyareti, kimi ülkelerde hak olarak düzenlenmekteyken bazılarında ödül olarak yer almaktadır. Yine bu ziyaret türü, genellikle yalnızca resmi nikahlı eşin ziyaretini kapsamakla birlikte nikah koşulu aramayan ülkeler de bulunmaktadır. Söz gelimi Brezilya'da resmi nikah şartı olmaksızın mahpusun haftada bir kez eş ziyareti çıkma imkânı vardır. İspanya'da ayda bir kez, Belçika'da üç ayda bir kez üç günlüğüne, Rusya'da ise yılda iki kez yine üç günlüğüne mahpuslara eş ziyareti izni verilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde eş ziyareti için son altı ayda iyi hal gösterme şartı aranırken Danimarka'da bu imkân yalnızca 8 yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülere tanınmıştır⁵⁸.

Kanada'da ise eş ziyaretinden daha kapsamlı özel aile ziyareti düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, mahpus, nikahlı veya nikahsız eşi (*common law partner*), çocukları, anne ve babası, üvey anne ve babası, kardeşleri, büyük anne ve babası ve mahpus olmamak şartıyla yakın akrabalarıyla her iki ayda bir 72 saate kadar yatak odası, oturma odası ve mutfağı bulunan bir evde vakit geçirebilmektedir⁵⁹. Benzer şekilde Fransa'da eş görüşmeleri için aile salonları (*parloir familial*) ile ailelere özel apartman daireleri (*unité de vie familiale*) düzenlenmiştir. 12 ile 15 m² alandan oluşan aile salonlarında tuvalet, duş, kanepeler, masa, sandalye,

⁵⁴ Abdurrahman Eren, "Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların 'Eş Ziyareti Hakkı'", Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu ve diğ., Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 285.

⁵⁵ Duygun Yarsuvat, "Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sa. 2, 1984, s. 459 (aktaran: Süslü, s. 298).

⁵⁶ Eren, s. 302.

⁵⁷ Orçin, s. 109-110.

⁵⁸ TİHEK, B. No: 2018/2247, K. No: 2019/07, para. 53 (tihev.gov.tr, E.T.: 03.09.2020).

⁵⁹ Eren, s. 286.

televizyon ile kahve makinesi ve su ısıtıcı gibi küçük elektronik aletler bulunmaktadır. Mahpuslar 3 ayda bir aile salonlarından yararlanabilmekte ve bu salonda gün içinde 6 saate kadar ziyaretçileri ile kalabilmektedir. Ailelere özel apartman daireleri ise ceza infaz kampüsü içerisinde yer almakla birlikte mahpusların kaldığı binaların dışarısında yer almakta, bu dairelerde duş ve tuvaletin yanı sıra farklı odalar ve mutfak bulunmakta ve mahpuslarla ziyaretçileri bu dairelerde yemek pişirebilmektedir. Ayrıca, dış alan olarak bahçe ya da avlu bulunabilmektedir. Aile salonlarında olduğu gibi, mahpuslar ailelere özel apartman dairelerinden 3 ayda bir yararlanabilmekte ancak bu dairelerde, aile salonlarından farklı olarak 6 saatten az olmamak şartıyla 72 saate kadar kalınabilmektedir⁶⁰. Fransa’da 23 Temmuz 2019 tarihi itibarıyla 53 farklı ceza infaz kurumunda toplam 170 adet ailelere özel apartman dairesi ve 33 farklı ceza infaz kurumunda toplam 124 adet aile salonu bulunmaktadır⁶¹. Aile salonları ve ailelere özel apartman dairelerinden eşlerin yanı sıra, mahpusların alt ve üst soyları, özellikle kardeşler olmak üzere yakın akrabaları, beraber yaşadığı kişiler ve yakın arkadaşları da faydalanabilmektedir⁶².

Türk infaz hukukunda ise eş ziyareti, İnfaz Kanunu m. 51’de hükümlülere verilebilecek ödüller arasında düzenlenmiştir⁶³. Kanaatimizce eş ziyaretinin, çeşitli koşullara tabi bir ödül olarak düzenlenmesi yerine, bir hak olarak mevzuatımızda yer alması isabetli olacaktır⁶⁴. Öte yandan bu “ödülün” yalnızca resmi nikahlı eş ile sınırlı tutulmaması da gerekmektedir. İmam nikahlı hükümlüler ve hukukumuzda eşcinsel evlilik yasal olmadığı için eşcinsel hükümlüler bu imkândan yararlanamamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta örnekleri bulunduğu üzere hükümlülerin resmi nikah şartı olmaksızın eşleriyle cinsel birliktelik kurabilmeleri sağlanmalıdır. Bu

⁶⁰ Ailelere Özel Apartman Daireleri Hakkında Genelge (*Circulaire de la DAP du 26 mars 2009 relative aux unités de vie familiale*), (http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/boj_20090002_0000_0018.pdf, E.T.: 29.09.2020).

⁶¹ Unités de vie familiale et parloirs familiaux en fonctionnement (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Carte_UVF_parloirs_familiaux_aout2019_.pdf, E.T.: 29.09.2020).

⁶² Léa Duval, Julie Février, Fanny Gabroy, Franck Emmanuel Lamulle Kerbastard, Nina Peter, **Le droit aux visites familiales des personnes détenues en France**, Université de Caen Normandie - Clinique juridique des droits fondamentaux, Mayıs 2016, s. 34.

⁶³ Ayrıca bkz. AYM, *Mustafa Genç Kararı*, B. No: 2018/12508, KT: 11.12.2018, par. 30.

⁶⁴ Benzer yönde bkz. Özbek, s. 244-225; Süslü, s. 299.

sebeple öğretilen, mevcut düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.⁶⁵

İnfaz Kanunu m. 51/3-a'ya göre kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar eşleri ile kurum veya eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüşürülebilmektedir. İnfaz Kanunu m. 116/1 gereğince tutuklular da eşleriyle cinsel birliktelik kurabilmektedir. Düzenlemenin detayları ise 30.03.2013 tarihli Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik'te (Ödüllendirme Yönetmeliği) yer almaktadır⁶⁶. Ödüllendirme

⁶⁵ Demirbaş, s. 305; Süslü, s. 299.

⁶⁶ MADDE 12 – (1) Eş görüşmesi için kuruma gelen ziyaretçilerden; Türk vatandaşı olanların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını içeren resimli bir kimlik belgesini, yabancı uyruklu olanların ise pasaport veya yerine geçebilecek bir kimlik belgesi ile birlikte hükümlü veya tutuklu ile evli olduğunu ispatlayan Türkçe tercüme edilmiş resmî onaylı belgeyi göstermesi zorunludur.

(2) Kurul, her bir ödüllendirme kararı ile bir kez eş görüşmesi ödülü verebilir.

(3) Cinsel saldırı, cinsel istismar veya aile içi şiddet suçu işlemiş hükümlü ve tutuklular ile eş görüşmesi ödülü verilmesinin hükümlü, tutuklu veya eşi açısından riskli görüldüğü diğer durumlarda kurumda bulunan veya başka kurumlardan temin edilen psiko-sosyal yardım servisi personeli eşlerle öncelikle ayrı ayrı görüşür. Gerekli hâllerde eşlerle birlikte de görüşme yapılabilir. Görüşme sonucunda hazırlanacak değerlendirme raporunun Kurul tarafından dikkate alınması zorunludur.

(4) Aynı kampüs veya kurumda barındırılan hükümlü veya tutuklu eşlerin bu ödülün yararlanmaları için her ikisi hakkında da ayrı ayrı ödüllendirme kararı verilmesi gerekir.

Eş görüşmesi ödülünün süresi

MADDE 13 – (1) Hükümlü ve tutuklulara, en erken ayda bir en geç üç ayda bir, üç saatten yirmi dört saate kadar eş görüşmesi ödülü verilebilir.

(2) İlk görüşmenin süresi üç saat olarak belirlenir. Bu süre; hükümlü veya tutuklunun tutum ve davranışları, kurumun fizikî yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu dikkate alınarak kademeli şekilde yirmi dört saate kadar artırılabilir.

(3) Eş görüşmesi, dini ve milli bayramlar ile Bakanlık tarafından açık görüşme izni verilen özel günlerde yapılamaz.

(4) Eş görüşmesinin gün ve saati, kurumun fizikî yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu ile hükümlü ve tutukluların talepleri dikkate alınarak 09:00 ilâ 17:00 saatleri arasında başlayacak şekilde belirlenir.

(5) Görüşme tarihi ve saati, başkalarının haberdar olamayacağı uygun vasıtalarla, hükümlü veya tutuklunun eşine haber verebileceği makul bir süre önce kendisine bildirilir.

(6) Kurumdan kaynaklanan bir sebeple veya hükümlü, tutuklu ya da eşinin kabul edilebilir bir mazereti nedeniyle görüşmenin planlanan gün ve saatte gerçekleşmemesi hâlinde kurum idaresi tarafından başka bir tarih belirlenir.

Eş görüşmesinde alınacak güvenlik tedbirleri

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Yönetmeliği'nin 8. maddesine göre, eş görüşmesini gerçekleştirebilmek için mahpusun disiplin cezası almamış veya almış ise bu cezanın kaldırılmış olması gerekmektedir. Mahpusların ayrıca 8. maddede sayılan tutum ve davranışlardan bir veya birkaçını sergilemesi ve diğer davranış türlerine açıkça aykırı davranmaması gerekmektedir⁶⁷. Bu konuda kararı, ayda en az

MADDE 14 – (1) Eş görüşmesinin güvenli bir şekilde yapılabilmesi için görüşmenin mahremiyetini ihlâl etmeyecek tüm tedbirler alınır. Görüşme odası giriş kapısının dış kısmını gösterecek şekilde kamera koyularak görüntüler kayıt altına alınabilir.

(2) Görüşme odası ve eklentileri her görüşme öncesi ve sonrasında görevli personel tarafından aranır.

(3) Görüşme süresinin sona ermesi, çağrı butonuna basılması veya acil müdahale gereken hâller dışında görüşme odasına girilemez.

(4) Görüşme odası ve eklentilerinde, 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile bu Yönetmelikte belirtilenler dışında başka eşya bulundurulamaz.

Eş görüşmesinde alınacak sağlık tedbirleri

MADDE 15 – (1) Kurum, hükümlü ve tutuklular ile eşlerini, koruyucu sağlık tedbirleri ve kurumsal temizlik koşulları konusunda yazılı olarak bilgilendirir. Bu konuda hazırlanmış olan afiş ve broşür benzeri bilgilendirici materyaller hükümlü ve tutukluların kolayca erişebileceği yerlerde bulundurulur.

(2) Hepatit veya HIV gibi kan ya da cinsel yolla bulaşabilecek bir hastalığı olduğu kurumca bilinen hükümlü veya tutuklunun eşi, sağlık personeli tarafından yazılı olarak bilgilendirilir.

(3) Eş görüşmesi kapsamında kuruma gelen ziyaretçiden ikinci fıkrada yazılı türden bir hastalık taşıyıp taşımadığı konusunda hükümlü veya tutukluyu bilgilendireceği yönünde yazılı beyanı alınır.

(4) Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelikte geçen sağlık, temizlik ve kişisel kullanıma ilişkin malzemeler ile gerektiğinde bunların tek kullanımlık olanları, ayrıca ilaç niteliği taşımayan doğum kontrol ürünleri kurum kantininden satın alınabilir veya kurum idaresi tarafından imkânlar dâhilinde ilgili kurum ve kuruluşlardan temin edilebilir.

(5) Görüşme odası ve eklentilerinin düzen ve temizliğinden görüşmeden yararlanan hükümlü veya tutuklu sorumludur.

Eş görüşmesi sırasında iâşe

MADDE 16 – (1) Hükümlü ve tutuklulara, görüşme saatlerine rastlayan öğünlere ilişkin iâşeler eş görüşmesi öncesinde kumanya olarak verilir.

(2) Hükümlü ve tutuklular, eş görüşmesi öncesinde kurum kantininden satın aldığı gıda maddelerini görüşme odasında bulundurabilir.

⁶⁷ “a) Tutum ve davranışları ile diğer hükümlü ve tutuklulara iyi örnek olmak,

b) İyileştirme faaliyetlerine geçerli mazeret dışında sürekli ve etkin bir şekilde katılarak kişisel gelişim göstermek,

c) İş, eğitim ve öğretim faaliyetlerine geçerli mazeret dışında sürekli katılarak üstün başarı göstermek,

ç) Kurumdaki kişisel ve ortak kullanım alanları ile bu yerlerde bulunan eşyaların temizlik, düzen ve korunmasına azami özen göstermek,

bir kere toplanacak olan İdare ve Gözlem Kurulu, resen veya kurumda görev yapan servislerin teklifi üzerine vermektedir.

Çocuk Hükümlülere Özgü Aileyle Görüşme Halleri

İnfaz Kanunu'nun "Ödüllendirme" başlıklı 51. maddesinin 3. fıkrasında çocuk hükümlülere özgü aileyle görüşme düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre çocuk hükümlülere, en geç ayda bir kez⁶⁸ olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar ana ve babasıyla veya vasisiyle ya da ana veya babasıyla birlikte kardeşiyle kurum ya da eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın aile görüşmesi yaptırılabilir. Ancak madde başlığından da anlaşılacağı üzere bu görüşmenin yaptırılması kurumun takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu bu takdirin, hükümlülerin kurumun içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alarak kullanılacağını belirtse de en nihayetinde hükümlülerin, bu imkândan yararlandırılmamaları halinde başvurulabilecekleri bir merci bulunmamaktadır.

Öte yandan bu başlık altında 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle çocuk hükümlüler için eklenen yeni bir aileyle görüşme hali de belirtilmelidir. İnfaz Kanunu m. 51/3'e 1) bendi olarak eklenen düzenlemeye göre, çocuk hükümlüler için kurum bünyesinde gerçekleştirilen tören veya anma günü ya da doğum günlerinde çocukların ailelerinin de etkinliklere katılması sağlanabilecektir.

Hastanede Ziyaret ve Refakat

Hasta hükümlü ve tutuklular, kurum tabibinin uygun görmesi halinde, görevli infaz ve koruma memuru nezaretinde, kurumun hastane veya revirinde ziyaret edilebilmektedir. Kurum dışındaki sağlık kuruluşlarında yataklı tedavi gören mahpuslar, tedaviyi yapan doktorun uygun görmesi ve Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısının izni ile iç güvenlik görevlileri nezaretinde ziyaret edilebilmektedir.

d) Kurum içi ya da dışındaki sosyal, kültürel veya sportif faaliyetlere sürekli ve etkin bir şekilde katılarak kişisel gelişim göstermek,

e) Kurum işleyişini sürdürmek için gerekli olan kurum iç hizmetlerinin yerine getirilmesinde istekli olmak ve üstün gayret göstermek,

f) Uyuşturucu, alkol veya sigara bağımlısı olup da bu bağımlılıktan kurtulmak için kurumca yürütülen eğitim veya tedavi programlarına katılarak bu konuda gelişim göstermek,

g) Kurum asayiş ve düzenini tehlikeye düşürebilecek hukuka aykırı bir eylemin ortaya çıkarılmasını sağlamak."

⁶⁸ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun değişikliği öncesi düzenleme, en geç iki ayda bir kez şeklindeydi.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Kurum dışında yatarak tedavileri yapılan hükümlülerin yanında, tedaviyi yapan hekimin raporuyla zorunlu olduğunun bildirilmesi hâlinde, eşi, annesi, babası, kardeşi, çocuğu, bunların olmaması hâlinde Cumhuriyet başsavcılığının uygun gördüğü bir aile yakını refakatçi olarak bulundurulabilmektedir.

Ziyaretçilerin ve Mahpusların Aranması

Mandela Kuralları m. 60.2'ye göre, ziyaretçilerin arama ve giriş usulleri aşağılayıcı olmamalı ve en azından 50, 51 ve 52. maddelerde belirtilen kurallar kadar koruyucu ilkelere tabi olmalıdır. Beden boşluğu aramalarından kaçınılmalı ve çocuklar bakımından ise uygulanmamalıdır. Mandela Kuralları'nın 50. maddesinde, aramaların insan onuru ve aranılan kişinin mahremiyetine saygılı olacak şekilde ve ölçülülük, yasallık ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde yürütüleceği; 51. maddesinde, aramanın rahatsız etme, göz korkutma veya mahpusun mahremiyetine gereksiz yere müdahale etmek için kullanılmayacağı ve arama gerekçesi ve sonuçlarına ilişkin kayıt tutulacağı; 52. maddede ise soyma ve beden boşluklarının aranması dahil rahatsız edici aramalara ancak mutlak bir gereklilik söz konusuysa başvurulacağı ve rahatsız edici aramaların aynı cinsiyete sahip eğitilmiş görevliler, beden boşluğu aramalarının bir sağlık çalışanı tarafından veya onun eğitilmiş olduğu bir görevli tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Türk hukukunda ziyaretçilerin ve görüşmeye çıkacak mahpusun aranması Ziyaret Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin Mandela Kuralları ile genel olarak uyumlu olduğu söylenebilir. Gerçekten Yönetmelik m. 5/1-n fıkrasında, aramalarda insanın saygınlığını küçültecek, onurunu incitecek veya aramanın amacıyla bağdaşmayacak tutum ve davranışlarda bulunulamayacağı belirtilmiştir.

Ziyarete çıkacak mahpuslar, odalarından çıkışlarında ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tabi tutulmaktadır (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-m). İnfaz Kanunu'nun 36. maddesinde de hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak mevzuatımızda mahpusların ziyaret öncesi veya sonrasında beden muayenesine tabi tutulmasına imkân veren bir düzenleme bulunmadığı özellikle ifade edilmelidir. CMK m. 75/4'te cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi⁶⁹ sayılacağı açıkça belirtilmiştir⁷⁰. Dolayısıyla bir

⁶⁹ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde, iç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın
YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

mahpusun yasaklı eşya sakladığı gerekçesiyle (veya herhangi bir gerekçeyle) cinsel organının veya anüs bölgesinin kontrol edilmesi mümkün değildir. Yalnızca koşullarının oluşması halinde bir ceza soruşturmasının başlatılması ve hâkim kararının olması halinde bu bölgelerin kontrol edilmesi söz konusu olabilecektir⁷¹.

Ceza infaz kurumu görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranmakta; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmekte, ayrıca şüphe hâlinde elle aranmaktadır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılmaktadır⁷².

Mandela Kuralları'nda rahatsız edici aramaların, aranacak kişi ile aynı cinsiyetteki bir görevli tarafından yürütüleceği ifade edilirken Türk hukukunda konuya yaklaşım, yalnızca kadın ziyaretçiler bakımından söz konusudur. Gerçekten Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 6/2'ye göre kuruma giren kadınlar, kadın infaz koruma memurları veya kadın jandarma görevlileri tarafından, bulunmamaları halinde, ceza infaz kurumu müdürünün istemi, Cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine, mülki amir tarafından görevlendirilecek kadın memurlarca aranacaklardır.

Uygulamada el ile aranmanın kural haline getirildiği ve aramalarda sık sık sınırın aşıldığı ifade edilmektedir⁷³ ki bu durum hem Mandela Kuralları ile ortaya konan yaklaşıma hem de Yönetmelik'te yer aldığı şekliyle sadece

boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini olarak tanımlanmıştır. Yönetmelik'e erişim için

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, son E.T.: 02.11.2020.

⁷⁰ Ayrıca bkz. CGK, E. 2016/10-236, K. 2019/55 ve T. 24.01.2019 (www.kazanci.com).

⁷¹ AİHM, başvurucudan herhangi bir güçlü ve özel bir şüphe olmaksızın yalnızca bir şey sakladığından bahisle iki yıl boyunca her ziyaret sonrası "eğilmesi ve öksürmesi"ni istenmesinin ve anüs bölgesinin kontrol edilmesinin aşağılayıcı muamele oluşturduğuna ve AİHS'in 3. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Frérot / Fransa Kararı, B. No: 70204/01, KT: 12.06.2007, par. 47-48, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81008>, E.T.: 03.09.2020).

⁷² Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcılar ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler (İnfaz Kanunu m. 86/3).

⁷³ Süslü, s. 273.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

şüphe halinde elle arama yapılacağına ilişkin düzenlemeye aykırıdır. Öte yandan kapalı ceza infaz kurumlarında yapılan açık görüşlerde, hükümlü ile ziyaretçi arasında olası bir yasak madde alışverişlerini önleme amacıyla bu kişilerin yan yana oturmalarına müsaade edilmediği belirtilmektedir⁷⁴. Bu durumun, açık görüşün maddi temasa imkân verecek bir biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği kaidelerini ciddi anlamda sınırladığı söylenmelidir.

Ziyaretin Sona Erdirilmesi

Ziyaret ve görüşlerde, kurallara uymayan heyet ve kişilerin ziyaret ve görüşmeleri sürdürmelerine derhal son verilmektedir. Suç oluşturan davranışlar, kurum idaresince tutanakla tespit edilerek, ilgili adlî ve idarî makamlara bildirilmektedir. Görüşme hakkına sahip özel kişilerin kurum güvenliğinin korunması amacıyla alınan tedbirlere aykırı istek ve davranışları nedeniyle görüşme hakları, ceza infaz kurumunun en üst amirince bir aydan bir yıla kadar kısıtlanabilmektedir. Mahpusu müdafiliğini üstlenen avukatlar bakımından bu kısıtlama yoluna gidilememektedir. Ancak her halde ceza infaz kurumunun en üst amiri durumu tutanakla adlî makama bildirebilmektedir (Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/1-o).

Mahpusun Ailesi ve Yakınlarını Ziyaret Etmesi (İzin)

Mahpusun, ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkını kullanması, bu kişiler tarafından ziyaret edilmesi ile gerçekleşebileceği gibi kendisinin bulunduğu infaz kurumundan geçici süre ile çıkması suretiyle de gerçekleşebilmektedir. Özellikle mahpusun ailesi ve yakınlarından bir veya birkaçının, hastalanması veya ölmesi ya da doğal afet gibi sebeplerle zarara uğraması hallerinde onların yanında olması gerekebilmektedir. Mazeret izni ismi verilen bu izin dışında mahpusa, ailesi ve yakınlarıyla bağlarını güçlendirmesi ve kendisini dış dünyaya hazırlaması için özel izin veya iş arama izni de verilebilmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Tehlikeli Tutuklu ve Hükümlülerin Hapsedilmesi ve İyileştirilmesi Hakkında R (82) 17 Sayılı Tavsiye Kararı'nda mahkumlara izin verilmesinin; cezaevlerini insani hale getireceği, hapsedilme koşullarını iyileştireceği ve onların yeniden toplumla bütünleşmesini kolaylaştıracağı belirtilerek üye devletlerin hükümetlerine birtakım tavsiyelerde bulunulmuştur. Bu bağlamda, mahkumlara mümkün olduğunca çok izin kullandırılması, izin talebinin yalnızca bu hakkın daha önce suistimal edilmiş olması halinde bir disiplin cezası olarak

⁷⁴ Süslü, s. 273.

reddedilmesi, izin talebi reddedilen mahkûma ret gerekçelerinin mümkün olabilen en geniş ölçüde tebliğ edilmesi ve ret işlemini yeniden gözden geçirebilecek vasıtaların sağlanması tavsiye edilmiştir.

Mahpusun dış dünya ile iletişimini güçlendirmenin en doğal yolu olan izin hakkı⁷⁵, Türk hukukunda esasen bir hak değil, bir nevi ödül olarak düzenlenmiştir. Zira bu iznin kullandırılması, Cumhuriyet Başsavcılığının⁷⁶ (istisnai olarak Adalet Bakanlığının) takdirine bırakılmıştır. Öyle ki İnfaz Kanunu'nda redde ilişkin bir itiraz mercii gösterilmemiştir. Yargıtay da 94. maddenin ikinci fıkrasındaki hallerde izin verme konusunda Cumhuriyet Başsavcısına tamamen takdir hakkı verildiği, izin verilmesine veya verilmemesine karşı bir yasa yolu öngörülmediğinden, infaz hakimliğince itirazın esastan incelenemeyeceği görüşündedir⁷⁷. Kanaatimizce Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası⁷⁸ ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası⁷⁹ uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığının ret kararlarına karşı infaz hakimliğine şikâyet başvurusu yapılabilirdir⁸⁰. Öte yandan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (İnfaz Tüzüğü) 139. maddesi uyarınca izin talebinin reddi gerekçesiyle birlikte mahpusa bildirilecektir⁸¹.

İnfaz Kanunu'nun 93. maddesi uyarınca izinde geçen süreler, hükümlülükte geçmiş sayılmaktadır⁸². Öte yandan izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında TCK

⁷⁵ Erdoğan, s. 1567.

⁷⁶ Kanun'daki Cumhuriyet Başsavcılığının (veya Cumhuriyet Başsavcısının) ibaresinin, infaz kurumunun bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına (veya Cumhuriyet Başsavcısına) işaret ettiği kanaatindeyiz. Benzer yönde bkz. Erdal Yerdelen, Ali Murat Nas, **Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret İzinleri**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, Sa. 34, Nisan 2018, s. 111 (77-121).

⁷⁷ 3. CD, E. 2016/1443, K. 2016/2852 ve T. 10.02.2016; 1. CD, E. 2016/2186, K. 2016/3206 ve T. 21.06.2016 (www.kazanci.com, E.T.: 30.09.2020).

⁷⁸ Anayasa m. 40/2: “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

⁷⁹ İnfaz Hakimliği Kanunu m. 4/2: “Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahedeye tâbi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, **izin**, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.”

⁸⁰ Benzer yönde bkz. Yerdelen/ Nas, s. 117.

⁸¹ İnfaz Tüzüğü m. 139: “Hükümlünün mazeret izin talebi, Cumhuriyet başsavcılığınca uygun görülmemesi hâlinde durum, gerekçesiyle birlikte hükümlüye bildirilir.”

⁸² Tutuklular hakkında düzenleme İnfaz Kanunu'nun 116. maddesinde yer almaktadır. İlgili maddede her ne kadar tutuklulukta geçen sürenin hesabına ilişkin bir belirleme yapılmamış olsa da kanaatimizce izinde geçen süreler de azami tutukluluk süresinin hesabında ve mahsup aşamasında tutuklulukta geçmiş gibi dikkate alınmalıdır.

m. 292’de düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması (fırar) suçu hükümleri uygulanmaktadır⁸³. İzin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler ise disiplin işlemine tabi tutulmaktadır⁸⁴. Ayrıca izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler ile fırar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmemektedir (İnfaz Kanunu m. 97/3).

Yukarıda üç tür izin olduğunu belirtmiştik ancak konumuz kapsamında yalnızca mazeret izni ile özel izni ele alacağız.

Mazeret İzni

Mandela Kuralları’nın 70. ve ACK’nin 24. maddesinde cezaevi idaresinin, mahpusa yakın bir akrabasının veya önemli başka herhangi bir kişinin ciddi hastalık veya ölümünü derhal bildirmesi ve koşullar izin verdiği takdirde mahpusun hasta yakınının yanında olmasına veya cenaze törenine katılmasına izin vermesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁵. Bu kurallar uyarınca İnfaz Kanunu’nun 94. maddesinde yer alan “*izin verilebilir*” ifadelerinin “*izin verilir*” olarak değiştirilmesi isabetli olacaktır. İnfaz Kanunu hükümlü ve tutuklular için mazeret iznini ayrı ayrı düzenlemiştir.

Türk hukukunda hükümlüler için mazeret izni; ölüm, cenazeye katılım, ağır hastalık ve doğal afet olmak üzere dört nedenle verilmektedir. İnfaz Kanunu m. 25/1-g⁸⁶ ve 94/2’de⁸⁷ yer alan düzenlemeler nedeniyle

⁸³ Yeni Koronavirüs Hastalığına (COVID-19) karşı tedbirler kapsamında, İnfaz Kanunu’nun 97. maddesine, 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun’un 38. maddesiyle, salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönmeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmeyeceği düzenlemesi eklenmiştir.

⁸⁴ “*Dosya kapsamına göre, suç tarihinde açık ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan D.. M., 14/10/2013 tarihinde başlayan 6 günlük izin süresinin bittiği günün teslim olma saatinden 47 dakikalık bir gecikme ile cezaevine giriş yapması nedeniyle cezaevi görevlilerince tutulan tutanak üzerine hücreye koyma cezası ile cezalandırılarak kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmiş ise de; hükümlünün çocuğunun hasta olması nedeniyle eve uğradığı ve seyahatinde aksiliklerle karşılaştığı yönündeki beyanlarına itibar edilerek 47 dakikalık gecikmenin makul bir süre olduğunun kabul edilmesi gerektiği kaldı ki hükümlüye verilen 08/10/2013 tarihli ve 2013/1648 izin defteri sıra nolu izin belgelerinde hükümlünün sadece teslim olması gerektiği tarihin 20/10/2013 olarak yazıldığı ve herhangi bir saat dilimine yer verilmediğinin de anlaşılması karşısında itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş...*” Bkz. 7. CD, E. 2014/32457, K. 2014/21699 ve T. 22.12.2014 (www.kazanci.com, E.T.: 30.09.2020).

⁸⁵ Mazeret izin taleplerinin reddine ilişkin AİHM kararlarının tarihsel yansımaları için bkz. Orçin, s. 115-117.

⁸⁶ İnfaz Kanunu m. 25: “(1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı rejimine ait esaslar aşağıda gösterilmiştir:
...g) Hükümlü hiçbir suretle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez”

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanlar hiçbir şekilde mazeret izninden yararlanamamaktadır.⁸⁸ Ayrıca mazeret izninin kullanılması yurt dışına çıkmayı gerektiriyorsa hükümlüye izin verilmeyecektir. Yine İnfaz Tüzüğü'nün 138. maddesinde, izne gidilecek yerin yol ve hava şartlarının uygun olması gerektiği de belirtilmiştir. Mazeret izninin nedenine göre süresi de değişmekte olup aşağıda belirtilen sürelerle yol süresi dahil değildir. Tüzüğün anılan maddesi uyarınca yol süresi, gidilecek mesafe göz önünde bulundurularak gidiş geliş için toplam dört günü geçmemek üzere verilmektedir.

i. Ölüm nedeniyle mazeret izni: Bu iznin kullanılabilmesi için hükümlünün, hükümlülük süresinin onda birini iyi hâlde geçirmiş olması⁸⁹, ölenin annesi, babası, eşi, kardeşi veya çocuğundan biri olması, izin talebinde bulunması, ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı gerekmektedir. İyi halle geçirilen sürenin belirlenmesinde, önceden tutuklu olarak geçirilen süre de mahsup işlemi yapılmak suretiyle dikkate alınacaktır⁹⁰. Ölüm nedeniyle mazeret izni yol dışında 10 güne kadar verilebilmektedir. Cenazenin kaldırılmış olması veya cenaze merasiminin tamamlanmış olması, bu iznin alınmasına engel teşkil etmeyecektir⁹¹. Zira cenazeye katılım için mazeret izni ayrıca düzenlenmiştir.

⁸⁷ İnfaz Kanunu m. 94/2: “*Bu Kanunun 25 inci maddesi kapsamına girenler hariç...*”

⁸⁸ Esasen İnfaz Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrasında, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanlara ilişkin bir ayırım gözetilmemiştir. Bu nedenle birinci fıkradaki hallerde bu hükümlülerin de mazeret izni kullanabileceği, kanun koyucunun insani amaçlarla özellikle ölüm izni bakımından bu yönde bir düzenlemeye gittiği savunulabilir. Ancak hem İnfaz Kanunu'nun 25. maddesi hem de Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik'in 5. ve 6. maddeleri, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü olanlara bu izinlerin verilmeyeceğini açıkça belirtmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce 94. maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenleme, kanun yapma tekniğindeki bir zafiyetten ibarettir. Benzer yönde bkz. Erdoğan, s. 1570.

⁸⁹ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 36. maddesiyle iyi halin belirlenmesine ilişkin detaylı düzenlemeler getirilmiştir. Ancak çalışmanın hacminin artmaması adına, İnfaz Kanunu'nun “*Hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi*” başlıklı Kanun'un 89. maddesine göre, iyi halin belirlenmesinde hükümlünün, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığının dikkate alınacağını belirtmekle yetiniyoruz.

⁹⁰ Erdoğan, s. 1569.

⁹¹ Erdoğan, s. 1569.

ii. *Cenazeye katılmak için mazeret izni*: Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanlar hariç tüm hükümlülere, ikinci derece dahil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin ölümü nedeniyle cenazesine katılması için yol süresi dışında iki güne kadar izin verilebilmektedir. Bu iznin kullanılabilmesi için güvenlik bakımından sakınca oluşturmama, tehlikeli olmama, izin için talepte bulunma ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı gerekmektedir. Cenaze defnedilse bile ölüm tarihinden itibaren üç gün içinde hükümlüye izin verilebilecektir⁹². Hükümlülük süresinin beşte birini iyi hâlde geçirmiş olan hükümlünün, annesi babası, eşi, kardeşi veya çocuğundan birinin ölmesi halinde izin süresinin 10 gün olması nedeniyle *ölüm nedeniyle mazeret izni* talep etmesi; ölenin ikinci derece dahil kayın hısımlarından biri olması halinde ise *cenazeye katılmak için mazeret izni* talep etmesi doğru olacaktır. Hükümlüye, bu mazeret izni süresince dış güvenlik görevlisi refakat edecektir⁹³.

iii ve iv. *Ağır hastalık ve doğal afet nedeniyle mazeret izinleri*: Ağır hastalık nedeniyle mazeret izni kullanılmasında hükümlülük süresinin onda birini iyi hâlde geçirmiş olanlar ile diğer hükümlüler arasında ayırım yapılmıştır. İlk kategorideki bir hükümlü; annesi, babası, eşi, kardeşi veya çocuğunun yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır hastalık hâllerini belgelendirmesi⁹⁴, izin talebinde bulunması, kurum en üst amirinin görüşü, Cumhuriyet Başsavcılığının önerisi ve Adalet Bakanlığının onayı ile mazeret izni kullanabilmektedir. İnfaz Tüzüğü m. 138/4-d'e göre, hastalığı belgeleyen resmî raporun, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekim tarafından imzalanmış olması gerekmektedir⁹⁵. Bu nedenle

⁹² Bu konuda Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 12.07.2013 gün ve 35322520.208.03/6711/90660 sayılı yazısı için bkz. Kemal Mecit, **İnfaz Hukuku**, 4. Baskı, Adalet Yay., 2017, s. 723.

⁹³ İnfaz Tüzüğü m. 138/6'da açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün refakatsiz gönderileceği belirtilse de Kanun'un açık düzenlemesi karşısında Tüzüğün uygulanma olanağı yoktur. Öte yandan mazeret iznine refakat eden dış güvenlik görevlilerinin harcırah ve yol giderleri, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 138 inci maddesinin altıncı fıkrası çerçevesinde, hükümlü veya tutuklu tarafından ödenecektir (Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik m. 13).

⁹⁴ İnfaz Kanunu m. 94/1-b'de ağır hastalık hali ile doğal afet hali "veya" bağlacıyla bağlanmış ve devamlarına *belgelendirilmesi* ibaresi getirilmiştir. Bu bakımından belgelendirmenin her iki hal için de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Aksi yönde bkz. Yerdelen/ Nas, s. 97, 98.

⁹⁵ Yargıtay, özel hastanelerden alınan raporu kabul etmemektedir. "*Hükümlünün ablası olan ... rahatsızlığına dair raporun ... Hastanesi tarafından düzenlendiği gözetilerek anılan raporun resmi rapor niteliğinde olmadığı değerlendirilerek itirazın kabulü yerine yazılı* YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

mazeret izni yol dışında 10 güne kadar verilebilmektedir. Hükümlülük süresinin onda birini iyi halle geçirmiş olan bu hükümlüler, aynı koşul ve süreyle deprem, su, baskını, yangın gibi felaketler nedeniyle de mazeret izni kullanabilmektedir. Kanaatimizce, bu izin talepleri Adalet Bakanlığının onayına bağlı olduğu için ret kararlarının yargısal denetiminin genel görevli idari yargı mercilerince yapılması gerekmektedir⁹⁶.

Hükümlülük süresinin onda birini iyi halle geçirmemiş olan hükümlüler de ağır hastalık nedeniyle mazeret izni kullanabilirler⁹⁷. Ancak bu hükümlüler için ayrıca, güvenlik bakımından sakınca oluşturmama, tehlikeli olmama⁹⁸ şartları aranmaktadır. İzin verilmesi için hastalığın sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi⁹⁹, izin için talepte bulunulması ve Cumhuriyet Başsavcısının onayı gerekmektedir. Yukarıdaki kişiler dışında eşin anne ve babası da bu koşullar ile ziyaret edilebilmektedir. Dolayısıyla hükümlülük süresinin onda birini iyi halle geçirmiş olan hükümlü de hastalanan kayınvalidesi veya kayınpederini bu koşullar ile ziyaret edebilir. Ancak bunlardan her biri için asgari bir arayla toplam iki defaya¹⁰⁰ mahsus olmak üzere hasta ziyareti izni alınabilmekte ve iznin süresi de yol dışında yalnızca bir güne kadar verilmektedir. Ayrıca bu izin kullanırken hükümlüye, dış güvenlik görevlisi refakat edecektir¹⁰¹.

şekilde reddine karar tesisinde isabet görülmediğinden...” Bkz. 1. CD, E. 2016/1807, K. 2016/1655 ve T. 04.04.2016 (www.kazanci.com, E.T.: 30.09.2020).

⁹⁶ Mecit, s. 724, 725.

⁹⁷ Bu imkân, 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun ilk halinde bulunmamakta olup 6301 sayılı Kanun ile 2012 yılında getirilmiştir.

⁹⁸ Tehlikeli hükümlü İnfaz Tüzüğü'nün 76. maddesinde tanımlanmıştır: “*Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlal edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlü sayılır.*”

⁹⁹ Kanun koyucu, bu hükümlüler için hastalığın “sağlık kurulu raporu” ile belgelendirilmesini aramıştır. Bu nedenle İnfaz Tüzüğü'nde belirtilen şekliyle raporun iki hekim tarafından imzalanmış olması yeterli olmayacaktır. Bu konuda 30.09.2019 tarihli Sağlık Raporları Usul ve Esasları Hakkında Yönerge'nin dikkate alınması gerekmektedir. Yönerge'ye erişim için bkz. <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/33129,1--saglik-raporlari-usul-ve-esaslari-hakkinda-yonergepdf.pdf?0>, E.T.: 24.03.2020.

¹⁰⁰ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi bu izin, anılan kişilerin her biri için yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere verilebiliyordu.

¹⁰¹ İnfaz Kanunu, ağır hastalık nedeniyle mazeret izni süresince, hükümlünün refakatli mi refakatsiz mi olacağını, hükümlülük süresinin beşte birinin iyi halli olarak geçirilip geçirilmediğine göre belirlemektedir. Bu bakımdan Tüzük'teki ilgili düzenlemenin uygulanma alanı yine bulunmamaktadır.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

Tutuklular için mazeret izni ise cenazeye katılım ve ağır hastalık olmak üzere iki nedenle verilmektedir. Cenazeye katılım nedeniyle mazeret izni alınabilmesi için cenazesi kaldırılacak olan kişi, tutuklunun ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından biri ya da eşi olmalıdır. Ağır hastalık nedeniyle mazeret izni alınabilmesi için yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır hastalık hâli, tutuklunun annesi, babası, eşi, kardeşi, çocuğu veya kayınvalidesi ya da kayınpederinden birinde olmalıdır. Ayrıca bu hastalık hali, sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmelidir. Bunun dışında her iki nedenle alınacak mazeret izninin koşulları aynıdır. Buna göre, izin verilmesi için tutuklunun cezaevinden çıkmasının soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturmaması ile izin verilmesi yönünde ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının¹⁰² onayı gerekmektedir. Soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti bakımından sakınca oluşturmama koşulunu, 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinde yer alan tutuklama nedenleri ile birlikte ele almak gerekmektedir. Buna göre, izin verilmesi şüpheli veya sanığın kaçmasına, delilleri yok etmesine, gizlemesine veya değiştirmesine ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmasına imkân tanıyacaksa bir sakıncanın varlığından bahsedilebilir. Ancak her halükârda tutukluya izin süresince dış güvenlik görevlisi refakat edeceği için bu sakıncaların önemli ölçüde bertaraf edilebileceği unutulmamalıdır¹⁰³. Hısımlardan her biri için asgari bir arayla toplam iki defaya¹⁰⁴ mahsus olmak üzere hasta ziyareti mazeret izni alınabilmektedir. Cenazeye katılım için verilecek iznin süresi yol dışında iki güne kadar; ağır hastalık nedeniyle verilecek iznin süresi ise yol dışında bir güne kadardır. Ayrıca mazeret izninin kullanılması yurt dışına çıkmayı gerektiriyorsa hükümlü gibi tutuklaya da izin verilmeyecektir.

Mahpusun izin süresi içinde gece konaklaması gerekirse; kendi evi veya ikinci derece dahil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin evinde, güvenli görülen başka bir yerde ya da gidilen yerde bulunan kapalı ceza infaz kurumunda kalmasına, güvenlik hususu değerlendirilmek ve gerekli

¹⁰² 20.11.2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 102. maddesiyle bu fıkrada yer alan “*soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde kovuşturmayı yürüten hâkim veya mahkeme tarafından,*” ibareleri “*ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet başsavcılığının onayı ile*” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 96. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

¹⁰³ Benzer yönde bkz. Yerdelen/ Nas, s. 109, 110.

¹⁰⁴ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi bu izin, anılan kişilerin her biri için yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere verilebiliyordu.

güvenlik tedbirleri alınmak suretiyle, gidilen yerin valisi tarafından karar verilmektedir (İnfaz Kanunu m. 94/son ve 116/4).

Özel İzin

Özel izin, hükümlülerin aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla üç ayda bir yol hariç yedi güne¹⁰⁵ kadar ceza infaz kurumlarından ayrılmasına imkân veren bir düzenlemedir (İnfaz Kanunu m. 95). Özel izinden açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanmakla birlikte nakledileceği kurumun kapasitesi veya hükümlünün yaşı ve sağlığı gibi nedenlerle açık kurumlara gidemeyen hükümlüler ve çocuk eğitimevlerinde bulunan çocuk hükümlüler yararlanabilir¹⁰⁶. Bu izin verilmesi kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayına bağlıdır. Özel izin kullanmasında iç ve dış güvenlik görevlilerinin gözetimi aranmamaktadır (İnfaz Tüzüğü m. 140).

Yeni Koronavirüs Hastalığına (COVID-19) karşı tedbirler kapsamında, bu izinlerin, 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle, hastalık veya doğal afet gibi zorunlu hâllerde birleştirilerek kullanılabilmeye imkânı getirilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi bu süre üç gündü.

¹⁰⁶ Tazyik hapis cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında infaz edilmekte ise de bu cezalar yönünden İnfaz Kanunu hükümleri uygulanamayacağından hükümlünün özel izin hakkı bulunmamaktadır. Bkz. 19. CD, E. 2015/17757, K. 2015/7457 ve T. 19.11.2015 (www.kazanci.com, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁷ Öte yandan 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle yine COVID-19 karşı tedbirler kapsamında; ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlülerin, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlülerin ve 106. madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlülerin, 31.05.2020 tarihine kadar izinli sayılacağına ilişkin İnfaz Kanunu'na geçici madde eklenmiştir. Bu düzenleme uyarınca toplam 64.661 hükümlü Kovid-19 iznine gönderilmiştir. Bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarında-kovid-19-pandemi-surecine-dair-kamuoyu-aciklamasi17062020045113>, son ET: 03.11.2020. Maddede ayrıca, salgının devam etmesi hâlinde bu sürenin, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ay geçmemek üzere üç kez uzatılabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda izin sürelerinin; ilk önce 31 Mayıs 2020 tarihinden itibaren iki ay süre ile daha sonra 31 Temmuz 2020 itibaren iki ay süre ile ve en son 30 Eylül 2020 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatılmasına karar verilmiştir. Bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsamında-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru25092020044407>, son ET: 03.11.2020.

Görüşme Hakkının Sınırlandırılması

Mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkının, İnfaz Kanunu'nda yer alan ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve ziyaretçi kabulünü kısıtlamaya ilişkin düzenlemeler uyarınca sınırlandırılması mümkündür. Bununla birlikte mahpusun, ailesi ve yakınlarının ikamet ettiği yerden uzak bir ceza infaz kurumuna yerleştirilmesi veya daha sonra uzak bir yere nakledilmesi de ziyaretlerin gerçekleşmesini zorlaştırmakta, bir bakıma sınırlamaktadır. Hükümlünün ikinci defa cezalandırılmasına neden olan bu ikinci bu hali, fiili sınırlama olarak nitelendirdik.

Bir Disiplin Cezası Olarak Ziyaret Hakkının Sınırlandırılması

ACK, derdest bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli olması halinde ziyaretlere kısıtlama konulabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu kısıtlamaların, her halükârda kabul edilebilir asgari bir iletişime izin verecek düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir (ACK m. 24.2). Bu bakımdan Türk infaz hukukundaki bir disiplin cezası olarak ziyaret hakkına sınırlama getiren halleri incelemeye başlamadan önce ifade edilmelidir ki sınırlamalar, istisnai, gerekçeli ve geçici olmalıdır¹⁰⁸.

Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, mahpusun İnfaz Kanunu'nda gösterilen kimi eylemleri işlemesi nedeniyle bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşüne çıkarılmamasıdır (İnfaz Kanunu m. 43 ve m. 116/1). Yalnızca yetişkin mahpuslara uygulanabilen bu disiplin cezasını gerektiren eylemler şunlardır¹⁰⁹: Sayım yapılmasına karşı çıkmak; aramaya karşı çıkmak; seveke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak¹¹⁰; kurumda korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde söz

¹⁰⁸ AİHM'in o zaman yürürlükte olan Tüzük hükümlerinin kanunilik şartını sağlamadığı için ihlal kararı verdiği *Gülmez / Türkiye* kararında, çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte farklı bir gerekçe de ortaya koyan Yargıç Mularoni'nin şu ifadeleri dikkate değerdir: "Aileyle olan iletişimin bir yıl boyunca tamamen yasaklanması 8. maddenin özüne dokunan açıkça orantısız bir disiplin cezasıdır.". AİHM, *Gülmez / Türkiye Kararı*, B. No: 16330/02, KT: 20.05.2008, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-86368>, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁹ Disiplin cezasını gerektiren eylemlerin esasen ceza infaz kurumunda işlenmesi gerekmele birlikte İnfaz Kanunu'nun 37. maddesine, 2020 yılında 7242 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle hükümlünün duruşma, sağlık, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerlerin de disiplin cezalarının uygulama koşulu bakımından ceza infaz kurumunu kabul edileceği hükmü eklenmiş ve böylelikle disiplin cezası gerektiren eylemlerin anılan yerlerde işlenmesi halinde de disiplin cezası uygulanabileceği belirtilmiştir.

¹¹⁰ Bulunduğu açık ceza infaz kurumundan başka bir açık ceza infaz kuruma nakline karar verilen mahpusa yanında kurum görevlisi olmaksızın 12 saatlik nakil izin belgesi verilmiş ancak mahpus bu süreye uymayarak geç teslim olmuştur. Yargıtay söz konusu eylemin, *YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)*

söylemek veya davranışta bulunmak¹¹¹; hükümlülerin haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum hekimince muayene ve tedavi edilmelerini, avukat tayin etmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet Başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engellemek, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik etmek, bu yolda talimat vermek, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanaklarını engellemek; kumar ve benzeri oyunlar oynamak veya oynatmak. Söz konusu hallere ayrıca, Kasım 2017’de 696 sayılı Kanun Hükümde Kararname ile getirilen ve daha sonra 7079 sayılı Kanun’un 95. maddesiyle aynen kabul edilen ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymeme veya verilen kıyafetlere kasten zarar verme eylemi de eklenmiştir¹¹². Resmî ve yetkili merciler ile avukatlar ve yasal temsilcilerle görüşmelerde bu madde hükmü uygulanmamaktadır.

Öte yandan hücreye koyma veya odaya kapatma disiplin cezaları, kendi içlerinde ziyaretçi kabulünden yasaklama halini de içermektedir. Bu sebeple çalışmamızda yer vermemiz gereken bu cezalardan hücreye koyma, yalnızca yetişkin mahpuslar için uygulanabilirken odaya kapatma ise sadece çocuk mahpuslara uygulanabilmektedir. Bu noktada hemen belirtelim ki hücre cezasının bir ceza olarak ancak istisnai durumlarda ve olabildiğince kısa sürecek bir zaman için uygulanması gerekmektedir (ACK m. 60.5).

İnfaz Kanunu’nun 44. maddesinde düzenlenen hücreye koyma cezası, mahpusun eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne

nakil süresine riayet etmemekten ibaret olduğu ve “sevke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak” eylemine uymadığı gerekçesiyle mahpusa ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası verilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. 1. CD, E. 2016/1860, K. 2016/2104 ve T. 25.04.2016 (www.kazanci.com, son E.T.: 02.11.2020). Bu noktada ifade edelim ki İnfaz Kanunu’nun 97. maddesi uyarınca izinden dönmek veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönmek TCK m. 292’de düzenlenen firar suçunu meydana getirmektedir. Firar, hücreye koyma disiplin cezasını gerektiren eylemler içinde sayılmıştır.

¹¹¹ Mahpusun, ceza infaz kurumu çatısına çıkarak bağırması, tel örgüleri sallaması ve güvenlik görevlilerinin dur ihtarına uymaması şeklindeki eylemi korku ve panik yaratabilecek bir eylem olarak nitelendirilmiştir. Bkz. 1. CD, E. 2010/2631, K. 2010/4060 ve T. 01.06.2010 (www.kazanci.com, son E.T.: 02.11.2020).

¹¹² Tek tip kıyafet uygulamasına imkân veren bu düzenlemenin AİHS’e uygun olup olmadığı hakkında bkz. Ufuk Yeşil, **Hukuk ve İnsan Hakları Bağlamında OHAL Uygulamaları**, Alternatif Yay., 2019, s. 364 vd.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır. Kanun koyucu 10 güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemler¹¹³ ile 11 günden 20 güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemleri¹¹⁴ ayrı ayrı belirlemiştir¹¹⁵. Hücre, yaşamsal gereksinimleri karşılayacak biçimde düzenlenmektedir. Bu ceza, mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşmesine engel olurken, resmî ve yetkili merciler ve avukat ile görüşmesine engel olmamaktadır (İnfaz Kanunu m. 44/5). Hücreye koyma cezasının başlaması, infaz hakiminin onayını ve mahpusun hekim tarafından muayene edilmesini gerektirmektedir. Yapılan muayenede ilgilinin bu

¹¹³ “a) Kurum tesislerine, araç ve gereçlerine zarar vermek. b) Tünel kazmaya teşebbüs etmek. c) Firara teşebbüs etmek. d) Hükümlü ve tutukluları idareye karşı kıskırtmak veya isyana kalkışmak. e) Hükümlü ve tutukluları daha az cezayı gerektiren şekilde kasten yaralamak. f) Hükümlü ve tutuklular üzerinde baskı kurarak çıkar sağlamak, özel işleriyle başka işlerde kullanmak, bunlara kalkışmak veya bu amaçları gerçekleştirmek için oluşturulan gruplara katılmak veya bunlarla dayanışma içinde olmak. g) Üçüncü fıkranın (g) bendinde belirtilenler dışında kalıp da Kanuna uygun olarak yasaklanmış bulunan her türlü eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmak, bulundurmak, kullanmak. h) Sayım ve aramalar ile 43 üncü maddenin (e) bendinde belirtilen faaliyetlere şiddet kullanarak engel olmak veya buna kalkışmak. ı) Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet teklif etmek veya vermeye kalkışmak. j) Kurum görevlilerine hakaret veya tehditte bulunmak. k) Kuruma, kurum görevlilerine veya hükümlü ve tutuklulara ait şeyleri çalmak veya bunlara kasten zarar vermek. l) İzin süresini özürsüz olarak en fazla iki gün geçirmek. m) Hükümlü ve tutukluların beslenmelerini engellemek, açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik veya ikna etmek, bu yolda talimat vermek.”

¹¹⁴ “a) İsyân çıkartmak. b) Kuruma ağır zarar vermek. c) Kasten yangın çıkarmak. d) Adam öldürmek veya öldürmeye kalkışmak. e) Hükümlü ve tutukluları kasten veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamak ile görevlileri her türlü kasten yaralamak. f) Cinsel saldırıda veya çocuklara karşı cinsel istismarda bulunmak, bu suçlara kalkışmak veya cinsel tacizde bulunmak. g) Her türlü ateşli silâh, mermi, patlayıcı madde, kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici alet, yakıcı, aşındırıcı, boğucu, bayıltıcı, kör edici gaz ve ecza, her türlü zehir ve uyuşturucu ilâç ve madde, cep telefonu, telsiz ve sair elektronik haberleşme aracını kuruma sokmak, bulundurmak, kullanmak. h) Görevlileri veya hükümlü ve tutukluları rehin almak. ı) Firar etmek veya tünel kazmak. j) Hükümlü ve tutuklular üzerinde baskı kurarak çıkar sağlamak, özel işleriyle başka işlerde kullanmak, bunlara kalkışmak veya bu amaçları gerçekleştirmek için nüfuz kullanarak grup oluşturmak. k) Suç örgütlerine ait her türlü yayın, bez afiş, pankart, resim, sembol, işaret ve benzeri eşyayı kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek. l) Suç örgütlerinin eğitim ve propaganda faaliyetlerini yapmak veya yaptırmak. m) Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet vermek.” Hücreye koyma disiplin cezası gerektiren bu hallere, n) fıkrası olarak 2020 yılında 7242 sayılı Kanun’un 25. maddesiyle “Kuruma alkol sokmak, kuruma alkol bulundurmak veya kullanmak” da eklenmiştir.

¹¹⁵ Hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlere ilişkin Yargıtay örnekleri için bkz. Özkavalcı, s. 90-92.

cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılmakta veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilmektedir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmemekte; bunun yerine on güne kadar hücreye koyma cezası gerektiren hallerde iki ay ve on bir günden yirmi güne kadar hücreye koyma cezası gerektiren hallerde dört ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanmaktadır (İnfaz Kanunu m. 48/1-c). 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle anılan şekli alan bu düzenleme, değişiklik öncesi, hücreye koyma cezasının iki katı süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası olarak uygulanması şeklindeydi. Dolayısıyla bu tür bir durumda, mahkûm azami olarak 40 gün süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun kalıyordu. Mevcut düzenleme ile bu süre dört ay çıkmıştır ki bu durumun aleyhe bir düzenleme olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu kadar uzun bir süre ile mahpusu ailesi ve yakınlarıyla görüşmekten uzaklaştırmanın cezanın infazının amacıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Kanımızca değişiklik isabetli olmamıştır.

Bu bölümün başında hücre cezasının istisnai hallerde uygulanması gerektiğini ACK'den hareketle belirtmiştik. Ancak kanaatimizce toplam 27 bentte düzenlenen çok sayıda eylem nedeniyle verilen bu cezanın, istisnai durumlarda uygulandığı söylemek son derece güçtür. Bununla birlikte AYM, hücreye koyma cezasını düzenleyen maddenin iptali için yapılan başvuruyu incelediği bir kararında, maddenin Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir¹¹⁶. Mahkeme, hücreye koyma cezasının sadece belli eylemlere uygulanmasını ve cezanın süresinde kademeli bir yaklaşımın belirlenmiş olmasını göz önünde tutarak eylem ile yaptırım arasında adil bir dengenin kurulduğunu belirtmiştir. Gereğince ayrıca, cezanın infazının hâkimin onayına bağlı olmasına, hücrenin yaşamsal gereksinimleri karşılayacak biçimde düzenlenmesine ilişkin hüküm bulunmasına, cezanın resmî ve yetkili merciler ve avukat ile görüşmeye engel olmamasına ve cezanın infazı ile ilgili olarak mahpusun sağlık durumunun gözetildiğine dikkat çekilmiştir. Ancak AYM'nin hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerin çokluğunu değerlendirmeye almaması isabetli olmamıştır. Anayasanın 152. maddesinin 4. fıkrası¹¹⁷

¹¹⁶ AYM, E: 2013/137, K: 2014/94 ve KT: 22.05.2014.

¹¹⁷ "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

uyarınca 2024 yılına kadar tekrar Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez olan bu maddede, bir düzenlemeye gidilerek eylemlerin sınırlandırılması yerinde olacaktır.

Odaya kapatma cezası ise çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında ve kapalı ceza infaz kurumlarının çocuklara ayrılan bölümlerinde bulunan çocuk mahpusların, İnfaz Kanunu m. 46/8’de gösterilen eylemleri¹¹⁸ işlemleri nedeniyle beş güne kadar açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, gece ve gündüz tek başına bir odada tutulmasıdır. Bu ceza, çocuğun kurum görevlilerine istediği zaman ulaşmasına engel olunmayacak şekilde uygulanmaktadır. Çocuk, cezanın infazı öncesinde, sırasında ve sonrasında doktor kontrolünden geçirilmektedir. Ayrıca 7242 sayılı Kanun’un 28. maddesiyle, hücreye koyma cezasının infazı gibi, odaya kapatma cezasının infazının da infaz hakiminin onayı ile başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu ceza, çocuğun ailesi dışındaki kişiler tarafından ziyaret edilmesine engel teşkil ederken çocuğun; annesi, babası, kardeşleri, avukatı, resmi ve yetkili merciler ve yasal temsilcisiyle görüşmesini engellemektedir (İnfaz Kanunu m. 46/9 ve Ziyaret Hakkında Yönetmelik m. 5/2). Bu başlık altında bahsedilen disiplin cezaları mahpusların iyi halini de etkilemektedir¹¹⁹.

Çocuklar bakımından öngörülen diğer bir disiplin cezası ise “İznin ertelenmesi veya ziyaretlerin kapalı şekilde yaptırılması”dır. İnfaz Kanunu m. 50/7’de sayılan eylemlerin¹²⁰ niteliğine ve ağırlık derecesine göre

¹¹⁸ “a) Kurum içinde veya dışında yaralayıcı, öldürücü her türlü âlet, silâh ve patlayıcı madde kullanmak suretiyle herhangi bir kimseyi yaralamaya teşebbüs etmek, yaralamak. b) Bir kimseyi rızası hıfzına alıkoymak. c) Şiddet ve tehdit ile kurum görevlilerinin görevini engellemek. d) Firara teşebbüs etmek veya firar etmek. e) Kasten kurumun bina, eklenti ve donanımları ile taşınır ve taşınmaz mallarını yakmak veya yakmaya teşebbüs etmek, ağır hasar vermek. f) Hükümlü ve tutukluları idareye karşı kıskırtmak, isyan çıkartmak veya isyana teşebbüs etmek. g) Adam öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek. h) Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel tacizde bulunmak veya bunlara teşebbüs ve bu tür davranışlara kıskırtmak. ı) Görevlilere, diğer çocuklara işkence yapmak veya yaptırmak.”

¹¹⁹ Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası üç ay, hücreye koyma ile hücreye cezasına karşılık ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezalarında ise İnfaz Kanunu m. 44/2’ye giren hallerde altı ay; m. 44/3’e giren hallerde bir yıl süreyle iyi halin kazanılmasını engellemektedir. Odaya kapatma cezasında ise bu süre 90 gündür. Çocuğun bulunduğu kurumun disiplin kurulu, kurum kurallarına uyma, iyileştirme programında ilerleme veya verilen ceza ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesi durumunda, çocuk hakkında verilen disiplin cezasını süre koşulu aranmaksızın her zaman kaldırabilmektedir.

¹²⁰ “a) Diğer çocuklar üzerinde nüfuz kurmak ve husumet hislerini tahrike çalışmak, imtiyaz ve menfaat hırsı yaratmak. b) Her türlü bağımlılık yapıcı maddeyi kuruma getirmek, kullanmak, bulundurmak, satmak, kullanmış olarak kuruma gelmek. c) Başkalarına ait para

çocuğun izninin altmış güne kadar ertelenmesi veya kapalı ceza infaz kurumlarında açık ziyaretlerin altmış güne kadar kapalı şekilde yaptırılması mümkündür.

Disiplin soruşturmalarının usulü İnfaz Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, hücreye koyma ve odaya kapatma cezalarını gerektiren eylemler, kurumun en üst amirince atanan bir görevli tarafından, eylemin öğrenilmesinden itibaren derhâl ve en geç beş gün¹²¹ içinde soruşturulmaya başlanmaktadır. Soruşturma en geç on beş gün¹²² içerisinde tamamlanarak düzenlenen rapor ve ekleri disiplin kuruluna sunulmaktadır¹²³. Disiplin soruşturması yapılanlardan üç gün içinde savunmalarını vermeleri istenmektedir. Disiplin cezaları hükümlünün barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanmaktadır¹²⁴. Disiplin kurulu ya yasada yazılı disiplin cezası uygulanmasına ya da disiplin

ve eşyayı almak için zor kullanmak, haraç almak. d) Taarruz ve fırrara yarayacak ve gerektiğinde bu işler için kullanılabilir madde ve aletleri yapmak, saklamak, bulundurmak. e) İdareye ait olup kendisine verilmemiş bulunan yatak, battaniye, karyola ve dolap gibi eşyayı zapt etmek veya satmak ya da maddi menfaat karşılığı diğer çocuklara kullandırmak. f) Kurum görevlilerine hakaret etmek, karşı gelmek. g) Başkalarının güvenliğini veya sağlığını tehlikeye sokan davranışlarda bulunmak. h) Mazeretsiz olarak izinden dönmeye gereken zamandan geç dönmek ve uyması gereken koşullara uymamak. ı) Kuruma yasak eşya sokmak, başkasına vermek veya satmak. j) Okul, işyeri gibi gitmesi gereken bir yere gitmemek, katılması gereken faaliyetlere katılmamak. k) Hakaret veya iftira etmek, alçaltıcı söz söylemek veya davranışta bulunmak, başkalarını bu tür davranışlara kıskırtmak. l) Suç örgütlerinin propaganda ve eğitim faaliyetlerini yapmak veya yaptırmak. m) Kurum dışına izinsiz çıkmak. n) Kurumca verilen kimlik kartında veya kendisine verilen her tür belgede tahrifat yapmak, sahte belge düzenlemek, kullanmak. o) İyileştirme ve eğitim faaliyetlerinin yapılmasına engel olmak, katılanları faaliyetleri terk etmeye zorlamak veya kıskırtmak. p) Kasten başkasını yaralamak. r) Kurumda güvenlik amacıyla oluşturulan teknik, mekanik veya elektronik cihaz ya da sistemleri kasten etkisiz veya çalışamaz hâle getirmek yahut amacı dışında kullanmak.”

¹²¹ Soruşturmaya en geç iki gün içinde başlanacağı ibaresi 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle beş gün olarak değiştirilmiştir.

¹²² Soruşturmaya en geç yedi gün içinde tamamlanacağı ibaresi 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle on beş gün olarak değiştirilmiştir.

¹²³ Yargıtay, disiplin soruşturmasındaki iki ve yedi günlük sürelerin son gününün tatile denk gelmiş olmasının, ceza infaz kurumlarında mesai sınırlaması olmaksızın sürekli hizmet sunumunun devam ettiğinden bahisle soruşturma süresini uzatmayacağını belirtmektedir. Bkz. 9. CD, E. 2010/12813, K. 2010/13153 ve T. 22.12.2010 (www.kazanci.com, son E.T.: 02.11.2020).

¹²⁴ Hükümlünün ceza infaz kurumu dışındaki eylemleri nedeniyle yapılacak disiplin soruşturması, hükümlünün eylem öncesi en son barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulu tarafından yapılmaktadır.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

cezası verilmesine yer olmadığına karar vermektedir. Kanun'da, disiplin kurulu kararları gerekçeli olarak yazılacağı ve kararın şikâyet mercii ve süresi açıkça gösterilerek hakkında soruşturma yapılan derhal tebliğ edileceği belirtilmiştir. Şikâyet mercii İnfaz hakimliğidir (İnfaz Kanunu m. 52).

Son olarak İnfaz Kanunu'nda tutuklulara özgü başkaca ziyaretlerin sınırlandırılması halleri bulunmaktadır. İnfaz Kanunu m. 114/2'ye göre, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilmekte veya bu hususta kısıtlamalar koyabilmektedir. Bir sonraki maddede ise tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması tedbirleri uygulanabileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere arka arkaya düzenlenen bu iki madde iç içe geçmektedir ki burada kanun yapma tekniğinde bir zafiyet olduğu anlaşılmaktadır.

Ziyaret Hakkının Fiilen Sınırlandırılması

Mandela Kuralları'nın 59. maddesi ve ACK'nin 17.1. maddesine göre mahpusların, mümkün olduğu ölçüde evlerine veya sosyal rehabilitasyon yerlerine yakın cezaevlerine yerleştirilmesi gerekmektedir. Zira ziyaret hakkının gereği gibi kullanımı, mahpusun ailesinin ikamet ettiği yere yakın bir kurumda tutulmasını gerektirmektedir¹²⁵. Şüphesiz, bu gereklilik hem hükümlünün ilk yerleştirilmesinde hem de muhtemel nakilleri sırasında mevcuttur. Zira ziyaretçinin, ailesi ve yakınından biri olan mahpusu ziyaret etmesinin önündeki gitmesi gereken mesafe, belli bir finansal yüke katlanma, gerekli zaman ve enerji harcama gibi doğal engellerin¹²⁶ artırılmaması önemlidir.

Türk hukukunda ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkının fiilen sınırlandırılması bakımından tutuklu ve hükümlünün durumu aynı değildir.

¹²⁵ Andrew Coyle, **Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım**, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, Londra, 2002, s. 98 (<https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf>, E.T.: 05.05.2020), s. 95.

¹²⁶ Melike Orçin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 104.

Tutuklular kural olarak yargıladıkları yere en yakın ceza infaz kurumunda tutulurlar¹²⁷. Yargılama yerinin belirlenmesinde suçun işlendiği yer, şüphelinin yakalandığı yer ve yerleşim yeri öne çıkmaktadır (5271 sayılı CMK m. 12 ve 13). Bu sebeple tutuklunun söz konusu hakkının fiilen sınırlandırılması, yer bakımından yetki kuralları nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi sonradan başka bir kuruma nakledilmesi veya nakil isteminin reddedilmesi nedenleriyle de meydana gelebilmektedir. Hükümlüler ise esasen ikametgahlarının bulunduğu yerdeki ceza infaz kurumu yerleştirilmektedir. Şöyle ki İnfaz Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca hükümde gösterilen adrese¹²⁸ Cumhuriyet Başsavcılığınca kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenen suçlarda ise beş yıldan fazla hapis cezasının infazı için doğrudan yakalama emri çıkarılmakta; geri kalan hapis cezaları ve adli para cezasından çevrilen hapis cezalarının infazında hükümlüye önce çağrı kâğıdı gönderilmektedir. Çağrı kâğıdı alan hükümlü, kendisine belirtilen Cumhuriyet Başsavcılığına teslim olması akabinde o yerdeki ceza infaz kurumuna yerleştirilmektedir. Ancak hükümlü, tutuklu veya başka bir suçtan dolayı hükümlü olduğu için zaten bir ceza infaz kurumunda ise, mahkûmiyet ilamı o yer Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından infaz edilecektir. Sonuç itibarıyla hükümlünün söz konusu hakkının fiilen sınırlandırılması, çoğunlukla nakil yoluyla yerleşim yerinden uzak ceza infaz kurumlarına yerleştirilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu açıklamalar ışığında mahpusun nakli meselesi üzerinde durma zarureti doğmuştur.

Mahpusun Nakli

Mahpusun bir infaz kurumundan çıkartılarak bir diğerine yerleştirilmesi anlamına gelen nakil; mahpusun isteği üzerine, hastalık nedeniyle, eğitim ve öğretim nedeniyle, suç ve yargılama yeri nedeniyle, disiplin nedeniyle, zorunlu nedenlerle ve yabancı mahpusları için Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme veya Suçluların İadesine Dair Sözleşme gereğince söz konusu olabilmektedir¹²⁹. Ancak istek üzerine nakil, yalnız hükümlüler için söz

¹²⁷ Tutuklu sanığın, yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir ceza infaz kurumunda tutulmasının AIHS kapsamında mahkeme önünde hazır bulunma ilkesi, iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılanma ilkesinin ihlalinin oluşturabileceği hakkında bkz. Erdoğan, s. 1652.

¹²⁸ İnfaz Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrasında, çağrı kâğıdının hükümde gösterilen adrese tebliğ edileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan ilama, sanığın bilinen son adresi yazılmalıdır. Bkz. Erdoğan, s. 212.

¹²⁹ Erdoğan, s. 1652. Ayrıca bkz. ve krşl. Süheyl Donay, **Türk Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2014, s. 162-165.

konusu olabilmekte İnfaz Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca tutukluların kendi istemleri üzerine nakilleri gerçekleştirilmemektedir. 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İnfaz Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, nakle izin vermede Adalet Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmiştir¹³⁰. Bakanlığın izin verip vermemesi idari bir işlem olduğundan yargısal denetimin genel görevli idari yargı mercilerince yapılması gerekmektedir¹³¹. Kural bu yönde olmakla birlikte Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği¹³² (Açığa Ayrılma Yönetmeliği) ile Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün mahpusların nakline ilişkin hazırladığı 05.05.2015 tarih ve 167 no.lu Genelge'de¹³³ kimi halde Bakanlığın iznine gerek olmadığı belirtilmiştir. Çalışmanın konusu gereği mahpusun isteği üzerine nakil ve zorunlu nedenlerle nakil üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.

Mahpusun İsteği Üzerine Nakil ve Zorunlu Nedenlerle Nakil

Mahpusun kendi isteği üzerine nakledilmesi İnfaz Kanunu 54. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mahpusların en az üç kurum yeri belirten bir dilekçe vermeleri gerekmektedir. Dilekçenin kabul edilebilmesi için hükümlüden kaynaklı ve gitmek istenilen kurumla ilgili bazı koşullar bulunmaktadır. Hükümlüden kaynaklı koşullara göre ceza infaz

¹³⁰ 1721 sayılı Kanun m. 5: “Lüzumu takdirinde mahpusların bir hapishaneden diğerine nakilleri Adliye Vekaletinin müsaadesiyle caiz olabilir.”

¹³¹ “1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerinin idaresi Hakkında Kanunun 5. Ceza infaz Kurumları ile Tevkifevlerinin yönetimine ve Cezaların infazına Dair Tüzüğün 239/1. maddesi ve 31.1.2002 gün ve 7/26 sayılı Terör Hükümlerinin il Müşahadeleri Altışar Aylık Denemeleri, Sınıflandırma Nakil işlemlerine Dair genelgesinde de belirtildiği üzere hükümlünün bir ceza infaz kurumundan diğerine naklinin Adalet Bakanlığının izniyle olabileceği, idari bir işlemin yargısal denetiminin genel görevli idari yargı mercilerince yapılmasının gerektiği gözetilmeden 4675 sayılı infaz Hakimliği Kanununun görev konusunu düzenleyen 4. maddesinin 2. bendinde düzenlenen açık cezaevlerine ayrılma, izin, sevk, nakil işlem ve faaliyetlerine ilişkin şikayetleri inceleme ve karara bağlama yetkisinin anılan Kanunun gerekçesindeki işaret doğrultusunda kurum idaresince yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerle sınırlı olduğu gözardı edilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken şikayetin incelenip karara bağlanmış olmasına göre itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden...” Bkz. 9.CD, E. 2002/1511, K. 2002/1518 ve T. 19.06.2002 (www.kazanci.com, son E.T.: 02.11.2020).

¹³² Açığa Ayrılma Yönetmeliği m. 11/6: “Aynı ağır ceza merkezi yargı çevresinde bulunan açık kurumlar arasındaki nakillere ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılığınca karar verilir.”

¹³³ Bu Genelge ile bu Genelge'de değişik öngören 03.06.2016 tarih ve 167/1 sayılı Genelge ve 31.07.2017 tarih ve 167/2 sayılı Genelge için bkz.

<http://www.cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/13>, E.T.: 31.01.2020.

kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması¹³⁴, iyi hal göstermesi, disiplin cezası almamış veya kaldırılmış olması gerekmektedir. Gitmek istenilen kurumdan kaynaklı koşullar ise o kurumda yer, kapsama gücü ve sınıfının uygun bulunması ve tutukevi olmaması, mahkûmiyet süresine uygun hükümlülerin barındırıldığı bir kurum olması ve istekte bulunan hükümlünün daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldığı bir kurum olmamasıdır.

Genelge'nin 15. maddesinde, Adalet Bakanlığınca kapasitesi, yoğunluğu ve konumu itibarıyla nakil yapılamayacak ceza infaz kurumlarının dönemsel olarak Cumhuriyet Başsavcılıklarına bildirileceği ve böylece bu kurumlar için yapılan nakil taleplerinin doğrudan ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından reddedileceği düzenlenmiştir¹³⁵.

Öte yandan diğer nakil nedenlerinden farklı olarak mahpusun isteği üzerine gerçekleşen nakilde, çocuk hükümlüler hariç, mahpusun nakil giderlerini ödemesi gerekmektedir (İnfaz Kanunu m. 54/1-b). İstek üzerine başka kuruma nakli uygun görülen hükümlünün, nakil emrinin kuruma ulaştığı andan itibaren üç ay içinde nakil gider masrafını ödemesi gerekmektedir. Aksi halde ek süre verilebileceği gibi nakil emri iptal edilebilecektir (167 no.lu Genelge m. 15/5). Bu durum, ekonomik durumu olmayan mahpusların bu imkândan yararlanamamalarına neden olmaktadır. ACK m. 32.3'te¹³⁶ belirtildiği üzere bu giderler de kamu otoritelerine ait olmalıdır¹³⁷. Özellikle cezaevlerindeki doluluk gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen nakiller sonrası hükümlünün, daha sonra eski ceza infaz kurumuna dönmek istemesi halinde gider masraflarını ödemek zorunda olması açık bir mağduriyete neden olacaktır¹³⁸. Nakli sağlanan hükümlü, nakledildiği kurumda, eğitim öğretim veya hastalık nedeniyle nakil hariç, bir yıl kalmak zorundadır. Çocuk hükümlüler bakımından ise bu süre altı ay

¹³⁴ 14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişik öncesi bu koşul, *hükümlünün koşullu salıverilmesine beş aydan az süre kalmamış olması* şeklindeydi.

¹³⁵ Ayrıca Genelge'nin 23. maddesinde belli şartlar altında nakillerin elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre kurum personeli tarafından hükümlünün tercih ettiği yerler sorgulanacak ve nakle ilişkin engel bir halin bulunduğu anlaşılırsa bu durum evrak haline getirilerek ilgisine tebliğ edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Polat, s. 49-55.

¹³⁶ ACK m. 32.3: "*Mahpusların nakli kamu otoritelerinin yönetiminde ve masrafları kamu otoritelerine ait olmak üzere gerçekleştirilmelidir.*"

¹³⁷ Benzer yönde bkz. Donay, s. 163.

¹³⁸ Gerçekten bu konuda 03.03.2020 tarihinde TBMM'ye kanun teklifi sunulmuştur. İnfaz Kanunu'nun 54. maddesine eklenmesi teklif edilen fıkra şu şekildedir: "*Her halükârda nakil giderlerinin tamamı Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığının bütçesinden karşılanır.*" Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2677.pdf>, E.T.: 23.03.2020.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

olarak uygulanmaktadır (İnfaz Kanunu m. 54/2). Kapalı kurumlardan açık kurumlara ayrılan hükümlüler bakımından bu süre şartı aranmamaktadır (Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 11/5). Kendi isteğiyle nakil konusunda diğer hususlar 167 no.lu Genelge'nin 15. maddesinde düzenlenmiştir.

Mahpusun zorunlu nedenlerle nakli İnfaz Kanunu'nun 56. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kurumların elverişsiz ve yetersiz kalması, kapsama gücünün aşılması¹³⁹, kullanılamaz hâle gelmesi, asayiş, güvenlik¹⁴⁰, doğal afet, yangın ve büyük onarım gibi zorunlu nedenlerle başka kurumlara nakledilmeleri gerekli görülen mahpuslar, yargı çevresi dışında Adalet Bakanlığınca belirlenen ve konumlarına uygun olan diğer kurumlara nakledilebilmektedir.

Mahpusun Nakledilme Usulü

Mahpusun naklinde öne çıkan iki husus, mahpusun sağlık durumu ve alınan güvenlik önlemleridir. İlk hususa ilişkin düzenlemeyi içeren İnfaz Kanunu'nun 53. maddesinin 2. fıkrasına göre, nakilden önce mahpus aranmakta ve kurum hekimine, yoksa diğer bir resmi hekime muayene ettirilmektedir. Muayene sonucu yola çıkarılamayacağı anlaşılanlar, kurumun en üst amirince derhal resmi bir sağlık kuruluşuna sevk edilmektedir. Yola çıkmaması gerektiğine ilişkin hakkında rapor düzenlenen mahpusun nakli, sağlık durumu yola çıkmaya uygun hale gelinceye kadar geri bırakılmaktadır. Söz konusu raporu, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekimin imzalanması ve hastane başhekiminin onaylaması gerekmektedir. Ayrıca bu durum, Adalet Bakanlığına bildirilmektedir.

¹³⁹ Kapsam gücünün aşılması nedeniyle yapılacak nakillerde; açık ceza infaz kurumlarından firar edenler, bulunduğu yer nüfusuna kayıtlı olmayanlar, eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri buldukları yerde ikamet etmeyenlere öncelikli olarak yer verilecektir. 75 yaşın üzerinde olan, kurumda eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri bulunan, sağlık, güvenlik ve disiplin nedeniyle o kuruma nakil emri verilmiş olanlar ile halen tedavisi devam edenlerin kapsama gücü aşımı nedeniyle nakilleri talep edilmeyecektir. Çok zorunlu kalınmadıkça kendi istekleri ile gelmiş olanlar bu listelere dahil edilmeyecektir (167 no.lu Genelge m. 17/3). Kadın koşununun kapsama gücünün aşılması nedeniyle nakilleri talep edilen kişilerin, yanlarında kalan çocukları olup olmadığı mutlaka belirtilecektir (167 no.lu Genelge m. 17/4).

¹⁴⁰ Kendi istekleri üzerine nakil talepleri uygun görülmeyen hükümlü ve tutuklular can güvenliği gerekçesiyle nakillerini sağlamaya çalıştıklarından, bu yöndeki iddialarla ilgili gerekli inceleme ve araştırma yapılarak naklin zorunlu olup olmadığı, zorunlu ise nedenini açıkça belirtir gerekçeli idare ve gözlem kurulu kararı alınacaktır. Bu nedenle naklin zorunlu olmadığına karar ile karara bağlanmış olduğu durumlarda, nakil istemleri Bakanlığa gönderilmeyip Cumhuriyet Başsavcılıklarınca reddedilecek ve gerekçeli bir şekilde ilgililere tebliğ edilecektir (167 no.lu Genelge m. 17/5).

Mahpusun nakledilmesi sırasında kaçmalarını, halkla bir araya gelmelerini ve başkaları tarafından görülmelerini önleyici tedbirler alınabilmektedir (İnfaz Kanunu m. 58/1). Ancak bu önlemlerin acı verici ve küçük düşürücü olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda Mandela Kuralları'nın 47. maddesi, niteliği gereği acı verici ve küçük düşürücü olan zincir, pranga ve diğer kısıtlama araçlarının kullanımı yasaklanmıştır. Kurallara göre, diğer kısıtlama araçlarına ise yasa izin verdiğinde ve mahpusun kaçmasını ve kendine veya başkalarına zarar vermesini engellemek amacıyla başvurulmalıdır¹⁴¹. Tehlikeyi giderici araçlar içinden en az rahatlık verici olanı seçilmeli ve araç, gerekli olduğu sürece uygulanmalıdır¹⁴². Benzer şekilde ACK'nin 32. maddesinde de nakil sırasında mahpusun mahremiyetini korucuyu önlemlerin alınması ve bu sırada acı verici ve küçük düşürücü muamelelerden uzak durulması gerektiği dile getirilmiştir¹⁴³. Türk hukukunda, bu kurallar ile benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Gerçekten İnfaz Kanunu'nun 58. maddesinin 2. fıkrasında, mahpusun havalandırma ve ışık durumu yetersiz araçlarla, eziyet verici veya onur kırıcı şekilde nakledilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca nakil sırasında alınacak tedbirlerin, hükümlünün firarını önleyici ve yukarıdaki fıkra yazılı engelleri gerçekleştirici sınırları

¹⁴¹ Mandela Kuralları m. 47.2: “Öteki kısıtlama araçları, ancak yasa izin verdiğinde ve aşağıdaki durumlarda kullanılır: (a) Mahpus, adli veya idari otoritenin önüne çıkarılmadan çözülmesi kaydıyla; nakil sırasında kaçma ihtimaline karşı önlem olarak; (b) Diğer denetim yöntemleri başarısızlığı halinde, hapisane müdürünün emriyle, mahpusun kendisine ya da başkalarına veya eşyalara zarar vermesini engellemek amacıyla; böyle bir durumda müdür, acilen, hekimi veya diğer nitelikli sağlık görevlilerini uyarır ve üstü olan idari makama bildirimde bulunur.”

¹⁴² Mandela Kuralları m. 48: “Kısıtlama araçlarının 47. maddenin 2. fıkrasına uygun olarak kullanımına izin verildiğinde, aşağıdaki ilkeler uygulanır: (a) Hareket serbestliği ile ortaya çıkan tehlikenin giderilmesinde, daha basit denetim yöntemleri etkisiz kalıyor ise ancak o zaman kısıtlama araçlarının kullanımına başvurulur; (b) Oluşan tehlikenin düzeyi ve niteliği temelinde mahpusun hareketini denetim altına almak için, en az rahatsızlık verici olan makul ve gerekli olan yöntem kullanılır. c) Kısıtlama araçları, ancak gerekli olduğu sürece uygulanır ve kısıtsız hareketin oluşturduğu tehlikenin kalkmasından itibaren mümkün olan ilk anda çıkarılır.

2. Kısıtlama araçları hamile kadınlar üzerinde, sancılanma esnasında, doğum veya doğumdan hemen sonra kesinlikle kullanılmaz.”

¹⁴³ ACK m. 32: “1. Mahpuslar cezaevleri veya cezaeviyle mahkeme ya da hastane gibi diğer yerler arasında taşınırken dışardaki insanlara olabildiğince az gösterilmeli, kimliklerinin gizli tutulmasını sağlamak için uygun sayıda muhafız kullanılmalıdır. 2. Mahpusların havalandırma ya da ışık açısından yetersiz veya onları herhangi bir şekilde gereksiz fiziksel zorluğa maruz bırakacak ya da küçük düşürecek araçlarla nakledilmesi yasaktır.”

aşamayacağı, birbirleriyle ve görevlilerle herhangi bir tartışmaya girmelerini engelleyici boyutları geçemeyeceği de ifade edilmiştir. Öte yandan Mandela Kuralları'nın 49. maddesi ile hapisane idarelerine kısıtlama araçları kullanma ihtiyacına çare bulan ya da verdiği rahatsızlığı azaltan denetim tekniklerine erişim yollarını araştırma ve bunların kullanımına ilişkin eğitimi sağlama ödevi yüklenmiştir.

Çocuk eğitimevlerine nakiller kurum görevlisinin nezaretinde; açık ceza infaz kurumlarına nakiller kurum görevlisi olmaksızın yapılmaktadır. Açık ceza infaz kurumlarında naklin, aynı il sınırları içinde bulunan ceza infaz kurumları arasında ise aynı gün içinde; farklı illerde bulunan ceza infaz kurumları arasında ise kurum amirinin kırk sekiz saati geçmeyecek şekilde belirleyeceği süre içinde tamamlanması gerekmektedir. Belirlenen sürelerde açık ceza infaz kurumuna giriş yapmayan hükümlüler hakkında “*izinden dönmeme, geç dönme*¹⁴⁴” hükümleri uygulanmaktadır (İnfaz Kanunu m. 58/3). Görevli nezaretinde yapılan nakiller sırasında mahpusun iâşe ve bedensel ihtiyaçları giderilmektedir (İnfaz Kanunu m. 58/4). Mahpus nakledildiği kurumda, kuruma yeni gelenlere yapılan işlemlere tabi tutulmaktadır¹⁴⁵.

AİHM Kararları Işığında Mahpusun Yerleşim Yerinden Uzak Bir Kuruma Nakledilmesi Nedeniyle Ailesiyle Görüşmemesinin Değerlendirilmesi

AİHM, hapsedilmenin doğası gereği mahpusun özel ve aile yaşamı üzerinde çeşitli sınırlamaların meydana geldiğini kabul etmektedir¹⁴⁶. Mahkeme, bir başlangıç noktası olarak yetkililerin cezaların infazı ile ilgili konularda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁷. Mahkeme içtihadında ayrıca, AİHS'in mahpuslara tutulma yerlerini seçme hakkı vermediğini ve mahpusların ailelerinden ayrılmalarının ve onlardan belli bir mesafe uzaklıkta tutulmalarının kaçınılmaz bir sonuç olduğunu

¹⁴⁴ İnfaz Kanunu m. 97: “(1) İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 292'nci ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanır. (2) İzin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılır. İzinli iken firar eden hükümlüye bir daha izin verilmez.”

¹⁴⁵ Donay, s. 163.

¹⁴⁶ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya Kararı*, B. No. 11082/06 ve 13772/05, KT: 25.08.2013, par. 835; AİHM, *Vintman / Ukrayna Kararı*, B. No: 28403/05, KT: 23.10.2014, par. 77.

¹⁴⁷ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 836; AİHM, *Avşar ve Tekin / Türkiye Kararı*, B. No: 9302/09 ve 49089/12, KT: 17.09.2019, par. 68.

belirtmektedir¹⁴⁸. Ancak Mahkeme, AİHS'in hapisane kapısında durmadığını ve bir mahpusun tutuklanması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesindeki tüm haklarını kaybetmesinin söz konusu olmadığını açıkça vurgulamaktadır¹⁴⁹. Mahkeme, sıradan bir mahpus olması durumunda normalde kabul edilecek olanın ötesine geçen bu tür sınırlamaları görmezlikten gelmeyeceğini ifade etmektedir¹⁵⁰. Mahpusun yakın aile fertleriyle iletişimini sürdürmesi, onun aile yaşamına saygı hakkının temel bir parçasıdır¹⁵¹. Sözleşme'nin 8. maddesi, devletin mahpusların sosyal rehabilitasyonunu teşvik etmek için onların, hapisane dışındaki kişilerle bağlarını oluşturmalarına ve sürdürmelerine mümkün olduğunca yardım etmelerini gerektirmektedir¹⁵². Bu bağlamda mahpusun tutulduğu yer önem arz etmektedir¹⁵³. Ayrıca, aile hayatına saygı hakkı, devletlere mahpusların yakın aile üyeleriyle etkin temasta bulunmalarına yardımcı olma yönünde pozitif bir yükümlülük getirmektedir¹⁵⁴. Sonuç olarak AİHM, bir mahpusun belirli bir cezaevine konulmasının, onun özel ve aile yaşamı üzerindeki etkilerinin, hapsedenine doğasında bulunan "normal" zorlukların ve kısıtlamaların ötesine geçmesi halinde 8. madde bakımından bir müdahale teşkil edebileceğini belirtmektedir¹⁵⁵. Hiçbir disiplin cezası, aileyle bağlantı konusunda tümünden bir yasak içermemelidir¹⁵⁶. AİHM, ACK kuralları ışığında mahpusun evine yakın bir kurumda tutulması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁷. Aksi durumda Mahkeme, mahpusun neden ailesine yakın

¹⁴⁸ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 78; AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 18.

¹⁴⁹ AİHM, *Hirst / Birleşik Krallık Kararı (No. 2)*, B. No: 74025/01, KT: 06.10.2005, par. 70; AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 836; AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 76.

Ayrıca bkz. AİHM, *Ploski / Polonya Kararı*, B. No: 26761/95, KT: 12.11.2002.

¹⁵⁰ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 836.

¹⁵¹ AİHM, *Messina / İtalya*, par. 61; AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 18.

¹⁵² AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 78.

¹⁵³ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 837; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Wakefield / Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 15817/89, KT: 01.10.1990.

¹⁵⁴ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 837; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *X / Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 9054/80, KT: 08.10.1982.

¹⁵⁵ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 837; AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 78; AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 19; AİHM, *Avşar ve Tekin / Türkiye Kararı*, B. No: 9302/09 ve 49089/12, KT: 17.09.2019, par. 60; AİHM, *Bellomonte / İtalya Kararı*, B. No: 28298/10, KT: 01.04.2014, par. 70.

¹⁵⁶ Avrupa Cezaevi Kuralları m. 60.4. Ayrıca bkz. AİHM, *Gülmez / Türkiye Kararı*, B. No: 16330/02, KT: 20.05.2008, par. 50.

¹⁵⁷ AİHM, *Avşar ve Tekin / Türkiye*, par. 69, 70.

bir kuruma yerleştirilmediğine ilişkin somut gerekçeler aramaktadır¹⁵⁸. Mahkeme aşırı kalabalıklaşma ile mücadele etmeyi, mahpusun 8. maddeden kaynaklı haklarının sınırlandırılması için meşru bir amaç olarak değerlendirmektedir¹⁵⁹. Mahkeme, hükümlünün, suçun işlendiği yerde tutulmaması gerekçesini, bu tür tutulma halinde doğabilecek tehlikelerin açıklanması halinde meşru bir amaç olarak kabul etmektedir¹⁶⁰. Söz gelimi AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya* kararında¹⁶¹ başvuranın ailesine yakın bir hapisaneye gönderilmesi halinde terör örgütü ETA ile bağlarının güçleneceği tehlikesini meşru amaç olarak değerlendirmiştir¹⁶². Mahkeme, hükümlünün cezaevinde iyi davranışlar sergilememesini, disiplinin sağlanması ve iyi davranışların teşvik edilmesi bakımından 8. maddeden kaynaklı hakların sınırlandırılması için meşru bir amaç olarak kabul etmektedir¹⁶³. Sonuç olarak AİHM, aşırı kalabalıklaşma ile mücadele

¹⁵⁸ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 95.

¹⁵⁹ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 96.

¹⁶⁰ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 97.

¹⁶¹ *Başvuran (Fraile Iturralde), terör suçları (ETA) nedeniyle 1998 yılında 25 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş ve 3 Haziran 2010 tarihinden beri ailesinin ikamet ettiği yere 700 km mesafede bulunan Badajoz cezaevinde tutulmaktadır. 26 Şubat 2016 tarihinde başvuran ailesinin yakınında tutulmasına izin verilmemesine itiraz etmiştir. Başvuran 700 km mesafede bulunduğu karısı ve beş yaşındaki kızının kendisini ziyaret etmesinin çok külfetli olduğu; ebeveynlerinin ise ileri yaşları ve sağlık nedenleri dolayısıyla kendisini ziyaret edemediklerini belirtmiştir. AİHM, kendisine sunulan raporlardan, başvuranın yakın aile bireyleri tarafından düzenli temasta olduğunu ve başvuranın bu hususa itiraz etmediğini belirlemiştir. Aile yakınlarının başvuranı ziyaret etmeleri için aşılmaz veya özellikle ciddi problemlere yol açan yolculuklar yapması gerektiğini gösteren bir kanıt bulunmamıştır. Ayrıca başvuran, ailesinin ikamet ettiği yere yakın olsaydı, aile bireylerinin kendisini daha fazla ziyaret edeceğini iddia etmemiştir. Mahkeme, yerel kanunlar uyarınca başvuranın ailesine yakın bir yerde tutulmamasına neden olan politikanın, yalnızca sınırlı bir gruba yani terör suçlarından hüküm giymiş olanlara uygulandığına; bu politikanın terör örgütleriyle teması sürdürme riskini en aza indirmek için ilgili mahkûmlar ve suç çevreleri arasındaki bağlantıları kesmek için tasarlandığına; başvuranın, bu sırada henüz dağılmamış, eylemlerini tamamen durdurmamış veya silahlarını teslim etmemiş olan ETA ile bağlarından vazgeçmediğine dikkat çekmiştir. AİHM ayrıca başvuranın, cezaevinde, disiplin cezası almasını gerektiren birçok olaya dahil olduğuna dikkat çekmiştir.*

AİHM, başvuranın davasında uygulanan infaz rejiminin sınırlı kapsamını ve başvuranın ailesi ve arkadaşları ile bağlantılarında önemli ölçüde acı çektiğine ilişkin kanıt bulunmamasını dikkate alarak Sözleşmecî Devlet tarafından başvuranın aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalelerin, izlenen meşru amaçlarla orantısız olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

¹⁶² AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 26.

¹⁶³ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 98; AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 26.

etmeyi ve cezaevinde yeterli disiplinin sağlanmasını meşru bir amaç olarak değerlendirmektedir¹⁶⁴.

AİHM, meşru amaçlarla mahpusların aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, yetkililerin cezaevi sistemlerinin düzenlenmesinde takdir yetkisine sahip olduklarını ancak bu yetkinin kullanılmasında mahpusların bazı aile ve sosyal bağlarının korunması menfaatine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Öyle ki Mahkeme, Sözleşmeciler devletlerden mahpusların bu bağlarını sürdürmelerine yardımcı olmalarını beklemektedir. Bu noktada Mahkeme, mahpusların ikamet yerlerine yakın bulunan cezaevlerine dağıtılmalarına imkân sağlanması gerektiğine dair Rec (2003) 23 sayılı Tavsiye Kararı¹⁶⁵ ve ACK Tavsiye kararlarında belirtilen ilkenin desteklendiğini vurgulamaktadır. AİHM, müdahalenin orantılı olup olmadığını belirlerken somut davada, başvuranın ailesi ve yakınlarıyla gerçekten görüşüp görüşemediğini incelemektedir. Gerçekten Mahkeme, *Fraile Iturralde* kararında başvuranın ailesi ve yakınlarından 700 km mesafede tutulmasını, onlarla düzenli temas kurabilmesini dikkate alarak orantılı bir müdahale olarak değerlendirirken¹⁶⁶; *Avşar ve Tekin* kararında¹⁶⁷

¹⁶⁴ AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 99.

¹⁶⁵ Ekim 2003 tarihinde kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Ömür boyu hapis ve diğer uzun süreli cezalara mahkûm olanların cezaevi idaresince yönetimi hakkında Rec (2003) 23 sayılı Tavsiye Kararı.

¹⁶⁶ AİHM, *Fraile Iturralde / İspanya*, par. 29.

¹⁶⁷ Başvuranlardan *Abdulkerim Avşar*, 1996 yılında terör suçları nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş ve Çankırı E Tipi Cezaevine hapsedilmiştir. 2003 yılında Ankara F Tipi Cezaevine ve 2007 yılında Kırıkkale F Tipi Cezaevine nakledilen başvuranın ailesi Diyarbakır'da yaşamaktadır. Başvuranın annesine 2008 yılında Parkinson hastalığı teşhisi konmuş ve seyahat edemeyecek bir durumda olduğu anlaşılmıştır. Başvuran, annesi ile görüşme imkanına sahip olabilmesi için Diyarbakır veya çevresine naklinin yapılması için iki ayrı başvuruda bulunmuş ancak başvuruları, Diyarbakır'ın o yer ağır ceza mahkemesince davası devam eden tutuklular için ayrılmış olması, diğer cezaevlerinin (Batman, Midyat, Mardin, Adıyaman, Şanlıurfa, Siirt, Gaziantep) ise doluluk oranlarını aşması nedeniyle reddedilmiştir. Ailesine 800 km'den fazla bir mesafede Kırıkkale'de tutulan başvuran, önce Diyarbakır'a 1500 km mesafede bulunan Tekirdağ F Tipi Cezaevine, 25 Mayıs 2018'de ise buradan Diyarbakır T Tipi Cezaevine nakledilmiştir. Başvuranlardan *Abdulkerim Tekin* ise 1992'den tutuklandığı davada 1994 yılında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuran, Buca'da 17 ay, Malatya'da 1,5 yıl, Bartın'da 9 yıl ve Kandıra'da 7 yıl kaldıktan sonra ailesinin ikamet ettiği Siirt'e yaklaşık 1000 km mesafede bulunan Kırıkkale F Tipi Cezaevine nakledilmiştir. Başvuran 22 Ağustos 2016 tarihinde ise Siirt'e 1500 km mesafede bulunan Balıkesir Kespüt Cezaevine nakledilmiştir. 2003 yılından bu yana çocuklarının, ziyaretine *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

başvuranların aileleri ve yakınlarından 800 ila 1500 km mesafelerde tutulmasını, onlarla düzenli temas kuramamaları nedeniyle orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiştir¹⁶⁸. Öte yandan mahpusun ailesinden ne kadar uzak bir cezaevinden tutulduğu da önemli olabilmektedir. Gerçekten *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya* kararında AİHM, cezaevlerindeki doluluk nedeniyle evlerinin bulunduğu Moskova'ya yerleştirilmeyen başvuranların, Rus Ceza İnfaz Kanunu'nun 73. maddesi gereğince en yakın bölgeye gönderilmesi gerekirken binlerce km uzağa (Krasnokamensk¹⁶⁹ ve Kharp'a¹⁷⁰) gönderilmesini Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir¹⁷¹. Bu noktada başvuranın ailesinin uzun bir yolculuğa çıkmak için gerekli sağlık koşulları ve maddi kaynaklara sahip olup olmadığına ve yetkililerin bu hususları anlamlı bir şekilde ele almaya çalışıp çalışmadıklarına özellikle dikkat edilmektedir¹⁷².

gelemediklerini ileri süren başvuranın, Siirt veya çevre illere nakledilmesi yönünde yaptığı başvuruları reddedilmiştir.

Hükümet tarafından başvuran Avşar'ın ailesinin ikamet ettiği Diyarbakır'a nakledilmesi sonrası mağdurluk sıfatını kaybettiği ileri sürülmüştür. Ancak AİHM, mağdurluk statüsünün kalkması için ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme ihlalini kabul etmelerini ve ihlale karşılık uygun ve yeterli bir giderim sağlamalarını aramaktadır. Mahkeme, başvuranın Diyarbakır'a nakledilmeden önce uzun yıllar ailesinden uzak yerde tutulmasının göz ardı edilemeyeceğini ve başvuranın Diyarbakır'a nakledilmesinin Sözleşme'nin ihlal edildiğinin kabul edilmesi olarak yorumlanamayacağını belirterek başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

AİHM, başvuranların ailelerinden 800 ila 1500 km mesafedeki cezaevlerinde tutulmalarını aile yaşamına saygı hakkı bakımından bir müdahale saymıştır. Bu müdahalenin düzenin sağlanması, suçların önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlar taşıdığı kabul edilmiştir. Ancak her iki başvuranın da uzun süredir ailelerinden uzakta tutulmasını, başvuran Avşar'ın annesinin sağlık durumu ve yaşını, başvuran Tekin'in ailesi ve özellikle çocukları ile nadiren görüşebilmiş olmasını, hükümet tarafından her iki başvuranın nakil taleplerinin ayrıntılı olarak incelendiğine ve bu taleplerin incelenmesinde seyahat etmede güçlük yaratan yaş, sağlık durumu ve yakınlarının maddi durumu gibi bireysel hususların değerlendirildiğine ilişkin hiçbir bilginin sunulmamasını dikkate alarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁶⁸ AİHM, *Avşar ve Tekin / Türkiye*, par. 73.

¹⁶⁹ Yol haritalarına göre Moskova'ya yaklaşık 6700 km.

¹⁷⁰ Yol haritalarına göre Moskova'ya yaklaşık 3300 km.

¹⁷¹ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya*, par. 847-850.

¹⁷² Bkz. AİHM, *Vintman / Ukrayna*, par. 103. Başvuran, annesinin ve tutuklanmadan önce kendisinin yaşadığı Zaporizhzhya'a 700 km mesafede (tren ile 12 ila 16 saatlik bir mesafe) bulunan Vinnytsya Cezaevine yerleştirilmiştir. Hâlbuki başvuranın ikametgahına daha yakın yerleştirilebileceği 11 bölge bulunmaktaydı. Ayrıca başvuran, 2009 yılında ikametgâhi Zaporizhzhya'a Ukrayna'nın en uzak yerlerinden biri olan Lviv bölgesine

Sonuç olarak AİHM'in mahpusun bir terör örgütüyle devam eden bir bağlantısının olup olmadığını, cezaevindeki davranışlarını, suçun işlendiği yerdeki cezaevinde tutulmasının bir tehlike oluşturup oluşturmadığını ve cezaevlerindeki doluluk oranlarını dikkate alarak mahpusun ailesinden uzak bir kuruma yerleştirilmesini her durumda Sözleşme'ye aykırı saymadığı söylenebilir. Bununla birlikte mahpusun ailesinin, yaş, sağlık ve yolculuk için gerekli maddi imkanlara sahip olup olmadığı ve bu bağlamda somut davada mahpusun ailesi ve yakınları tarafından ziyaret sıklığı gözetilmekte, bir bakıma menfaatler arası denge kurulmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple *Avşar ve Tekin* kararında olduğu gibi, terör suçlarından hükümlü olması, tek başına mahpusun ailesinden uzak bir cezaevine yerleştirmesini hukuka uygun bir hale getirmeyecektir. Yetkililerin ilk yerleştirmede, mahpusu mümkün olduğunca ailesi, yakınları ve sosyal rehabilitasyon yerine yakın bir cezaevine yerleştirmesi; aksi durumda da mahpusun bu yer veya yakınına nakledilmesine ilişkin başvurusunu ayrıntılı olarak değerlendirmesi gerekmektedir. AİHM'in artık istikrar kazanmış içtihadı göstermektedir ki mahpusun uzun süre ailesiyle görüşmemesi Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Öte yandan devlet yetkililerinin elinde olmayan sebeplerle mahpusların yakın aile bireyleri tarafından bir süreliğine veya tamamen ziyaret edilememesi söz konusu olabilir. Bu nedenler depresyon, yangın ve salgın hastalık gibi tarafların dışında gerçekleşen olaylar olabileceği gibi ailenin seyahate engel bir rahatsızlığa yakalanması ve evinde bakmak zorunda olduğu birinin bulunması gibi mahpusun yakınlarından ileri gelen hususlardan kaynaklanabilir. Bu sebeple kimi ülkelerde mahkumların aileleriyle video bağlantısı aracılığıyla görüşmelerine imkân sağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Sözgelimi Avustralya'da Queensland Eyaleti Ceza Hizmetleri Komisyonu uzak Aborjin yerleşimleri ile bazı cezaevleri arasında video bağlantısı tesis etmiştir. Singapur Cezaevleri Müdürlüğü ise ilk cezaevi içi tele-ziyaret birimi oluşturmuştur¹⁷³. Özellikle cezaevine kadar yolculuk etmekte zorluk yaşayan veya şahsen cezaevine gitmek istemeyen

nakledilmişti. Yerel makamlar, başvuranın annesinin yaşlı olması ve seyahat etmek için fiziken uygun olmamasına rağmen başvuranın nakil taleplerini reddetmiş ve taleplerin neden reddedildiğine ilişkin bir açıklama getirmemiştir. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı yönde bkz. AİHM, *Rodzevillo / Ukrayna Kararı*, B. No: 38771/05, KT: 14.01.2016, par. 85; AİHM, *Polyakova / Rusya Kararı*, B. No: 35090/09, 35845/11, 45694/13 ve 59747/14, KT: 07.03.2017.

¹⁷³ Coyle, s. 99.

ailelerin kullanımına sunulan bu tür teknolojik imkanlar, mahpusla aile arasında doğrudan teması sınırlamadığı sürece yararlıdır¹⁷⁴. Gerçekten Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi ilan edilen COVID-19 nedeniyle Türkiye’de cezaevlerindeki ve çocuk eğitimevlerindeki aile görüş odalarının kullanılması iki hafta süreyle ertelenmişti¹⁷⁵. Bu dönemde ülkemizde söz konusu teknolojik alt yapı olsaydı insan sağlığı konusundaki endişeler giderilene kadar mahpusların aileleriyle video bağlantısı yoluyla görüşmeleri sağlanabilirdi.

SONUÇ

Herkes gibi insan haklarının birer süjeleri olan mahpuslar da AİHS’in 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında aileleri ve yakınlarıyla görüşme hakkına sahiptir. Bu sebeple Türk hukukunda İnfaz Kanunu’nun “İyileştirme” başlıklı dördüncü kısmında yer alan “Hükümlüyü ziyaret” ve “İzinler” düzenlemelerinin hükümlünün haklarına ilişkin üçüncü kısma alınması gerekmektedir.

Mahpusu ziyaret edebilecek kişilerin belirli kan ve kayın hısımları ile bunlar dışında üç kişi ile sınırlı tutulması, cezaların infazı ile amaçlanan kişinin topluma yeniden kazandırılması anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Cezanın caydırıcı yönü mahpusun ailesi ve yakınlarıyla yalnızca haftada bir gün ve bir saat görüşme imkanına sahip olması ile zaten gerçekleşmektedir. Mahpusun istediği kişiyle görüşme hakkına sahip olmasıyla ortaya çıkabilecek kurum güvenliği ve düzenin sağlanmasına ilişkin endişeler ise ziyaretçi kişilerin belli bir gün öncesinden bildirilmesi ve her ziyarette görüşebilecek kişilerin makul bir sayı ile sınırlandırılması ile giderilebilecek niteliktedir.

Her infaz kurumu, fiziki yapısı ve kapasitesini dikkate almak suretiyle ziyaret gün ve saatlerini kendisi belirlemektedir. Bu noktada idarenin bir takdir hakkı olmakla birlikte belirlenen gün ve saatin, mahpusun ailesiyle görüşme hakkını fiilen ortadan kaldırmaması gerekmektedir.

Mahpus ile ziyaretçisi arasında maddi temasa imkân tanıyan ziyaret biçimi olarak açık görüşün, mahpusun ailesi veya yakınlarıyla fiziki temas kurmasını engelleyici önlemlerden uzak bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Araya cam veya herhangi bir fiziksel engel konulmamalıdır. Uygulamada, fiziki temasın yalnızca eller ile sağlanabildiği görülmektedir.

¹⁷⁴ Coyle, s. 99.

¹⁷⁵ <http://www.basin.adalet.gov.tr/Etkinlik/bakan-gul-koronavirus-bilim-kurulu-toplantısına-katildi>, E.T.: 17.03.2020.

Halbuki mahpusun ailesine sarılabilmesi veya çocuklarını kucaklayabilmesi de AİHS'in 8. maddesi ve Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan aile hayatına saygının bir parçasıdır. Anayasa'nın 41. maddesinin 2. ve 3. fıkraları devlete bu yönde pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Keyfi konulan fiziksel engeller, AİHM'in *Kurkowski / Polonya* kararında ortaya koyduğu üzere bu hakkın ihlali anlamına gelmektedir.

Öte yandan hukukumuzda açık görüş kuralı olarak ayda yalnızca bir kez yapılan görüşme şeklindedir. Hâlbuki mahpusların topluma geri kazandırılması ve rehabilitasyonu için mahpusların aileleri ve yakınlarıyla fiziki temas kurmalarına imkan veren açık görüş sıklığı artırılmalıdır. Bu bağlamda hukukumuzda da görüşmeye katılan mahpusun ya da diğer mahpusların güvenliği için bir risk oluşturmaması ve ziyaretçi ya da mahpusun görüşmenin kapalı görüş şeklinde yapılması yönünde talebi olmaması halinde her daim açık görüş yapılmasına imkan tanıyan yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Kapalı görüş ancak belirtilen hallerde tercih edilen bir görüşme şekli olmalıdır.

Mahpusun eşiyle mahrem bir şekilde kalabildiği ve cinsel birliktelik kurabildiği eş ziyareti de aile hayatının korunması bakımından önemli bir ziyaret türüdür. Türk hukukunda bir ödül olarak düzenlenen eş ziyaretinin, bir hak olarak tanınması ve yalnızca resmi nikahlı eş ile sınırlı tutulmaksızın imam nikahlı kişiler veya birlikte yaşam süren partnerlere de sağlanması mevzuatımızı, son dönemde karşılaştırmalı hukukta sayısı artan düzenlemelerle daha uyumlu hale getirecektir.

İnfaz Kanunu ve Ziyaret Hakkında Yönetmelik'te yer alan düzenlemeler uyarınca mahpuslar ziyaret öncesi ve sonrası üst ve eşya aramasına tabi tutulmaktadır. Ancak mevzuatımızda mahpusların ziyaret öncesi veya sonrasında beden muayenesine tabi tutulmasına imkân veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Cinsel organların veya anüs bölgesinin kontrol edilmesinin bir iç beden muayenesi olduğu dikkate alındığında mahpusların herhangi bir gerekçeyle bu bölgelerinin kontrol edilmesi mümkün değildir. Mahpusun iç beden muayenesine tabi tutulması ancak hakkında bir ceza soruşturmasının başlatılmış ve bu yönde bir hâkim kararının verilmiş olması halinde mümkündür.

Mahpusun İnfaz Kanunu'nda gösterilen nedenlerin varlığı halinde talep edebildiği izin, Türk hukukunda bir hak olarak düzenlenmemiştir. Öyle ki bu iznin kullanılabilmesi, Cumhuriyet Başsavcılığının (istisnai olarak Adalet Bakanlığının) takdirine bırakılmış ve redde ilişkin bir itiraz mercii gösterilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca

Cumhuriyet Başsavcılığının ret kararlarına karşı infaz hakimliğine şikâyet başvurusu yapılabilmelidir. Her halükârda bu konuda yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkını sınırlandıran hücreye koyma disiplin cezasını gerektiren eylemler Kanun'da 27 bentte sıralanmıştır. Eylemlerin ağırlığına göre cezanın süresi arasında bir ayrıma gidilmiş olsa da bu kadar çok eylemin hücreye koyma cezasını gerektirmesi, disiplin cezalarının istisnai olma özelliğini karşılamamaktadır. Söz konusu eylemlerin sınırlandırılması yerinde olacaktır.

Mahpusun nakli türlerinden istek üzerine nakilde, nakil gider masrafının mahpusun kendisi tarafından ödenmesi gerekmektedir. Halbuki çoğu durumda mahpus ayrılmak istediği kuruma kendi isteğiyle gelmiş değildir. Öyle olsa bile bu durum, ekonomik olarak güçlük içinde olan mahpusların nakil talebinde bulunamamaları anlamına gelmektedir. Halbuki uluslararası metinlerde ortaya konulduğu üzere nakil giderlerinin kamu otoritelerine ait olması gerekmektedir. Anılan düzenlemeyi içeren İnfaz Kanunu m. 54/1-b'nin değiştirilmesi isabetli olacaktır.

Mahpusun ziyaret edilmesi, ailesi ve yakınlarının mahpusun tutulduğu infaz kurumuna gitmek için belli bir masraf ve süre gibi doğal engellerin aşılmasını gerektirmektedir. Bu engellerin, mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşme hakkını gereğince kullanabilmesi için katlanılamayacak bir düzeye çıkartılmaması gerekmektedir. Zira mahpusun yakın aile fertleriyle bağı sürdürmesi, onun aile yaşamına saygı hakkının temel bir parçasını oluşturmaktadır. AİHS'in 8. maddesi ile Anayasa'nın 20 ve 41. maddeleri devlete bu bağı sürdürülmesi konusunda pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Ancak uygulamada kimi mahpusların, doluluk, güvenlik veya uygun bir kurumun bulunmaması gibi gerekçelerle ailesinden çok uzak yerlerde tutulduğu görülmektedir. AİHM içtihatlarına bakıldığında, mahpusun bir terör örgütü ile olan bağlantısının güçlenme tehlikesini, aşırı kalabalıklaşma ile mücadele etmeyi ve cezaevinde yeterli disiplinin sağlanmasını meşru bir amaç olarak değerlendirdiği görülmektedir. Ancak söz konusu durumlar her somut olayda tespit edilmeli, nakil başvuruları ayrıntılı olarak incelenmeli ve keyfi tutumlardan kaçınılmalıdır. Öte yandan kamu otoriteleri, mahpusun ailesinin bulunduğu yerde tutulması mümkün değilse buraya en yakın alternatif kurumları araştırmalıdır. Mahpusun ailesinin bulunduğu yer infaz kurumunda tutulamamasına ilişkin geçerli bir nedenin olması, mahpusun ailesinden çok uzak, ailesinin onu ziyaret etmesine ciddi engel oluşturacak bir mesafeye nakledilmesini haklı kılmamaktadır. Aksi bir yaklaşım mahpusun ikinci bir kez cezalandırılması

ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Bu bağlamda AİHM'in *Avşar ve Tekin* kararında başvuruların aileleri ve yakınlarından 800 ila 1500 km mesafelerde tutulmasını, onlarla düzenli temas kuramamaları nedeniyle orantısız bir müdahale olarak değerlendirmesi şaşırtıcı değildir.

KAYNAKÇA

- Aksoy Retornaz, : “Mahpus Çocukların Hakları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Sa. 1, Ocak 2014 (127-137).
- Aksoy Retornaz, : “Mahpusun ailesiyle görüşme hakkı”, in: **Hakkınız Var - İnsan Hakları Üzerine Yazılar**, Haz. Zehra Kafkaslı, Begüm Baki, Doğan Kitap, 2014 (136-139).
- Aksoy Retornaz, : “Özürü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, Sa. 2, Temmuz 2009 (55-67)..
- Coyle, Andrew : **Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım**, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002, Londra.
- Demirbaş, Timur : **İnfaz Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2019.
- Donay, Süheyl : **İnfaz Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yay., 2016.
- Duval, Léa / : **Le droit aux visites familiales des personnes**
Février, Julie / **détenues en France**, Université de Caen
Gabroy, Fanny / Normandie - Clinique juridique des droits
Lamulle, / fondamentaux, Mayıs 2016.
Kerbastard /
Franck,
Emmanuel /
Peter, Nina
- Erdoğan, Oktay : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Eren, Abdurrahman : “Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların ‘Eş Ziyareti Hakkı’”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu ve diğ., Yetkin Yay.,

- Ankara, 2009.
- Orçin, Melike : **Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Osmanoğlu, Bilal : **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Yargılanması ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazında Akıl Hastalığı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Özbek, Veli Özer : **İnfaz Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yay., 2018.
- Özkavalcı, Nimet : **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve Uygulaması**, Seçkin Yay., 2017.
- Polat, Halil : **Ceza İnfaz Kurumu Savcısı ve İnfaz Hakiminin El Kitabı – Uygulama Rehberi**, Adalet Yay., 2015.
- Pradel, Jean : İnfaz Hukukuna Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım, çev. Zeynel T. Kangal, in: **Uğur**
- Riberioro, : **ALACAKAPTAN'a Armağan, C. I, 2008.**
- Cassandra : **Enchaînés par-delà les murs : Le maintien des liens familiaux en prison**, Master de Criminologie, Université Panthéon-Assas - Paris II-, 2015
- Süslü, Güven : **Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük**, Seçkin Yay., Ankara, 2016.
- Şenol, Talay : **İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.
- Yarsuvat, Duygun : “Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumunu”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sa. 2, 1984.
- Yerdelen, Erdal/ : **Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret**
- Nas, Ali Murat : **İzinleri**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, Sa. 34, Nisan 2018 (77-121).
- Yeşil, Ufuk : **Hukuk ve İnsan Hakları Bağlamında OHAL**

Uygulamaları, Alternatif Yay., 2019.

Yokuş Sevük, : “AİHM Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin
Handan Dış Dünya ile İletişimi”, **Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.
VII, Sa. 3-4, Aralık 2003 (335-384).

İnternet Kaynakları

<http://hudoc.echr.coe.int>, son E.T.: 03.11.2020.

<http://www.basin.adalet.gov.tr>, E.T.: 17.03.2020.

<http://www.cte.adalet.gov.tr>, son E.T.: 03.11.2020.

<http://www.justice.gouv.fr>, E.T.: 30.09.2020.

<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr>, E.T.: 24.03.2020.

<https://tihv.org.tr>, E.T.: 14.11.2019.

<https://www.csc-scc.gc.ca>, E.T.: 30.09.2020.

<https://www.legifrance.gouv.fr>, E.T.: 30.09.2020.

<https://www.mevzuat.gov.tr/Yonetmelikler.aspx>, E.T.: 18.10.2019.

<https://www.tbmm.gov.tr>, E.T.: 18.10.2019.

‡ THE PRINCIPLE OF ‘COMPLEMENTARITY’ IN
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW
(ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA TAMAMLAYICILIK (İKAME) İLKESİ)

Dr. Mehmet Zülfü Öner* **

ÖZ

Uluslararası hukuk, devletlere uluslararası suçları araştırmak, soruşturmak ve cezalandırmak üzere genel bir görev yüklemektedir. 2002 yılında yürürlüğe giren Roma Statüsü, uluslararası alanda işlenen özel nitelikteki bazı suçları soruşturmak üzere sürekli ve uluslararası nitelikteki bir mahkeme kurulması yönünde yaklaşık elli yıldır sürdürülen çabaları sona erdirmiştir. Bu kapsamda kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi uluslararası ceza adaletinin sağlanması yönünde çok olumlu bir adım olarak karşılanmıştır. Öte yandan, bu mahkemenin kurulması devletler arasında bazı anlaşmazlıklara yol açabileceği ve devletlerin ulusal egemenlik haklarının zedeleneceği yönünde bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni oluşturular tarafından Roma Statüsü’ne konulan tamamlayıcılık (ikame, ikincil) yetkisi olarak adlandırılan ilke, devletlerin ulusal egemenlik ve yargılama yetkileri alanında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları dengelemek üzere öngörülmüştür.

Roma Statüsü’nün 10. paragrafında Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisinin ulusal yargılama yetkisini tamamlayıcı nitelikte olduğu açıkça vurgulanmıştır. Statü’nün 1. maddesi de Mahkemenin uluslararası nitelikteki çok önemli suçları işleyenleri yargılama yetkisinin varlığını ve bu yetkinin ulusal yargılama yetkisini tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bu hükümlere göre, tamamlayıcılık ilkesi iki önemli özellik taşımaktadır. Birincisi, işlenen suç uluslararası ceza yargılamasının konusunu oluştursa bile devletler kendi topraklarında vatandaşlarının işledikleri suçları ulusal yargılama yetkisine dayanarak birincil olarak soruşturma ve yargılama hakkına sahiptir. İkinci olarak, ancak bazı şartların

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 09.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 09.11.2020. Onaylanma Tarihi: 09.11.2020.

* Avukat.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6251-4424.

Esere Atıf Şekli: Mehmet Zülfü Öner, “The Principle of ‘Complementarity’ in International Criminal Law”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1,s.291-332.

gerçekleşmesi durumunda bu tür suç ve suçlular uluslararası bir ceza yargılmasının konusunu oluşturabilecektir.

Bu çalışma, uluslararası ceza hukukunda yer alan tamamlayıcılık (ikame, ikincil) ilkesini incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, bu ilkenin tanımı, tarihsel gelişimi, uygulamaları, amaçları ve etkinliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Tamamlayıcılık (ikame, ikincil), uluslararası hukuk, uluslararası suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü.*

ABSTRACT

International law provides for a general duty of States to investigate, prosecute and punish international crimes. The Rome Statute came into existence in 2002, marking the end of over fifty years of elaborations to create a permanent global court to prosecute particularly heinous crimes of international significance. The establishment of the International Criminal Court was accompanied by extraordinary optimism for the prospects of international criminal justice. On the other hand, an important objection the creation of the ICC is that it would create conflict between states and interfere with national sovereignty. In that context, the principle of complementarity is a formula created by the ICC founders who have sought to balance the conflicting interests of international justice and state sovereignty.

Paragraph 10 of the Rome Statute emphasizes that “...the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions.” Article 1 of the Statute further asserts that the Court “shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern [...] and shall be complementary to national criminal jurisdiction.”. According to these provisions, the principle of complementarity reconciles two competing features and jurisdictions. The first is the sovereignty of the state, which claims national jurisdiction over its citizens and crimes committed on its territory, even though these crimes are of an international character and may fall within international jurisdiction. The second feature functions only in exceptional circumstances and gives an international tribunal the ability to exercise jurisdiction over these heinous crimes.

This article aims to analyse the principle of complementarity in international criminal law. It addresses the definition, historical development, implementations, purposes and effectiveness of the principle.

Keywords: *complementarity, international law, international crimes, the International Criminal Court, the Rome Statute.*

I- Introduction

Global community has sought numerous ways to address the most serious crimes. Treaties, conventions, and United Nations resolutions have given rise to monitoring mechanisms, commissions, ad hoc tribunals, and even permanent courts, such as the regional human rights courts, European Court of Human Rights (ECHR) and the International Criminal Court ('the ICC', or 'the Court') all of which contribute to the further development of this field¹.

After World War II, the newly created United Nations appointed the Special Committee of the General Assembly to draft a statute for the formation of an international criminal court. Although the committee prepared a draft statute in 1951 and revised in 1953, the conditions and Cold War made any significant progress impossible. A variety of factors led to the establishment of international criminal tribunals in the early 1990s. The establishment the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTY) provided a further spur to the establishment of an international criminal court. Finally, in 1994, a draft statute was submitted to the General Assembly; and in 1996, the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court was founded. On 17 July 1998, the Rome Statute² was adopted. The ICC began functioning on 1 July 2002, the date that the Rome Statute entered into force. The idea of a permanent court and the adoption of the Rome Statute setting up the ICC has been a historical step in the fight against impunity for the most serious crimes³. The basic

¹See Gianaris William N., "The New World Order and the Need for an International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 1992, p.88.; Jamison Sandra L., "A Permanent International Criminal Court: A Proposal that Overcomes Past Objections", *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 23, Issue 2, 1995, p. 419.; Almqvist Jessica, "Complementarity and Human Rights: A Litmus Test for the International Criminal Court", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Review*, Vol. 33, Issue 3, 2008, pp.335-365.

² See <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deb4b9c0.html>, 13.05.2020.

³ See Natarajan Mangai and Kukaj Antígona, "The International Criminal Court", *International Crime and Justice*, Ed. Mangai Natarajan, Cambridge University Press 2011, p.357.; Hall Christopher Keith, "The First Proposal for A Permanent International Criminal Court," *International Review of the Red Cross*, Issue 322, 1998, pp.57-74.; Mullins Christopher W., Kauzlarich David and Rothe Dawn, "The International Criminal Court and the Control of State Crime: Prospects and Problems," *Critical Criminology*, Vol. 12, Issue 3, 2004, p. 289

aim is to put an end to impunity for the perpetration of ‘grave crimes,’ or ‘the most serious crimes,’ and thus, contribute to the prevention of such crime, as well as guarantee lasting respect for and the enforcement of international justice⁴.

According to the Rome Statute, the Court has a limited jurisdiction, which has been carefully defined under the Statute. The ICC was created, in order to have jurisdiction over only ‘*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*’⁵, which according to Article 5(1) of the Statute are: genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. On the other hand, the Statute recognizes that every State has a responsibility to exercise its own criminal jurisdiction over international crimes. The first Article of the Statute describes the Court as being ‘*complementary*’ to national criminal jurisdictions. In that sense, the principle of complementarity is based not only on respect for the primary jurisdiction of States but also on practical considerations of efficiency and effectiveness, since States will generally have the best access to evidence and witnesses and the resources to carry out proceedings⁶. In addition, Article 17 of the Rome Statute empowers the Court to take over an investigation and/or prosecution from a state if the Court determines that such state is ‘*unable or unwilling genuinely to carry out the investigation or prosecution*’. Articles 18 and 19 provide non-parties that have jurisdiction over a case with ample procedural rights to challenge the exercise of jurisdiction by the ICC. Article 18(1) also provides that in cases where a situation has been referred to the Prosecutor and there is a reasonable basis to investigate, the Prosecutor is to notify ‘*all State Parties and those States which...would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned*’. Finally, Article 20 does not permit trial by the ICC of a person who has been tried ‘*by another court*’.

The principle of complementarity is the cornerstone of the relationship between the ICC and national jurisdictions designed to implement states’ obligations to investigate and prosecute those responsible for crimes, which have been defined under the Statute. This relationship is built around complementary or substitutive responsibilities in the exercise of jurisdiction over these crimes. Thus, the ICC is constituted as an *ultima ratio* jurisdiction with competency only as the result of total inactivity or

⁴ See Almqvist, p.335.

⁵ See the Statute, Preamble, para 4.

⁶ Cryer Robert, Friman Hakan, Robinson Darryl, Wilmschurst Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2010, p.153.

inefficiency by national jurisdictions- whether because of unwillingness or inability-in carrying out the proceedings against those responsible for crimes included in the Rome Statute.

II- The Term of 'Complementarity'

In the English language, the term '*complementarity*' means 'a complementary relationship or situation', or 'a state or system that involves complementary components'⁷. Despite its apparent simplicity, the term is extremely complex in international criminal law. The term refers to the relationship between the ICC and national judicial systems, and has evolved significantly since it was first introduced and ultimately included in the Rome Statute⁸.

More specifically, the complementarity concerns the allocation of effective jurisdiction between domestic courts and the ICC in relation to the crimes envisaged in the Statute, determining that for such crimes (genocide, crimes against humanity, and war crimes) the ICC is to be a 'complement' to national jurisdictions⁹. From this perspective, the principle implies on the one hand that the Court's intervention will be barred if national jurisdictions have the capacity and the will to prosecute crimes within the dormant jurisdiction of the Court. On the other hand, the principle recognizes that there may be situations where such capacity or will are absent and where the Court may exercise its jurisdiction to complement state action¹⁰.

The experience of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and its counterpart for Rwanda led to further developments of the notion of jurisdiction¹¹. Proposed as an option by the International Law

⁷ El Zeidy Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, 2008, p.1.

⁸ See Marshall Katharine A. "Prevention and Complementarity in the International Criminal Court: A Positive Approach", *Human Rights Brief*, Vol. 17, No.2, 2010, pp.21-26.

⁹ Krings Britta Lisa, "The Principles of 'Complementarity' and Universal Jurisdiction in International Criminal Law: Antagonists or Perfect Match?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4, Number 3, 2012, p.745.

¹⁰ See Carnero-Rojo Enrique, "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?", *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, 2005, pp.829-869.

¹¹ See Brown Bartram S., "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", *The Yale Journal of International Law*, Vol.23, 1998, pp.383-486.

Commission (ILC)¹², the complementary jurisdiction survived all stages of the negotiation process¹³ and was finally accepted and incorporated in the Rome Statute in 1998. Whereas the Statutes of the *ad hoc tribunals* for the former Yugoslavia and Rwanda and the Statute of the Special Court for Sierra Leone dictate that the Tribunal's jurisdiction prevails over national courts, the Rome Statute, reversely, determines that the ICC shall be complementary to national criminal jurisdictions.

The principle of complementarity is a formula created by the ICC founders who have sought to balance the conflicting interests of international justice and state sovereignty¹⁴. The principle is based on a compromise between respect for the principle of state sovereignty and respect for the principle of universal jurisdiction, in other words on acceptance by the former that those who have committed international crimes may be punished through the creation and recognition of international criminal bodies¹⁵. In that sense, complementary jurisdiction dictates that the ICC would be competent to investigate and try a case, unless there is a state that claims jurisdiction. States continue to play the central role, but if they fail or find it impossible to assume that role, or show disinterest or bad faith, the ICC will step in to ensure that justice is done¹⁶. According to the Rome Statute, the *“International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal*

¹² The International Law Commission was established by the United Nations General Assembly in 1948 for the promotion of the progressive development of international law and its codification. See available at: <http://www.un.org/law/ilc/>, 13.05.2020.

¹³ The ICC negotiations produced a considerable amount of “preparatory work”, including the reports and the Draft Statute of the International Law Commission; the papers, reports and drafts of the Ad Hoc Committee and the Preparatory Committee; as well as the documentation from the Rome Conference.

¹⁴ The English word ‘sovereignty’ is derived from the French term ‘souverain’, and this term is the fundamental concept around which international law is presently organized. See McKeon Patricia A., “An International Criminal Court: Balancing the Principle of Sovereignty Against the Demands for International Justice”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 12, Issue 2, Spring 1997, p.539.; Grossman Claudio and Bradlow Daniel D., “Are We Being Propelled Towards a People-Centered Transnational Legal Order?”, *American University International Law Review*, Vol.9, No.1, 1993, pp.1-25.

¹⁵ See Xavier Philippe, “The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?”, *International Review of the Red Cross*, Vol.88, Number 862, June 2006, p.381.

¹⁶ See Solera Oscar, “Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No: 845, 2002, pp.145-177.

jurisdictions.”. Because of this requirement, the ICC can only investigate or prosecute where national governments fail to act or where they undertake investigations or prosecutions that are not genuine. Unlike prior ad hoc tribunals, the Court does not have the power to remove cases from national courts or to prosecute where national governments are already investigating a case¹⁷. Thus, the Rome Statute’s complementarity principle responds to a mixed logic. On the one hand, it gives precedence to national justice systems to combat impunity and to assume responsibility for trying (or extraditing) those responsible for the crimes listed in the Statute. On the other hand, in the event a state is unwilling or unable to try these types of crimes, it guarantees that there will be an international and permanent international jurisdiction that operates effectively and with legitimacy¹⁸.

III- Historical Development of Complementarity

The idea of justice and punishment as a deterrent to crime has been debated and discussed throughout legal history. Complementarity, a concept that has evolved significantly since it was first introduced and ultimately included in the Rome Statute, presents a way by which the ICC can increase its potential positive impact on both domestic and international criminal justice. The basic idea of complementarity existed in the context of the treaty of Versailles in 1919, in which the Allies authorized the Germans to try some of the war criminals themselves in Leipzig, Germany¹⁹. Encouraging national governments to undertake their own prosecutions of international crimes found in a wide range of international treaties, including the Geneva Conventions of 1949 and the Genocide Convention, and such obligations are reaffirmed in the preamble to the Rome Statute itself²⁰.

First of all, the penalty provisions found in the Peace Treaties concluded after World War I reflected the real origins of the notion of complementarity in the modern era. During World War II, the problem of dealing with

¹⁷ Burke-White William W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008, p.65.

¹⁸ One of the main objectives of complementarity is to encourage states to investigate these heinous crimes at the national level. In that sense, ‘proactive complementarity principle’ (in contrast to passive complementarity) recognizes that the ICC can and should encourage, and perhaps even assist, national governments to prosecute international crimes. See Burke-White, p.56.

¹⁹ Krings, p.746.

²⁰ Burke-White, p.57.

atrocities committed during the course of war was more compelling. The idea of establishing an international judicial organ to try war criminals was the focus of activities of several bodies.

Early traces of a complementary allocation mechanism can be found in the 1943 Draft Convention for the Creation of an International Criminal Court. The International Military Tribunal, established at the end of World War II, reflected another form of the complementarity principle and the significance of cooperation with national criminal jurisdictions²¹. This reflected the principle of primacy, or the supremacy of international law over national law, with regard to trying major war criminals for core crimes²². In 1948, prompted by the brutalities of the Second World War, the United Nations General Assembly adopted a resolution that there would be ‘an increasing need of an international judicial organ for the trial of certain crimes under international law’²³. The discussion of the 1948 Genocide Convention also generated the idea of considering a plan to study the question of international criminal jurisdiction. The 1951 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Draft Code) lacks any reference to the type of tribunal being considered for the punishment of the crimes set out in the draft. Although the 1951 Draft Code made no reference to the type of tribunal that was supposed to deal with the crimes defined in the Code, the question of inserting a provision to that effect re-emerged in the course of the discussion of the changes proposed to that draft, which later led to the adoption of the 1954 Draft Code. The final text of the 1954 Draft Code, like the 1951 draft, lacked any reference to the tribunals responsible for punishment, it was clear during the discussions surrounding the two drafts that there was a trend towards organizing the relationship between national courts and the proposed international court in such a manner that would provide national courts with a role only during a transitional period, pending the establishment of an international tribunal that would later exercise exclusive jurisdiction over the crimes defined in

²¹ See Stahn Carsten, “Complementarity and Cooperative Justice Ahead of Their Time? The United Nations War Crimes Commission, Fact Finding and Evidence”, Springer Science Business Media Dordrecht, Criminal Law Forum, 2014, 25, pp.223-260.

²² The crimes dealt with were characterised as ‘crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punishable’. See Stigen Jo, The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions, The Principle of Complementarity, Leiden and Boston, 2008, p.39.; El Zeidy p.75.

²³ Stigen, p.36.

the code²⁴. The drafting history reveals that it was the intention to establish an international criminal court with very limited powers, based on a system that respected states' sovereignty²⁵.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) Statutes were the first international instruments to expressly regulate the relationship between international and national criminal jurisdiction. These two *ad hoc tribunals* clearly had an important impact on the process toward the establishment of a permanent court. States gradually became accustomed to the idea that criminal law could be exercised at the international level, and it was demonstrated that international jurisdictions could play a meaningful role²⁶. Both the ICTY and the ICTR are based on a principle of 'primacy'. Those tribunals can preempt a prosecution in a national jurisdiction if the tribunal decides to proceed. The Special Court for Sierra Leone (SCSL), a tribunal established by agreement between the government of Sierra Leone and the United Nations, similarly operates under a primacy principle²⁷.

The determination of the appropriate relationship between national and international jurisdictions and its organization remained one of the puzzling issues the ILC had to face even during the first phase (1983-1989) and second phase of its work (1990-1994). At this stage, the term 'complementary' had been introduced for the first time by the 1992 Working Group²⁸. The nature of an appropriate mechanism for allocating cases between the ICC and states was an essential issue in the discussions. With this issue pending, states were not able to fully foresee how the ICC would affect their sovereignty²⁹.

²⁴ At that time, most national judiciaries were probably viewed as incompetent to adjudicate international crimes. The 1953 Committee met shortly after the Nuremberg and Tokyo Tribunals and was probably impressed by their achievements. See Stigen, p.38.

²⁵ See Stigen, p.31.; El Zeidy p.102.; Solera, p.170.; One of the main obstacles in the face of accepting the involvement of an international jurisdiction in the process of prosecuting international crimes was the question of sovereignty. See El Zeidy pp.102-126.

²⁶ See Stigen, p.44.

²⁷ See Carter Linda E., "The Future of the International Criminal Court: Complementarity As Strength or a Weakness? Washington University Global Studies Law Review, Vol.12, 2013, p.452.

²⁸ Stigen, pp.31-39.; El Zeidy p.124.; Some argue that the 1992 discussions reflect optimism in two ways: First, there was a positive general attitude toward the establishment of an international criminal court, although it was not envisaged as strong as some would have desired. Second, there appears to have been a feeling that if the court lived up to the expectations, sceptic states would be convinced. See Stigen, p.55.

²⁹ Stigen, p.32.

The concept of complementarity as it exists today finally crystallized with the adoption of an Ad hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Ad hoc Committee) to study and develop the 1994 International Law Commissions' Draft Statute. In late 1995, the Ad hoc Committee was replaced by a Preparatory Committee³⁰. The Preparatory Committee adopted an identical approach when it discussed the issue of complementarity for the first time in March 1996. The question of complementarity was discussed in general terms during the plenary meetings in Rome. Many delegations supported in principle the scheme of 'unwillingness' and 'inability' reflected in Article 15 of draft submitted by the Preparatory Committee to the Rome Conference³¹. On the other hand, several states held that the complementarity 'should create a strong presumption in favour of national jurisdiction'. Other states stressed that the ILC had not intended to 'establish a hierarchy between the international criminal court and national courts', or to allow the international court to 'pass judgement on the operation of national courts in general'³².

As the Preparatory Committee opened its discussions in 1996, there was virtual consensus that 'complementarity [...] was to reflect the jurisdictional relationship between the International Criminal Court and national authorities, including national courts'. As for the more detailed formulation of the complementarity principle, there were, however, still widely differing opinions as to 'how, where, to what extent and with what emphasis complementarity should be reflected in the statute'³³. Not all states were

³⁰ See Brown, p.424.

³¹ See Brown, p.425.; El Zeidy says that there are four model in that sense. The first major complementarity model is mainly the outcome of the 1937 Convention, and the 1951 and 1953 Draft Statutes for the creation of an international criminal court; According to this model, which was based on the principle of *aut dedere aut iudicare*, a State Party to the convention was 'entitled' to refer a case to the international criminal court if it was unwilling or unable for whatever reason to prosecute the case before its own domestic courts or to extradite to another State. The second model resulted from the Nuremberg experience; it was merely based on the division of responsibilities between national and international jurisdictions. The third major model was a modified scheme of complementarity adopted by the 1994 Working Group of the International Law Commission; this model was based on a combination of the consensual system introduced in the first major model coupled with an admissibility mechanism that acted as a safety valve to frame a new version of complementarity. The fourth major model is the traditional complementarity reflected in the 1998 Rome Statute, and this model lies between the categories of optional and mandatory complementarity. See El Zeidy, pp.131-137.

³² See Stigen, pp.63-65.

³³ Stigen, p.70.

completely satisfied with the formulations of the principle, but most states recognised that better compromises would be difficult to find. The debate also revealed continued reservations over a bracketed proposal in the Draft Statute.

After these meetings, the Rome Statute entered into force in 2002. Paragraph 10 of the Statute emphasizes that “...*the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions.*”. Article 1 of the Statute further asserts that the Court “*shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern....and shall be complementary to national criminal jurisdiction*”. This means that national jurisdiction over the crimes comes first and in the absence of effective prosecution (as it is defined by the Rome Statute) the Court jurisdiction comes later.

IV- The Purposes of Complementarity

The Rome Statute builds on two main assumptions: the first is that international crimes must not go unpunished; the second is that these crimes should preferably be prosecuted at the national level. The two assumptions reflect the respective purposes of the Statute and the complementarity principle. The Statute shall ensure that the crimes are prosecuted, while the complementarity shall ensure that this primarily is done at the national level. The two purposes can also be seen as parts of superior purposes, including the preservation of international peace and security and the safeguarding of state sovereignty³⁴.

As mentioned above, the principle of complementarity is implemented in paragraph 10 of the Preamble and in Article 1 of the Rome Statute. One of the most important roles of the principle is to encourage the State Party to implement the provisions of the Statute, strengthening the national jurisdiction over those serious crimes listed in the Statute. So long as the legal system of a state can efficiently investigate and prosecute the serious crimes prohibited in the Statute, the sovereignty of the state will remain unaffected, free of any interference by the ICC³⁵. But if a state is unwilling

³⁴ Stigen, p.11.

³⁵ See Benzing Markus, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003, pp.591-632.; Krings, p.750.; Jurdi Nidal Nabil, “The Prosecutorial Interpretation of the Complementarity Principle: Does It Really Contribute to Ending Impunity on the National Level?”, International Criminal Law Review, Vol.10, 2010, p.74.

or unable to investigate or prosecute a case, the Court will invoke the principle to admit any case concerned and exercise jurisdiction over it³⁶. Therefore, the principle has impact on a state's implementation of international substantive criminal law, as well as on its exercise of jurisdiction in many aspects³⁷.

The most apparent underlying interest that the complementarity regime is designed to protect and serve is the sovereignty both of state parties and third states³⁸. Under general international law, states have the right to exercise criminal jurisdiction over acts within their jurisdiction³⁹. Sovereignty has long been viewed as the most fundamental right of a nation and many nations continue to believe that any infringement on sovereignty is impermissible. Indeed, the concept of sovereignty still has a great impact on international law and international relations. Although sovereignty has long been considered the most fundamental right a nation can possess, there should be a balance between a society's right to its sovereignty and the right of the international community to ensure punishment of criminal behaviour for certain acts which otherwise would go unpunished. In that context, the ICC would give the international community the power to act against the crimes of universal concern⁴⁰. As distinct from the right of states to exercise criminal jurisdiction over crimes contained in the Statute, the Preamble refers to the duty of every state (not limited to states parties) to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes. Thus, a purpose of the complementarity may be to ensure that states abide by that duty, either by prosecuting the alleged perpetrators themselves, or by providing for an international prosecution in case of their failure to do so⁴¹.

³⁶ See Stigen, p.19.

³⁷ See Stigen, p.18.; Yang Lijun, "On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court", Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No. 1, 2005, pp.121-132.

³⁸ At its inception, the idea of complementarity was meant to balance the competing interests of those who sought a court with universal jurisdiction and those who placed a priority on state sovereignty. See Leonard Eric K., "Discovering the New Face of Sovereignty: Complementarity and the International Criminal Court", New Political Science, Vol.27, 2008, pp.87-104.; Jurdi p.74.; Kyriakakis Joanna, "Corporations and The International Criminal Court: The Complementarity Objection Stripped Bare", Criminal Law Forum, Vol.19, 2008, p.124.

³⁹ Benzinger, p.595.

⁴⁰ See Solera, p.170.

⁴¹ See Benzinger, p.596.; This principle aimed to strike a balance between sovereign privileges and world community responsibilities, a balance that some have hoped would *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

The second purpose, potentially rivalling with the concept of state sovereignty, is the interest of the international community in the effective prosecution of international crimes the endeavour to put an end to impunity, and the deterrence of the future commission of such crimes⁴². Traditional notions of deterrence are based on the idea that the prospect of punishment will prevent an individual from taking unlawful action⁴³. Indeed, the most commonly cited purpose underlying criminal justice is crime prevention, and preambular paragraph 5 expresses determination to put an end to impunity and 'thus to contribute to the prevention of such crimes'⁴⁴. While the Court's existence and operation will serve as an example and help to create necessary standards in the developing field of international criminal law, perhaps the most direct contribution it can make towards prevention is through engagement with states parties to strengthen domestic judicial institutions. Thus, the complementarity regime serves as a system to encourage and facilitate the compliance of states with their responsibility to investigate and prosecute international core crimes⁴⁵.

Apart from these two rationales, other possible purposes are also to be taken into consideration. Some argue that the ICC is an institution entrusted with the protection of human rights of the accused in the national enforcement of international criminal justice and that this mandate is expressly provided for or at least implied, in the complementarity regime⁴⁶. Another possible reason behind the principle may be seen in a right of the accused to be prosecuted by domestic authorities and tried before a domestic court, unless those authorities or courts are unable or unwilling to do so. Finally, a more practical aspect may be limited for reasons of resource constraints and in the fight against impunity, the ICC will only be able to

shift toward a change in the values of the world order toward global humane governance. See Jurdi, p.74.

⁴² Benzings, p.597.; Krings, p.751.; The complementarity principle seeks to strike a proper balance between ensuring the effective prosecution of international crimes and safeguarding sovereignty. See Stigen, p.17.

⁴³ Deterrence theory falls into two categories: general and specific deterrence, with specific deterrence focusing on the individual and general deterrence on preventing crime in society at large. See Benzings, p.596.

⁴⁴ See Stigen, p.12.

⁴⁵ Jurdi, p.74.; Solera, p.170.; Almqvist, p.335.

⁴⁶ The purposes of establishing the ICC are both to avoid the crimes and to heal the damages that they cause, to promote peace and to restore peace once it is broken and to protect humanity's conscience and to restore it once it is disturbed. See Stigen, p.13.

serve as a court of last resort where justice cannot be achieved on a national level⁴⁷.

Finally, it should be stated that the principle has been primarily designed to strike a delicate balance between state sovereignty to exercise jurisdiction and the realisation that, for the effective prevention of such crimes and impunity, the international community has to step in to ensure these objectives and retain its credibility in the pursuance of these aims. At the same time, the principle is an implicit restriction of state sovereignty, not because it establishes a duty to prosecute, but because it takes away the possibility for states parties to remain inactive, even under a breach of international law in cases where a duty to prosecute exists under other instruments⁴⁸.

V- **Complementarity in the Rome Statute**

The term ‘complementarity’ does not appear as such in any of the provisions of the Rome Statute. The only similar reference is to be found in the tenth paragraph of its Preamble and in Article 1, where it is stated that the ICC established under the Statute ‘shall be complementary to national criminal jurisdictions’. Although the Statute does not define the term complementarity anywhere, it is to be found in many different forms throughout the Court’s procedure, and even in the investigation phase to be carried out by the Prosecutor⁴⁹. Both the Preamble and Article 1 of the Statute note that the jurisdiction of the ICC shall ‘*be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern ... and shall be complementary to national criminal jurisdictions*’. The principle is further developed in Article 17, and provisions included in Articles 18 and 19 are also directly related to the concept of complementarity.

First, the introduction to the complementary character of the Court was spelled out and emphasized in the Preamble: “(*...Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national jurisdictions...*)”. This statement is supplemented by the preceding paragraphs, which establish the grounds for complementarity and the manner in which it should be understood: international crimes shock the conscience of humanity, threaten the peace,

⁴⁷ Benzing, pp.598-599.

⁴⁸ See Benzing, p.600.

⁴⁹ See Kyriakakis p.115.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

security and wellbeing of the world, and should not go unpunished; states have the main responsibility for taking the required measures to avoid impunity; and an international criminal court is needed, for the sake of present and future generations, to guard them against the most serious crimes of concern to the international community as a whole⁵⁰.

Secondly, the Statute prescribes in Article 17 that "*the Court shall determine that a case is inadmissible where: "(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution"*". Article 17 provides some guidance as to what constitutes an acceptable 'investigation' or 'prosecution'. The Statute declares that domestic proceedings must be in accord with 'principles of due process recognized by international law'⁵¹ and 'conducted independently and impartially...in a manner which, in the circumstances, is consistent with an intent to bring the person concerned to justice'. If a state fails to investigate or prosecute in accordance with these standards, the Court can decide that the state is either 'unwilling' or 'unable' to genuinely carry out the investigation or prosecution.

Thirdly, Articles 18 and 19 complement the provisions laid down in Article 17. Article 18 establishes the procedure to be followed for rulings on admissibility. It should be stressed that this article calls for close contact between the Prosecutor and the competent State regarding the progress of an investigation or a prosecution at the national level. This precaution is intended to avoid any unjustified delay in the proceedings. On the other hand, Article 19 contains the rule that the Court must establish that it has jurisdiction in any case brought before it. Its decision to admit a case may be challenged by the accused or by a state which has jurisdiction over the case, either because that the state is already investigating the case or because its acceptance of the Court's jurisdiction was required under Article 12⁵².

⁵⁰ See Solera, p.164.; Leonard, p.95.

⁵¹ The term 'due process', with its special meaning in law, has to be that recognized by international law, i.e. the procedure that is only in conformity with national procedural law cannot be regarded as a due process, and it is the ICC that will determine whether a state's criminal procedure, including non-party states' criminal procedures, is in conformity with the principles of "due process" or not. See Yang, p.126.; Almqvist, p.339.

⁵² See Solera, p.167.

1- Article 17

Article 17 of the Rome Statute lists three scenarios in which a case is inadmissible before the ICC due to the existence of national proceedings. The first paragraph of the Article reads: “1. *Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where: the case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution; the case has been investigated by a State which has jurisdiction over it, and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute; the person concerned has already been tried for the conduct, unless the trial was for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility or otherwise was not conducted independently or impartially.*”.

The provision has a negative and a positive effect: A case is inadmissible when two cumulative criteria are met: the case must be or have been investigated or prosecuted by a state with jurisdiction, and the state must not be unwilling or unable to proceed genuinely. Conversely, a case is admissible when one of two alternative criteria is met: the case must not have been investigated or prosecuted by a state with jurisdiction, or the case must be or have been proceeded with by a state unwilling or unable to do so genuinely⁵³⁵³.

Under the ‘rubric of admissibility’ in Article 17, the Rome Statute reflects the balance and the complex relationship between national legal systems and the ICC⁵⁴⁵⁴. In this regard, the complementarity is intended to preserve the ICC’s power over irresponsible states that refuse to prosecute those who commit heinous international crimes⁵⁵⁵⁵. On the other hand, domestic jurisdictions enjoy primacy to deal with their own alleged human rights violations, and only if remedies were deemed ‘inadequate or ineffective’, the international body could proceed.

The legal framework resulting from the complementarity is laid down in Article 17 of the Rome Statute, which regulates ‘issues of admissibility’. The hardest part of the complementarity test lies in the exceptions to the conditions for inadmissibility set out in Article 17. Paragraph (1) suggests

⁵³ See Stigen, p.185.

⁵⁴ See Benzing, p.600.

⁵⁵ Yang, pp.121–122.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

that there are four main situations that require close examination in order to determine the question of admissibility⁵⁶. Firstly, whether the case is being investigated or prosecuted by a state having jurisdiction; secondly, whether a state has investigated and concluded that there is no basis on which to prosecute; thirdly, whether the person has already been tried for this conduct; and, finally, whether the case is of insufficient gravity to be brought before the Court. The terms 'investigation' and 'prosecution' can be defined by recurring to national practice and the experience of the ad hoc tribunals⁵⁷.

The key consideration for the Court to admit a case is whether a State is unable or unwilling to investigate or prosecute a case⁵⁸. As both 'unwillingness' and 'inability' are subjective concepts, the drafters of the Statute included provisions that the Court must refer to in order to determine if there is such unwillingness or inability on the part of a domestic judicial system⁵⁹. Often discussed among scholars is the question of a standard of the unwillingness or inability to genuinely carry out investigations or prosecutions⁶⁰. A preliminary question, both with respect to unwillingness and inability, is the meaning of the term 'genuinely', which qualifies the actions of a state, taken to investigate or prosecute a case⁶¹. No precedent in international law for the use of the term was quoted during the negotiations. Commentators observe that it proved to be the least subjective concept considered during the negotiations; among other proposals that were considered to be excessively subjective were 'effectively', 'diligently', and 'in good faith'⁶². Indeed, the notions underlying the terms unwillingness and inability remain extremely difficult to ascertain, and labelling a state as unwilling or unable to exercise its sovereign rights is not an easy accusation in practice. The Statute itself provides some clues as to how to assess the notions of 'unwillingness' and 'inability'. Unjustified delays, sham trials which serve to shield the perpetrator from criminal responsibility, or proceedings lacking independence or impartiality are indicative of unwillingness, while 'inability' is more precisely defined as the incapacity to

⁵⁶ See El Zeidy p.159.

⁵⁷ Benzing, p.602.

⁵⁸ See Yang, p.122.

⁵⁹ See Benzing, p.603.

⁶⁰ Krings, p.74.; Leonard, p.100.

⁶¹ See Jurdi, p.88.

⁶² Benzing, p.604-605.; Tedeschini Michele, "Complementarity in Practice: the ICC's Inconsistent Approach in the Gaddafi and Al-Senussi Admissibility Decisions", Amsterdam Law Forum, Vol.7, 2015, p.78.

obtain the accused or necessary evidence and testimony, due to a total or substantial collapse or unavailability of the national judicial system⁶³.

Finally, it should be noted that the provision of Article 17 is far from being perfectly drafted, leaving its full understanding and interpretation to the assessment of the Court⁶⁴. Indeed, the details of complementarity are not explicitly described in the Statute, and Article 17 provides the framework for understanding complementarity, but lacks detail about use of the concept in practice⁶⁵.

1.a. The Criterion of ‘Unwillingness’

Article 17(2) of the Rome Statute states that “*In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:*”. The first of the two admissibility criteria in Article 17 of the Statute is the state’s ‘unwillingness’ to proceed genuinely. The term ‘unwillingness’⁶⁶ is not defined, but some factors as to its application are listed. Article 17(2) lists three factors for the determination of unwillingness, and these factors were

⁶³ See van der Wilt Harmen, Lyngdorf Sandra, “Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of ‘Unwillingness’ and ‘Inability’ in the Context of the Complementarity Principle”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 1, 2009, pp. 39-75.

⁶⁴ So far, the Court has neither fully dealt with these provisions nor provided interpretations for significant questions arising from the application of the Rome Statute. There is a fear that the Court would have too much power to criticize the procedures of national courts. See El Zeidy p.157.; McKeon, p.556.; In determining unwillingness in a particular case, the Court shall consider whether national proceedings are intended to shield the accused or avoid impartial prosecution. See Bantekas Ilias and Nash Susan, *International Criminal Law*, Second Edition, 2003, p.379.; “The Principle of Complementarity” The American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court Publication, available at: <http://www.amicc.org/docs/Complementarity.pdf>., 13.05.2020.

⁶⁵ See Marshall, 2010, p.22.

⁶⁶ Linguistically, the term means ‘not intending, purposing, or desiring (to do a particular thing)’. The French ‘manque de volonte’, the Spanish ‘no este dispuesto’ and the Russian ‘nezelanie’ (lack of wish) convey the same meaning as the English term. See Stigen, p.251.; The meaning of ‘unwillingness to act’ was laid down in Article 17(2) as: a) shielding a person from criminal responsibility; b) causing a deliberate delay in carrying out the national proceedings; and c) conducting the domestic proceedings in a non-independent or impartial manner. The Statute defines the situations that may assist the Court in making a determination of a state’s unwillingness. See Xavier Philippe, ‘The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?’, *International Review of the Red Cross*, Vol.88, Number 862, June 2006, pp.375-398.; Jurdi, p.78.

introduced to address a concern that the term 'unwillingness' was so vague and subjective that it would leave too much discretion with the Court⁶⁷.

Indeed, unwillingness is quite simple to understand but is more complicated to evaluate. There are three types of unwillingness mentioned in Article 17(2). The first criterion requires the Court to establish that the proceedings (a) 'were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility'; or (b) that there 'has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice'; or (c) that 'the proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice'.

The first is that the proceedings "*were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility*" for crimes within the jurisdiction of the Court. The language of Article 17(2)

(a) suggests that that the notion of 'shielding the person from criminal responsibility' is broad enough to cover the situations explored in subparagraphs (b)-(c). An 'unjustified delay' accompanied by an intent not to bring the person to justice is indeed a scenario that reflects the idea of 'shielding the person from criminal responsibility'⁶⁸. Similarly, the lack of independent or impartial proceedings, with the intention that the accused escapes justice, is another scenario that falls under the umbrella of 'shielding from the criminal responsibility'⁶⁹. Article 17 (2)(a) requires proof of a purpose of shielding, which is a considerably high threshold and

⁶⁷ "Unwillingness" is not as easy to define or to objectively prove. See Ambos Kai, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p.89.; Henzlin M., Heiskanen V. and Mettraux G., "Reparations to Victims before the ICC: Lessons from International Mass Claims Processes", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp.317-344.; Stigen, pp.256-257.; Benzing, p.606.; Leonard, p.100.

⁶⁸ The term 'shielding' means 'protecting somebody', but in the present context the meaning is clearly negative: it means protecting the perpetrator against due criminal responsibility. A person is not shielded, for the purpose of article 17, if he or she avoids prosecution due to his or her inferiority, insanity or for another legitimate reason. See Stigen, p.260.

⁶⁹ In an early historical context, a relevant precedent that may perhaps be close to the idea of shielding the 'person concerned from criminal responsibility' is the Leipzig trials of Germans after the First World War. See El Zeidy p.172.

raises the question of how such intent is to be proved before the Court. By contrast, paragraphs (b) and (c) have more objective criteria as bases, i.e. an unjustified delay or proceedings which are not conducted independently or impartially. To establish a purpose of shielding, it is not sufficient to find that a state only initiated proceeding in order to prevent the Court from acting, since this is clearly permissible under and envisaged by the complementarity regime. Besides, the Statute clearly encourages and relies on national action⁷⁰. Thus, when determining whether a state is unwilling, the ICC will mainly make a judgment on the intention of a state behind its trial procedure or decision making⁷¹.

The second is that “*there has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice*”. However, the Statute does not give a definition on what an unjustified delay is but leaves it to the ICC to make a decision⁷². The drafters agreed to add a second criterion, ‘undue delay’, to facilitate the application of the complementarity test. This phrase was originally attached to the intention of the State to bring the accused to justice. As the term was subject to criticism in the Committee of the Whole, and it was replaced, upon a proposal from Mexico, by ‘unjustified delay’, as it currently appears under Article 17(2) (b)⁷³. To establish an ‘unjustified delay’ in the proceedings, the test must be stricter than one of mere ‘undue delay’⁷⁴ since this expression was considered too low threshold at the Rome Conference. It is uncertain how such delay should be determined. It could be argued that a delay should be assessed by reference to the usual procedures and time-frames within each individual state⁷⁵.

The third is that “*the proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring*

⁷⁰ Benzinger, p.610.

⁷¹ Yang, p.123.

⁷² Yang, p.123.

⁷³ ⁷³ In the negotiations, some states suggested that an ‘unjustified delay’ could be relevant for the determination of ‘unwillingness’ even where the state had acted in good faith. See Stigen, p.291.; El Zeidy p.181

⁷⁴ The term ‘undue delay’ was originally proposed, but some states viewed it as too strict. States should be allowed to explain the reasons for the delay and have a dialogue with the ICC Prosecutor, they argued. Others noted, however, that the term ‘unjustified’ invited unwilling states to forward justifications, further delaying the proceedings at both levels. See Stigen, p.289.

⁷⁵ See Benzinger, p.610.

the person concerned to justice'. The third criterion in determining unwillingness is the 'independence and impartiality' of the proceedings. If the ICC determines that the proceedings 'were not or are not being conducted independently or impartially', but are in fact being conducted in a manner 'which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person to justice', the case will be admissible⁷⁶. The terms 'independently' and 'impartially' are not defined in the Rome Statute⁷⁷. As for the relationship between the two concepts, impartiality may or may not be the result of lacking independence. Independence implies freedom to follow the law and brings with it the responsibility to be impartial, but it is no guarantee of it⁷⁸.

Considered closely, Article 17 (2) (c) establishes two cumulative criteria: (i) the proceedings must fail to be independent or impartial, and (ii) they must be conducted in a manner inconsistent with an intent to bring the alleged perpetrators to justice. One important indication to establish the second criterion may be that the lack of independence or impartiality in fact worked in favour of the accused. Some argue that the Rome Statute requires all the States concerned, including non-party States, to follow the human rights standards and proceedings provided in the Statute, including the presumption of innocent, non-retroactivity *ratione personae*, *ne bis in idem*, the rights to have public hearings, choose lawyers at the accused's free will and obtain legal assistance free of charge, and the rights to be informed, examine the witness, remain silent, not to be compelled to self-incrimination, etc⁷⁹. According to some, to define the terms of 'independence and impartiality', one may look to the jurisprudence of human rights courts⁸⁰. For instance, according to the European Court of Human Rights, in order to establish whether a tribunal is independent, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and its term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of

⁷⁶ See El Zeidy p.195.

⁷⁷ The term 'impartial' means 'not favouring one party or side more than another'; 'unprejudiced, unbiased, fair, just, equitable'. 'Independence' means 'the fact of not depending on another; exemption from external control or support; freedom from subjection, or from the influence of others; individual liberty of thought or action'. See Stigen, p.300, 305.

⁷⁸ Stigen, p.299.

⁷⁹ Yang, p.123.

⁸⁰ Benzinger, p.612.

independence⁸¹. As to ‘impartiality’, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias, and it must be impartial from an objective point of view, i.e. it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in that respect⁸².

Finally, it should be noted that although the criteria of ‘shield’ and ‘unjustified delay’ or the lack of ‘independent’ and ‘impartial’ proceedings are subjective and unclear, the drafting history of the Rome Statute reveals enormous efforts to reduce the elements of subjectivity when defining these criteria⁸³.

1.b. The Criterion of ‘Inability’

‘Inability’ is a separate criterion, distinct in terms of application from that of unwillingness. The term ‘inability’ is not defined in the Rome Statute⁸⁴, but Article 17(3) provides some clarifying factors that shall be considered for the determination. In contrast to the term unwillingness, in the view of some commentators, it is an objective criterion⁸⁵. The term was inserted to cover situations where a state lacks a central government due to a breakdown of state institutions or suffers from chaos due to civil war or natural disasters, or any other event leading to public disorder⁸⁶.

Article 17(3) states: In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings. The paragraph lists two alternative causes of inability, and two alternative meanings of being unable. As for the causes, the state must experience either ‘total or partial collapse’ of the national judicial system or the same system’s unavailability. As for the meaning of

⁸¹ See *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, Report from Interights, London, 2003.

⁸² Stigen, p.308.

⁸³ See El Zeidy, p.236.; Jurdi, p.78.

⁸⁴ Linguistically, ‘inability’ means ‘the condition of being unable’; ‘want of ability, physical, mental, or moral’; and ‘lack of power, capacity, or means’. The French ‘incapacite’, the Spanish ‘no pueda’ (cannot) and ‘incapacidad’ (incapacity), and the Russian ‘ne sposobno’ (unable) and ‘nesposobnostj’ (inability) appear to be synonymous with the English term. See Stigen, p.313.; Jurdi, p.80.

⁸⁵ See Xavier, p.384.; Gioga Federica, “‘State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court’”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, pp.1095-1123.

⁸⁶ See Benzing, p.613.; Leonard, p.100.

being unable, the state must be 'unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony', or 'otherwise unable to carry out the proceedings'⁸⁷.

The provision entails different situations in which the ICC may rule a case admissible: 1) where the State fails to secure the custody of the accused; 2) where the State could not gather the necessary evidence and testimony; or 3) where the State is otherwise not able to conduct the proceedings. These situations must be resulting from either a total or substantial collapse or the unavailability of the State's national judicial system⁸⁸. In terms of 'inability', Article 17(3) includes three criteria that the ICC will take into consideration in determining whether the national system is able or not. The first two criteria are total or substantial collapse of the national judicial system, or unavailability of its national judicial system. The third criterion is the state's inability to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or is otherwise unable to carry out its proceedings⁸⁹.

A 'total collapse'⁹⁰ of a state's judicial system can be assumed where the state authorities have lost control over its territory to an extent that the administration of justice has broken down completely, or where the authorities, while exercising effective (military or police) control over the territory, do not perform such administration. A 'substantial collapse'⁹¹ is different from and probably more stringent than a mere 'partial' collapse⁹². The striking part of the inability test lies in the criteria of 'total' or 'substantial' collapse⁹³. The term 'substantial' replaced the originally

⁸⁷ Stigen, p.314.

⁸⁸ See El Zeidy, p.223.; In all three set-ups, the deficiency has to be due to the total or substantial collapse or unavailability of the judicial system, thus requiring proof of a causal link in each case. See Benzing, p.614.

⁸⁹ Jurdi, p.83.; Almqvist, p.338.

⁹⁰ The term "total" means 'pertaining, or relating to the whole of something; comprising a whole'. As to the impact of the collapse, the basic functions of the judicial system must arguably be paralysed as 'total' also implies 'complete in extent or degree; absolute, utter; involving all resources'. See Stigen, p.314.

⁹¹ The term "substantial" means 'that is, constitutes, or involves an essential part, point, or feature; essential, material'. Thus, the term 'substantial collapse' would arguably cover a collapse affecting the legal system in a region if that region represents an essential part of the whole judicial system. See Stigen, p.315.

⁹² Benzing, p.614.

⁹³ Some argue that this change may cause some confusion in practice. See El Zeidy p.236.; Stigen, p.82.; Burke- White, William W. "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo", *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, pp.557-590.; William
YUHF Vol. XVIII No.1 (2021)

proposed term ‘partial’⁹⁴. The term “substantial collapse” should be understood as implying that the system is sufficiently damaged so as to render it useless for the relevant purpose.

The third alternative ‘unavailability’ cause for inability is broad. Linguistically, the term ‘unavailability’ has three related but distinct aspects: First, the term may refer to the non-existence of something, indicated by the definitions of ‘available’ as ‘obtainable; within one’s reach’. Second, the term may refer to the non-accessibility of something irrespective of its existence, indicated by the definition ‘accessible; at one’s disposal’. Third, it may refer to the non-usefulness of a remedy irrespective of its existence and accessibility, indicated by the definition ‘capable of producing a desired result; of avail, effectual, efficacious’⁹⁵. Unavailability of the national legal system is a separate requirement from a substantial collapse. It can generally be said that a national legal system is unavailable where the authorities for the administration of justice do exist and are generally functional, but cannot deal with a specific case for legal or factual reasons, such as sheer capacity overload⁹⁶. The unavailability criterion allows the Court to consider a relatively broad spectrum of reasons as to why a given case has not been dealt with satisfactorily⁹⁷.

Burke-White takes a constructivist stance on ‘positive complementarity’. He endorses the idea that the Court should actively encourage domestic investigations and prosecutions. He argues that a proactive policy is inherent in the system of justice established by the Rome Statute and necessary to align the Court’s mandate to its resources and capacity. He develops a differentiated policy scheme, which distinguishes strategies concerning (i) states unwilling to prosecute, (ii) states unable to prosecute and (iii) potential divisions of labour between the Court and domestic jurisdictions.

⁹⁴ The provision establishes that all these situations have to be “due to a total or substantial collapse or unavailability of [the concerned State’s] national judicial system”. This last clause was the object of discussions at the Rome Conference, and the wording “total or substantial collapse” was finally preferred to “partial collapse”, which appeared in the Draft Statute of the Preparatory Committee. Some states wanted to replace it with a narrower criterion and they argued that it was conceivable that a state could experience a partial collapse, for example in one region of the state, but still be able to undertake genuine proceedings. Such a change allowed States to retain exclusive jurisdiction in situations where an armed conflict, while affecting some regions, does not extend to the whole country, so that prosecution at the national level is still possible in other venues. See Tedeschi, p.80.; Stigen, p.315.

⁹⁵ Stigen, p.316.

⁹⁶ Benzing, p.614.

⁹⁷ Stigen, p.325.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

For the purpose of determining whether a state in fact is rendered genuinely unable, Article 17(3) lists certain steps that are crucial to a successful investigation and prosecution, namely obtaining the accused and the necessary evidence and testimony. In addition, the more general notion 'otherwise carry out its proceedings' is included. As for the 'necessary evidence and testimony' criterion, the term 'necessary' indicates that the factor deals with the obtaining of sufficient evidence and testimony to conduct a genuine criminal proceeding according to the allegations. Other evidence can scarcely be referred to as 'necessary', even if it might be important in other ways, for example in the sense that it would shed light on the causes of the crimes⁹⁸.

Another question which is closely relevant to the application of Article 17 is that of self-referrals and waivers of complementarity. In the contemporary practice of international criminal justice, the question of self-referrals and waivers of complementarity has become of great relevance to the discussion on complementarity before the ICC⁹⁹. In the Ad hoc Committee in 1995, the issue of waiver of complementarity was raised in general terms for the first time during the negotiations of the Rome Statute. The term 'waiver' or 'waiver of complementarity' is neither found nor defined in the Statute. Also, the expression 'self-referral' does not appear in the Rome Statute either. The question was finally left to the Court's interpretation; so far, the practice of the Court seems to have welcomed the idea of self-referrals. The idea of waivers of complementarity was not explicitly referred to in the decisions. Thus, accepting waivers of complementarity and self-referrals should be subject to a case-by-case assessment¹⁰⁰.

2- Complementarity-Related Provisions (Articles 18-20)

Assessing the complementarity regime under the Rome Statute does not end with Article 17. Articles 18, 19, and 20 are other provisions that regulate the procedural regime of its application. The procedural framework relating to complementarity is intricate and primarily designed to reconcile the two opposing maxims of effective operation of the Court and preservation of states' right to investigate and prosecute.

⁹⁸ See Stigen, p.326.

⁹⁹ See Schabas William A. "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts", *Criminal Law Forum*, Vol.19, 2008, pp.5-33.

¹⁰⁰ See El Zeidy p.237.

While Article 17 is central to the interpretation of complementarity; Articles 18, 19 and 20 regulate the procedural regime of its application. These three articles deal with claims brought by states which assert that they are conducting national investigations of the criminal acts the ICC is looking into. Each article applies to a different stage in the proceedings before the Court.

2.a. Article 18

Article 18 elaborates on the complementarity principle, as set out in Article 17, by providing a mechanism for preliminary rulings on admissibility. The provision was inserted by the Preparatory Committee and examined in depth at the Rome Conference¹⁰¹. According to Article 18(1), when a State Party refers a situation to the Court and the Prosecutor identifies a reasonable basis for commencing an investigation into a situation or initiates an investigation *proprio motu*, the Prosecutor shall notify all States Parties and those States which, taking into account the information available, would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned. The reference to ‘an investigation’ indicates that the Prosecutor does not have to notify states when he or she initiates a preliminary examination¹⁰². Under the clear wording of the provision, this duty exists also vis-a-vis non-States parties. The norm thus provides for a right for third states, i.e. states that are not party to the treaty¹⁰³. A possible interpretation may be that it indeed includes all states that have incorporated jurisdiction regarding the crimes under Article 5 of the Statute in their domestic jurisdiction. In practice, however, few states actually do prosecute alleged perpetrators under the principle of universality in the absence of any specific link to the crime¹⁰⁴.

Article 18(2), on the other hand, obliges the Prosecutor to defer to a state’s investigation, if informed of the existence of domestic proceedings within one month of the notification sent to all States Parties and other states which would normally exercise jurisdiction. Based on this, a state may request the Prosecutor to ‘defer to the State’s investigation of those persons’. The reference to investigations clearly does not imply that a state cannot invoke the fact that it is or has been prosecuting, in which case the state also “has investigated”. In order to avoid ICC interference, a state’s

¹⁰¹ See El Zeidy p.239.

¹⁰² See Stigen, p.126.

¹⁰³ Benzing, p.622.; Krings, p.755.

¹⁰⁴ Benzing, p.622.

submission must not merely be that it is dealing or has dealt with the case in question, but that it is doing or has done so genuinely, as required by Article 17. In addition to information relating to specific cases, Article 51 provides that a state “may choose to bring [information] to the attention of the Court showing that its courts meet internationally recognized norms and standards for the independent and impartial prosecution of similar conduct”.

The Statute does not regulate the question of in how far a state has to substantiate the claim that (a) it has jurisdiction and (b) is investigating or has investigated. Article 53 merely provides that a state shall make the request for deferral in writing and provide information concerning its investigation¹⁰⁵. According to Article 53, a state shall ‘provide information concerning its investigation, taking into account article 18, paragraph 2’. This indicates that a state must provide sufficient information for the Prosecutor to determine whether he or she shall defer or seek an authorisation as provided for in paragraph 2, and, when the Prosecutor seeks an authorisation, for the Chamber to determine whether to authorise an investigation or not. If a state does not provide sufficient information, the proceeding’s genuineness cannot be assessed properly¹⁰⁶.

The Statute does not solve the question of what happens where the state concerned does not respond at all to the Prosecutor’s notification or, if it does, does not explicitly ‘request’ the Prosecutor to defer to its investigations. As to the first part of the question, the absence of a reply from one or more states would implicitly mean that a state or states waived the right provided under Article 18(2), and thus the Prosecutor could go ahead with the investigation provided that no other state with jurisdiction had complied with the notification time limit and opposed the Court’s investigation. As to the second part where a state informs the Prosecutor that it is investigating or has investigated, yet does not explicitly request deferrals a result of an error or mistake in the state’s notification, the Prosecutor should certainly take such information as an implicit request for deferral to domestic investigations.

If the Prosecutor defers to a state’s investigation, he may review the deferral after six months or whenever there has been a ‘significant change of circumstances based on the State’s unwillingness or inability genuinely to carry out the investigation’. Article 18(3) therefore allows the Prosecutor to monitor and reassess a state’s ability and willingness to pursue justice. If the

¹⁰⁵ See Benzing, p.622.

¹⁰⁶ See Stigen, p.133.

Prosecutor observes any change of circumstances based on the state's unwillingness or inability prior to or following the six-month period, he will investigate the matter subject to the Pre-Trial Chamber's authorization¹⁰⁷.

2.b. Article 19

Unlike Article 18, which is applicable only in response to the referral of a situation by a state party and in the event of an investigation by the Prosecutor *proprio motu*, Article 19 applies to 'Security Council referrals and cases in which states do not open investigations' in response to the Prosecutor's notification¹⁰⁸.

According to Article 19 (1) '*The Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it. The Court may, on its own motion, determine the admissibility of a case in accordance with article 17.*'. This duty is limited to 'any case' which is 'brought before it'. A 'case' is narrower than the term 'situation'¹⁰⁹ within the meaning of Articles 13, 14 and 18. The term 'may' implies that the Court is under no obligation to determine the admissibility unless another party has raised the issue¹¹⁰. These terms were discussed in the 1996 Preparatory Committee in relation to the ex officio powers to be granted to the Prosecutor¹¹¹.

Article 19(2) (a), which states that "*Challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17 or challenges to the*

¹⁰⁷ This provision applies both when the Prosecutor has deferred without a ruling by the Court, and when the Prosecutor has deferred in accordance with such ruling. See Stigen, p.140.

¹⁰⁸ Krings, p.755.

¹⁰⁹ The distinction between a 'situation' and a 'case' does not refer to any specific procedural step taken by the Prosecutor or the Court. According to Articles 18 and 19, the distinction marks the default line as to when an admissibility challenge may be made under Article 19. See Stigen, p.93.

¹¹⁰ Stigen, p.152.

¹¹¹ At the Rome Conference, there was a division of opinions as to whether the Security Council should refer 'situations', 'cases' or 'matters'. The majority of delegates rejected the possibility of referring 'cases' by the end of the preparatory negotiations, finding 'cases' to be too narrow and not mindful enough of the Court's independence in the exercise of its jurisdiction. Consequently, only 'matters' and 'situations' were submitted to the Diplomatic Conference. Those who favoured the narrow concept of a 'matter' believed that there ought to be 'some degree of specificity in the referral before the Court could assert jurisdiction'. Others who were inclined towards the term 'situation' thought that the Council referring a 'matter' would interfere with the Court's independent functioning, especially because the term is 'still too specific'. Despite the diversity of opinions, the term 'situation' was finally adopted. See El Zeidy, p.250.

jurisdiction of the Court may be made by: (a) An accused or a person for whom a warrant of arrest or a summons to appear has been issued under article 58; (b) A State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted; or (c) A State from which acceptance of jurisdiction is required under article 12.” leads to the same conclusion, namely that Article 19 does not seem to cover arrest warrant proceedings under Article 58. Article 19(2) (a) is therefore an important provision which highlights the individual’s right to challenge the admissibility in absence of a challenge from a state concerned¹¹². Although the chapeau of Article 19(2) refers to ‘challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17’, an examination of the language of Article 19(2)(b) suggests that it limits these grounds to those listed in Article 17(1)(a) and (b). Article 19(2)(c), on the other hand, allows a state from ‘which acceptance of jurisdiction is required under Article 12’ to challenge the jurisdiction of the Court and the admissibility of a case. Acceptance of a state’s jurisdiction is not required if the Security Council, pursuant to Article 13(b), refers a situation to the Prosecutor¹¹³.

Article 19(3) entitles the Prosecutor to seek a ruling from the Court on a question of jurisdiction or admissibility. In such proceedings victims and those who have referred the situation under Article 13 may submit observations to the Court¹¹⁴. As a general rule, in accordance with Article 19(4) a state or a person referred to in paragraph (2) is permitted only one challenge to a determination of jurisdiction or admissibility¹¹⁵. Article 19(4) provides that a challenge to the admissibility (or jurisdiction) may be made only once and it must be made ‘prior to or at the commencement of the trial’. This limitation shall reduce the risk of excessive delays¹¹⁶. Article 19(5) provides that a state referred to in paragraph 2 (b) “shall make a

¹¹² See Stigen, p.153.

¹¹³ El Zeidy, p.262.; See Stahn Carsten, “Libya, the International Criminal Court and Complementarity: A Test for ‘Shared Responsibility’”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol.10, 2012, pp.325-349.; Stahn revisits the normative features of ‘positive complementarity’ and its distinction from classical complementarity. He submits that the notion of positive complementarity encompasses a spectrum of normative propositions with different degrees of support. He argues that the individual elements of this concept should be assessed in light of their impact on the impartiality and independence of the Court and the effectiveness of justice.

¹¹⁴ See Stigen, p.161.

¹¹⁵ El Zeidy, p.263.

¹¹⁶ Stigen, p.164.

challenge at the earliest opportunity”. Again, the purpose is to minimise the possibility of delays. The criterion ‘earliest opportunity’ might be interpreted as referring to the time when a state should have known that the ICC proceeding was interfering with its own proceeding, or as referring to the time when the state actually knew this¹¹⁷.

Article 19(6) regulates which organ shall be the recipient of a challenge at the respective stages of the proceedings. Prior to the confirmation of the charges, challenges shall be referred to the Pre-Trial Chamber, and once the charges are confirmed, challenges shall be referred to the Trial Chamber. Article 19(6) also provides that decisions regarding jurisdiction or admissibility ‘may be appealed to the Appeals Chamber in accordance with article 82’¹¹⁸.

Article 19(7) provides that once the admissibility has been challenged, the Prosecutor’s investigation is suspended ‘until such time as the Court makes a determination in accordance with article 17’. Combined with the provision in Article 82(3) that an appeal ‘shall not of itself have suspensive effect unless the Appeals Chamber so orders’, this signifies that the Prosecutor may resume his or her proceeding as soon as the Pre-Trial Chamber or the Trial Chamber has ruled on the question in the first instance¹¹⁹.

Article 19(8) aims at counterbalancing the suspensive effect of admissibility challenge. Where an investigation presents a ‘unique opportunity’, the Prosecutor may, despite the suspensive effect of a challenge, seek authorisation from the Court to (a) pursue ‘necessary investigative steps’ as described in Article 18(6); (b) complete a ‘statement or testimony’ or the ‘collection and examination of evidence’, which was begun before the challenge; and (c) prevent the ‘absconding of persons’ sought arrested¹²⁰.

Article 19(9) provides that ‘the making of a challenge shall not affect the validity of any act performed by the Prosecutor or any order or warrant issued by the Court prior to the making of the challenge’. This provision limits the possibility of a state to impede the investigation and prosecution by making a challenge¹²¹.

¹¹⁷ See Stigen, pp.165-166.

¹¹⁸ See Stigen, p.167.

¹¹⁹ Stigen, p.169.

¹²⁰ Stigen, p.170.

¹²¹ Stigen, p.175.

Article 19 (10) imposes three requirements on the Prosecutor before he may ask the Court to review its decision. It first requires that 'new facts have arisen'. The reference to 'new facts' means that the Prosecutor may not request a review arguing that the interpretation of the law has been incorrect¹²². As for the requirement that new facts 'have arisen' it might be asked whether the facts must have occurred after the case was found inadmissible, or whether it suffices that the facts are discovered thereafter. Another requirement is that these facts must 'negate the basis on which the case had been previously found inadmissible'. The criterion that the facts must 'negate the basis' on which inadmissibility was previously determined means that the facts must be relevant in light of Article 17 and sufficient to convince the Court that the previous decisions should be reversed¹²³. Finally, the Prosecutor must be 'fully satisfied' that the other two requirements have been met¹²⁴.

If the Prosecutor, having considered the criteria set out in Article 17, decides that the case is inadmissible and thus defers investigation to the state with jurisdiction, he may request 'information on the proceedings' from the relevant state pursuant to Article 19(11). The language of Article 19(11), 'if the Prosecutor thereafter decides to proceed with an investigation', reflects a wide discretionary power to intervene at any time, according to his assessment. Article 19(11) provides that the Prosecutor upon deferral may request that the relevant state 'make available to the Prosecutor information on the proceedings'¹²⁵.

As mentioned above, Articles 18 and 19 reflect the severe tension between the powers of the Prosecutor and the priority of states in the complementarity regime. Under these provisions, certain paragraphs work in favour of states, while others serve the interests of the Court. A more plausible solution favours a delicate balance in interpreting these provisions that compromise neither the primacy of states nor the effectiveness of the Court¹²⁶.

¹²² Stigen, p.175.

¹²³ Stigen, p.176.

¹²⁴ This requirement is a very subjective test, which the Prosecutor can apply with wide discretion. See El Zeidy, p.271.

¹²⁵ Stigen, p.177.

¹²⁶ See El Zeidy, p.271.

2.c. Article 20 (Ne Bis in Idem)

The principle that a person should not be tried twice for the same offence is found in the majority of legal systems¹²⁷ of the world-known as the principle of *ne bis in idem*¹²⁸. This principle protects an individual from repeated prosecution or punishment for the same conduct. The rule enjoys customary status in international law¹²⁹. Within the context of international criminal tribunals, the principle appeared for the first time in the ICTY Statute, followed by a corresponding provision appearing in the ICTR Statute. At the 1998 Preparatory Committee, a proposal was submitted which substituted the following language: “A person who has been tried by another court for conduct constituting a crime referred to in article 5”. This proposal was rejected on the ground that conduct could constitute a crime only if a court has determined that the conduct was a crime¹³⁰.

Article 20 of the Rome Statute emphasizes that “1. *Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.* 2. *No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.* 3. *No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8 bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court: (a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or (b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.”.*

¹²⁷ The principles of ‘double jeopardy’ and ‘ne bis in idem’ differ as to their scope and application. In some systems, typically but not exclusively Anglo-American, the principle of “double jeopardy” means that an acquittal on the facts is immediately final and therefore cannot be appealed. In most continental European states, however, the state may, within a limited period of time, appeal an acquittal not only on the law but also on the facts. See Stigen, p.207.

¹²⁸ See El Zeidy, p.283.

¹²⁹ Stigen, p.207.

¹³⁰ The discussions over the principle of ne bis in idem in Rome came in the wake of the hard-fought compromises on the complementarity provisions related to national investigations or ongoing prosecutions. See El Zeidy p.286.

The jurisdiction of the ICC to try an individual who has been the object of sham proceedings in a national court is technically an exception to the principle of criminal law in which a person may not be prosecuted twice for the same crime. Article 20 allows the ICC to prosecute a person for a crime referred to in the Statute, even after being tried for the same act in a national court if: a) the proceedings were aimed at shielding the person from criminal responsibility; or b) the procedure was not independent or impartial in accordance with the norms of due process recognized by international law, and was conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice¹³¹.

VI- The Effectiveness of Complementarity

The complementarity principle that shapes the relationship of the International Criminal Court with national jurisdictions is both criticized and applauded¹³². As mentioned above, within this general framework the principle respects two functioning principles of international law, namely the principle of state sovereignty and the principle of primacy of action regarding criminal prosecutions. Thus, the principle offers the state the right to exercise jurisdiction and to decide what to do with the perpetrator according to its own penal rules¹³³. It is intended to help states and the international community the better to enforce the jurisdiction, and to offer states a possible way out when the absence of trial or punishment for international crimes. That possibility could have a deterrent effect on perpetrators who otherwise feel safe because they know that no prosecution will be conducted against them. The principle could also help to resolve some dilemmas that are not necessarily the result of legal failures but are related instead to diplomatic or political problems¹³⁴.

In the view of some commentators, there is tremendous potential for complementarity to be a strength of the ICC as an institution. First, it is worth noting that states give up less sovereignty with complementarity than they would in a system based on primacy of an international criminal court. Secondly, complementarity will prove to be a strength if it leads to increased national capacity to adjudicate international crimes. Because

¹³¹ See Newton, Michael A., "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", *Military Law Review*, Vol.167, March 2001, p.58.

¹³² See Carter, p.451.

¹³³ Xavier, p.388.

¹³⁴ See Xavier, p.388.

complementarity gives the first option to states to prosecute, states have a strong motivation to develop their national capacities. State capacity provides those states with the option to preempt the ICC from hearing a case. Thus, if the ICC's complementarity regime contributes to the development of national capacity to try international crimes, it should be viewed as a strength of the system¹³⁵.

On the other hand, it should be noted that the principle of complementarity will not remedy all deficiencies in the efforts of the international community or individual states to try perpetrators of international crimes. There are some reasons for limiting the effectiveness of the principle in enhancing the enforcement of jurisdiction¹³⁶. Within the international legal system, some problems can be identified: the lack of precise definitions of international crimes¹³⁷, and the conditions of implementation of the principle etc. In that sense, some argue that the Statute provisions are complex and often call for difficult subjective assessments by the Court and the Prosecutor¹³⁸. As defined by the Rome Statute in Articles 1, 15 and 17 to 19, the principle of complementarity is precisely framed through various conditions of implementation. However, appreciation of the conditions could be quite difficult to assess: for instance, what exactly is meant by 'unwillingness' or 'inability' to prosecute? These open terms leave the prosecution authority with discretionary power to decide on their content and framework of application. Similarly, there could be some serious contradictions in implementation of the principle, even if states want to respect it, since they can disagree on the conditions of implementation by arguing that some crimes are not covered by the Statute. For example, some war crimes are nationally qualified as crimes against humanity, or genocide is sometimes considered as a crime against humanity. Even if international crimes are defined in the same way at the international and national level, differences in criminal procedure and admissibility of evidence may lead to divergences of appreciation. Thus, if one person is accused of an international crime but insufficient evidence is gathered or the rules for a fair trial are not met, national judges may be reluctant or refuse to prosecute the accused¹³⁹.

¹³⁵ See Carter, pp.458-462.

¹³⁶ See for objective and subjective reasons, Xavier, p.389.

¹³⁷ The distinction between ordinary offenses and ICC crimes is more than simply a terminological exercise. See Newton, p.72.

¹³⁸ Newton, p.65.

¹³⁹ See Xavier, p.390.

Some argue that there are at least two primary concerns with complementarity. One is inherent in the structure of the ICC, and the other is in the implementation of the statutory mandate. An inherent problem exists because with complementarity the Court is secondary to national jurisdictions, and in that sense, is weaker than other international criminal courts such as the ad hoc tribunals, which have primacy over national jurisdictions. One effect of this inherent weakness is that the Court wields less authority over the states; the states have the option of maintaining the upper hand vis à vis the Court. In addition to an inherent issue, there is also an implementation concern that complementarity at least indirectly creates a tension between the Court and national jurisdictions. This occurs due to admissibility challenges and also to the perception that the ICC is focused on weaker nations¹⁴⁰.

Although banned for perpetrators of international crimes owing to the very nature of those crimes, immunities and pardons granted at national level¹⁴¹ still raise questions regarding the principle of complementarity¹⁴². Whereas a general amnesty can never be an obstacle to trials of perpetrators of international crimes before the ICC, there are a number of intermediate situations where these issues will in practice weaken the principle. The constitutional system of a state may also give complete independence to the judicial power. There is consequently a risk of disagreement between the various authorities on the prosecution of an international crime. Even if the executive or legislative authorities are in favour of prosecuting an international criminal, there could be some disagreement from the point of view of the judiciary¹⁴³.

Another type of challenge faced by the principle of complementarity lies in the diversity of procedures for extradition and judicial co-operation between states. Extradition and judicial co-operation are obviously aimed at improving the enforcement of jurisdiction. However, even though there are some examples of regional co-operation, extradition and judicial co-operation are still mainly based on bilateral relationships between states. Consequently, there can be differences between the conditions set in the

¹⁴⁰ See Carter, pp.455-458.

¹⁴¹ The Rome Statute is silent on the proper allocation of ICC authority in cases involving national amnesties or executive pardons. See Newton, p.69.

¹⁴² See Kleffner Jann K., "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, 2003, pp.86-113.

¹⁴³ See Xavier, p.391-392.

respective texts¹⁴⁴. There is also a high risk of unequal treatment between states that could lead to bargaining between them; especially those not party to the Rome Statute. If, for instance, it is a developing country, adherence to the Statute or concluding an agreement under Article 98 thereof can be a means of negotiating economic support in exchange¹⁴⁵.

Another aspect has to do with the overall political situation of each country. It must be kept in view, for the nature of political regimes, depending on the type of separation of powers and the existence of checks and balances (authoritarian or democratic regime), will also affect the implementation of the principle of complementarity. The attitude of the international community must not be overestimated either. Behind the official consensus that international criminals should be brought to trial, real politic resurfaces and the situation is viewed differently. The power granted to the UN Security Council to refer a matter to the Court serves as an example. Even if there was a comprehensive assessment of international crimes worldwide, the working methods and rules of procedure of the Security Council could lead to a selective approach in terms of the proceedings that could be initiated by the ICC¹⁴⁶.

There are other reasons, linked to national factors, which create difficulties for implementation of the principle of complementarity. The specific cultural characteristics of each state and investigation problems must be taken into consideration. Relations between authorities, the ability of witnesses to speak, the disinclination of the population to co-operate, priority given to the process of reconciliation and reconstruction, interpretation and translations, reliability of information etc. there are many factors that could make application of the principle more difficult in practice¹⁴⁷.

Finally, complementarity presently is both an advantage and a challenge for the ICC. A consequence of complementarity is that, now and in the future, the ICC will be significant both for the trials it conducts and for its impact on national capacity to try international crimes¹⁴⁸.

¹⁴⁴ See Xavier, p.393.

¹⁴⁵ International relations and politics should not be ignored in that debate. See Xavier, p.394.

¹⁴⁶ See Xavier, p.395.

¹⁴⁷ See Xavier, p.396.

¹⁴⁸ Increasing the emphasis on building national capacity as an objective and achievement of the ICC as an institution is likely to help ensure that complementarity is a strength in the future. See Carter, p.473.

Conclusion

The entry into force of the Rome Statute in July 2002, marked a major milestone in the process of ensuring accountability for international crimes. The Statute is an important victory against impunity for the large-scale human rights violations, and the creation of the International Criminal Court was widely viewed as a significant contribution toward ending impunity and promoting the global rule of law. Although the ICC is an important tool in the struggle for accountability, national prosecutions should remain the primary option, wherever feasible, because they can handle many more cases and are usually preferable from the perspectives of victims and local justice systems. In this regard, the complementarity provisions of the Statute highlight the Court's role as a backstop to national jurisdictions. Statute provisions are designed to find a balance between the sovereign right of all states to exercise criminal jurisdiction over acts within their jurisdiction and the interest of the international community in the effective prosecution of international crimes.

The term 'complementarity' does not appear as such in any of the provisions of the Rome Statute. The only similar reference is to be found in the tenth paragraph of its Preamble and in Article 1, where it is stated that the ICC established under the Statute 'shall be complementary to national criminal jurisdictions'. One of the fundamental features of the Statute's complementarity regime is that the interpretation and application of the provisions is left to the Court itself. Indeed, the provisions implementing complementarity are complex and often call for difficult subjective assessments by the Court and its Prosecutor. As we can see there are two jurisdictions that might possibly contradict each other: one is the State that has jurisdiction over the suspect(s) and the other is the Court that may claim jurisdiction due to the unwillingness or inability of the State concerned. Unlike ad hoc tribunals, the Court has a vertical nature. This means that national jurisdiction over the crimes comes first and in the absence of effective prosecution (as it is defined by the Statute to be the unwillingness or inability of states) the Court jurisdiction comes later.

The central provision regulating complementarity is Article 17 of the Rome Statute. The procedural embedding of complementarity is inter alia governed by Articles 18, 19, 20, and 53. In particular, Article 17 empowers the Court to take over an investigation and/or prosecution from a state if the Court determines that such state is 'unable or unwilling genuinely to carry out the investigation or prosecution'. Indeed, the hardest part of the

complementarity regime appears in the exceptions to the criteria for inadmissibility under Article 17, defined by the terms ‘unwilling’ and ‘unable’ genuinely. In order to determine

whether a state is unwilling genuinely to investigate or prosecute in a particular case, Article 17(2) of the Statute directs the Court to consider whether: (a) domestic proceedings or the decision not to prosecute have been made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility; (b) there has been an unjustified delay in domestic proceedings; and/or (c) the domestic proceedings were not or are not being conducted independently or impartially. Articles 18 and 19 deal with claims brought by states which assert that they are conducting national investigations of the criminal acts the Court is looking into. Each article applies to a different stage in the proceedings before the Court. According to Article 18, the Prosecutor must notify all states of the opening of an investigation, and within a month of receipt of this notice, a state can inform the Court that it is investigating the criminal acts that were the object of the Prosecutor’s notification and request the deferral of the case. Unless the Prosecutor seeks and obtains an authorization to proceed from the Pre-Trial Chamber, he must defer to the national investigation. Once the one-month period referred to in Article 18 has elapsed, states can still challenge the admissibility of a case by presenting a formal claim before the Court’s Chambers. In conclusion, the principle of complementarity is based on respect for state sovereignty and states’ primary obligation to exercise jurisdiction, as well as on considerations of efficiency and effectiveness since states generally have the best access to evidence and witnesses. Taking this into consideration, complementarity is not only a principle that rules the exercise of the Court’s jurisdiction, but it is also being developed into a tool to encourage states to exercise their obligation to prosecute atrocity crimes. Complementarity is a new concept in international law and will be gradually shaped as the Court issues rulings to interpret its scope and implications.

Bibliography

Almqvist Jessica, “Complementarity and Human Rights: A Litmus Test for the International Criminal Court”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Review*, Vol. 33, Issue 3, 2008, pp.335-365.

Ambos Kai, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010.

- Bantekas Ilias and Nash Susan, *International Criminal Law*, Second Edition, 2003.
- Benzing Markus, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp.591-632.
- Brown Bartram S., "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", *The Yale Journal of International Law*, Vol.23, 1998, pp.383-486.
- Burke-White William W., "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice", *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008.
- Burke-White, William W. "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo", *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, pp.557-590.
- Carnero-Rojo Enrique, "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?", *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, 2005, pp.829-869.
- Carter Linda E., "The Future of the International Criminal Court: Complementarity As Strength or a Weakness? *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.12, 2013.
- Cryer Robert, Friman Hakan, Robinson Darryl, Wilmshurst Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2010.
- El Zeidy Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, 2008.
- Gianaris William N., "The New World Order and the Need for an International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 1992
- Gioga Federica, "State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, pp.1095-1123.
- Grossman Claudio and Bradlow Daniel D., "Are We Being Propelled Towards a People- Centered Transnational Legal Order?", *American University International Law Review*, Vol.9, No.1, 1993, pp.1-25.

- Hall Christopher Keith, "The First Proposal for A Permanent International Criminal Court," *International Review of the Red Cross*, Issue 322, 1998, pp.57-74.
- Henzelin M., Heiskanen V. and Mettraux G., "Reparations to Victims before the ICC: Lessons from International Mass Claims Processes", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp.317-344.
- Jamison Sandra L., "A Permanent International Criminal Court: A Proposal that Overcomes Past Objections", *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 23, Issue 2, 1995.
- Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights, Report from Interights, London, 2003.
- Jurdi Nidal Nabil, "The Prosecutorial Interpretation of the Complementarity Principle: Does It Really Contribute to Ending Impunity on the National Level?", *International Criminal Law Review*, Vol.10, 2010.
- Kleffner Jann K., "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, 2003, pp.86-113.
- Krings Britta Lisa, "The Principles of 'Complementarity' and Universal Jurisdiction in International Criminal Law: Antagonists or Perfect Match?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4, Number 3, 2012.
- Kyriakakis Joanna, "Corporations and The International Criminal Court: The Complementarity Objection Stripped Bare", *Criminal Law Forum*, Vol.19, 2008.
- Marshall Katharine A. "Prevention and Complementarity in the International Criminal Court: A Positive Approach", *Human Rights Brief*, Vol. 17, No.2, 2010, pp.21-26.
- McKeon Patricia A., "An International Criminal Court: Balancing the Principle of Sovereignty Against the Demands for International Justice", *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 12, Issue 2, Spring 1997.
- Mullins Christopher W., Kauzlarich David and Rothe Dawn, "The International Criminal Court and the Control of State Crime: Prospects and Problems," *Critical Criminology*, Vol. 12, Issue 3, 2004.
- Natarajan Mangai and Kukaj Antigona, "The International Criminal Court", *International Crime and Justice*, Ed. Mangai Natarajan, Cambridge University Press 2011.

- Newton, Michael A., "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", *Military Law Review*, Vol.167, March 2001.
- Schabas William A. "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts", *Criminal Law Forum*, Vol.19, 2008, pp.5-33.
- Solera Oscar, "Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No: 845, 2002, pp.145-177.
- Stahn Carsten, "Complementarity and Cooperative Justice Ahead of Their Time? The United Nations War Crimes Commission, Fact Finding and Evidence", *Springer Science Business Media Dordrecht, Criminal Law Forum*, 2014, 25, pp.223-260.
- Stahn Carsten, "Libya, the International Criminal Court and Complementarity: A Test for 'Shared Responsibility'", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.10, 2012, pp.325- 349.
- Stigen Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions, The Principle of Complementarity*, Leiden and Boston, 2008.
- Tedeschini Michele, "Complementarity in Practice: the ICC's Inconsistent Approach in the Gaddafi and Al-Senussi Admissibility Decisions", *Amsterdam Law Forum*, Vol.7, 2015.
- The Principle of Complementarity, *The American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court Publication*.
- van der Wilt Harmen, Lyngdorf Sandra, "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 1,2009, pp. 39-75.
- Xavier Philippe, "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol.88, Number 862, June 2006.
- Xavier Philippe, "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol.88, Number 862, June 2006, pp.375-398.
- Yang Lijun, "On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 4, No. 1, 2005, pp.121-132. Leonard Eric K., "Discovering the New

Face of Sovereignty: Complementarity and the International Criminal Court'', *New Political Science*, Vol.27, 2008, pp.87-104.

<http://www.amicc.org/docs/Complementarity.pdf>., accessed 13.05.2020.

<http://www.un.org/law/ilc/>, accessed 13.05.2020.

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deb4b9c0.html>, accessed 13.05.2020.

**# 3 BOYUTLU YAZICILARLA MEYDANA GETİRİLEN
ÜRÜNLERİN TASARIMLARI ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ**
(THE OWNERSHIP OF THE PRODUCTS' DESIGNS PRODUCED BY 3D PRINTERS)

Dr. Öğr. Üyesi Onur Sarı * **

ÖZ

İlk zamanlarda sadece fotopolimer materyalini işleyen 3 boyutlu yazıcılar günümüzde ahşaptan, metale hatta canlı dokuya kadar birçok materyali işleyebilmektedir. Bu gelişme gelecekte 3 boyutlu yazıcıların üretimin her alanında etkisi olacağını göstermektedir. 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlerin tasarımları konusunda hak sahipliği ise önem arz etmektedir. 3 boyutlu yazıcılarda tasarım süreci genellikle bilgisayar ortamında veya tarayıcılarla gerçekleşmektedir. Tasarımcı dilerse 3 boyutlu tasarımı ihtiva eden dosyayı paylaşarak herkesin kullanımına açabilir. Tüketiciler ise bu dosyayı indirip 3 boyutlu yazıcılarla tasarımı ürün olarak elde edebilir. Hatta tüketiciler bu ürünlerin tasarımları üzerinde değişiklikler yaparak kişiselleştirebilir. Bu süreçte tasarım üzerinde kimin hak sahibi olacağını belirlemek gerekir. 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlerin tasarımlarında genellikle bir ekip çalışmaktadır. Bu ekipte çalışanlardan kimlerin tasarımcı olduğunun da belirlenmesi gerekir. Biz de çalışmamızda bu konuları değerlendirdik. Kanımızca fikri çabasıyla tasarımın görünümünde rol oynayan herkes tasarım üzerinde hak sahibidir. Bu kişiler tüketici veya ortak tasarımcı olabilir. Bununla birlikte fikri çaba göstermeyen tüketici veya tekniker ile yazılımcılar tasarım üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Çalışan – çalıştıran ilişkisindeyse çalıştıran tasarım üzerinde Sınai Mülkiyet Kanunu m.73/1 ve m.73/2 gereği hak sahibi olabilir.

Anahtar Kelimeler: *Fikri Mülkiyet Hukuku, 3 Boyutlu Yazıcılar, Çalışan Tasarımları, Tasarım Hukuku, Eser Koruması, Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku.*

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.11.2020. İlk hakem raporu tarihi: 15.01.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 18.01.2021. Onaylanma Tarihi: 20.02.2021.

* İstanbul Kent Üniversitesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9026-7600.

Esere Atıf Şekli: Onur Sarı, “3 Boyutlu Yazıcılarla Meydana Getirilen Ürünlerin Tasarımları Üzerinde Hak Sahipliği”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1,s.333-375.

ABSTRACT

3D printers, which only processed photopolymer material in the early days, can now process many materials from wood to metal, even living tissue. This shows that 3D printers will have an impact on all areas of production in the future. As a result of these developments the ownership design of the 3D printers products is important. The design process in 3D printers usually takes place in a computer environment or with scanners. If the designer wishes, he can share the file containing the 3D design and make it available to everyone. Consumers can download this file and get the design as a product with 3D printers. In fact, consumers can customize these products by making changes on their designs. In this process, it is necessary to determine who will be the designer. Usually designer work as teams. It is also necessary to determine who are the designers among those working in this team. We also evaluated these issues in our work. In our opinion, everyone who plays a role in the appearance of the design with their intellectual effort own the design right. These people can be consumers or co-designers. However, consumers or technicians and software developers who do not make an intellectual effort will not be designer. In the employer-to-employee relationship, the employer may be entitled to the design pursuant to Article 73/1 and 73/2 of the Industrial Property Law.

Keywords: *Intellectual Property Law, 3D Printers, Employee Designs, Design Law, Copyright Protection, Civil Law, Commercial Law.*

Giriş

3 boyutlu yazıcılar teknolojiyle birlikte tasarımlı ürün üretimlerinin baskı teknolojiyle gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Fakat 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünler üzerinde kimin hak sahibi olacağının değerlendirilmesi gerekir.

1980'lerde ortaya çıkan 3 boyutlu yazıcı teknolojisi, tasarım ve üretim sektöründe önemli bir değişim dalgası yaratacaktır. 3 boyutlu yazıcılarla birlikte klasik teknikler olan kesme, monte etme, birleştirme tekniklerinin terk edileceği bunun yerine ürünün doğrudan üretiminin 3 boyutlu yazıcıyla gerçekleşmesi beklenmektedir. Ayrıca 3 boyutlu yazıcılar tüketicilerin ürünü kişiselleştirmesini de sağlayacaktır. Üretici ürünün modelini tüketiciye bilgisayar dosyası şeklinde ileticek, tüketici de bu dosya üzerinde değişiklik yapabilecektir. Bununla birlikte 3 boyutlu yazıcılarla üretimin daha hızlı olması ve daha az masraflı olması da beklenmektedir.

3 boyutlu yazıcıların günümüzün ve yarının üretim teknolojisi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlerin tasarımlarının hukuken korunup korunmayacağına değerlendirilmesi gerekir. Nitekim bu tip tasarımlar bilgisayar ortamında gerçekleştirilmektedir. Oysa geleneksel tasarım hukuku elle veya endüstriyel bir şekilde üretilen ürünlerin tasarımlarını korumaya meyillidir. Bu nedenle hangi hallerde tasarımın korunacağına belirlenmesi gerekir.

3 boyutlu yazıcılarla ortaya çıkarılan ürünlerin kuşkusuz bir tasarımı da bulunacaktır. Bu tasarım üzerinde kimin hak sahibi olacağına belirlenmesi gerekir. Fakat kimin hak sahibini olacağını belirlemek pek de kolay değildir. Öncelikle 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlerin tasarımları bilgisayar ortamında yapılması nedeniyle birden fazla tasarımcının sürece dâhil olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca tasarımcısı dışında tekniker ve yazılımcılar da süreç içerisinde yer alır. Bu kişilerden kimlerin tasarımcı olduğunu belirlemek gerekir. İkinci olarak 3 boyutlu yazıcılarla birlikte tüketicilerin tasarım sürecine dâhil edilmesi beklenmektedir. Artık tüketiciler, 3 boyutlu yazıcılarla birlikte mevcut ürünlerin tasarımlarını değiştirebilecek, yenisini oluşturabilecek, bu ürünleri satışa sunabilecek ve dağıtabileceklerdir.¹ Bu durumda tasarım üzerinde kimin hak sahibi olacağına belirlenmesi önem arz eder. Üçüncü olarak yapay zekâ destekli tasarımlarda hak sahibinin kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Çünkü yapay zekâ tasarımı meydana getirebilir. Bu süreçte tasarımcının fikri çabasının olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Biz de çalışmamızda ilk olarak 3 boyutlu yazıcılar teknolojisini inceledik. Bu teknolojinin getireceği yenilikleri değerlendirdik. İkinci bölümde bir tür sınai hak olan tasarım hakkını inceledik. Üçüncü bölümde, 3 boyutlu yazıcılarda kullanılan, bilgisayar yardımlı tasarım (computer aided designs)(CAD)² yazılımlarının hukuki niteliğini ve hukuken nasıl korunabileceğini tartıştık. Dördüncü bölümdeyse tasarımcı konusunu inceledik. Ortak tasarımlar, çalışan tasarımları ve yapay zekâyla yapılan tasarımlar üzerindeki hak sahipliği konusunu değerlendirdik.

¹ **HORNICK**, F. John & **ROLAND**. F. Daniel: "3D printing and intellectual property: initial thoughts.", The Licensing Journal, V.33.7, 2013, s.12.

² Bilgisayar yardımlı tasarım programlarıyla (CAD) tasarımcılar, tasarımlarını bilgisayar ortamında gerçekleştirebilmektedir. Bu programlardaki bazı özellikler sayesinde tasarımcı, tasarımına ilişkin kusurları tespit edebilmektedir. Ayrıca program tasarımın özelliklerini değerlendirebilmekte ve kalitesini arttırabilmektedir.

I. 3 Boyutlu Yazıcılar

3 boyutlu yazıcılar bir bilişim sistemindeki dijital modelleri, katman katman oluşturarak somut bir nesne haline getiren yazıcılardır. Tasarımcının dijital alanda oluşturduğu nesne adeta bir çıktı alınır gibi 3 boyutlu yazıcılarla üretilebilmektedir.

3 boyutlu yazıcıların tarihçesiye 1980'lere dayanır. 1980'lerde, 3 boyutlu baskı tekniklerinin yalnızca işlevsel veya estetik prototiplerin üretimi için uygun olduğu düşünülüyordu. Bundan dolayı hızlı bir prototipleme tekniği olarak kabul ediliyordu.³ Bu dönemlerde materyal olarak fotopolimer kullanılmaktaydı. Akışkan bir plastik türü olan fotopolimer 3 boyutlu yazıcıyla katman katman püskürtülerek katkı bir nesne elde ediliyordu. 1995 yılındaysa ilk defa metal, katmanlı üretim metodu kullanılmıştır.⁴ Artık farklı materyallerde 3 boyutlu yazıcılarda kullanılmaya başlanmıştır. 2002 yılındaysa Gershenfeld tarafında ilk “fab lab” (fabrikasyon laboratuvarı) Boston’da kurulmuştur.⁵ “Fab Lab”ler tüketicilerin istediği ürünlerin baskısını alabileceği bir tür kişisel ürün üretim atölyeleridir. Tüketiciler artık ürünü stoklardan değil, sipariş üzerine tedarik edebilecektir. Bu durum da tüm tedarik zincirini ve stok yönetimini değiştirecektir. Depolara ve nakliyeye olan ihtiyaç azalacaktır. 2009 yılındaysa ilk defa düşük bütçeli tüketicilere yönelik 3 boyutlu yazıcılar ticarileştirilmiştir.⁶ Böylelikle hobi amaçlı veya kişisel kullanım amaçlı 3 boyutlu yazıcılar sektöre dâhil olmuştur. Gelecekteyse hemen hemen her ürünün 3 boyutlu yazıcıyla üretilmesi beklenmektedir.

İlk zamanlarda prototiplerin daha hızlı ve kolay bir şekilde üretilmesi için kullanılan 3 boyutlu yazıcılar, bugün hobi amaçlı üretimlerde⁷ ve seri üretimlerde de kullanılmaya başlanmıştır. 3 boyutlu yazıcıların önemiye her geçen gün artmaktadır. 3 boyutlu yazıcı fiyatlarının düşmesiyle birlikte

³ **GOLDBERG** Dana: History of 3D Printing: It’s Older Than You Are (That Is, If You’re Under 30), Redshift, Kaynak: <https://redshift.autodesk.com/history-of-3d-printing/> (E.T.:20.10.2020)

⁴ **EUROPEAN PARLIAMENT ITRE COMMITTEE**, Open Innovation in Industry, Including 3D Printing. 2015, s.32

⁵ **EUROPEAN PARLIAMENT ITRE COMMITTEE**, Open Innovation in Industry, Including 3D Printing. 2015, s.32

⁶ **WIPO**, World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic Growth. 2015, Kaynak:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf (E.T.:09.10.2020), s.104

⁷ **LI**, Phoebe, **MELLOR** Stephen, **GRIFFIN**, James, **WAELE** Charlotte, **HAO**, Liang & **EVERSON** Richard: Intellectual Property and 3D Printing: A Case Study on 3D Chocolate Printing. Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9/4, 2014, s.323

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

her evde bir 3 boyutlu yazıcının kurulması beklenmektedir.⁸ Bu durum da hobi amaçlı tasarım yapanların doğmasına sebebiyet verecektir. Artık tüketiciler belirli bir ürünü satın almak yerine ya kendileri ürünü tasarlayacak ya da ürünler üzerinde değişiklik yapabilecektir. 3 boyutlu yazıcıların bir diğer etkisiyse ürün tedarik zincirinde görülecektir. Geleneksel üretim, dağıtım, depolama, nakliye ve perakende zinciri tamamen değişikliğe uğrayacaktır.⁹ Tüketiciler ürün yerine tasarım satın alacakları için nakliye, dağıtım ve depolamaya ihtiyaç duyulmayacaktır. Yerel ve küçük ölçekli yazdırma işi yapan teşebbüsler kurulacaktır. Tüketiciler istedikleri ürünün dosyasını bu birimlere gönderip ürünleri teslim alabilecektir.¹⁰

3 boyutlu yazıcıların işleyebileceği malzemelerse en önemli sorunlardan biridir. Önceleri bir tür plastik olan fotopolimer malzemesini kullanabilen 3 boyutlu yazıcılar günümüzde çikolata gibi gıda maddelerini, termoplastikleri, altın, gümüş, çelik, titanyum gibi metalleri, seramikleri ve biyokimyasalları kullanabilmektedir.¹¹ Ayrıca 3 boyutlu yazıcılarla yapılan üretimlerde eritme, presleme, karıştırma, kesme gibi geleneksel üretim yöntemleri uygulanmamakta ürünler katman katman yazdırılarak ortaya çıkarılmaktadır.¹² Bu süreçte modifiye edilmiş püskürtmeli yazıcılarla çeşitli materyaller katmanlı bir şekilde püskürtülmektedir.¹³ Netice itibarıyla ürün veya ürünün parçası veya ürünün üretiminde kullanılacak olan kalıp ortaya çıkmaktadır.

3 boyutlu yazıcıların kullanımı üretim sektöründe önemli bir dönüşüme sebebiyet verecektir. Bunun birçok sebebi vardır. Öncelikle metal gibi biçimlendirilmesi birçok zor malzeme, 3 boyutlu yazıcılar aracılığıyla

⁸ **BILTON** Nick: “Disruptions: On The Fast Tract to Routine 3-D Printing”, The New York Times, Bits, Kaynak:

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dl_ibNFNmoMJ:https://bits.blogs.nytimes.com/2013/02/17/disruptions-3-d-printing-is-on-the-fast-track/+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (E.T.:10.10.2020)

⁹ **HORNICK & ROLAND**: s.12.

¹⁰ **HORNICK & ROLAND**: s.12.

¹¹ “What is Additive Manufacturing?”, General Electric Additive Kaynak: <https://www.ge.com/additive/additive-manufacturing> (E.T.:10.09.2020)

¹² **NORDBERG**, Ana & **SCHOVSBO** Jens: “EU Design Law and 3D Printing: Finding the Right Balance in a New E-Ecosystem.”, University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, (Paper no. 2017-30), 2017, s.4

¹³ **SIMON**, Matt: “When copyright can kill: How 3D printers are breaking the barriers between intellectual property and the physical world.” Pace Intell. Prop. Sports & Ent. LF V.3, 2013, s.61

istenilen şekle büründürülebilecektir. İkincisi maliyet faydasıdır. Klasik yöntemlerle yapılan üretimlerde iş gücü yoğunluğunun fazla olması nedeniyle üretilen materyallerin maliyeti yüksektir. Oysa 3 boyutlu yazıcıyla üretilen materyallerde iş yoğunluğu çok daha azdır. Bu durumda maliyetleri düşürmektedir. Ayrıca 3 boyutlu yazıcılar hem prototip oluşturmak hem de seri üretimde ürün üretmek için kullanılan bir teknolojidir. Tasarımcılar, atölyelere, fabrikalara veya satış kanallarına ihtiyaç duymaksızın tasarımlarını tüketicilere 3 boyutlu yazıcılar aracılığıyla ulaştırabilecektir. Bununla birlikte 3 boyutlu yazıcılarla kaliteli ve uzun ömürlü ürünler de üretilebilmektedir. Ürün dijital dosyanın çıktısının alınması şeklinde meydana geldiği için kusursuzdur. Oysa klasik üretim teknikleriyle üretilen ürünlerde gözden kaçan hatalar her zaman olabilir. Son olarak 3 boyutlu yazıcılarla günlük hayatta kullanılan her türlü obje, dijitalleştirilebilecek ve sınırsız bir miktarda üretilmesi mümkün olacaktır.¹⁴

3 Boyutlu yazıcıların meydana getirdiği ürünlerin belirli bir tasarımı vardır. Bu tasarımlar 3 boyutlu tarayıcılarla bir objenin taranması, fotogrametri yöntemiyle veya dijital ortamda tasarlanarak ortaya çıkabilir. Dijital ortamda tasarım yapma, 3 boyutlu yazıcılar alanında sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. 3 boyutlu yazıcılarda genellikle STL dosya formatı kullanılarak ürün yazdırılır.¹⁵ STL dosya formatı üç boyutlu yazıcılara yönelik geliştirilen özel bir 3 boyut modelleme dosya formatıdır.¹⁶ Bunun dışında VRML (Sanal Gerçeklik Modelleme Dili) olarak bilinen ve rengi de içeren daha yeni bir dosya türü de sıklıkla kullanılmaktadır. Bilgisayar yardımcı tasarım programlarıyla tasarımcı tasarımını meydana getirir ve tasarımlarını STL, VRML gibi dosya formatlarında saklar. Tasarımını üretmek isterse 3 boyutlu yazıcıya iletir. 3 boyutlu yazıcı da tasarımı nesne haline getirir.

Tarayıcılarlarsa var olan bir objenin taranıp bir tür dijital taslak dosyası haline getirilmesiyle tasarım meydana gelebilmektedir.¹⁷ Fotogrametri yöntemindeyse 2 boyutlu fotoğraflarla 3 boyutlu bir tasarım meydana gelmektedir. Aslında tüm bu yöntemler geleneksel tasarım yaratma metotlarının teknoloji yardımıyla yeniden yorumlanmasıdır. Eskiden

¹⁴ **PERNET**, Martial: "3D printing in intellectual property law: A French Overview." HAL Open Access

Archive, 2019, s.2

¹⁵ **ÇALIŞKAN**, Mustafa Güney: "Üç Boyutlu Yazıcılar ve Gelecekte Yaratacağı Olası Fikri Haklar Çatışmaları", FMR S.2015/1, 2015, s.69

¹⁶ **ÇALIŞKAN**, s.69

¹⁷ **NORDBERG & SCHOVSBO**, s.4

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

tasarımcılar, taslak adı verilen çizimler yaparken artık bilişim sistemi tabanlı yazılımlar kullanarak çizimlerini dijital ortamda yapmaktadır.

3 boyutlu yazıcıların etkinliğinin artmasıysa tasarım gibi fikri mülkiyet hakkı sahiplerinde endişe uyandırmaktadır. Çünkü tasarımlar artık herkesin kullanımına açık bilgisayar dosyalarına indirgenecektir. Bu dosyalara yetkisiz bir şekilde erişenler, korsan tasarımcılığı başlatacaktır. Tıpkı Napster gibi uygulamalar türeyecek ve tasarımcıların tasarımları Dünya'nın her yerine yetkisiz bir şekilde dağılacaktır.¹⁸ Bu süreçte hak sahiplerinin tasarım üzerindeki haklarının ihlaliyse kaçınılmazdır. Çünkü mevcut tasarımlar yetkisiz bir şekilde kullanılacak ve yeni bir tip korsancılık dalgası meydana gelecektir.

3 boyutlu yazıcı teknolojisi fikri mülkiyet hukukunun birçok dalına etki eden birtakım uygulamalara sebebiyet vermiştir. 3 boyutlu yazıcının parçaları, ortaya çıkan ürünleri ve üretim süreci patentle korunmakta, üretim süreci ticari sır olarak korunabilmekte, yazılımları bilgisayar programı olarak korunmakta, objeler tasarım olarak korunabilmekte ve ortaya çıkan ürünler de markayla korunabilmektedir.¹⁹ Biz ise çalışmamızda tasarım sahiplerinin 3 boyutlu yazıcıyla üretilen ürünler üzerindeki hakkını incelediğimiz için meseleyi tasarım eksenli olarak işledik.

II. Tasarım

Geniş anlamda fikri haklar; fikir ve sanat eserlerini yaratan kimselerle, bilimsel ve fenni buluşlarda bulunan kimselerin, bunlar üzerindeki haklarını koruyan hukuk kurallarının bütünüdür.²⁰ Kanun koyucu fikri çabada bulunarak yaratımlar meydana getirenleri Fikri Mülkiyet Hukuku'yla koruma altına almıştır. Fikir ürünleriyle ilgili kanunlar yaratmayı korur ve fikri hak ihlalleri ile saldırıyı engeller.²¹

Tasarım da sınai bir haktır. Ürünün görünümü tasarımla korunur.²² Tasarımlarla özellikle insanların görme ve dokunma duyularına yönelik bir

¹⁸ 3 Boyutlu yazıcılara ilişkin CAD dosyalarının dağıtımında yer alan internet araçlarının, telif hakları ihlallerinden ötürü Napster gibi sorumlu tutulabileceği doktrinde belirtilmiştir. Bakınız; **DESAI**, Deven R. & **MAGLIOCCA** N. Gerard: “*Patents, meet Napster: 3D printing and the digitization of things*”, Geo. LJ Vol.102, 2013, s.1718

¹⁹ **WIPO**, World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic Growth, 2015 s.104 vd. Kaynak:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf (E.T.:09.10.2020)

²⁰ **ÖZTRAK**, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakları, Ankara, 1977, s.5

²¹ **AYİTER**, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981, s.5

²² **BRADSHAW**, Simon, **BOWYER** Adrian & **HAUFE** Patrick: “*The Intellectual property implications of low-cost 3D printing.*” ScriptEd Vol.7, 2010, s.14 Bir tasarımın
YUHFD Vol. XVIII No.1 (2021)

nesne yaratma amacı güdülmektedir.²³ Tasarım sahibinin iç dünyası ve yaratıcılığı tasarımıyla dış dünyada vuku bulur.²⁴ İşte bu dış dünyada vuku bulunan görünüm tasarımıyla korunabilir.

Birçok ürünün fonksiyonu aynıdır. Bununla birlikte bir ürünü diğer üründen ayırt edip müşteriye çekebilecek temel yaratım tasarımıdır.²⁵ Tasarımla birlikte müşterinin alım davranışı değişmektedir. Alıcı tasarımlı ürünleri sıradan ürünlere göre tercih etme eğilimindedir. Tasarımlı ürünün endüstriyel yollarla üretilmesi mümkün olacağı gibi elle üretilmesi de mümkündür.

Tasarımlar, tescilli tasarım koruması ve tescilsiz tasarım koruması olmak üzere iki şekilde korunabilir. Tescilli tasarımın korunması için tasarım sahibinin TÜRK PATENT Kurumu'na başvuruda bulunması gerekir. İncelenen başvuru tescil edilebilirlik koşullarını taşıyorsa tasarım olarak korunabilecektir. Tescilsiz tasarım koruması için ise TÜRK PATENT Kurumu'na başvuru yapılmasına gerek olmamaktadır. Tescilsiz tasarım, kamuya sunulması itibarıyla 3 yıl boyunca korunacaktır. Bununla birlikte tescilli tasarım koruması daha avantajlıdır. Çünkü tescilli bir tasarım başvuru tarihinden itibaren beş yıl korunur. Ayrıca başvuran dilerse beşer yıllık periyotlar halinde 4 kez koruma süresini uzatarak 25 yıl boyunca tasarımını koruyabilir.

Her tasarım ise korunamayacaktır. Bir tasarımın korunabilmesi için yeni olması ve ayırt edici nitelikte olması gerekir (Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK.) m.56/1). Yenilikten kasıt korunmak istenen tasarımın daha önceden kamuya sunulmamış olmasıdır. Dünya'nın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuşsa tasarım artık yeni kabul edilmeyecektir. Tasarımın yeni olup olmadığı önceki tasarımlarla karşılaştırılması neticesinde tespit edilecektir. Tasarımın yeni olması için karşılaştırılan tasarımlar arasında kayda değer esasa ilişkin bir fark olmalıdır. Esasa ilişkin farklılıktan kasıt bir

görünümünden kasıt ise normal kullanımı sürecinde ortaya çıkan görünümüdür. Sıradan bir kullanıcının ürünü normal kullanması sürecindeki görünüm, tasarım olarak korunur. Bakım, onarım ve servis gibi işlemlerde sadece gözükten tasarımlar, tescilli tasarım olarak korunmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; GÜNEŞ, İlhami: *"Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler"*, Terazi Hukuk Dergisi, C.12 S.128, 2017, s.117

²³ ODMAN, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü. Ankara, 2002, s.66

²⁴ GÜNEŞ, İlhami: Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları – Haksız Rekabet Davaları- Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s.91

²⁵ YUSUFOĞLU Fülürya: Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, İstanbul, 2016, s.83

yaratmanın, önceki benzerlerinden farklı kılan unsurlarının belli bir nitelik göstermesidir.²⁶ Küçük ayrıntılarda farklılık gösteren tasarımlar yeni kabul edilmez (SMK. m.56/4).

Tasarımın korunmasında kamuya sunma tarihi de önem arz etmektedir. *Kamuya sunma; sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım, tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar* (SMK. m.57/1). Bununla birlikte tasarımın kamuya sunulduğu tarihten itibaren 12 ay boyunca yenilik ve ayırt edicilik niteliğinde bir değişiklik olmaz. Böylelikle tasarımcı 12 ay boyunca piyasada tasarımını gözlemleyerek tescil edilip edilmeyeceğine karar verebilir. Ayrıca tasarımın gizlilik şartıyla üçüncü bir kişiye açıklanması da kamuya sunma sayılmaz (SMK. m.57/1). 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımların kamuya sunulmuş sayılıp sayılmayacağına ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Tasarımcı 3 boyutlu yazıcılarla tasarım yaparken ya bir nesneyi tarayıp dijital ortamda şekil vermekte ya fotogrametri metoduyla 2 boyutlu resimleri 3 boyutlu hale getirmekte ya da CAD programlarıyla tasarımı bilgisayar ortamında gerçekleştirmektedir. Ortaya çıkan tasarımıysa dijital ortamda saklamakta (genellikle CAD dosyası şeklinde saklanmakta) ve ihtiyaç oldukça 3 boyutlu yazıcıdan yazdırarak ürün elde etmektedir.

Tasarım korumasının doğması için bir ürünün varlığı da gerekir. *Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür* (SMK. m.55/1). Ürün endüstriyel yollarla veya elle üretilen bir nesne olabilir. Ayrıca ürün, birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçalardan, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarından, grafik sembollerinden ve tipografik karakterlerden oluşabilir (SMK. m.55/2). Bilgisayar programlarıysa ürün olarak korunmaz. Dolayısıyla tasarım koruması bir ürünün varlığına bağlıdır. Tasarımla bu ürünün görünümü korunur. Henüz fikir aşamasında olan tasarımlar ise korunmayacaktır.²⁷ Bu tasarımların ürün üzerinde somutlaşması gerekir.

3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürün tasarımlarındaysa ürünün somut bir hal alıp almadığı tartışmalıdır. Çünkü bu tasarımlar genellikle bir bilgisayar dosyası içerisinde saklanmakta ve gerektiğinde yazdırılarak somut ürün

²⁶ **TEKİL**, Müge: "554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları" . İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 55 S.4, 2011, s.243

²⁷ Ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bakınız; **SULUK Cahit & ORHAN Ali**: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku (Tasarımlar) Cilt 3, Ankara, 2008, s.29 vd.; **TEKİNALP, Ünal**: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.671 vd.

haline getirilmektedir. Bilgisayar dosyası içerisinde saklanan 3 boyutlu yazıcıyla üretilen ürün tasarımlarının, tasarım olarak korunup korunmayacağını değerlendirmek gerekir. Öncelikle AB Hukuku'nda 3 boyutlu yazıcıyla üretilen ürünler ile bu ürünlerin modellerinin şekli ve konfigürasyonunun tasarım olarak korunabileceği belirtilmiştir.²⁸

Türk Hukuku'ndaysa 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürün görünümlerinin tasarım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği henüz tartışılmamıştır. Ancak ürün kavramı konusunda yazarlar görüşlerini ileri sürmüştür. Doktrinde Güzel, hukukun tasarımın nesneleşmiş halini koruyacağı görüşündedir.²⁹ Nesneleşmeden kasıt belirli bir ürün üzerinde aldığı şekil olarak ifade edilebilir.³⁰ Doktrinde Tekinalp'in görüşüne göre ürünün tanımı geniş bir şekilde yapılmış ve ürün sadece maddi nesnelere değil, nesne şeklinde somutlaşmayan ürünleri de kapsamaktadır.³¹ Bir başka deyişle ürün kavramı sadece eşyaya özgülenmemiştir.³² Doktrinde Suluk/Orhan ve Polater ise bilgisayar yazılımlarının ürün olarak kabul edilmeyeceğini ancak bilgisayar ara yüzlerindeki resimlerin, grafiklerin veya sembollerin ürün olarak kabul edilebileceğini ve tasarım olarak korunabileceğini belirtmiştir.³³ Suluk başka bir eserindeyse bilgisayar yardımıyla yapılan grafik tasarımların ürün olarak kabul edilebileceğini ve tasarım olarak korunabileceğini belirtmiştir.³⁴ Doktrindeki bu açıklamalar dikkate alındığında Türk Hukuku'nda ürün kavramının geniş yorumlandığı ve sadece maddi cisimleri kapsamadığı anlaşılmaktadır. Bilgisayar programı ara yüzlerinde kullanılan ikonlar ve menüler dahi ürün olarak kabul edilebilecektir. Bu yaklaşım 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürün tasarımları için de kabul edilmelidir. Bilgisayar dosyasında saklanan bu ürün tasarımları, tasarım korumasından yararlanabilecektir. Zaten bu tasarımlar üretime hazırdır. Yazıcıya gönderilmekle birlikte ürün olarak üretilir. Bu nedenle tasarım, maddi olmaması gerekçesiyle tasarım korumasından

²⁸ "Overview of 3D Printing & Intellectual Property Law", Study for the European Commission directed by Queen Mary University (London, UK), DG Internal market, MARKT2014/083/D, 2014, s.15

²⁹ GÜZEL, Mustafa Kubilay: Tescilli Tasarımların Korunmasında Özellik Arz Eden Hâller, Türk Patent Enstitüsü, Uzmanlık Tezi, 2008, s.13

³⁰ GÜZEL, s.13

³¹ TEKİNALP, s.671

³² TEKİNALP, s.671

³³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; POLATER, Salih: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, 2019, s.109; SULUK & ORHAN, s.30,31

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız SULUK, Cahit: Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması (Topluluk Tasarımı) Ankara, 2002, s.28

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

mahrum bırakılamaz. Bununla birlikte 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlerde ürünün kamuya sunulup sunulmadığının tespiti daha kolaydır. Çünkü tasarımı içeren bilgisayar dosyaları, internet ortamında paylaşıldığı için hangi tarihten itibaren kamuya sunulmuş olduğu tespit edilebilecektir.

Tasarımın korunabilmesi için ayırt edici nitelikte de olması gerekir. Tasarımın ayırt edici niteliği haiz olup olmamasında genel izlenimde farklılık esas alınacaktır. Genel izlenimden kasıt ise insanın ilk bakışta elde ettiği izlenim olup tasarımın ayrıntıdaki farklılıkları ve benzerlikleri önem az etmeyecektir.³⁵ Genel izlenimdeki farklılık incelemesiye bilgilenmiş kullanıcı gözünden yapılacaktır.³⁶ Bilgilenmiş kullanıcı, bir ürünün devamlı kullanıcısı ve aynı zamanda o ürünü kullanmakla ürün hakkında kendiliğinden bilgi sahibi olan kişidir.³⁷ Bu nedenle bilgilenmiş kullanıcının, sıradan bir kullanıcı değil, ürün hakkında belirli bir deneyimi olan bir kullanıcı olduğu söylenebilir.³⁸ Bununla birlikte bilgilenmiş kullanıcı; konusunda uzman olan, literatürü tanıyan ve tüm detayları gören bir kullanıcı değildir.

Tasarımın uygulandığı alanda tasarımcının seçenek özgürlüğü de bulunmalıdır. Bir ürünün şekli konusunda zorunluluk varsa seçenek özgürlüğü bulunmayacaktır.³⁹ Seçenek özgürlüğü genişledikçe yeni tasarımların ortaya çıkması muhtemeldir. Daraldıkçaysa yeni tasarımların meydana gelmesi güçleşir. Tasarımın uygulandığı ürün ve alanlar da önemlidir. Bazı tasarımların benzerleri başka alanlarda ayırt edici kabul edilirken diğer alanlarda ayırt edici kabul edilmeyebilir. Tasarım başvurusu sırasında yapılan açıklamalar (özellikle ihtiyari tarifnamede yapılan açıklamalar) ayırt edicilik değerlendirmesinde dikkate alınacaktır.

Bazı tasarımlar ise yeni ve ayırt edici niteliği haiz olsa bile hukuken korunmamaktadır. Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı tasarımlar, ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı görünüm özellikleri, Paris Sözleşmesinin 2.nci mükerrer 6.ncı maddesindeki unsurları içeren

³⁵ **SULUK**, Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması, s.62

³⁶ Bilgilenmiş kullanıcı tasarımları karşılaştırır. Karşılaştırılan tasarımların bıraktığı genel izlenim neticesinde farklı olması gerekir. Bununla birlikte mülga End. Tas. KHK. döneminde aranan belirgin bir şekilde farklı olma kriteri artık aranmamaktadır. Bakınız; **BOZGEYİK**, Hayri & **ER**, Sefa: "*Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma*". Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:5 S:1, 2019, s.21

³⁷ **GÜNEŞ**, İlhami: Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları – Haksız Rekabet Davaları, s.111

³⁸ **TEKİNALP**, s.677

³⁹ **BİLGİLİ**, Fatih & **DEMİRKAPI**: Ertan, Ticari İşletme Hukuku. Bursa, 2016, s.214

tasarımlar, birleşik ürünün görünmeyen kısımlarına ilişkin tasarımlar, tasarım koruması dışında tutulmuştur.⁴⁰

Bir ürüne tasarım estetik bir değer katabileceği gibi işlevsel özellikler de katabilir.⁴¹ Ancak buluş niteliğindeki teknik işlevsellikler tasarımla korunmaz. Tasarımla ürünün görünümü korunmaktadır. Ürünün imaline ilişkin metot, ürünün kullanımı neticesinde ortaya çıkan teknik sonuçlar ile faydalar ise patentle korunabilecektir.⁴² Bununla birlikte bir ürün, birden fazla fikri ve sınai hak korumasından yararlanabilir. Bu teoriye kümülatif koruma teorisi (hakların birleşmesi teorisi) denir.⁴³

Kümülatif koruma ilkesi gereği bir tasarımlı ürün aynı zamanda patent hukukuyla veya FSEK bağlamında eser korumasıyla⁴⁴ korunabilir.⁴⁵ Tasarımlı ürün üzerindeki hak sahibinin hakkı ihlal edilirse hak sahibi tek bir koruma yoluna başvurabileceği gibi birden fazla koruma yoluna da başvurabilir. Örneğin tasarımlı ve teknik yenilikler barındıran bir ürün; hem patent hem de tasarım olarak korunuyorsa bu ürünü taklit edenlere karşı hem patent hakkına tecavüz hükümleri hem de tasarım hakkına tecavüz hükümleri gereği başvurabilir.⁴⁶ Bununla birlikte hakkı ihlale uğrayan fikri ve sınai hak sahibi ihtilaf halinde hangi hakka dayandığını açıklaması gerekir.⁴⁷

Tasarımlı ürünün birden fazla fikri ve sınai hak bağlamında korunması için ilgili fikri ve sınai hakkın koşullarını taşıması yeterlidir. Kümülatif koruma ilkesi özellikle tasarım hukukuyla eser hukukunu birbirine

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız; **SULUK** Cahit, **KARASU** Rauf & **NAL** Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara, 2020, s.324 vd., **CAMCI**, Ömer: Endüstriyel Tasarım Davaları, İstanbul, 2000, s.80 vd., **TEKİNALP**, s.680 vd., **KARAASLAN**, Pelin: “*Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi.*” İNÜHFD C.10 S.2, 2019, s.492,493

⁴¹ **ODMAN**, s.66

⁴² Ayrıntılı bilgi için bakınız; **ÖZTÜRK**, Özgür: Türk Hukuku’nda Patent Verilebilirlik Koşulları, İstanbul, 2008, s.34,35

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal: “*Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*”, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 2014, s.133; **KARAASLAN**, s.493

⁴⁴ Doktrinde Arıkan, tasarımın FSEK m.2 ve m.4 bağlamında eser kapsamında da düzenlendiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; **ARIKAN**, Ayşe Saadet: “*Avrupa Topluluğu’nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler*” . Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Vol. 7, 2007, s.73 vd.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; **BOZGEYİK & ER**, s.23 vd.

⁴⁶ **GEZER TURGAY**, Hale: “Tasarım Tescili ve Hükümsüzlük Hallerinin Değerlendirilmesi”, Ankara, 2016, s.43

⁴⁷ Suluk, (Karasu, Nal), s.21

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

yakınlaştırmıştır. Bir tasarım, sahibinin hususiyetini taşıyorsa ve FSEK’de belirtilen kategorilere giriyorsa eser olarak korunabilir. Özellikle de bedii vasfı olan tasarımlar güzel sanat eseri olarak korunması mümkündür. Ancak her tasarım, eser korumasından yararlanamaz. Çünkü her eserde hususiyet koşulu oluşmaz. Hususiyetin varlığı için belirli bir düzeyde yaratıcılığın varlığı gerekir.⁴⁸ Tasarımlar oluştururken sahibinin hususiyeti yansıtmaktan ziyade pazarlama kaygısı ön planda olmaktadır.⁴⁹

Tasarımın korunabilirlik şartları 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar için de geçerlidir. Bir tasarım meydana getirilirken çizim gibi yöntemlerin yanı sıra bilgisayar programlarına da başvurulabilir. Ancak netice itibariyle meydana gelen tasarım, tasarımcının fikri çabasından kaynaklanır. 3 boyutlu yazıcılarla birlikte tasarımcı, tasarımını somut olarak meydana getirmenin yanı sıra dijital dosyalarla da meydana getirme imkânına kavuşmuştur. Tasarımcının meydana getirdiği tasarım dijital dosyalarla korunabilmekte ve farklı mekânlarda üretilabilmektedir.

Yeni ve ayırt edilebilir olan 3 boyutlu yazıcıyla üretilen ürün tasarımları, tasarım olarak korunabilir. Bu koruma tescille elde edilebileceği gibi tescilsiz koruma şeklinde de elde edilebilir. Ayrıca sahibinin hususiyetini taşıyan tasarımlar, kümülatif koruma ilkesi gereği eser olarak da korunabilir. 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar genellikle CAD dosyası olarak saklanmaktadır. CAD dosyalarının da tasarım olarak korunup korunmayacağıysa ayrıca tartışılmalıdır.

III. CAD Dosyalarının Hukuki Statüsü

Günümüzde bilgisayar yardımcı tasarım programları kullanarak (CAD yazılımları) tasarımcılar – hatta tasarım eğitimi almayan kişiler dahi – tasarımı meydana getirebilirler ve açık kaynaklı yazılımlar kullanarak ürün tasarımı yapabilirler.⁵⁰ Bu durum 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlarda daha sık bir şekilde görülmektedir. Bilgisayar yardımcı tasarım yazılımları olan CAD’lerle STL, VRML ve diğer tip dosyalar oluşturulabilir.

3 boyutlu yazıcılarla ortaya çıkarılan ürünlerin yapı taşı genellikle CAD dosyalarıdır. CAD dosyalarında tasarımın teknik çizimleri tutulmaktadır. 3 boyutlu yazıcıysa bu teknik çizimleri somut bir nesneye dönüştürür.⁵¹

⁴⁸ **BELLİCAN**, Cüneyt. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından “Hususiyet” Kavramı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7 S.1, 2008, s.73

⁴⁹ **KARAASLAN**, s.493

⁵⁰ **ELAM**, Viola: “CAD files and European design law.” J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L. Vol.7, 2016, s.146

⁵¹ **SIMON**, s.60

Bununla birlikte CAD dosyaları dijital dosyalardır. Tasarımcı muhtelif tasarım programları kullanarak veya 3 boyutlu objeleri tarayarak dijital ortamda tasarımı meydana getirir. Daha sonraysa CAD dosyalarında bu tasarımı saklar.

CAD dosyaları bir tür dijital çizimler ve taslaklardır. Kalıp çıkarmak ve çizim gibi geleneksel yöntemlerle tasarım üretmenin yerini artık CAD programları almıştır. Dolayısıyla tasarım meydana getirme süreci ve yöntemi değişmiştir.⁵² Bununla birlikte CAD dosyası tasarımlı bir ürün değildir. Sadece ürünün tutulduğu veya oluşturulduğu dijital bir saklama aracıdır.

Tasarım Hukuku bağlamında CAD dosyalarının nasıl korunacağıysa tartışmalıdır. İlk akla gelen CAD dosyalarının bilgisayar programı gibi kabul edilmesidir. Doktrinde Bradshaw/Bowyer/Haufe'e göre CAD dosyaları birçok talimat barındıran bir bilgisayar programı olarak kabul edilip orijinal bir edebi eser şeklinde korunabilir.⁵³ Bu görüşe göre CAD dosyası tıpkı bilgisayar programı gibi eserdir.⁵⁴ Bizim görüşümüze göre CAD'de bulunan tasarım, bilgisayar programı olarak kabul edilmemelidir. Öncelikle CAD içerik olarak hem tasarımı ihtiva eder hem de bir kod bileşenini barındırır. Doktrinde Elam'ın da belirttiği üzere kod bileşeniye yazıcıya tasarımın üretilmesi hakkında talimat verilmesi amacıyla kullanılır.⁵⁵ Dolayısıyla tasarımın görünümünün korunmasına ilişkin değildir. Bu nedenle CAD tasarımı bir bilgisayar programı olarak değerlendirilmemelidir.⁵⁶ İkinci olarak bilgisayar programı oluşturulurken yazılımcı, birden fazla alternatif kodlama yollarına başvurmaktadır. Bu kodlar bireyler tarafından okunabilir.⁵⁷ Oysa CAD dosyalarında kodlar hemen hemen aynıdır. Bu nedenle bilgisayar programı olarak korunamayacaktır. Aslında farklı olan CAD dosyasının içindeki tasarımdır. CAD dosyası bir kaynak kodu olarak da kabul edilmemelidir.⁵⁸ Çünkü CAD dosyasının işlevi, kaynak kodlar yaratmaktan ziyade bir tasarımın meydana getirilmesidir. Bu nedenlerle CAD dosyaları bilgisayar programı veya kaynak kod olarak kabul edilmemeli ve edebi eser bağlamında eser korumasından yararlanmamalıdır.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bakınız; **NORDBERG & SCHOVSBO**, s.10,11

⁵³ **BRADSHAW, BOWYER & HAUFÉ**, s.20

⁵⁴ **BRADSHAW, BOWYER & HAUFÉ**, s.20

⁵⁵ **ELAM**, s.148

⁵⁶ **ELAM**, s.148

⁵⁷ **SIMON**, s.79

⁵⁸ **SIMON**, s.79

CAD'in niteliği bilgisayar programı olmaktan ziyade daha çok bir tasarımı meydana getirmeye yönelik bilişim sistemi destekli bir araç olarak görmek gerekir.⁵⁹ Bu bağlamda CAD dosyası fotoğraf veya edebi eserleri içeren JPG veya PDF dosyasına benzemektedir.⁶⁰ Bununla birlikte CAD dosyalarının bilgisayar programı olarak kabul edilmemesi, tamamen eser korumasından mahrum etmez. CAD dosyaları fonksiyonellik ve teknik yenilikler taşımamak koşuluyla resim, grafik veya heykel çalışması olarak kabul edilebilir veya mimari bir çizim olarak kabul edilebilir.⁶¹ Bu durumda CAD dosyası eser olarak korunabilecektir. CAD dosyalarının yetkisiz bir şekilde kullanılması eser hakkının ihlali teşkil edebilecektir.⁶²

CAD dosyasının bir tasarım olarak korunması da akla gelebilir. Fakat CAD dosyalarının soyut olması ve somut bir ürün üzerinde teşkil olmamasıysa tasarım hukuku bağlamında tartışılmaktadır. CAD dosyasının kendine has bir görünümü bulunmamaktadır. Bu nedenle tasarım olarak korunmamalıdır. Bununla birlikte CAD dosyaları, tasarımlı ürünün gösterim metodu olarak kabul edilebilir. Nitekim EUIPO'da 3 boyutlu nesnelerin CAD şeklinde 3 boyutlu gösterimini, tasarımın gösterilmesi yöntemi olarak kabul etmiştir.⁶³ Bu nedenle AB Hukuku'nda tasarımların CAD dijital dosyası şeklinde gösterilebileceği söylenebilir.

CAD dosyasının içeriğindeki ürünün görünümüysa tasarım olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle CAD dosyasının baskıya alınması neticesinde ortaya çıkan ürün tasarım korumasından yararlanabilir.⁶⁴ 3 boyutlu yazıcılarda kullanılacak olan CAD dosyaları tüm tasarımın dış görünümünü oluşturan özellikleri ihtiva eden dosyalardır. Bu açıdan taslak çizimlerden, geleneksel planlardan veya teknik çizimlerden farklıdır. Bu dosya, 3 boyutlu yazıcıyla basılması halinde bir ürün olarak ortaya

⁵⁹ **NORDBERG & SCHOVSBO**, s.10

⁶⁰ **ELAM**, s.148

⁶¹ **SIMON**, s.79 vd.

⁶² **DINUSHA**, Mendis: "– 'The Clone Wars' – Episode 1: The Rise of 3D Printing and its Implications for Intellectual Property Law – Learning Lessons from the Past?" European Intellectual Property Review, Vol.35 (3), 2013, s.158 vd. CAD dosyalarının Türk Hukuku'nda telif hakkı bakımından korunması konusunda bakınız; **BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru: "Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri." Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2014, s.101-147.

⁶³ **NORDBERG & SCHOVSBO**, s.10, 11

⁶⁴ **WIPO**. World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic Growth. 2015, Kaynak:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf (E.T.:09.10.2020) s.105

çıkabilir.⁶⁵ Bu nedenle CAD dosyasının görsel unsuru (CAD dosyasındaki ürünün görüntüsü) korunmak istenen bitmiş ürünün görünümü olarak kabul edilebilir.⁶⁶ Bununla birlikte bazı CAD modelleri ürünün dışı görünümünü açıkça ortaya koymayabilir. Fakat bu durumdaki CAD modelleri de Locarno Sınıflandırma Sistemi, Sınıf 14 bağlamında ekran görüntüsü, ikon ve grafik ara yüzü olarak veya 19-08 bağlamında korunan bir çizim olarak kabul edilip tasarımla korunabilir.⁶⁷

Türk Hukuku açısından konuyu incelersek, SMK. m.55/2 gereği bilgisayar programları, tasarım olarak korunamayacaktır. Ancak ikon, menü gibi görüntülerin ayırt edici ve yeni olması koşuluyla tasarım olarak korunması mümkündür.⁶⁸ CAD dosyalarında tasarımın görüntüsü bulunduğu için yeni ve ayırt edici olması koşuluyla tasarım olarak korunabilir.

IV. Tasarımcı:

Fikri mülkiyet hukukunda fikri ürünü geliştiren ve ortaya çıkaran kimse fikri ürünün sahibi sayılır.⁶⁹ Buna gerçek hak sahipliği ilkesi de denir.⁷⁰ Tasarım da bir tür fikri ürün olması nedeniyle tasarımı geliştiren ve ortaya çıkaran kimse tasarımın sahibi sayılır. Tasarımcı, TDK Sözlüğü'nde "*tasarım yapan kimse, tasar çizimci, dizayncı*" şeklinde tanımlanmıştır.⁷¹ Sınai faaliyetler neticesinde üretilen ürünlere fonksiyonellik, estetiklik ve kullanılabilirlik katmak amacıyla tasarımcıya başvurulmaktadır.

Tasarımcı kural olarak gerçek kişidir.⁷² Ancak bireyler bir başka deyişle insanlar tasarımı geliştirip ortaya çıkarabilir. Çünkü tasarım bir yaratma olgusuna dayanır. Yaratıcılık ise insana mahsustur. Bu nedenle tüzel kişiler bir tasarımı meydana getiremez. Ancak tüzel kişinin organları veya çalışanları tasarımı meydana getirip tasarım üzerindeki haklarını tüzel kişiliğe devredebilirler. Örneğin mobilya sektöründe bir teşebbüse bağlı olarak çalışan tasarımcılarda durum böyledir. Bu durumda tasarımcılar, mobilya şirketi adına tasarım yapmakta ve oluşturdukları tasarımı daha

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **ELAM**, s.150

⁶⁶ **ELAM**, s.150

⁶⁷ **ELAM**, s.150 vd.

⁶⁸ **SULUK, (KARASU/NAL)**, s.315

⁶⁹ **SULUK**, Cahit: Çalışan Buluşları Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s.32

⁷⁰ **SULUK**, Çalışan Buluşları Hukuku, s.32

⁷¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Kaynak: www.tdk.gov.tr (E.T.:24.06.2020)

⁷² **BİLGİLİ & DEMİRKAPI**, s.213, **ERDİL**, Engin, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2016, s.232

sonra tüzel kişiye devretmektedir. Bu nedenle tasarımı yapan ile tasarım sahibi arasında ayırım yapmak gerekir. Her iki kişi farklı olabilir.

3 boyutlu yazıcılar kullanılarak ortaya çıkarılan ürünler üzerindeki tasarımcının kim olduğunun belirlenmesiye güçtür. Öncelikle 3 boyutlu yazıcılar günümüzde kişisel kullanım ve endüstriyel kullanım olmak üzere iki alanda aktif bir şekilde kullanılmaktadır. Kişisel kullanımlarda açık kaynak paylaşım felsefesi ağır basmaktadır.⁷³ Tasarımcılar ellerindeki 3 boyutlu modelleri internet ortamında herkesin kullanımına açmaktadır. Bu tasarımlar üzerinde tasarımcı hak iddia etmekten vazgeçmektedir. Tüketiciler veya diğer tasarımcılar ise bu 3 boyutlu modellere ulaşır kendi kişiselleştirmelerini yapabilirler. Tasarımı değiştirebilirler. Bazı 3 boyutlu yazıcılara ilişkin tasarımlar ise tasarımcı tarafından saklanmaktadır. Böylelikle tasarımcı, tasarım üzerindeki inhisari hakkını kullanarak kısıtlı bir üretime veya kullanıma izin vermektedir. Başka bir kimsenin 3 boyutlu yazıcıyla korunan bu tasarımı elde edip kullanması tasarım hakkına tecavüz teşkil edecektir.⁷⁴ Ayrıca tasarımla korunan bir ürünün, 3 boyutlu yazıcı kullanımına açık bir şekilde modellenmesi ve CAD dosyası haline getirilmesi de tasarım hakkına tecavüz teşkil eder.

3 boyutlu yazıcıyla üretilen tasarımlı ürün üzerinde kimin hak sahibi olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Tasarımı meydana getiren dijital dosyayı oluşturan mı yoksa tasarımın üretilmesi talimatını veren 3 boyutlu yazıcı kullanıcısı mı tasarım üzerinde hak sahibi olduğunun belirlenmesi gerekir. Ayrıca yapay zekâ teknolojisinin de dikkate alınması gerekir. Yapay zekâ kullanılarak üretilen tasarımlar üzerinde kimin hak sahibi olduğunun belirlenmesi gerekir.

A. Birden Fazla Kişinin Tasarım Üzerinde Hak Sahibi Olması

Tasarım üzerinde hak sahibi tasarımı meydana getiren tasarımcı ve onun halefleridir (SMK. m.70). Ancak günümüzde bir tasarımın meydana getirilmesinde birden fazla tasarımcı rol oynayabilir. Bu durumda tasarım üzerinde her bir tasarımcının hak sahipliği vardır.

Tasarım üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliğinin doğması için tasarımcıların her birinin fikri katkısının, yaratıcılığının veya görüşünün tasarımın meydana getirilmesinde rol oynamış olması gerekir. Bu durum,

⁷³ **WIPO**, World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic Growth. 2015, Kaynak:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf (E.T.:09.10.2020) s.106

⁷⁴Ayrıntılı bilgi için bakınız; **BECHTOLD**, Stefan: “3D printing and the intellectual property System”, WIPO, Vol. 28, 2015, s.15

her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir. Tasarımın meydana gelmesi sürecinde; tasarımı oluşturan ekip tasarımı birlikte yapmış ve tasarıma katkıları birbirine bağımlı ve ayrılamıyorsa ortak bir tasarımdan söz edilir.⁷⁵ Çalışan sadece tasarımcının talimatlarını yerine getiriyorsa tasarımın görünümüne katkı vermeksizin teknik destek sağlıyorsa bu kişiler ortak tasarımcı sayılmayacaktır.⁷⁶

Birden fazla tasarımcının, tasarımı üzerindeki haklarıysa SMK. m.70/2'de düzenlenmiştir. SMK. m.70/2 gereği tasarım hakkı üzerindeki ortaklık taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirlenir. Ancak taraflar kendi aralarında bir anlaşma yapmadıysa 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki (TMK) paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre ortaklık hakları belirlenir. Paydaşlardan her biri, tasarım üzerindeki payını devredilebilir, rehin verebilir, intifa hakkı tanıyabilir veya pay haciz edilebilir.⁷⁷

Paydaş, kendi payını devretmek isterse diğer paydaşların TMK. m.688 vd. hükümleri gereği kanuni ön alım hakkı bulunmaktadır.⁷⁸ Tasarım payının devrine ilişkin satışlarda alıcı veya paydaş tarafından diğer paydaşlara satış bildirilir. Diğer paydaşlar kendilerine yapılan bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmesiyle birlikte ön alım haklarını kullanmaları gerekir (SMK. m.148/3). Aksi halde ön alım hakkı süre düşer. Ön alım hakkı konusunda anlaşma sağlanamazsa ön alım hakkı dava açılarak kullanılır. Ön alım hakkını kullananın satış bedelini payın devrine karar verilmeden önce mahkemenin belirleyeceği yere nakden yatırması gerekir (SMK. m.148/3).

Tasarımcı bazı hakları tek başına da kullanabilmektedir. Bu haklar SMK. m.70/2'de belirtilmiştir. SMK. m.70/2 gereği tasarımcı, kendisine düşen pay üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Diğer hak sahiplerine bildirimde bulunmak koşuluyla tasarımı kullanabilir. Tasarım hakkının ihlal edilmesi halinde üçüncü kişilere karşı dava açabilir. Fakat tasarımcının bu durumda diğer hak sahiplerine, tasarım hakkının ihlal edildiğini, bir ay içinde bildirmesi gerekir. Böylelikle diğer hak sahipleri de davaya katılabilecektir. Bununla birlikte tasarım üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği söz konusu olsa dahi tasarım başvurusu veya tasarımın devri ya da üzerlerindeki hak bölünemez (SMK m.70/4). Çünkü tasarım hakkı bütündür.⁷⁹

⁷⁵ SULUK & ORHAN, s.199

⁷⁶ POLATER, s.122

⁷⁷ TEKİNALP, s.692

⁷⁸ TEKİNALP, s.692

⁷⁹ TEKİNALP, s.692

Tasarım üzerindeki en önemli tasarruflardan biri de lisans sözleşmelerine konu edilmesidir. Tasarım lisans yoluyla üçüncü kişilere kullanılabilir. Karşılığında belirli bir ücret talep edilebilir. Ancak birden fazla tasarım hakkı sahibinin varlığı halinde lisans sözleşmesi ancak tüm tasarımcıların oybirliği sağlanırsa kurulabilir. Tasarım üzerindeki hak sahiplerinden biri karşı çıkarsa lisans sözleşmesi yapılamayacaktır. Bununla birlikte lisans sözleşmesinin kurulmasını isteyen tasarım üzerindeki hak sahipleri, mahkemeye başvurarak lisans sözleşmesi yapmak için yetki talep edebilir. Mahkeme somut olayda hakkaniyet gereği lisans verilmesi talebini yerinde görürse bir veya birkaç tasarım hakkı sahibine lisans sözleşmesi yapma yetkisi verebilir. Kanımızca mahkeme karar verirken, lisans sözleşmesi hükümlerini, süresini, tasarımın kullanım bedelini ve lisanslı tasarımın kullanılacağı ürünleri, lisansın basit mi yoksa inhisari mi olduğu ve alt lisanslama hakkı verilip verilmediğini dikkate alarak karar vermelidir. Hüküm tesis ederken hükümde bu kıstaslara da yer vermesi önem arz eder. Böylelikle lisans sözleşmesi kurulması konusunda yetki tesis edilirken hakkaniyet sağlanabilecektir.

Tasarım hakkı sahipliği konusundaki açıklamalarımız 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar için de geçerlidir. Tasarımcı tasarımı meydana getiren kişidir.⁸⁰ Tek tasarımcı bu tasarımı meydana getirebileceği gibi birden fazla tasarımcı da meydana getirebilir. Ancak yazılımcılar ve teknikerler, emekleri olsa dahi tasarım üzerinde hak sahibi olmayacaktır. Çünkü fikri bir çaba göstermemişlerdir. 3 boyutlu yazıcılarla üretilen nesnelerin tasarımı üzerindeki hak sahipleri bu nesnelerin tasarımını meydana getiren kişilerdir. Bununla birlikte 3 boyutlu yazıcıyla üretilen tasarımlarda, tasarlama, modelleme ve yazıcıdan ürünü alma süreçleri vardır. Bu süreçlerde rol alan kişilerden kimin tasarımcı olduğunu belirlemek güç olacaktır.

3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünler üzerindeki tasarım hakkı sahipliğindeki en önemli sorunlardan birisiyse tüketicilerin tasarım sürecine dâhil olmasıdır. Klasik ve günümüzde uygulanan yöntemde tüketici beğendiği tasarımlı ürünleri satın almakta veya kullanmaktadır. 3 boyutlu yazıcı teknolojisiyle birlikteyse tüketici kendi isteği doğrultusunda tasarım üzerinde değişiklik yapabilecek, modifiye edebilecek veya özelleştirebilecektir.⁸¹ Tüketicinin isteği üzerine değişikliğe uğrayan tasarımlarda kimin hak sahibi olacağıysa tartışmalıdır. Bizim görüşümüze

⁸⁰ CAMCI, s.85

⁸¹ EUROPEAN PARLIAMENT ITRE COMMITTEE: Open Innovation in Industry, Including 3D Printing. 2015, s.42

göre tüketici fikri bir emek ve çaba göstererek tasarım sürecine dâhil olursa tüketicinin de tasarım üzerinde kısmen de olsa hak sahipliği ortaya çıkar. Ancak fikri çaba ve emek göstermeyecek derecede katkısı olursa tasarım üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Bir örnekle görüşümüzü açıklamak gerekirse; tüketicinin renk seçmesi, belirlenmiş parçalar üzerinde kombinasyon oluşturması veya boyut belirlemesi gibi hallerde tasarım üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Ancak tüketicinin tasarımı en baştan ele alıp kapsamlı değişiklikler yapması halinde tasarım üzerinde hak sahibi olacaktır. Çünkü tüketici, tıpkı tasarımcı gibi yoğun bir fikri çaba göstermektedir. Örneğin tüketici boş bir kupa üzerine desenler çizip bunu kupa üzerine işlerse desen üzerinde tasarım hakkı sahibi olan tüketici olacaktır.

Sonuç olarak tasarım hak sahipliği konusunda klasik tasarımlar ile 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Fakat ortak tasarım sahipliği konusunda ihtilaf doğması olasıdır. Bu nedenle kanun koyucunun düzenlemeler yaparak hangi hallerde tüketicilerin ve ortak tasarım sürecine katılanların, tasarım üzerinde hak sahibi olacağını düzenlemesinde fayda vardır.

B. Çalışan Tasarımları

Tasarımcı, kendi adına bağımsız bir şekilde çalışabileceği gibi bir işveren nezdinde de çalışabilir. Çalışan tasarımcıların tasarım üzerindeki haklarıysa genellikle çalıştırana aittir. Fakat bazı özel durumlarda tasarımcıya ait olabilir.

Çalışan kavramı SMK. m.2/1-d’de açıklanmıştır. “*Çalışan: özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuki ilişki gereğince, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişiler ile kamu görevlilerini*” ifade eder. Genellikle de işverenle aralarında bir iş sözleşmesi kurulmaktadır. Fakat iş sözleşmesi olmasa da tasarımcı işverenin hizmetindeyse ve bu hizmet ilişkisi nedeniyle kişisel bir bağımlılığı varsa yine çalışan olarak kabul edilir.

Kanun koyucu özellikle işçi kavramını kullanmamıştır. Çünkü çalışan kavramı işçi kavramına göre çok daha kapsamlı bir kavramdır. Çalışan kavramına işçi sayılmayan, stajyerler, öğrenciler⁸² ve çıraklar da dâhildir.⁸³

⁸² Doktrinde Polater; öğrencilerin yaptıkları tasarımların çalışan tasarımı olarak kabul edilmesi için işverenle iş ilişkisi içerisinde bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bakınız; **POLATER**, s.122

Bununla birlikte kamu görevlileri de çalışan olarak kabul edilir. Çalışanın kısmi süreli veya tam zamanlı çalışmasıysa kanımızca önemli değildir. Kısmi süreli işçilerde ilgili düzenleme kapsamında çalışan kabul edilmelidir. Tasarımcının, tasarımı mesai saatleri içerisinde meydana getirmesi önem arz etmez. İş ilişkisi devam ederken mesai saatleri dışında meydana getirilen tasarımlar üzerinde de çalıştırana hak sahipliği söz konusu olur.⁸⁴

Tasarım mevzuatıyla yakın ilişkisi olan patent mevzuatında işçi buluşlarında, işçi meydana getirdiği buluşu işverene bildirmesi gereklidir. SMK. m.73/2 bağlamındaki tasarımlarda, çalışanın, yapmış olduğu tasarımı işverene bildireceği konusunda bir yükümlülük düzenlenmemiştir. Bununla birlikte doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre çalışan tasarımcı, tasarımı bildirmemesi halinde işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacaktır.⁸⁵ Bu durumda işveren (çalıştırana) işçinin(çalışanın) sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle uğramış olduğu zararı talep edebileceği gibi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih de edebilir.⁸⁶

Çalışan tasarımlarına ilişkin bu hükümler, sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanmaz. Öğrencilere, ücretsiz olarak belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerlere de uygulanır (SMK. m.73/3). Çalışanların tasarımcı olması ve ilgili üniversitelerin tasarım bölümlerinden mezun olmasıysa zorunlu değildir. Herhangi bir üniversite tahsili olmayan kişilerin meydana getirdiği tasarımlar üzerinde de hak sahibi işveren olabilir.

Öğretim elemanları da SMK bağlamında çalışan olarak değerlendirilir. Mülga 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (End. Tas. KHK) döneminde öğretim elemanlarının yarattığı tasarımlar üzerinde hak sahibinin öğretim elemanı olduğu kabul edilmekteydi. Hatta bu yaklaşım nedeniyle öğretim elemanlarının tasarım üzerinde hak sahibi olması konusunda yaratma teorisinin kabul edildiği doktrinde belirtilmişti.⁸⁷ Ancak SMK'nın kabulüyle birlikte bu yaklaşım terk edildi. Tasarım üzerinde hak sahipliği üniversitelere geçti. Öğretim

⁸³ Doktrinde Canpolat, çıraklar ve stajyerlerle işveren arasında bağımlılık ilişkisi olduğunu belirtmiştir. Ancak çalışma ilişkileri bir iş sözleşmesine dayanmadığını ve bu kişilerin teknik olarak işçi sayılmadığını belirtmiştir. Bakınız; **CANPOLAT**, Talat: İşçi Buluşları, İstanbul, 2007, s.65 Bizde yazarın görüşüne katılmaktayız.

⁸⁴ **TEKİNALP**, s.693

⁸⁵ **ARIKAN**, Özgür & **YALÇINTAŞ**, Didem, "Çalışan Tasarımlarında Hak Sahipliği", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi S.6, s.35

⁸⁶ Ayırtılı bilgi için bakınız; **ARIKAN & YALÇINTAŞ**, s.35

⁸⁷ **KILIÇOĞLU**, s.178

elamanları ise çalışan kategorisinde değerlendirildi.⁸⁸ Bununla birlikte öğretim elemanlarının tüm tasarımları üzerinde yükseköğretim kurumu hak sahibi olamayacaktır. Kurumun hak talep edebilmesi için; bir tasarım bulunmalı, bu tasarım öğretim elemanı tarafından gerçekleştirilmeli, tasarım SMK. m.71/1 ve SMK. m.71/2 bağlamında meydana getirilmeli ve tasarımın bilimsel çalışma veya araştırma sonucunda gerçekleştirilmesi gerekir.⁸⁹

Bir teşebbüse bağlı olarak çalışan tasarımcıların, tasarım üzerindeki hakları SMK. m.73'de düzenlenmiştir. SMK. m.73/1'e göre *aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça çalışanların, bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlarının, hak sahibi, çalıştıranlarıdır.* Kanun koyucu burada yaratma teorisi bağlamında tasarım sahibinin tasarım üzerinde hak sahibi olduğu ilkesini kabul etmemiş ve işverenin hak sahibi olduğunu kabul etmiştir.⁹⁰ Fakat işin mahiyetinden aksi yönde bir yorum ortaya çıkarılırsa veya taraflar arasında kurulan sözleşmede çalışanın meydana getirdiği tasarımlar üzerinde işverenin hak sahibi olmadığı düzenlenirse hak, çalıştırana ait olmayacaktır. Çalıştırmanın tasarım üzerinde doğrudan hak sahibi olması düzenlemesinin temel sebebiyse çalıştırmanın tüm masraflara katlanması, ARGE ve sair risklerin çalıştırana ait olması ve tasarımcının emeğinin karşılığı olarak ücret ödenmesi olduğu söylenebilir.⁹¹ Kanımızca çalışanın tasarım üzerinde hem mali hem manevi hakları vardır. Tasarımı fikri çabasıyla, yaratıcılığıyla ve bakış açısıyla yaratan tasarımcıdır. Bu nedenle işçi buluşları düzenlemelerinde olduğu gibi tasarımcıya uygun bir bedel her koşulda ödenmelidir.

Çalıştırın, ya sözleşme gereği ya da işin mahiyeti gereği tasarım üzerinde hak sahibi olacaktır (SMK. m.73/1). Çalışanın tasarımları konusunda, çalıştırının hak sahibi olmasının sözleşmeyle belirlenmesi kolaydır. Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla sonuca varılabilir. Örneğin sözleşmede çalışanın iş tanımı tasarımcıysa veya sözleşmede çalışana ait tasarımların hak sahibi çalıştırın şeklinde kayıt varsa çalıştırın hak sahibi olacaktır. Ancak işin mahiyeti ifadesinin açıklanması gerekir. Çalışanın işin

⁸⁸ Kimin öğretim elemanı olarak kabul edileceği, yarı zamanlı veya ders ücretli akademisyenlerin öğretim elemanı sayılıp sayılmayacağı konusunda Yüksek Öğretim Kanunu'ndaki kriterler esas alınmalıdır. Benzer yönde bakımız; **TEKİNALP**, s.694

⁸⁹ **POLATER**, s.127

⁹⁰ **KILIÇOĞLU**, s.177

⁹¹ Bakınız; SMK. m.73 Gerekçesi, **SULUK, (KARASU/NAL)**, s.329
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

mahiyeti gereği tasarım yapıp yapmadığı değerlendirmesi yapılırken; işverenin araç gereç sağlayıp sağlamadığı, işverenin aldığı finansal riskin derecesi, tasarım için yapılan yatırım, işverenin sorumluluk derecesi, tasarımın iş ilişkisi devam ederken geliştirilmesi gibi kıstaslar esas alınmalıdır.⁹²

Sözleşmeyle veya işin mahiyeti gereği çalışan tasarım yapmakla yükümlü veya büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında tasarımı yaptıysa bu durumda tasarım üzerinde hak sahibi çalıştıran olacaktır. Bununla birlikte bir tasarımın, çalışanın yükümlü olduğu faaliyet gereği meydana getirilip getirilmediği değerlendirilmesi yapılırken taraflar arasında yapılan sözleşme, işyeri uygulamaları, çalışanın işyerindeki yükümlülüklerinin kapsamı da dikkate alınabilir.⁹³ Çalışanın tasarımı işletmenin deneyimlerinden ve çalışmalarından yararlanarak tasarım yapıp yapmadığı değerlendirmesi yapılırken ise çalışanın şirketteki bilgi birikimi ve üretim yöntemlerini hangi ölçüde kullandığı dikkate alınmalıdır.⁹⁴

SMK. m.73/1'deki bu düzenlemede tasarım üzerinde gerçek hak sahipliği ilkesinin terk edildiği görülmektedir.⁹⁵ Çünkü her ne kadar tasarımı meydana getiren çalışan tasarımcı olsa da tasarım üzerinde hak sahibi çalıştıran sayılmaktadır.⁹⁶ Bununla birlikte SMK. m.73/1 bağlamındaki tasarımlarda, çalıştırmanın hak sahibi olması için çalışanla arasında iş ilişkisi bulunmalıdır. İş ilişkisi, sözleşmesel değil, işçinin işyerine fiilen katılımı ile ortaya çıkan hukuksal bir olaydır.⁹⁷ İş ilişkisinin meydana gelmesiyle birlikte işçi işyerinin düzenine bağlı olur ve bu durum ona bir takım hak ve yükümlülükler sağlar.⁹⁸

Tasarımcı, SMK. m.73/2 bağlamında, işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle bir tasarım da meydana getirebilir. SMK. m.73/2 kapsamında bir tasarım varsa işveren talep etmesi halinde hak sahibi olabilir. Doğrudan hak sahibi olamayacaktır. SMK. m.73/2 ile SMK. m.73/1'deki düzenlemelerse birbiriyle karıştırılmamalıdır. SMK. m.73/2

⁹² **SULUK & ORHAN**, s.202

⁹³ **POLATER**, s.123

⁹⁴ **POLATER**, s.123

⁹⁵ **SULUK, (KARASU/NAL)**, s.328

⁹⁶ Doktrinde çalıştırmanın tasarım üzerindeki hakkı aslen iktisap ettiği ve bu nedenle çalışandan tasarımı talep etme yükümlülüğünün bulunmadığını veya tasarımı tescil ettirme yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir. Bakınız; **ARIKAN & YALÇINTAŞ**, s.34

⁹⁷ **CANPOLAT**, s.127

⁹⁸ **CANPOLAT**, s.127

bağlamında meydana getirilen tasarımlarda, çalışan/tasarımcının asıl işi tasarım yapmak değildir. Bu durumda çalışanın, herhangi bir sözleşmesel yükümlülüğü olmamasına rağmen, bir tasarım meydana getirmiştir.⁹⁹ Ayrıca çalışan, tasarımı meydana getirirken işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanmıştır.¹⁰⁰ Bununla birlikte tasarımcı büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı bir tasarım söz konusu olursa SMK. m.73/1 uygulanacaktır. SMK. m.73/1 ile SMK. m.73/2 arasında ince ve belirsiz bir çizgi vardır. SMK. m.73/1 ve SMK. m.73/2 arasındaki bu belirsizlik; çalışan ile çalıştıran arasındaki hukuki ilişki, çalışanın uzmanlığı ve işyerinin sağlamış olduğu olanaklar dikkate alınarak çözümlenmelidir. Taraflar arasındaki iş ilişkisinden çalışanın tasarımcı olduğu anlaşılıyorsa, çalışanın meydana getirdiği tasarım işyerindeki uzmanlık alanına giriyorsa ve işyeri tasarım konusunda faaliyet gösteriyorsa SMK. m.73/1 uygulanır. Ancak çalışan tasarımcı değilse bir AR-GE mühendisiyse veya başka birimde çalışıyorsa, tasarlanan ürün çalışanın uzmanlık alanına girmiyorsa veya tasarım ile işyerinin faaliyetleri ilgisiz veya az ilgiliyse SMK. m.73/2 uygulanabilir.

Çalıştıran kişilerin, tasarım üzerinde hak sahibi olması çalıştıranlara tanınan inhisari bir haktır.¹⁰¹ Bu nedenle tasarım sahibi de dâhil olmak üzere herkese karşı bu hakkın ileri sürmesi mümkündür. Bununla birlikte çalıştıran, tasarım üzerinde sadece mali hak elde eder. Manevi haklar tasarımcı işçinin, memurun veya çalışanın üzerinde kalır.¹⁰² Örneğin tasarımcı olarak anılma hakkı çalışana aittir. Çalışan tasarımcı bu haktan feragat edemez. Anılma hakkının devri ve feragatine ilişkin işlemler hükümsüzdür.¹⁰³

Çalışan statüsündeki tasarımcılar, çalıştırandan SMK. m.73/2 bağlamındaki tasarımı karşılığında belirli bir bedel isteme hakkı da vardır. Çalıştıran tasarımın önemini dikkate alarak belirli bir bedeli çalışana ödemelidir (SMK. m.74/1) Bedel, çalışan ve çalıştıranın anlaşması neticesinde belirlenecektir. Eğer ki bedel konusunda çalışan ile çalıştıran arasında ihtilaf doğarsa ödenecek bedeli mahkeme belirleyecektir. Tasarımcıya ödenecek bedel belirlenirken tasarımcının şirket olanaklarından

⁹⁹ ÖZER, Fatma, Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi ?, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s.87

¹⁰⁰ ARIKAN & YALÇINTAŞ, s.36

¹⁰¹ ERDİL, s.234

¹⁰² ERDİL, s.234

¹⁰³ CAMCI, s.86

yararlanması, tasarımın ekonomik önemi, muhtemel kullanım süresi ve emsal tasarım kullanım ücretleri dikkatte alınabilir.¹⁰⁴

Tasarımcıya ödenecek bedelin sözleşmeyle kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı meselesiye tartışmalıdır. İlk olarak hemen hemen benzer yaklaşımlar esas alınarak düzenlenen işçi buluşlarındaki düzenlemeye bakmak gerekir. SMK. m.115 gereği işveren hizmet buluşu üzerinde kısmi veya tam hak talebinde bulunursa işçiye bedel ödemesi gerekir. SMK. m.115/9 gereği bedel miktarı ve ödeme şeklinin, işveren ile çalışan arasında kurulacak sözleşmeye göre belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca SMK m. 117/1'de taraflar arasında sözleşme kurma serbestisinin zamanına ilişkin düzenleme yer almıştır. Bu nedenle işçi buluşlarında bedel sözleşmeyle belirlenebilir.¹⁰⁵ Fakat sözleşmede bedel hakkı düzenlenirken SMK'daki ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'deki (SMKY) asgari standartların altında düzenleme yapılmamalıdır.¹⁰⁶ Bununla birlikte nispi emredici hüküm gereği işçi yararına SMK'daki ve SMKY'deki standartlar değiştirilebilir. Nitekim işçinin koruması ilkesi çerçevesinde nispi emredici nitelikteki kanun hükümlerinin, gerek toplu iş sözleşmesi gerekse de iş sözleşmesi ile işçinin lehinde olmak üzere değiştirilmesi ve düzenlenebilmesi mümkündür.¹⁰⁷ Kanımızca bu yaklaşım tasarım çalışanları için de geçerlidir. Çalışanın bedel hakkı iş sözleşmesiyle düzenlenebilir. Kaldı ki SMK. m.74'de tarafların bedel konusunda anlaşmaları denilerek bedelin sözleşmeyle düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte tasarımcı ancak SMK. m.73/2 bağlamındaki tasarımlarından ötürü bedel isteyebilir. SMK. m.73/1 bağlamında çalışan tasarımcılar bedel isteyemeyecektir.¹⁰⁸ Bir başka deyişle

¹⁰⁴ Yargıtay'ın mülga End Tas KHK dönemindeki emsal bir kararında; tasarımcı yönetim kurulu üyesine ödenecek bedel belirlenirken; tasarımın meydana getirilmesinde davalı şirketin olanaklarından yararlanıp yararlanmadığı ve şirketçe kendisine sağlanan fırsat ve imkânlar da gözetilmek suretiyle bu tasarımın ekonomik önemi, muhtemel kullanım süresi varsa bu tasarımlarla ilgili olarak tasarımcı ile tasarım sahibi arasındaki emsal kullanım ücretleri dikkate alınarak uygun bir tasarım bedeline hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bakınız; Yarg. 11.H.D. 02.03.2015 Tarihli 2014/17324 E. 2015/2790 K. sayılı karar aktaran, **ŞAHİNLER BAYKARA** Yasemin, **YAVUZ** Levent, **ALICA** Tülay: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu İçtihatlı, Ankara, 2017, s.169

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; **KOÇAK**, Hakan, "*Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı*", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.2, 2019, s.518

¹⁰⁶ **KOÇAK**, s.518

¹⁰⁷ **ÖZDEMİR**, Erdem, "*İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.54, S.3, 2005, s.96

¹⁰⁸ Benzer yönde bakınız **SULUK**, (**KARASU/NAL**), s.329

tasarımcı bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlarından ötürü bedel isteyemeyecektir. Böyle bir tasarım üzerinde hak sahibi çalıştırandır.

Bedel hakkı konusunda yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları için daha farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Yükseköğretim kurumu, tasarımdan elde edilen gelirin en az yarısını tasarımcıya ödemelidir. SMK. m.73/2'de en az denilirken asgari oran belirlenmiştir. Bu nedenle bedeli belirleyen yükseköğretim kurumunun yönetim kurulu, tasarımcı öğretim elemanına daha yüksek bir bedel ödeyebilir. Bedel belirlenirken ise kar değil el edilen gelir nazara alınmalıdır.¹⁰⁹

Çalışanların tasarımları üzerinden belirli bir bedel isteme hakkına ilişkin SMK. m.74 düzenlemesi kanımızca pek isabetli olmamıştır. Çünkü tasarım zamanla değer kazanabilir. Bu durumda bir kez ödenen ve muhtemelen düşük olan bedel tasarımcının yaratıcılık hakkını tatmin etmeyecektir. Ayrıca meydana getirilen tasarım farklı nesnelere üzerinde de kullanılabilir. Böylelikle tasarım her geçen gün değer kazanacaktır. Tasarımcıysa en başından belirli bir bedel aldığı için bu değerlendirme sürecinden mahrum kalacaktır. Bizim görüşümüze göre çalışan tasarımcıların haklarını gözeterek daha kapsamlı bir düzenleme yapılmalıdır. Tasarımcı sabit bir bedel yerine satış veya tasarımın güncel değeri üzerinden bir oran elde etmelidir.

Tasarımcılar sadece iş sözleşmesi bağlamında çalışmaz. Freelance denilen serbest çalışan tasarımcılar da sektör içerisinde yer alır. Bu durumda serbest çalışan tasarımcının, ürettiği tasarımlar üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesi gerekir. Eğer ki tasarımcı iş ilişkisi dışında çalışıyorsa çalışan tasarımı söz konusu olmayacaktır. Bu durumda çalıştırmanın tasarım üzerinde hak sahibi olup olmadığı taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri kapsamında belirlenecektir.

Tasarım yapay zekâ tarafından da meydana getirilebilir. Bu durumda yapay zekânın çalışan olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde yapay zekâ ile kullanıcı arasında işçi işveren ilişkisine benzer bir ilişkinin kurulacağı ve yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü kullanıcısının sorumlu olacağı belirtilmiştir.¹¹⁰ Bu anlayışa göre yapay zekâ

¹⁰⁹ Benzer yönde **POLATER**, s.130

¹¹⁰ **ÇERKA**, Paulius, **JURGITA** Grigienė, & **GİNTARĖ** Sirbikyte: "Liability for damages caused by artificial intelligence." *Computer Law & Security Review* V.31.3, 2015, s.385 vd.

bir araç olarak görülmektedir.¹¹¹ Kullanıcıysa özen sorumluluğu gereği yapay zekânın sebep olduğu zararlardan sorumludur.¹¹² Kanımızca yapay zekâ gerçek kişi olmadığı için işçi veya çalışan olarak kabul edilemez.¹¹³ Doktrinde Akyiğit'te işçinin başkasının işinde çalışan gerçek kişi olduğunu ve kişiliği bulunmayan robotların işçi sayılmayacağını belirtmiştir.¹¹⁴ Bu nedenle yapay zekânın kendisi gerçek kişi olmadığı için çalışan olarak kabul edilmez.

Yapay zekâ, makine öğrenmesi, derin öğrenme ve algoritmaları sayesinde bilgiyi öğrenebilmekte ve işleyebilmektedir. İnsan gibi bir bilinci bulunmamaktadır. Ayrıca yapay zekâ gerçek kişi olmadığı için işçi olarak da kabul edilmemelidir. Bu nedenle yapay zekânın meydana getirdiği buluşlarda SMK. m.73 uygulama alanı bulmayacaktır.

C. Tasarım Hakkının Gaspı

Gerçek hak sahibi olmayan kişilerin, tasarım üzerinde hak sahibi gibi gözükmelerine, tasarımın gaspı denir. Türk Hukuku'nda tasarım başvurusu yapan kişilerin gerçek hak sahibi olup olmadığı araştırılmaz.¹¹⁵ Bu nedenle de başkasına ait tasarımlar haksız bir şekilde tescil edilebilir. Bu durumda gerçek hak sahibi, SMK. m.71 gereği tasarımın gaspı davası açabilir.

Tasarımın gaspı davası özellikle 3 boyutlu yazıcılarla meydana getirilen tasarımlar açısından önem arz eder. 3 boyutlu yazıcılarla meydana getirilen tasarımlarda tasarım, dijital dosyalarda saklandığı için başkaları tarafından

¹¹¹ ÇERKA, JURGİTA & GİNTARÉ, Liability for damages caused by artificial intelligence, s.385 vd.

¹¹² ÇERKA, JURGİTA & GİNTARÉ, Liability for damages caused by artificial intelligence, s.385 vd.

¹¹³ Canpolat'a göre işçi işveren ilişkisinde işçinin gerçek kişi olması gerekir. Tüzel kişiler işçi olamaz. Bakınız; CANPOLAT, s.65 Günay'a göre "işçi, emeğini işveren veya işverenin müşterilerine onun talimatları doğrultusunda sunan ve karşılığında ücret alan kişidir". GÜNAY, İlhan Cevdet: İş Davaları, Ankara, 2008, s.62; Akyiğit'e göre "işçi özgürce kurulmuş bir hizmet sözleşmesine dayalı olarak başkasının işinde bağımlı biçimde çalışan gerçek kişidir." AKYİĞİT, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1 Ankara, 2008, s.65; Çelik'e göre İş Kanunu m.2'de iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi denilerek işçinin gerçek kişi olduğu vurgulanmıştır. ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2013, s.33; Kılıçoğlu & Şenocak'a göre de işçi gerçek kişidir. Tüzel kişilerle iş sözleşmesi kurulmaz. Ancak hizmet tedariki sözleşmesi kurulabilir. KILIÇOĞLU, Mustafa & ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt:1, İstanbul, 2008, s.49,50

¹¹⁴ AKYİĞİT, s.66

¹¹⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: "Sinai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:34, S:2, 2018, s.44

erişilip kullanılabilir. Haksız erişenler, bu tasarımlar üzerinde hak sahibi olduklarını iddia edebilirler. Böyle bir durumda gerçek hak sahibi, gasp davası açarak hakkına kavuşabilir. Ayrıca diğer tasarımlara nazaran 3 boyutlu yazıcıyla yapılan tasarımlarda birden fazla kimsenin rol alması beklenmektedir. Özellikle de fikri çaba gösteren tekniker ve yazılımcılar, kısmi de olsa tasarım üzerinde hak sahibi olabilirler. Örneğin tekniker, CAD dosyası basılmadan evvel, fikri çabasıyla tasarımın görünümünde esaslı değişiklikler meydana getirirse ortak tasarımcı olarak kabul edilebilir. Ancak hiçbir fikri çaba göstermeyen ve sadece teknik sonucu elde etmek için çalışan teknikerler tasarım üzerinde hak sahibi olmaz.

3 boyutlu yazıcıların yaygınlaşması iş modellerini de değiştirmektedir. Artık ürünlerin tasarımlarında sadece tasarımcı ve üretici rol oynamayacaktır. Tüketicilerde etkin rol alarak tasarım sürecine dâhil olacaktır. Fakat bu durum fikri mülkiyet hukuku açısından tartışmalı durumlara sebebiyet verecektir.¹¹⁶ Tüketicinin tasarım sürecine dâhil olması halinde ortaya çıkan tasarım üzerinde hak sahibi olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Tüketici fikri bir çabayla katkı sunması nedeniyle ortaya çıkan tasarım üzerinde paydaş tasarımcı olarak kabul edilebilir. Kanımızca kanun koyucu, ortak tasarımcılıktan kaynaklanan tasarım hakkı gaspı davalarını önlemek için 3 boyutlu yazıcıyla üretilen ürün tasarımlarına ilişkin hak sahipliği konusunda kanunda düzenlemeler yapmalıdır.

Tasarımın gaspı davası, hem tescilli hem tescilsiz tasarımlara yönelik açılabilir. Tasarımın tescilli, gerçek hak sahibi olmayan kişi tarafından yapılmışsa ve sicilde bu kişi gözükyorsa gerçek hak sahibi bu kişiye karşı tasarım hakkının gaspı iddiasını ileri sürebilir. Gerçek hak sahibi olmayan kişi tasarımı kamuya sunmuşsa gerçek hak sahibi, tescilsiz tasarımı kamuya sunan kişiye karşı, tasarım hakkının gaspı iddiasında bulunabilir. Tasarım hakkının gaspı iddiasında bulunan kimse, diğer hak ve talepleri saklı kalmak kaydıyla, tasarım sahipliğinin kendisine devredilmesini veya tasarım sahibi olarak tanınmayı mahkemedan talep edebilir (SMK. m.71/1).

Gasp davası, tasarım hakkını tamamen gasp edene veya kısmi gaspta bulunan kişiye karşı açılabilir.¹¹⁷ Özellikle de müşterek bir çalışma neticesinde ortaya çıkarılan tasarımlarda hak sahiplerinden birisi, tasarımcı sıfatına sahip değilse tasarım hakkının gaspı davası açılabilir. Eğer ki tasarımın meydana getirilmesi sürecine fikren katılan ancak tasarımcı olarak anılmayan bir tasarımcı varsa bu tasarımcı, tasarım üzerinde kısmi hakkı

¹¹⁶ LI, MELLOR, GRIFFIN, WAELDE, HAO, & EVERSON, s.328

¹¹⁷ TEKİNALP, s.695

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

olduğunu iddia edip paylı mülkiyet esaslarına göre hak sahipliği tanınmasını talep edebilir (SMK. m.71/2).

Tasarımın gaspına ilişkin dava tescilli tasarımın yayımlandığı tarihten veya tescilsiz tasarımın kamuya sunulduğu tarihten itibaren üç yıl içinde ileri sürülmemesi hâlinde düşer. Bu süre hak düşürücü süredir. Ancak gerçek hak sahibi olmayan kişinin, kötü niyetli olması hâlinde, hak düşürücü süre uygulanmaz (SMK. m.73/3).

Tasarımın gaspı davası, tasarım başvuru aşamasındayken açılabileceği gibi tescilli bir tasarıma yönelikte açılabilir.¹¹⁸ Tasarımın başvurusu aşamasında açılan gasp davasına “başvurunun gaspı davası” denir. Tescilli tasarıma karşı açılan davayaysa “tasarımın gaspı davası” denir. Başvuru aşamasında açılan başvurunun gaspı davası, tasarım tescil olursa tasarımın gaspı davasına dönüşür (SMK. m.73/5). Gasp davası nitelik itibarıyla bir çeşit istihkak davasıdır.¹¹⁹ Davacı gerçek hak sahibi, tasarım hakkının kendisine devrini istemektedir. Gasp davasıyla tasarım hakkının gasp edildiğinin tespitiyle istenemez.¹²⁰ Tasarımın gaspı davası sürecinde, tarafların talepleri, davaya ilişkin kesin hüküm veya davayı sona erdiren haller talep üzerine sicile kaydedilerek Bülten’de yayımlanır. Bu kayıtlar sicile kaydedildiği tarih itibarıyla iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurur (SMK. m.73/4).

Tescilli tasarımlarda gasp davası neticesinde tasarım sahibi değişebilir. Tasarım sahibindeki bu değişiklik sicile kayıt edilir. Sicille kayıtla birlikte üçüncü kişilerin tasarımla ilgili tüm hakları sona erecektir. Üçüncü kişilerden kasıt ise lisans sözleşmesi gibi kullanım sözleşmeleriyle tasarımı kullanan kimselerdir. Bununla birlikte tasarımın kullanımı için ciddi hazırlıklar yapan ya da tasarımı kullanan lisans alan, tasarımın gerçek sahibinden inhisari olmayan bir lisans hakkı tanınmasını, iki ay içinde talep edebilir. İki aylık süreyle sicile kayıt tarihi esas alınarak belirlenmemelidir. İki aylık süre kurum tarafından tasarımın gerçek sahibini belirten bildirim üzerine başlar (SMK. m.72/2). Bununla birlikte lisans alan kullanıma başladığı ya da kullanım için ciddi hazırlıklar yaptığı sırada kötü niyetli ise gerçek hak sahibinden lisans hakkı talep edemez (SMK. m.72/3).

Gerçek hak sahibi dışındaki kişiler adına tescil edilen tasarımlara karşı SMK. m.77/1-b bağlamında hükümsüzlük davası da açılabilir. Kural olarak hükümsüzlük davaları menfaati olan herkes tarafından açılabilirken, SMK.

¹¹⁸ TEKİNALP, s.695

¹¹⁹ TEKİNALP, s.695

¹²⁰ SULUK, (KARASU/NAL), s.420

m.77/1-b bağlamındaki hükümsüzlük davasını sadece gerçek hak sahibi açabilecektir.¹²¹

D. Bilgisayar Yardımıyla Yapılan Tasarımlarda Hak Sahipliği

Günümüzde tasarım sektöründe bilgisayar kullanımının önemli bir rolü vardır. Tasarımcılar çeşitli programlar aracılığıyla tasarımları oluşturmakta ve dijital ortamda saklayabilmektedir. Bazı tasarım programlarıysa tasarım eğitimi almayan kişilerin bile tasarım yapmasının yolunu açmıştır.

Bir bilgisayar veya bilişim sisteminin kullanılması neticesinde meydana getirilen tasarımlara bilgisayar yardımcı tasarım (computer aided designs)(CAD) denir. Tasarımcı, tasarımını meydana getirirken elle çizimleri yapabileceği gibi yazılımlar yoluyla da çizim yapabilir. Hatta bazı yazılımlar, tasarımcının yerine geçerek bilgisayar üzerinde hazırlanmış modelleri analiz ederek modeli yeniden tasarlayabilir.¹²² Böylelikle tasarımdaki hatalar düzeltilir, daha cesur tasarımlar meydana getirilebilir veya tasarımın işlevi geliştirilebilir. Bu durumda ortaya çıkan tasarımlar üzerinde kimin hak sahibi olduğu tartışmalıdır. Doktrinde Suluk'a göre bilgisayar kullanıcısının tasarımı oluştururken sadece bilgisayarı açıp ilgili programı çalıştırmaktan daha fazla katkı sunmaması halinde (bir başka deyişle fikri emeğini katmaması halinde) bu kişinin tasarımcı olduğunu iddia etmek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır.¹²³ Camcı'ya göreyse insan emeği söz konusu olmaksızın bilgisayar aracılığıyla meydana getirilen tasarımlarda hak sahibi, gerekli talimatları veren kişidir.¹²⁴

Bizim görüşümüze göre tasarımın ortaya çıkmasında kullanılan araçtan ziyade tasarımcının fikri ve talimatlarının dikkate alınması gerektiği yönündedir. Tasarım aslında tasarımcının kişisel yaratıcılığının ifade bulmuş şeklidir.¹²⁵ Bu yönüyle FSEK bağlamındaki eserlere de benzerdir. Tasarım sahibi yaratıcılığını dış dünyaya tasarımla gösterir. Bu gösterimi yaparken kalem kâğıt kullanabileceği gibi bilgisayar da kullanılabilir.

Tasarımcı yaratıcılığıyla bir tasarım fikri meydana getirebilir. Meydana getirdiği bu tasarımı test etmek, somutlaştırmak ve biçimlendirmek amacıyla bilgisayar yardımına başvurabilir. Bu durumda meydana gelen tasarım üzerinde hak sahibi tasarımcıdır.

¹²¹ SULUK & ORHAN, s.313

¹²² Ayrıntılı bilgi için bakınız; GEZER TURGAY, s.189

¹²³ SULUK, Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması, s.106

¹²⁴ CAMCI, s.85

¹²⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, s.132

E. Yapay Zekâ

Yazılım teknolojisindeki gelişmelerle birlikte yapay zekâların da tasarımlar meydana getirebileceği düşünülmektedir. Yapay zekâlar; insan gibi zeki canlıları taklit eden, onlar gibi düşünen ve sonuçlara varan bilişim sistemleridir.

Günümüzde yapay zekâ konusunda önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Yapay zekâlar; görüntü tanımlamada, nesnelere algılamada, yabancı dillerin çevrilmesinde ve konuşma sinyallerinin işlenmesinde kullanılmaktadır.¹²⁶ Yazılım teknolojisindeki gelişmelerle birlikte kapasitesi yüksek yeni yapay zekâ sistemlerinin üretilmesi de beklenmektedir.

Yapay zekâ temel olarak “güçlü yapay zekâ” ve “zayıf yapay zekâ” olmak üzere ikiye ayrılabilir. Zayıf yapay zekâlar, insana özgü yeteneklere sahip olan ve tek bir alandaki sorunları otonom olarak çözebilen ancak diğer alanlardaki sorunları çözemeyen yapay zekâ sistemleridir.¹²⁷ Örneğin strateji oyunlarını oynama, dil çevirisi yapma, otonom araç kullanma ve görüntü tanımlama gibi sadece belirli görevleri yerine getirebilirler.¹²⁸ Güçlü yapay zekâlar ise insanlara özgü bir yetenek olan bilinç de dahil olmak üzere tüm zihinsel güçlere sahip bir yapay insan yaratmayı hedefleyen yapay zekâ türü olarak tanımlanabilir.¹²⁹ Bu tür yapay zekâ sistemleri, teorik olarak, işgücündeki insanların yerini alabilir ve herhangi bir kişi ile aynı düzeyde icat çıkarma yeteneğine ve yaratıcılığın sahip olabilir.¹³⁰

Yapay zekânın, zayıf yapay zekâ mı yoksa güçlü yapay zekâ mı olduğu sahip olduğu teknolojik gelişmişliğe göre değişmektedir. Bu süreçte yapay

¹²⁶ SAMEK, Wojciech, WIEGAND Thomas & MÜLLER Klaus-Robert: "Explainable artificial intelligence: Understanding, visualizing and interpreting deep learning models.", arXiv preprint arXiv:1708.08296, 2017.

¹²⁷ KAPLAN, Andreas & MICHAEL Haenlein: "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence." Business Horizons V.62.1, 2019, s.17

¹²⁸ National Science and Technology Council: Committee on Technology, "Preparing for the Future of Artificial Intelligence," Government Report (Washington, D.C.: Executive Office of the President, October, 2016), Kaynak: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf (E.T.:09.12.2020) s.7

¹²⁹ BRINGSJORD, Selmer & NAVEEN Sundar Govindarajulu, "Artificial Intelligence", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Kaynak: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/artificial-intelligence>, (E.T.:10.08.2020)

¹³⁰ PEARLMAN, Russ. "Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Investors under US Intellectual Property Law.", Rich. JL & Tech, Vol. 24, 2017, s.4

zekânın önemli bir niteliği olan makine öğrenimi kavramı belirleyicidir. Modern makine öğrenimi, bir veri yığınıyla başlayan ve verileri açıklayan veya gelecekteki verileri tahmin edebilen bir kural veya prosedür türetmeye çalışan istatistiksel bir süreçtir.¹³¹ Yapay zekâ makine öğrenmesiyle veriler üzerinden eğitime tabi tutulmakta ve daha sonra almış olduğu eğitimle tahminlerde bulunabilmektedir. Yapay zekânın eğitimini ise veri setleri belirlemektedir. Bununla birlikte yapay zekânın öğrenmesi sürecinde genellikle denetimli öğrenme, denetimsiz öğrenme, yarı denetimli öğrenme, pekiştirmeli öğrenme, transdüksiyon gibi makine öğrenmesi algoritmaları kullanılır.¹³²

Derin öğrenme metotlarıyla birlikte yapay zekâ teknolojisinin daha da gelişmesi beklenmektedir. Derin öğrenme, insanın beyin yapısından esinlenen algoritmalarla oluşturulan sinir ağlarının, büyük miktarda veriden öğrendiği bir makine öğrenimi alt türüdür.¹³³ Derin öğrenmeyle sisteme nasıl öğrenileceğini öğretmek yerine belirli bir görevi öğretmek mümkün olacaktır. Ayrıca derin öğrenmeyle basit bir veri eğitim seti oluşturulup yapay zekânın bundan öğrenmesi beklenir. Derin öğrenmenin zor problemleri hızlı bir şekilde çözmesi de mümkündür. Bununla birlikte derin öğrenme modellerinin eğitilebilmesi için olabildiğince çok veriye ihtiyaç vardır. Ne kadar çok veri yüklenirse derin öğrenme modeli o kadar başarılı olacaktır.¹³⁴ Örneğin Alexa, Google Search ve Google Fotoğraf sistemleri derin öğrenme baz alınarak geliştirilmiştir. Bu sistemlerdeki kullanım arttıkça daha doğru sonuçlar alınacaktır.¹³⁵

Makine öğrenmesi teknolojisindeki gelişmeler yapay zekânın kabiliyetini arttıracaktır. Gelişen yapay zekâlar ise otonom bir şekilde görevlerini yerine

¹³¹ **National Science and Technology Council: Committee on Technology**, “*Preparing for the Future of Artificial Intelligence*,” Government Report (Washington, D.C.: Executive Office of the President, October, 2016), Kaynak: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf (E.T.:09.12.2020) s.8

¹³² Bakınız; **AYODELE**, Taiwo Oladipupo: “*Types of machine learning algorithms*”, *New advances in machine learning*, 2010, s.19

¹³³ “*What is deep learning, and why does it matter?*”, IBM, <https://www.ibm.com/cloud/deep-learning>, (E.T.: 18.09.2020)

¹³⁴ “*Artificial Intelligence, What it is and why it matters*”, SAS, https://www.sas.com/en_us/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html (E.T.: 18.09.2020)

¹³⁵ *Artificial Intelligence, What it is and why it matters*, SAS, https://www.sas.com/en_us/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html (E.T.: 18.09.2020)

getirecektir. Otonomi, insan müdahalesi olmadan kendi sistemiyle algılama, karar verme ve hareket etme özelliğine sahip olma anlamına gelir.¹³⁶ Otonomi kendi içinde kısmi otonom ve tam otonom sistemler olmak üzere ikiye ayrılır. Kısmi otonom sistemler, belirli bir görevi yerine getirirken kendi başına kısmen hareket edebilen ve bütün görevin tamamlanması için insan müdahalesine ihtiyaç duyan sistemlerdir.¹³⁷ Tam otonom sistemler ise hiçbir insan müdahalesine ihtiyaç duymaz. Günümüzdeyse tam otonom sistemler henüz icat edilmemiştir. Yapay zekâ insan müdahalesine ihtiyaç duymaktadır.

Yapay zekâ tasarım sektörünü de etkileyecektir. Günümüzde tasarımcıya destek olan yapay zekâ sistemleri vardır. İnsanların yerine yapay zekâ yazılımlarının tasarım yapması olasıdır. Bu durumda yapay zekânın tasarımları üzerinde kimin hak sahibi olacağı tartışmalıdır. Öncelikle tasarım yaratma faaliyeti insana özgüdür. Sadece gerçek kişiler tasarım meydana getirebilir. Tüzel kişiler tasarım meydana getiremez. Ancak tüzel kişilik bağlamında çalışanlar varsa bu çalışanlar tasarımı meydana getirip tasarım üzerindeki haklarını tüzel kişiliğe devredebilir.

Yapay zekânın kendi başına insanlar gibi tasarım yapması beklenmektedir. Bununla birlikte yapay zekânın insan gibi bir kişiliğe sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde yapay zekânın; zeki olması, özerk karar verebilmesi, kendi deneyimlerinden öğrenme yeteneğini haiz olması, hafızasının bulunması, planlama yapabilmesi ve nesnelere manipüle etmesi dikkate alındığında yapay zekâyâ kişilik tanınması gerektiği belirtilmiştir.¹³⁸ Konuyu zayıf yapay zekâ ve güçlü yapay zekâ ayrımı yaparak değerlendirmek gerekir. Zayıf yapay zekâ, satranç oynamak veya denklem çözmek gibi belirli bir görevde insanlardan daha iyi performans gösterebilirken, güçlü yapay zekâ insana özgü her bilişsel görevde insanlardan daha iyi performans göstermektedir.¹³⁹ Bu nedenle zayıf yapay zekâlar, günümüzde sadece belirli talimatları yerine getiren yazılımlara daha çok benzemektedir. Zayıf yapay zekâların insanın tasarladığı program

¹³⁶ ASARO, Peter: "How just could a robot war be.", Current issues in computing and philosophy, 2008, s.51

¹³⁷ ZILBERSTEIN, Shlomo, "Building strong semi-autonomous systems", In Twenty-Ninth AAAI Conference on Artificial Intelligence, 2015, s.4088

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; ČERKA, Paulius, JURGITA Grigienė & GINTARĖ Sirbikytė. "Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?." Computer law & security review Vol.33.5, 2017, s.690

¹³⁹ LU, Huimin, LI Yuije, CHEN Min, KIM Hyoungeop & SERIKAWA Seiichi: "Brain intelligence: go beyond artificial intelligence." Mobile Networks and Applications, Vol. 23.2, 2018, s.368

kapsamında çalışıyor olması ve insanların talimatlarını yerine getiriyor olması nedeniyle yapay zekânın davranışlarından ötürü insan sorumludur.¹⁴⁰ Dolayısıyla zayıf yapay zekâyı tıpkı tasarımcının bir kalemi veya bir aracı olarak görmek mümkündür. Zayıf yapay zekâyla meydana getirilen tasarım üzerinde hak sahibi de bu aracı kullanan insan olacaktır.

Güçlü yapay zekâlar ise yetenek bakımından insana eş değer ve insan üstü sistemlerdir. Fakat kanımızca güçlü yapay zekâlarda gerçek kişi olarak kabul edilmemelidir. Nitekim doktrinde de otonom karar alma yeteneğine sahip olsalar bile, yapay zekâ sistemlerinin davranışları, insan davranışı gibi kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁴¹ Bu nedenle yazılımlar gerçek kişi olarak görülmemektedir.¹⁴² Ayrıca yapay zekânın kişilik kazanması demek yapay zekânın işlemiş olduğu fiillerden ötürü de sorumlu olması anlamına gelir. Ancak yapay zekânın yapısı sorumluluk almaya müsait değildir.¹⁴³ Bu nedenle de yapay zekânın aldığı kararlar ve işlemler için insanlar sorumlu tutulmaktadır.¹⁴⁴ Bununla birlikte ABD Hukuku'nda tasarım patentleri üzerinde ancak gerçek kişilerin hak sahibi olabileceği yaklaşımı kabul edilmektedir. Nitekim patent başvurularında, buluş sahibinin ve adresinin belirtilmesinin zorunlu olması ve buluş faaliyetinin insana özgü bir faaliyetmiş gibi mevzuatta düzenlenmiş olması, bu yaklaşımın göstergesidir.¹⁴⁵ Aynı yaklaşım Türk Hukuku'nda da görülmektedir. Nitekim tasarım başvuru sürecini düzenleyen SMK. m.61/1-a gereği başvuruda, “*başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri*” yer almalıdır. Ayrıca SMK. m.61/10'da düzenlenen tasarımcı olarak belirtilme hakkı gibi manevi haklarda tasarım hakkı sahipliğinin insana özgü olduğunun göstergesidir.

Güçlü yapay zekâlarla üretilen tasarımlar üzerinde kimin hak sahibi olacağı sorusuna da cevap verilmelidir. Türk Hukuku'nda tasarım hukukuna pek de yabancı olmayan eser koruması hukukunda bu soruya dolaylı olarak cevap verilmiştir. Öztan'a göre bir hususun eser sayılabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Sahip kelimesi kullanılması nedeniyle de eser

¹⁴⁰ WEI, Lei. "Legal risk and criminal imputation of weak artificial intelligence." IOP Conference Series: Materials Science and Engineering. Vol. 490. No. 6. IOP Publishing, 2019, s.491

¹⁴¹ BAYERN, Shawn. "The implications of modern business-entity law for the regulation of autonomous systems." STAN.TECH. L.REV. v.19, 2015, s.95

¹⁴² BAYERN, s.95

¹⁴³ SCHERER, U. Matthew. "Of Wild Beasts and Digital Analogues: The Legal Status of Autonomous Systems," Nevada Law Journal: Vol. 19 : Iss.1, 2018, s.263

¹⁴⁴ SCHERER, s.263

¹⁴⁵ PEARLMAN, s.7

insan tarafından yaratılabilecek olup makine ve cihazın kendiliğinden bir eser yaratması mümkün olmayacaktır.¹⁴⁶ İngilizce çeviri programları gibi insan mahsulü olmayan mahsuller ise eser olarak kabul edilmeyecektir.¹⁴⁷ Kanımızca bu yaklaşım tasarım hukuku için de geçerlidir. Tasarım, ancak gerçek kişilerin meydana getirdiği yaratımlardır. Yapay zekâ gerçek kişi olarak kabul edilmeyeceği için meydana getirdiği tasarımlar üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Üzerinde herhangi bir hak sahipliği olmayan tasarım ise hukuken korunmayacaktır. Bu tasarımın topluma ait olduğu söylenebilir. Ancak bu yaklaşım ekonomik açıdan yapay zekâ teknolojisini geliştirenleri zor duruma sokacaktır. Bizim görüşümüze göre kanun koyucunun yapay zekâ destekli 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar üzerindeki hak sahipliğini kanunda düzenlemesinde fayda vardır. Bu düzenlemeyi yaparken gerçek buluş sahipliği ilkesinden ayrılmamalıdır.

Günümüzde yapay zekâ teknolojisinde yapay dar zekâ aşamasına kadar gelinmiştir. Bu nedenle yapay zekânın kendi kendine bir tasarım meydana getirmesi güçtür. Yapay zekâ destekli 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürün tasarımlarında yine insan etkindir. Bununla birlikte yapay zekâ destekli tasarımlarda tasarımcının kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Tasarımcı yapay zekâyı meydana getiren yazılımcı olabileceği gibi tasarımcının kendisi de olabilir.

Yapay zekâ aracılığıyla üretilen 3 boyutlu ürün tasarımlarında yazılımcının hak sahibi olması yaklaşımı pek isabetli değildir.¹⁴⁸ Çünkü yazılımcı, yapay zekâyı tasarım yapma talimatı vermez. Yazılımcı, yapay zekânın tasarım yapmayı öğrenmesi için bir program yapar. Yapay zekâda özellikle derin öğrenme metotlarıyla deneme yanılma yapa yapa kendisi tasarım yapmayı öğrenir.¹⁴⁹ Ayrıca ekonomik açıdan değerlendirildiğinde yapay zekâ yazılımcısının tasarım üzerinde hak sahibi olmaması gerekir.¹⁵⁰ Çünkü kullanıcı yapay zekâyı tasarım yapmak için satın almaktadır. Satın aldığı ürünün meydana getirdiği tasarımlardan ötürü yazılımcı hak sahibi olmamalıdır.¹⁵¹ Tasarım üzerinde hak sahibi, tasarımın yapılması talimatını veren tasarımcı yani kullanıcı olabilir. Nitekim ABD doktrininde bir görüş

¹⁴⁶ ÖZTAN, Fırat: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2008, s.82, 83

¹⁴⁷ ÖZTAN, s.83

¹⁴⁸ PEARLMAN, s.10

¹⁴⁹ PEARLMAN, s.10

¹⁵⁰ PEARLMAN, s.10

¹⁵¹ PEARLMAN, s.10

tasarım patentleri için hak sahibinin ilgili bilişim sistemi sahibinin olabileceğini belirtmiştir.¹⁵² Bu görüş Türk Hukuku'nda da kabul edilebilir.

Yapay zekâ destekli 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar üzerinde hak sahipliğinin çözülmesiyle ancak kanun düzenlemeleriyle mümkündür. Yürürlükteki hukuk bu soruna cevap vermekte zorlanmaktadır. Hangi hallerde kimin hak sahibi olacağının belirlenmesi gerekir.

Sonuç

Türk Hukuku'nda ve mukayeseli hukukta tasarımla ürünün görünümü korunmaktadır. Ancak her görünüm tasarımla korunmayacaktır. Bir ürünün tasarımı ayırt edilebilir ve yeniyse korunabilir. Tasarım estetik nitelikleri haiz olabileceği gibi işlevsel niteliklere de haiz olabilir. Bu nitelikleri yaratan ise tasarımcıdır.

Tasarım, elle çizilebileceği gibi bilgisayar yardımıyla çizilebilir. Çizilen bu tasarım, ürün üzerinde kullanılmasıyla birlikte, tasarım olarak korunabilir. Bu yaklaşım 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar için de geçerlidir. Tasarımcı, CAD programlarıyla tasarımı meydana getirebilir. Daha sonra 3 boyutlu yazıcıyla çıktısını yani ürün halini alabilir.

3 boyutlu yazıcılar teknolojisi hızla gelişmektedir. Bu süreçte kanun koyucunun 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar üzerinde kimin hak sahibi olacağını özel olarak düzenlemesinde fayda vardır. Özellikle tasarımcı, tekniker ve tüketicinin birlikte tasarım sürecine dâhil olması halinde ortak tasarımın meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi gerekir. Yapay zekânın 3 boyutlu yazıcılar teknolojisine dâhil olmasıyla tasarım hakkı sahipliğini daha belirsiz bir hale getirecektir. Bizim görüşümüze göre kanun koyucu, 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünler üzerindeki tasarım hakkını özel olarak kanunla düzenlemelidir. Kanunda tüketici ve tekniker gibi tasarım sürecine katılan kimselerin ne zaman ortak tasarımcı olarak kabul edileceği belirlenmelidir. Hangi hallerde tasarımcı olacak derecede fikri çaba gösterdikleri kriterlere bağlanarak açıklanmalıdır. İkinci olarak yapay zekâ teknolojisiyle meydana getirilen 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürün tasarımları üzerinde de kimin hak sahibi olacağının düzenlenmesi gerekir. Bununla birlikte yürürlükteki hukuk dikkate alındığında tasarım hakkı sahipliği farklı durumlara göre değişebilir.

Tasarım üzerinde hak sahibi fikri çabasıyla tasarıma şekli veren kimsedir. Tasarımcı kendi bakış açısını, üslubunu, yeteneğini, yaratıcılığını ve idesini

¹⁵² FRASER, Erica. "Computers as inventors-legal and policy implications of artificial intelligence on patent law." SCRIPTed Vol.13, 2016, s.331
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

kullanarak tasarımı meydana getirmektedir. Bu nedenle her tasarımın birbirinden farklı özellikler taşıması beklenmektedir. Fikri çabası ve yaratıcılığıyla tasarıma şeklini veren kimse tasarım üzerinde hak sahibi olacaktır. 3 boyutlu yazıcılarla da fikri çabasıyla tasarımı meydana getiren kimse tasarımcı olarak kabul olacaktır. Tasarımcının tasarımı meydana getirmesinde bilgisayardan destek almasıysa kanımızca tasarımcılık hakkı açısından önem arz etmez. Çünkü tasarımcının bir idesi vardır. Bu ide bilgisayar programları aracılığıyla dışa vurulmaktadır. Bilgisayar bu süreçte idenin dışa vurulmasında yer alan bir araçtır.

Günümüzde tasarımlar bireysel çalışmanın yanı sıra ekip çalışması şeklinde de meydana getirilmektedir. Ekip çalışmasıyla meydana getirilen tasarımlara ortak tasarım denir. Ortak tasarım üzerinde birden fazla kişi hak sahibidir. Bununla birlikte her ekibe katılan kişi tasarım üzerinde hak sahibi olmaz. Tasarımın meydana getirilmesinde fikri çaba göstermeyen kişiler tasarımcı olarak değerlendirilmez. 3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünlere ilişkin tasarımlarda da birden fazla kişi çalışabilir. Hatta bu tasarımlar bilgisayar ortamında meydana getirilmesi nedeniyle farklı lokasyonlarda bulunan tasarımcılarında tasarım üzerinde çalışması mümkündür. Bununla birlikte tasarım programının yazılımcısı ve 3 boyutlu yazıcıyla ilgilenen tekniker, tasarım üzerinde hak sahibi olmayacaktır. Çünkü bu kişiler tasarımın meydana getirilmesinde fikri bir katkıda bulunmamışlardır.

Tasarım, çalışan ve çalıştıran arasındaki iş ilişkisi nedeniyle de meydana gelebilir. Tasarım SMK. m.73/1 gereği meydana geldiyse tasarım üzerinde hak sahibi çalıştırandır. SMK. m.73/2 gereği meydana getirilen tasarımlarda da hak sahibi yine çalıştıran olur. Ancak tasarımcı uygun bir bedel talep edebilir. Öğretim elamanlarının yükseköğretim kurumu bünyesinde bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucunda elde ettiği tasarımlar üzerindeyse hak sahibi yükseköğretim kurumudur. Ancak kurum tasarımdan bir gelir elde ettiyse gelirin en az yarısını öğretim elemanına ödemelidir. Çalışan tasarımına ilişkin düzenlemeler, 3 boyutlu yazıcılarla üretilen tasarımlar için de geçerlidir.

Yapay zekâ teknolojisiyse tasarım konusunda önemli bir mihenk taşıdır. Yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerle birlikte tasarım insan etkisi olmaksızın yapay zekâyla üretilmesi beklenmektedir. Bu durumda ortaya çıkarılan tasarımlar üzerinde kimin hak sahibi olacağı tartışmalıdır. Mevcut yapay zekâ teknolojisi dikkate alındığında insan etkisi olmaksızın bir yapay zekânın tasarım yapması beklenmemektedir.

Yapay zekâ sistemleri tıpkı bilgisayar programları gibi tasarımcıya yardımcı olan programlardır. Günümüz yapay zekâ teknolojisi dikkate

alındığında da tam otonom bir şekilde tasarım meydana getirebilecek bir yapay zekâ henüz üretilmemiştir. Üretilmesi de oldukça güçtür. Bununla birlikte bu tip bir yapay zekânın üretilmesi halinde tasarım üzerinde kimin hak sahibi olacağı tartışmalı bir hal alacaktır. Bu süreçte tasarımcının fikri çabasının varlığı önem arz eder. Tasarımcı, fikri çabasıyla yapay zekâyâ talimat verdiyse ortaya çıkan tasarım üzerinde hak sahibi olacaktır. Yapay zekâyâya gerçek kişi olmadığı için tasarım üzerinde hak sahibi olamayacaktır.

Yapay zekâ çalışan olarak da değerlendirilemez. Çünkü çalışanlar sadece gerçek kişiler olabilir. Bu nedenle yapay zekâyâ – insan arasında çalışan çalıştıran ilişkisi doğmaz. Tasarımcının hiçbir fikri çabası olmadan yapay zekânın tasarım meydana getirmesi halindeyse hak sahibinin kim olacağı ayrı bir tartışma konusudur. Yapay zekâ gerçek kişi kabul edilmediği için tasarımı üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Yapay zekâyı meydana getiren yazılımcı ile talimat veren tasarımcının ise fikri katkısı yoktur. Bu durumda tasarım anonim kabul edilip herkesin kullanımına açılabilir. Fakat kanımızca kanun koyucunun bu duruma ilişkin yasal bir düzenleme yapması gerekir. Böylelikle kimin hak sahibi olacağı kanunla belirlenecektir. Tıpkı çalışan tasarımlarındaki gibi gerçek hak sahipliği ilkesinin terk edilmesindeyse fayda vardır. Bununla birlikte tamamen otonom yapay zekâ sistemlerinin tasarım yapması konusunda endişe etmemek gerekir. Çünkü henüz bu tip bir yapay zekâ sistemi geliştirilmemiştir. Geliştirilmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Yapay zekâlar işlevlerini yerine getirirken insana bağımlıdır.

3 boyutlu yazıcılarla üretilen ürünler üzerindeki tasarım hakkı sahibi bu tasarımı meydana getiren kimsedir. Ancak SMK. m.73 bağlamında çalışan - çalıştıran ilişkisi veya öğretim elamanı – yükseköğretim kurumu ilişkisi varsa çalıştıran veya yükseköğretim kurumu hak sahibi olabilir. Tasarım sürecine yapay zekânın katılması halindeyse günümüz teknolojisi dikkate alındığında hak sahibi fikri çaba gösteren ve idesini somutlaştıran tasarımcı olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: *İş Kanunu Şerhi*, Cilt: 1 Ankara, 2008

ARIKAN, Ayşe Saadet: *"Avrupa Topluluğu'nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler"*. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Vol. 7, 2007

ARIKAN, Özgür & **YALÇINTAŞ**, Didem, "Çalışan Tasarımlarında Hak Sahipliği", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* S.6, 2020

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

- Artificial Intelligence, What it is and why it matters*", SAS, https://www.sas.com/en_us/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html (E.T.: 18.09.2020)
- ASARO**, Peter: "*How just could a robot war be.*", Current issues in computing and philosophy, 2008
- AYİTER**, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981
- AYODELE**, Taiwo Oladipupo: "*Types of machine learning algorithms*", New advances in machine learning, 2010
- BAYERN**, Shawn. "*The implications of modern business-entity law for the regulation of autonomous systems.*". STAN.TECH. L.REV. v.19, 2015
- BECHTOLD**, Stefan: "*3D printing and the intellectual property System*", WIPO, Vol. 28, 2015
- BELLİCAN**, Cüneyt. "*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından "Hususiyet" Kavramı*", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7 S.1, 2008
- BİLGİLİ**, Fatih & **DEMİRKAPI**, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2016
- BILTON**, Nick: "*Disruptions: On The Fast Track to Routine 3-D Printing*", The New York Times, Bits, Kaynak: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dl_ibNFNmoMJ:https://bits.blogs.nytimes.com/2013/02/17/disruptions-3-d-printing-is-on-the-fast-track/+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (E.T.:10.10.2020)
- BOZGEYİK**, Hayri & **ER**, Sefa: "*Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma*". Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:5 S:1, 2019
- BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru: "*Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri.*" Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2014, s.101-147
- BRADSHAW**, Simon, **BOWYER** Adrian & **HAUFE** Patrick: "*The Intellectual property implications of low-cost 3D printing.*" ScriptEd Vol.7, 2010,
- BRINGSJORD**, Selmer & **NAVEEN** Sundar Govindarajulu, "*Artificial Intelligence*", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Kaynak: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/artificial-intelligence>, (E.T.:10.08.2020)
- CAMCI**, Ömer: Endüstriyel Tasarım Davaları, İstanbul, 2000

- CANPOLAT**, Talat: *İşçi Buluşları*, İstanbul, 2007
- ÇALIŞKAN**, Mustafa Güney: “*Üç Boyutlu Yazıcılar ve Gelecekte Yaratacağı Olası Fikri Haklar Çatışmaları*”, FMR S.2015/1, 2015
- ÇELİK**, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2013
- ČERKA**, Paulius, **JURGITA** Grigienė & **GINTARĖ** Sirbikytė. "Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?." *Computer law & security review* Vol.33.5, 2017
- ČERKA**, Paulius, **JURGITA** Grigienė, & **GINTARĖ** Sirbikytė: "Liability for damages caused by artificial intelligence." *Computer Law & Security Review* V.31.3, 2015
- DESAI**, Deven R. & **MAGLIOCCA** N. Gerard: “*Patents, meet Napster: 3D printing and the digitization of things*”, *Geo. LJ* Vol.102, 2013
- DINUSHA**, Mendis: “– ‘*The Clone Wars*’ – *Episode 1: The Rise of 3D Printing and its Implications for Intellectual Property Law – Learning Lessons from the Past?*” *European Intellectual Property Review*, Vol.35 (3), 2013
- ELAM**, Viola: “*CAD files and European design law.*” *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.* Vol.7, 2016
- ERDİL**, Engin, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2016,
- EUROPEAN PARLIAMENT ITRE COMMITTEE**: *Open Innovation in Industry, Including 3D Printing.* 2015
- FRASER**, Erica: “*Computers as inventors-legal and policy implications of artificial intelligence on patent law.*” *SCRIPTed* Vol.13, 2016
- GEZER TURGAY**, Hale: “*Tasarım Tescili ve Hükümsüzlük Hallerinin Değerlendirilmesi*”, Ankara, 2016
- GOLDBERG** Dana: *History of 3D Printing: It’s Older Than You Are (That Is, If You’re Under 30)*, Redshift, Kaynak: <https://redshift.autodesk.com/history-of-3d-printing/> (E.T.:20.10.2020)
- GÜNAY**, İlhan: *Cevdet, İş Davaları*, Ankara, 2008
- GÜNEŞ**, İlhami: “*Sinai Mülkiyet Kanunu’nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.12 S.128, 2017
- GÜNEŞ**, İlhami: *Uygulamada Fikri ve Sinai Mülkiyet Hakları – Haksız Rekabet Davaları- Ankara*, 2017
- GÜZEL**, Mustafa Kubilay: *Tescilli Tasarımların Korunmasında Özellik Arz Eden Hâller*, *Türk Patent Enstitüsü, Uzmanlık Tezi*, 2008
- HORNICK**, F. John & **ROLAND**. F. Daniel: “*3D printing and intellectual property: initial thoughts.*”, *The Licensing Journal*, V.33.7, 2013

- KAPLAN**, Andreas & **MICHAEL** Haenlein: "*Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence.*" Business Horizons V.62.1, 2019
- KARAASLAN**, Pelin: "*Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi.*" İNÜHFD C.10 S.2, 2019
- KILIÇOĞLU**, Mustafa & **ŞENOCAK**: Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt:1, İstanbul, 2008
- KOÇAK**, Hakan, "*Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı*", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.2, 2019
- LI**, Phoebe, **MELLOR** Stephen, **GRIFFIN**, James, **WAELE** Charlotte, **HAO**, Liang & **EVERSON** Richard: "*Intellectual Property and 3D Printing: A Case Study on 3D Chocolate Printing*", Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9/4, 2014
- LU**, Huimin, **LI** Yuije, **CHEN** Min, **KIM** Hyoungseop & **SERIKAWA** Seiichi: "*Brain intelligence: go beyond artificial intelligence.*" Mobile Networks and Applications, Vol. 23.2, 2018
- National Science and Technology Council: Committee on Technology**, "Preparing for the Future of Artificial Intelligence," Government Report (Washington, D.C.: Executive Office of the President, October, 2016),
Kaynak:
https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf
(E.T.:09.12.2020)
- NORDBERG**, Ana & **SCHOVSBO** Jens: "*EU Design Law and 3D Printing: Finding the Right Balance in a New E-Ecosystem.*", University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, (Paper no. 2017-30), 2017
- ODMAN**, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü. Ankara, 2002
- "*Overview of 3D Printing & Intellectual Property Law*", Study for the European Commission directed by Queen Mary University (London, UK), DG Internal market, MARKT2014/083/D, 2014
- ÖZDEMİR**, Erdem, "*İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.54, S.3, 2005
- ÖZER**, Fatma, Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi ?, Ankara, 2017
- ÖZTAN**, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Turhan Kitapevi, 2008

- ÖZTRAK**, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakları, Ankara, 1977
- ÖZTÜRK** Özgür: Türk Hukuku'nda Patent Verilebilirlik Koşulları, İstanbul, 2008
- PEARLMAN**, Russ. "*Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Investors under US Intellectual Property Law.*", Rich. JL & Tech, Vol. 24, 2017
- PERNET**, Martial: "*3D printing in intellectual property law: A French Overview.*" HAL Open Access Archive, 2019
- POLATER**, Salih: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, 2019
- SAMEK**, Wojciech, **WIEGAND** Thomas & **MÜLLER** Klaus-Robert: "*Explainable artificial intelligence: Understanding, visualizing and interpreting deep learning models.*", arXiv preprint arXiv:1708.08296, 2017
- SCHERER**, U. Matthew. "*Of Wild Beasts and Digital Analogues: The Legal Status of Autonomous Systems,*" Nevada Law Journal: Vol. 19 : Iss.1, 2018
- SIMON**, Matt: "*When copyright can kill: How 3D printers are breaking the barriers between intellectual property and the physical world.*" Pace Intell. Prop. Sports & Ent. LF V.3, 2013
- SULUK**, Cahit: Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması (Topluluk Tasarımı) Ankara, 2002
- SULUK**, Cahit: Çalışan Buluşları Hukuku, Ankara, 2020
- SULUK** Cahit, **KARASU** Rauf & **NAL** Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara, 2020
- SULUK** Cahit & **ORHAN** Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku (Tasarımlar) Cilt 3, Ankara, 2008
- ŞAHİNLER BAYKARA** Yasemin, **YAVUZ** Levent, **ALICA** Tülay: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu İçtihatlı, Ankara, 2017
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal: "*Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-*", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:34, S:2, 2018
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal: "*Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*", Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 2014
- TEKİL**, Müge: "*554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları*" . İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 55 S.4, 2011
- TEKİNALP**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012
- YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Kaynak: www.tdk.gov.tr (E.T.:24.06.2020)

WEI, Lei. *"Legal risk and criminal imputation of weak artificial intelligence."* IOP Conference Series: Materials Science and Engineering. Vol. 490. No. 6. IOP Publishing, 2019

"What is Additive Manufacturing?", General Electric Additive Kaynak: <https://www.ge.com/additive/additive-manufacturing> (E.T.:10.09.2020)

"What is deep learning, and why does it matter?", IBM, <https://www.ibm.com/cloud/deep-learning>, (E.T.: 18.09.2020)

WIPO: World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic

Growth, 2015 s.104 vd. Kaynak:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf
(E.T.:09.10.2020)

YUSUFOĞLU Fülürya: Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, İstanbul, 2016

ZILBERSTEIN, Shlomo, *"Building strong semi-autonomous systems"*, In Twenty-Ninth AAAI Conference on Artificial Intelligence, 2015

A FEMINIST RESPONSE AGAINST IMPUNITY IN GENDER BASED VIOLENCE: WHOM THE PRESUMPTION OF INNOCENCE PROTECTS?

(TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELLİ ŞİDDET VAKALARINDA CEZASIZLIĞA
FEMİNİST BİR KARŞI ÇIKIŞ : MASUMİYET KARİNESİ KİMİ KORUYOR?)

Ezel Buse Sönmezocak * **

ÖZ

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet vakalarında kadınların yaşadığı en büyük sorun cezasızlıktır. İstatistikler, Türkiye’de her 100 toplumsal cinsiyete dayalı şiddet vakasında mahkumiyet kararı oranının sadece %0,7 olduğunu kanıtlamaktadır. Türkiyeli feministler, özellikle 2000’li yılların başlarında yoğunlaşan tartışmalar sonucu cinsel şiddet yargılamalarındaki sistematik cezasızlık kültürüne ve yargılamalarda yaşanan ikincil mağduriyetlere bir tepki olarak seslerini yükseltmiş ve cinsiyetçi kalıp yargılardan azade etkili bir soruşturma talebiyle cinsel şiddet vakalarında “kadının beyanı esastır” ilkesini ortaya koymuştur. Ne var ki “kadının beyanı esastır” ilkesi hem doktrinde hem de yargı pratiğinde özellikle ispat yükünün yer değiştirmesine neden olduğu ve masumiyet karinesini ihlal ettiği gerekçesiyle itirazlarla karşılaşmaktadır. Bu çalışma, “kadının beyanı esastır” ilkesine getirilen itirazları özellikle Robert Alexy’nin hukuk teorisi ve Catharine MacKinnon’un feminist hukuk teorisi çerçevesinde incelemektedir. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak “kadının beyanı esastır” ilkesinin ve masumiyet karinesinin gerçekte ne olduğu, bu ilkelerin ortaya çıkışında etkili olan tarihsel kökenler de dahil olmak üzere analiz edilmektedir. Daha sonra, masumiyet karinesinin hukuki niteliği çoğunlukla Alexy’nin hukuk teorisi bağlamında teorik yönleri ile incelenmekte ve pratikte de ilkenin karşılaştırmalı hukuktaki yorumları ele alınmaktadır. Çalışmada son olarak, masumiyet karinesinin, Alexy’nin anayasal haklar teorisi ve Mackinnon’un feminist teorisi ışığında sınırsız bir hak olmadığı ve bu nedenle bir dengelemeye (balancing) tabi tutulması görüşü ortaya

Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.11.2020. İlk hakem raporu tarihi: 26.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 02.12.2020. Onaylanma Tarihi: 16.12.2020.

* Koç Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Araştırmacısı, Avukat.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3857-9866.

Eserin Atf Şekli: Ezel Buse Sönmezocak, “A Feminist Response Against Impunity In Gender Based Violence: Whom The Presumption Of Innocence Protects?”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.377-407.

konmakta, bu dengelemenin ise fiili eşitlik lehine gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar kelimeler: *Cinsel şiddet, masumiyet karinesi, “kadının beyanı esastır” ilkesi, hukuk teorisi.*

ABSTRACT

The biggest problem that women experienced in gender based violence cases is systematic impunity. Statistics proves that the ratio of decision of conviction in every 1000 gender based violence incidents is only 0.7% in Turkey. As a reaction to impunity and re-victimization of woman during legal proceeding, feminists started to raise their voice and tried to find possible ways of feminist interventions in the field of procedural law of sexual offences. Accordingly, in the early 2000s, feminists in Turkey who demand an effective investigation free from sexist bias, have been united around the principle named “woman’s account is essential” by saying that woman’s statement should be taken as the basis during the whole stages of criminal trial in sexual offences. However, the principle of “women’s account is essential” is constantly objected both in doctrine as well as judiciary on the grounds that it breaches the presumption of innocence, mainly on the grounds that it reverses the burden of proof. In this study, it is presented that such objection is delusive in many aspects by mainly using the Robert Alexy’s legal theory and Catharine MacKinnon’s feminist legal theory. In this light, it is analysed what those two principles really are, including the motives and historical origins behind them. Then, the legal character of the presumption of innocence is discussed under mostly Alexy’s legal theory with its theoretical aspects as well as legal interpretations in comparative law. Lastly, it is argued that the presumption of innocence actually has to be balanced in favour of factual equality, under the Alexy’s theory of constitutional rights and Mackinnon’s feminist theory.

Keywords: *Sexual violence, impunity, presumption of innocence, the principle of “women’s account is essential”, legal theory.*

Introduction

The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (“the Istanbul Convention”), as a breakthrough legal step on struggling against gender-based violence, defines gender-based violence and violence against women

as a *gendered act*¹ which is a violation of human rights and ‘a form of discrimination against women’. Under the Istanbul Convention, acts of gender based violence are emphasised as resulting in or likely to result in physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life. According to the Convention, gender based violence against women is directed against a woman *because she is a woman* or that *affects women disproportionately*.

Such definition of the Istanbul Convention reflects the idea that ‘sexuality is social and relational, constructing and constructed of power’². Feminist theory of sexuality locates sexuality within a theory of gender inequality, meaning the social hierarchy of men over women. Feminist work, both interpretive and empirical, on rape, battery, sexual harassment, sexual abuse of children and pornography, support this idea. These practices, taken together, express and actualize the distinctive power of men over women in society; their effective permissibility confirms and extends it. Indeed, this idea could be disregarded if the fact that 1 in 3 women has experienced physical and/or sexual violence in their lifetimes is not considered as ignorable³; if such prevalence of sexual violence against women is not denied, minimized, or excepted as deviant or episodic and if one believes women’s accounts of sexual use and abuse by men.⁴ However, this is not the case.

The biggest problem that women experienced in gender based violence cases is impunity. Statistics proves that the ratio of decision of conviction in every 1000 gender based violence incidents is only 0.7% in Turkey. As a reaction to impunity and re-victimization of woman during legal proceeding, feminists started to raise their voice and tried to find possible ways of feminist interventions in the field of procedural law of sexual offences. Accordingly, in the early 2000s, feminists in Turkey who demand an effective investigation free from sexist bias, have been united around the principle named “woman’s account is essential” by saying that woman’s

¹ All emphasizes in the text are added by the author.

² MacKinnon, A., Catherine, “Toward to A Feminist Theory of State”, Harvard University Press, 1991, 176.

³ Pallitto, C. C., Garcia-Moreno, C., Jansen, Ellsberg, M., Heise, L., Watts, C., “Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO multi-country study on women’s health and domestic violence”, International Journal of Gynecology & Obstetrics, 2013, 120(1), 3.

⁴ MacKinnon, 150-151.

statement should be taken as the basis during the whole stages of criminal trial in sexual offences. However, the principle of “women’s account is essential” is constantly objected both in doctrine as well as judiciary on the grounds that it breaches the presumption of innocence, mainly on the grounds that it reverses the burden of proof.

In this study, it is presented that such objection is delusive in many aspects by mainly using the Robert Alexy’s legal theory and Catharine MacKinnon’s feminist legal theory. In this light, it is analysed what those two principles really are, including the motives and historical origins behind them. Then, the legal character of the presumption of innocence is discussed under mostly Alexy’s legal theory with its theoretical aspects as well as legal interpretations in comparative law. Lastly, it is argued that the presumption of innocence actually has to be balanced in favour of factual equality, under the Alexy’s theory of constitutional rights and Mackinnon’s feminist theory.

I. Offences against sexual inviolability through the statistics

As one of the most obvious form of gender based violence, sexual violence may be defined as any act targeting a person’s sexuality or gender identity⁵ whether the act is physical or psychological in nature, that is committed, threatened or attempted against a person without the person’s consent. It is an umbrella term covering all forms of non-consensual acts including but not limited to sexual assault, sexual harassment, stalking, victim blaming, gaslighting, stealthing and sexual exploitation. According to the FRA survey conducted across the 28 member states of the European Union, one in three women has experienced physical and/or sexual violence since she was 15 years old. One in 10 women has experienced some form of sexual violence since the age of 15, one in 20 has been raped.⁶ While the

⁵ Gender identity refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modifications of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerism. International Commission of Jurists (ICJ), Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, March 2007, available at: <https://yogyakartaprinciples.org/> [accessed 17 February 2020].

⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, “Violence against women: an EU-wide survey – Results at a glance”, Eurostat, 2014, available at https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf [accessed 17 February 2020].

survey shows that gender based violence disproportionately affects women, it also dramatically presents that violence against women is systematically under-reported to the authorities. According to the survey, only 14% of women reported their most serious incident of intimate partner violence to the police, and 13% reported their most serious incident of non-partner violence to the police.⁷

In Turkey, the numbers are much worse than in Europe. Throughout Turkey, 38% of ever-married women have been subjected to lifetime physical and/or sexual violence. In other words, approximately 4 out of every 10 women have been subjected to physical and/or sexual violence.⁸ However, while gender based violence is so prevalent in Turkey, vast majority (89%) of women who have been subjected to physical and/or sexual violence did not apply to official institutions or non-governmental organizations. In other words, only 11% of women, or one in ten women have been subjected to physical and/or sexual violence, have applied to institutions or organisations. Among these 11%, the percentage of women who applied to police is 7%. Moreover, in 29% of the applications made to the police, women were reconciled with their husbands, 23% of the applications resulted in giving cautionary decisions, 41% of them resulted in referral of the police to other institutions like women's shelters and in 13% of the applications nothing was done. Due to lack of judicial data, the percentage of applications referred to the public prosecutor is not known. However, when the percentages above are taken into account, it is certain that at least in 42% of the applications made to the police, the police had not referred the application to the prosecution office. In other words, the public prosecutor had involved only in 4 out of 100 cases which women have been subjected to physical and/or sexual violence, at the utmost.

When these 4 out of 100 cases are examined, the picture gets even more dramatic. According to the Judicial Statistics in Turkey in 2019, in 46,9% of the complaints on offenses against sexual inviolability⁹, the public prosecutor has made the decision of non-prosecution, and only in 34,7% of

⁷ Ibid.

⁸ Hacettepe University Institute of Population Studies, "Research on Domestic Violence against Women in Turkey", 2015, available at http://www.hips.hacettepe.edu.tr/eng/english_main_report.pdf [accessed 17 February 2020].

⁹ Under the Turkish Penal Code, offenses against sexual inviolability are sexual assault (Art. 102), child molestation (Art. 103), sexual intercourse between/with persons not attained the lawful age (Art. 104) and sexual harassment (Art. 105).

the complaints, the public prosecutor has filed a public prosecution.¹⁰ This means only in 1.4% of cases (34.7% of 4%) which women have been subjected to physical or sexual violence, a public prosecution have been initiated. In the cases which a public prosecution has been initiated, the percentage of verdict of conviction is% 49.¹¹ In other words, only in almost in half of the cases (0,7%) in which a public prosecution has been conducted, the perpetrator has been punished. In the end, it shows that only in 0,7% of cases where women have been subjected to physical or sexual violence, the perpetrator has been sentenced. More clearly, in every 1000 cases where men committed sexual offences against women, only 7 persons get conviction, while 993 of perpetrators keep on their life somehow freely in society.

II. What the statistics say: impunity

When all these statistics are taken into consideration, nothing more but the fact that the perpetrator gets sentence only in 0,7 out of 100 cases itself makes it unavoidable to study on impunity for violence against women.

One of the important factors for the sexual violence to remain unpunished is not to report the violence. As the statistics proved that, 89% of women who are subjected to sexual violence do not report it to police or judiciary. According to the studies, the primary reason for not reporting is a sense of guilt and embracement that women experienced.¹² Women think that they will be subjected to victim-blaming¹³ and will have to tell what happened in detail over and over again in to the police. Thus, sexist

¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, available in Turkish at

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf> [accessed 17 February 2020].

¹¹ Ibid

¹² Binder, Renee L., “Why women don't report sexual assault”, The Journal of Clinical Psychiatry, 42(11), 1981. Available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7298584> [accessed 17 February 2020].

¹³ Victim blaming is holding the victim responsible for what has happened to them. Victim blaming is mostly perpetuated through rape myths. The most obvious manifestations of victim blaming appear in sexual assault cases. Adult female victims of sexual assault are often blamed for being provocative, seductive, suggestive, teasing, or “asking for it”. In contrast, male perpetrators are seen as helpless, sexually-frustrated beings, responding to sexually-provocative women. See more, Canadian Resource Centre for Victims of Crime, “Victim Blaming”, 2009, available at https://crcvc.ca/docs/victim_blaming.pdf [accessed 17 February 2020].

prejudices cause many events to remain unrequited before being brought to justice.¹⁴

On the other hand, it is true that offences against sexual inviolability remain unpunished even when women report it, as seen in the abovementioned statistics. The biggest reason that leads to impunity in proceedings of offenses against sexual inviolability is throwing out the case due to lack of evidence, by not believing in women's account on how women define what did happen. Indeed, crimes against sexual integrity are the crimes in which there is little or no witnesses or physical evidence, because they are mostly committed when the perpetrator and the victims are alone. Therefore, when the victims subjected to sexual offences, -mostly women, according to the statistics¹⁵- are applied to the judiciary, the cases are decided to non-prosecute or dismissed on the grounds that the offence is not proved beyond reasonable doubt due to lack of evidence. Consequently, such difficulty in proof in sexual offences helps the perpetrators to get away with sexual offences.

Moreover, difficulties in proof is accompanied by sexist bias and myths about sexual violence. Indeed, in sexual offences, police, prosecutors and judges acting with sexist bias can feel free to make assessments in favour of the perpetrator instead of women's account, for instance when women wear tight jeans¹⁶ or low-cut¹⁷, when women do not go and report the offence to

¹⁴ Canikoglu, Seher Kırbas, "Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Denklem", Ankara Bar Review, Vol.4, 2015, 240.

¹⁵ According to the judicial statistics in Turkey in 2019, male perpetrators of sexual offences are 50 times more than female perpetrators of the same category. See more, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, available in Turkish at

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf> [accessed 17 February 2020].

¹⁶ In its "well-known" decision, the Italy's Supreme Court ruled that there is "consensual sex" but not rape on the grounds "it is impossible to slip off tight jean without the collaboration of the woman who is wearing it". See, Faedi Duramy, Benedetta, "Rape, Blue Jeans, And Judicial Developments In Italy", Columbian Journal of European Law Online, 2009, available at <https://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/104> [accessed 17 February 2020].

¹⁷ In a divorce case, the Kayseri 1st Family Court has decided to deem women wearing low-cut dress is equally responsible for the divorce when compare to her husband who systematically beat her. See more, in Turkish, at <https://www.ntv.com.tr/turkiye/yargitay-dekolte-ile-siddet-esit-olamaz,liG5qlZHNUGKJDDxJqUOpq> [accessed 17 February 2020].

the police immediately¹⁸, when a woman is polyamorous¹⁹ or when a woman consumes gets alcohol during New Year's Eve²⁰. Examples can be varied by many different aspects. Behind these practice of the judiciary, mostly sexist bias and myths about sexual violence lay out. In such a picture, women who decided to report the violence they were subjected to, have to struggle with these sexist biases which exist in all levels of the judiciary. Even if they feel quite positive on what happened and how to define what they are subjected to, they do not report or hesitate to report the offence, because they feel ashamed and guilty, and scared to be blamed by the police, prosecutor and judges.²¹ Although there are some cases that courts decided conviction without seeking other evidences rather than women's account,²² the overall picture in proceedings of offences against sexual inviolability is impunity in favour of men, as proved by judicial statistics abovementioned.

As is seen, there is an undeniable link between the ratio of women who do not report the violence and the ratio of verdict of conviction. Pursuant to the surveys, most women do not report violence and do not feel encouraged to do so because they think that police and judicial systems are

¹⁸ In a case where the victim woman is pregnant for 22 weeks, the Turkish Supreme Court ruled that the account of woman who did not make a complaint for these time period cannot be true. See more, in Turkish, The 14th Penal Chamber of the Supreme Court, 6645/7000, 20.06.2012, 6645/7000, available at www.sinerjimevzuat.com.tr [accessed 17 February 2020].

¹⁹ From a Turkish Supreme Court case where the victim woman is allegedly polyamorous: "... when the fact that the victim has not a *proper life-style* (mazbut yaşam) because she is in relationship with more than one man is taken into consideration...". See more, in Turkish, The 5th Penal Chamber of the Supreme Court, 7018/1510, 24.02.2010, available at www.kazanci.com [accessed 17 February 2020].

²⁰ In a case that I personally observed, the Court was not 'convinced' whether it was a consensual sex or a rape, since the victim had alcohol in the New Year's Eve when the rape occurred. Istanbul 2nd Heavy Penal Court, 2019/154 E., 2019/622 K., 20.11.2019.

²¹ European Union Agency for Fundamental Rights, "Violence against women: an EU-wide survey – Results at a glance", 2014, available at https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf [accessed 17 February 2020].

²² According to the Turkish Supreme Court, rape is directly related with women's honor, especially if the woman is a "virgin". When a woman declares that she was subjected to rape, it will affect her life at every stage. No woman does not take such a big risk, if it is grounded on unreal event. See more in, Bacaksız, Pınar and Bayzit, Tuğba, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı", Dokuz Eylül University Faculty of Law Review, Essays in Honour of Prof. Dr. Durmus Tezcan, Vol. 21, 2019, 379-414.

unsupportive.²³ They think that the systems are unsupportive because their need of justice is not satisfied as is proved by the dramatically low percentage of verdict of conviction. When the systems are deemed unsupportive by women due to impunity, gender based violence against women becomes more un-talkable, and women experience self-blame and a sense of shame, and vice-versa. Besides its negative effects on women individually, impunity increases gender based violence and reinforces gender inequality in society. This is because when the State fails to hold perpetrators accountable, it sends a message to society that male violence against women is both acceptable and inevitable, as the United Nations former Secretary General Ban Ki-moon rightly stated.²⁴

III. A feminist response to impunity: the principle of “women’s account is essential”

Women who charge rape say they were raped twice, the second time in court.²⁵ In other words, in sexual crimes, we are faced with not only the problem of impunity, but also the problem of re-victimization. Both impunity and re-victimization of women which become systematic in sexual offences led feminists to re-think and develop suggestion for a solution.²⁶

As a reaction to impunity and re-victimization of woman during legal proceeding, feminists started to raise their voice and tried to find possible ways of feminist interventions in the field of procedural law of sexual offences. Accordingly, in the early 2000s, feminists in Turkey who demand an effective investigation free from sexist bias, have been united around the principle named “woman’s account is essential” by saying that woman’s statement should be taken as the basis during the whole stages of criminal trial in sexual offences. The principle is significant for feminists in Turkey especially for two reasons: first, it played out -and still plays out- an essential role in feminist policy and advocacy in struggle against gender based violence in Turkey, including drafting the new Penal Code in 2005

²³ European Union Agency for Fundamental Rights, “Violence against women: an EU-wide survey – Results at a glance”, Eurostat, 2014, available at https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf [accessed 17 February 2020].

²⁴ The Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Impunity for violence against women is a global concern”, 14 August 2012, available at <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/ImpunityForVAWGlobalConcern.aspx> [accessed 17 February 2020].

²⁵ MacKinnon, 178.

²⁶ Canikoglu, 232.

and signing the Istanbul Convention, the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence in 2011. Second, it is a unique concept which has been shaped by political struggle of many years of feminists from Turkey. Thus, although it is been partly echoed as sort of reversal of burden of proof in sexual crimes in other languages, there is no exact equivalent in the comparative jurisprudence or literature.²⁷

Although there are different approaches on what “women’s account is essential” means among women, the common aim is to overcome difficulty in proof and to ensure access to justice. In this light, “women’s account is essential” should be understood as a principle which urges prosecutors to conduct an efficient investigation based on women’s account and enables judges to give a verdict of conviction in cases where any evidence rather than women’s account was not found despite it was fully investigated, by taking into account the all special conditions of the event and observing that right of defence is fully satisfied.

Under the principle of “women’s account is essential”, what women demand is that police should take women’s complaints and collect all necessary evidence without undue delay and refer the complaint to the prosecutor by ensuring adequate and immediate protection to women. When it is referred to the prosecutor, they should conduct an effective investigation without undue delay and consider whether the women’s account is enough to prosecute, even if there is no other evidence. In a similar vein, judges should ensure that proceedings are carried out without undue delay while taking into consideration fundamental human rights of the woman during all stages of the criminal proceedings. Judges should abstain from asking questions that can cause re-victimisation of women and limit possible approaches of the defence, if necessary. Judges should ensure that culture, custom, religion, tradition or so-called “honour” cannot be considered as justification for gender based violence. Most importantly, while taking into consideration difficulty in proof in sexual offences, judges should take the women’s account as a basis and should ask to the perpetrator to prove their innocence if they consider that women’s account is consisted, truthful and coherent in the natural flow of life, when there is no other evidence and witness rather than women’s account. For example, the Court

²⁷ For a historical analysis of the principle in the feminist movement in Turkey, see, Baytok, Cemre, “Political Vigilance in Court Rooms: Feminist Interventions in the Field of Law”, master’s thesis, Boğaziçi University, 2012.
YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

should be able to ask the perpetrator to prove, where he was at the time the crime was allegedly committed.

However, it does not necessarily mean that it is a total reversal of the burden of proof. As rightly stated, the principle of “women’s account is essential” is just an interpretation of the concept of natural flow of life within the framework of patriarchal inequality between women and men, but not a request to punish the perpetrator without evidence.²⁸ In this context, the principle must be understood as a “trigger” for an effective investigation in prosecution and a “base line” for assessing evidence in proceedings grounds on what women say and how they define what happened. In fact, it is nothing more than a reminder of the obligation of effective investigation and prosecution free from discriminatory and sexist approaches to police and judiciary by taking into consideration gender inequality. Such a comprehensive perspective reasonably requires that judges should, who are obliged to reach the material fact, be able to ask for some questions or clarifications to the defence, if the fact that 993 of perpetrators in every 1000 gender based violence cases continue to live freely in the society, sounds even if just a bit, unfair.

IV. The biggest challenge to the “women’s account is essential”: the presumption of innocence

The principle of “women’s account is essential” is objected both in doctrine as well as judiciary on the grounds that it breaches one of the fundamental principles in criminal law, namely presumption of innocence, mainly on the grounds that it reverses the burden of proof. Before discussing whether this argument is sound or not, the origin of the presumption of innocence, values behind it and the way it is reflected by main international human rights law instruments must be examined in detail first.

While the idea that the prosecution must prove its case may have originated with the Code of Hammurabi²⁹ and Talmudical law;³⁰ it is

²⁸ Canikoglu, 240.

²⁹ “If anyone ensnare another, putting a ban upon him, but he cannot prove it, then he that ensnared him shall be put to death.” The Code of Hammurabi, translated by L.W. King, The Avalon Project, Yale University, available at <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> [Accessed 24 February 2020]

Also see, Sassoon, John, “Ancient Laws and Modern Problems: The Balance between Justice and a Legal System”, Third Millenium, 2001, 42.

³⁰ Kirschenbaum, Aaron, “Double Jeopardy and Entrapment in Jewish Law”, Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 3, 1973, 211.

acknowledged that its roots in modern manner is going back to Roman times.³¹ Indeed, the Code of Justinian puts that “let all accusers understand that they are not to prefer charges unless they can be proven by proper witnesses or by conclusive documents, or by circumstantial evidence which amounts to indubitable proof and is clearer than day.”³² Especially since the fifteenth century, lawyers echoed the Digest of Justinian by stating that it was better to acquit the guilty persons escape than that one innocent suffer. This argument was crystallized by Blackstone’s famous maxim, “it is better that ten guilty men should escape than that one innocent man should suffer.”³³

Without doubt, the Woolmington v. DPP case has a significant importance in the history of presumption of innocence. In this case, the defendant Mr. Woolmington was charged with the murder of his wife, Violet. In his testimony, Woolmington stated that he brought a gun with him and went to Violet’s mother’s house to convince her to go back home with him. He said that when his wife refused to return, he threatened to kill himself by drawing the gun from his waist. However, the gun was fired by an accident and Violet was shot through her heart. In the trial, the judge directed the jury that malice had to be presumed because Violet had died through the act of the defendant, therefore the burden of proof laid on the defendant. Consequently, Woolmington was convicted of murder.³⁴

When he appealed on the ground of a material misdirection, however, the House of Lords upset the conviction by stating that “throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner’s guilt. ... No matter what the charge is, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.”³⁵ The principle that the prosecution should bear the burden of proof which was deemed as the “golden thread” by virtue of

³¹ See more in, Volokh, Alexander, “n Guilty Men”, University of Pennsylvania Law Review, Vol.146, No:2, 1997, available at <https://www2.law.ucla.edu/volokh/guilty.htm> [Accessed 24 February 2020]

³² Stumer, Andrew, “The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives”, Oxford: Hart Publishing, 2010, 1.

³³ Ibid, 3.

³⁴ Cane, Peter and Conaghan Joanne, “The New Oxford Companion to Law”, Oxford University Press, 2008. Available at <https://0-www-oxfordreference-com.libunix.ku.edu.tr/view/10.1093/acref/9780199290543.001.0001/acref-9780199290543> [Accessed 24 February 2020]

³⁵ Stumer, 7-8.

the Woolmington decision, became consequently one of the core principles of criminal law not only in the Anglo-Saxon legal system but in international law.

Indeed, provisions protecting presumption of innocence are included in international human rights law instruments including the Universal Declaration on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, European Convention on Human Rights, American Convention on Human Rights, African Charter on Human and People's Rights. Although not specifically stated in the US Constitution, the presumption of innocence has been held to be implied by the 5th, 6th and 14th amendments.³⁶ Alongside Western constitutions, it is also included in the Brazilian, Colombian, Iranian, South African, Russian and Turkish constitutions.

For sure, wide literature on the importance of the presumption of innocence plays a significant role on perception of the principle. Indeed, when the literature on presumption of innocence has been reviewed, it is seen that the presumption of innocence is potently defended by several reasons. The most obvious reason for insisting upon the presumption of innocence is that it is instrumental in protecting the innocent from wrongful conviction.³⁷ Further, it is argued that (a) given the possible sanction of removing someone's liberty, it is right that a high threshold is needed for that to happen; (b) there is always a risk of error in fact-finding in trials, and it is better that the prosecutor bear this risk; (c) police have far-reaching powers to conduct investigations and that these powers must be exercised in a way that properly respects human rights and freedoms; (d) typically the state's resources far exceed that of any individual; and (e) the presumption of innocence is logically coherent with the principle of proof of a criminal charge beyond reasonable doubt.³⁸

While the main emphasis is given to the presumption's instrumental value, that is, to its role in securing the 'right result' by protecting against wrongful conviction, there is, however, little articulation of how it does

³⁶ Ferguson, Pamela R., "The Presumption of Innocence and Its Role in the Criminal Process", *Criminal Law Forum*, 27/2, 2016. Available at <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10609-016-9281-8.pdf> [Accessed 24 February 2020]

³⁷ Stumer, 28.

³⁸ Gray, Anthony, "Constitutionality Protecting the Presumption of Innocence", *University of Tasmania Law Review*, 31/1, 2012. Available at <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UTasLawRw/2012/5.html#fn1> [Accessed 24 February 2020]

this.³⁹ Although Woolmington is often treated as being a resounding endorsement of the presumption, it actually focused more on the burden of proof, and the two have often been treated as synonymous.⁴⁰ Indeed, like the interpretation of the United States and United Kingdom Supreme Courts, presumption of innocence is understood merely as a matter of burden of proof under the Turkish Constitution. According to the Article 38/6 named ‘Principles relating to offences and penalties’ of the Turkish Constitution, “No one shall be considered guilty until proven guilty in a court of law”. The commentary of Article 38/6 clearly observes that what constitution-makers mean by the presumption of innocence is merely that the defendant is not obliged to prove their guilt and the "burden of proof" belongs to the prosecution.⁴¹

Consequently, treating the presumption of innocence as just another way of articulating the burden of proof, led to question on whether reversal of burden of proof provisions, which require the accused to prove a defence, breach the presumption of innocence. Put another way, any reversal of burden of proof is discussed in terms of the presumption of innocence, since the presumption of innocence is understood as equated to burden of proof. However, this is not an adequate inference. The presumption of innocence is not equated to the burden of proof, merely. In other words, it is not a true argumentation that “it is better than ten guilty men should escape than that one innocent man should suffer” *ipso facto* requires that “that the defendant is not obliged to prove their guilt and the "burden of proof" belongs to the prosecution”. Indeed, they are not synonyms of⁴², or, equated to each other. The link between them is not an *ipso facto*, but an *ipso jure*, which historically originated to some sort of religious and moral beliefs.⁴³

³⁹ Ferguson, 133.

⁴⁰ See, for example, “In truth then, the presumption of innocence has no independent significance. The rule that the accused is presumed to be innocent is synonymous with the rule that the prosecution has the burden of proof.” (Cited as Ferguson, 134) Rea, B., “The Presumption of Innocence in Criminal Cases”, 3 Washington & Lee Law Review, 1941-1942, 82, 84.

⁴¹ Constitution of the Republic of Turkey, Article 38, available at https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf See also, Commentary of the Turkish Constitution, in Turkish, available at <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/gerekceli-anayasa/> [Accessed 24 February 2020]

⁴² Ferguson, 135.

⁴³ See on the history of the presumption of innocence is originated to Babylonians and Jewish law, footnote 28 and 29 above.

In this light, a reductive argument like that the principle of ‘women’s account is essential’ breaches the presumption of innocence on the grounds that it reverses the burden of proof falls short of analysing the question in a proper way of legal argumentation, when it is taken into consideration that the presumption of innocence is not merely equated to the burden of proof. Thus, a deeper analysis on the legal structure of the principle of presumption of innocence under legal theory is required first. Consequently, the question of whether the presumption of innocence can be subjected to limitation has to be handled.

V. Can the presumption of innocence be limited?

Unlike the wide international recognition of the presumption of innocence, understandings regarding its meaning, scope or structure differ from each other. Indeed, while it is recognized as a “right” or “human right” by some⁴⁴, it is also recognized as “a fundamental principle”⁴⁵, or “a presumption” by others⁴⁶. For the hard positivists, the effort to analyse the legal structure of the presumption of innocence may be seem as an unnecessary theoretical roundabout (though, mostly these two are equated each other for them), but it does *matter* in fact, since it is strictly related to the question of whether or to what extent the presumption of innocence can be subjected to limitation.

V.I. Theory on structure of constitutional rights norms

German legal theorist Robert Alexy establishes his theory of constitutional rights on the distinction between rules and principles. According to him, this distinction is the basis for a theory of constitutional justification and a key to the solution of central problems of constitutional rights doctrine.⁴⁷ Although it is not a new distinction under the constitutional rights doctrine, the distinctive feature of his theory is that Alexy acknowledges the distinction between rules and principle is *qualitative*. According to him, principles are norms which require that

⁴⁴ Ho, Hock L. “The Presumption of Innocence as a Human Right” in P. Roberts and J. Hunter, ‘Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions’, Hart Publishing, 2012, 259.

⁴⁵ Ashworth A. and Horder J., “Principles of Criminal Law”, Oxford University Press, 2013, 71.

⁴⁶ Centel N. and Zafer H., “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Publishing, 2005, 138.

⁴⁷ Alexy, Robert, “A Theory of Constitutional Rights”, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2010, 44.

something be realized to *the greatest extent possible* given the legal and factual possibilities. Principles, thus, are *optimization requirements*, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends on what is factually and legally possible. In this light, the scope of what is legally possible is determined by opposing principles and rules. By contrast, rules are norms which are either fulfilled or not. The requirement is to do exactly what it says, neither more nor less. In this way, rules contain *fixed points* in the field of the factually and legally possible.⁴⁸ Moreover, for Alexy, a norm is only qualified on the basis that what it requires is either satisfied or not, regardless how a norm is often called a principle or rule in ordinary linguistic usage.⁴⁹

Such distinction is significant when it comes to conflict of rules and competing principles. Since rules are the fixed point which must be satisfied or not, a conflict of rules can only be resolved in that either an appropriate exception is read into one of the rules or at least one the rules is declared invalid⁵⁰ such as “*lex specialis derogat legi generali*” or “*lex posterior derogate legi priori*.” However, competing principles are to be resolved in a different way. According to Alexy’s theory, when two principles compete, one of the principles must be outweighed. Put another way, this is what is meant when it is said that principles have different weights in different cases and the more important principle on the facts of the case takes precedence.⁵¹ In this context, Alexy’s approach on dimension of weight shows similarity with Dworkin’s. According to Dworkin, principles have a dimension of weight or importance. When principles intersect, one must resolve the conflict by taking into account the relative weight of each.⁵² Consequently, as is framed in the well-known *Lebach* Judgement of the German Federal Constitutional Court, the conflict of principles is not resolved by declaring one of the principles is invalid, but by *balancing* constitutional values, since neither takes absolute precedence.⁵³

⁴⁸ Ibid, 47-48.

⁴⁹ Ibid, 61.

⁵⁰ Ibid, 49.

⁵¹ Ibid, 50.

⁵² Dworkin, Ronald, “Taking Rights Seriously”, Harvard University Press, 1977, 26-27.

⁵³ “The opposing protected legal interests must be balanced against each other in each individual case in the light of general and specific considerations.” Bundesverfassungsgericht 5 June 197 BVerfGE 35, 202. Translated by F H Lawson and B S Markesinis. Available at <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=62> [Accessed 25 February 2020]

This is a reasonable result of Alexy's comprehensive legal theory, which comprehends the different *prima facie* character of rules and principles. According to Alexy, principles require that something be realized to the greatest extent legally and factually possible. Thus, they are not definitive but only *prima facie* requirements.⁵⁴ Indeed, principles represent reasons which can be displayed by other reasons, unlike rules which have definitive character. Consequently, they can only create *prima facie* rights.⁵⁵

In this light, the *prima facie* nature of principles reasonably leads to the principle of proportionality in Alexy's legal theory. As the German Federal Constitutional Court stated, the principle of proportionality emerges basically from the nature of constitutional rights themselves.⁵⁶ Put another way, if a constitutional rights norm which is a principle competes with another principle, then the legal possibilities for realising that norm depend on the competing principle. To reach such decision, one needs to engage in a *balancing* exercise.⁵⁷

As Turkish constitutional lawyer Soysal puts it, constitutions are not colourless, empty boxes. Constitutions, of course, have a colour, and this colour reflects the ideological perspectives in the society.⁵⁸ Indeed, constitutions are not "value-free" texts. For example, Turkish Constitution declares that "The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble." Moreover, the Constitution itself prohibits to amend or even propose to amend such characteristics mentioned under Article 4.⁵⁹ Similar approach was taken by the Federal Constitutional Court as recognized in the Lüth Judgement as follows:

"It is true that the Basic Law, which does not consider itself a value-neutral system, ..., has established an objective order of values in its

⁵⁴ Alexy, 57.

⁵⁵ Ibid, 60.

⁵⁶ Bundesverfassungsgericht 15 December 1965. BVerfGE 19, 342 (348–49). Available at <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=15.12.1965&Aktenzeichen=1%20BvR%20513/65> [Accessed 25 February 2020]

⁵⁷ Ibid, 67.

⁵⁸ Soysal, Mümtaz, "Dinamik Anayasa Anlayışı : Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:272, 1969, 71.

⁵⁹ See the Constitution of the Republic of Turkey, in English, at <http://www.judiciaryof turkey.gov.tr/Current-version-of--Constitution-of-the-Republic-of-Turkey--including-latest--amendments> [Accessed 25 February 2020]

constitutional rights catalogue. ... This order of values, which is centred on the dignity of the freely developing person within society, must be seen as a fundamental constitutional decision for all areas of law.”⁶⁰

Although it is true that the weight of principles can never be determined independently or absolutely⁶¹, there are some values which have a higher level of generality. Indeed, a few ideas such as dignity, liberty or equality cover just about everything needed when balancing constitutional principles. Those who try to establish a ranked order of values at this sort of level have few problems identifying the elements to be ranked.⁶² For example, for a democratic, secular and social state governed by rule of law, and respecting human rights, principle of equality is supposed to be the centre value, without doubt.

V.II. The presumption of innocence as a *principle*

The presumption of innocence, as is recognized in the European Convention on Human Rights (“the Convention”), is an element of right to fair trial under Article 6 of the Convention. Article 6 of the Convention is as follows:

Article 6 – Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

⁶⁰ Bundesverfassungsgericht 15 January 1958. BVerfGE 7, 198. Translated by Tony Weir. Available at <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51> [Accessed 25 February 2020]

⁶¹ Barry, Brian, “Political Argument”, Routledge & Kegan Paul, 1965, 7.

⁶² Alexy, 96-97.

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

As is seen by the formulation of Article 6, the key concern behind it is to ensure fairness of the criminal proceedings. However, right to a fair trial is not absolute under the Convention system. Indeed, when determining whether the proceedings as a whole have been fair, the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration.⁶³

Paragraph 2 of Article 6 reflects the principle of the presumption of innocence. By the virtue of the Court's case law, it can be said that it requires, (1) when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; (2) the burden of proof is on the prosecution, and (3) any doubt should benefit the accused.⁶⁴ Thus, unlike the perspective equates the presumption of innocence merely to the burden of proof, the presumption of innocence is more than that the burden of proof is on the prosecution under the Convention.

One of the main aims under Article 6/2 is preventing the undermining of a fair criminal trial by prejudicial statements made in close connection with those proceedings. Consequently, the presumption of innocence is violated when judicial authorities or public officials reflect an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to law. This guarantee includes not only judges but for example police officials, President of the

⁶³ Council of Europe, European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 2020 (last updated 31 December 2019). Available at https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf [Accessed 28 February 2020]

⁶⁴ European Court of Human Rights, Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, Application no. 10590/83, 6 December 1988, para.77. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57429%22%5D%7D> [Accessed 28 February 2020]

Republic, Ministers, prosecutor and other prosecution officials such as an investigator.⁶⁵

Another aspect of the presumption of innocence is that the burden of proof is on the prosecutor. It provides that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him or her, so that he or she may prepare and present his or her defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him or her.⁶⁶ According to the Court, however, the defence may be required to provide an explanation after the prosecution has made a prima facie case against an accused.⁶⁷

The Court also considers that the “in dubio pro reo principle” (doubts should benefit the accused) is a specific expression of the presumption of innocence. An issue from the perspective of this principle may arise if the domestic courts’ decisions finding an applicant guilty are not sufficiently, or if an extreme and unattainable burden of proof was placed on the applicant so that his or her defence does not have even the slightest prospect of success.⁶⁸ In other words, reverse of burden of proof will be deemed as a violation of the presumption of innocence when it is extreme and unattainable so that his or her defence does not have even the slightest prospect of success.

According to the Court, the presumption of innocence is not an absolute right. In fact, the Court states that there are presumptions of fact or of law in every criminal system and this is not prohibited in principle by the Convention. In particular, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.⁶⁹ However, the presumption of innocence has to be limited within reasonable limits which

⁶⁵ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, para.328 – 338.

⁶⁶ European Court of Human Rights, Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, Application no. 10590/83, 6 December 1988, para.77. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57429%22%5D%7D> [Accessed 28 February 2020]

⁶⁷ European Court of Human Rights, Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Applications nos. 26711/07, 32786/10 and 34278/10, para.63-67. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-162704%22%5D%7D> [Accessed 28 February 2020]

⁶⁸ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, para.353.

⁶⁹ European Court of Human Rights, Salabiaku v. France, Application no. 10519/83, 7 October 1988, para. 27. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57570%22%5D%7D> [Accessed 28 February 2020]

take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.⁷⁰ In other words, as a result of general perspective of the Court on balancing, the contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.⁷¹

The European Court of Human Rights is not the only body which acknowledges that the presumption of innocence is not absolute, thus can be subject to some limitations. For example, the Canadian Supreme Court held multiple decisions on the grounds that the presumption of innocence is subject to reasonable limits.⁷² The reasoning of the Court mainly focused on these decisions that there was no possibility that the accused could be found guilty of a crime, despite the existence of a reasonable doubt. Such reveals were often thought necessary because, otherwise, it might be extremely difficult for the prosecutor to meet the required burden.⁷³ Similarly, the U.S. Supreme Court had also acknowledged some exceptions to the burden of proof. According to the U.S. Supreme Court, “the ordinary default rule, of course, admits of exceptions.”⁷⁴ For example, the burden of persuasion as to certain elements of a plaintiff’s claim may be shifted to defendants, when such elements can fairly be characterized as affirmative defences or exemptions. Under some circumstances this Court has even placed the burden of persuasion over an entire claim on the defendant.”

Another important example can be found under the Turkish Labour Law. Although it cannot be analysed within the realm of criminal principles, still it is significant to underline the perspective behind it in order to understand how to justify possible limitations to presumption of innocence. Under the Article 5 of the Labour Law named the Principle of Equal Treatment, no discrimination based on language, race, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sex or similar reasons is permissible in the employment relationship. Although the burden of proof in regard to discrimination

⁷⁰ Ibid, para.28.

⁷¹ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, para.357.

⁷² See for example, *Momcilovic v. The Queen*, HCA 34, 8 September 2011. Available at <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2011/34.html> or, *R. v. Schwartz*, 2 SCR 443, 8 December 1988. Available at <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/376/index.do> [Accessed 28 February 2020]

⁷³ Ibid.

⁷⁴ *The Supreme Court of the United States, SCHAFFER V. WEAST* (04-698) 546 U.S. 49 (2005), available at <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-698.ZO.html> [Accessed 28 February 2020]

claims by the employer rests on the employee, if the employee shows a strong possibility of such a violation, the burden of proof rests on the employer.⁷⁵

Similar approach has been adopted by the Swiss Federal Act on Gender Equality as well. According to the Section 2 named Equality at Work of the Gender Equality Act of Switzerland, in relation to the allocation of duties, setting of working conditions, pay, basic and continuing education and training, promotion and dismissal, discrimination is presumed if the person concerned can substantiate the same by *prima facie* evidence.⁷⁶ Indeed, examples regarding the reveal of the burden of proof in comparative law are multiple to beyond the scope of this work.

This is a reasonable result of the qualitative structure of presumption of innocence. The presumption of innocence is a legal *principle* in terms of legal theory. In other words, it is not a rule, or a fixed point which must be either satisfied or not, but a principle which is an *optimization requirement*. It is not a rule because it is not possible to argue that the presumption of innocence must be either satisfied or not. The defendant is not neither “guilty” whom guilt has been proved by a final decision, nor “innocent” who has not been charged ever. The defendant is in between them.⁷⁷ As Bentham put it forward, the defendant is not in fact treated as if he were innocent, it would be absurd and inconsistent to deal by him as if he were. The state he is in is a dubious one, between non-delinquency and delinquency.⁷⁸ Thus, “being presumed innocent” is not a fixed point, because otherwise measures like detention or arrestment would have no legal justification.

Presumption of innocence is a legal principle which requires to be realized to *the greatest extent possible* given the legal and factual possibilities. Thus, as a principle, the presumption of innocence is not a definitive but only *prima facie* requirement, it is only a *prima facie right*.

⁷⁵ Turkish Labour Law, No.4857, 22.05.2003. Available at in Turkish <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> [Accessed 28 February 2020]

⁷⁶ Federal Act on Gender Equality, GEA, 24 March 1995. Available at <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950082/index.html> [Accessed 28 February 2020]

⁷⁷ Şık, Hüseyin, “Suçsuzluk Karinesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Vol.1, 2012. Available at <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/159949> [Accessed 28 February 2020]

⁷⁸ Bentham, Jeremy, “The Works of Jeremy Bentham”, edited by John Bowring, William Tait, 1843. Available at <https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-2/simple> [Accessed 28 February 2020]

Thus, since it does not have absolute precedence, legal possibility of its realisation depends on the competing principle when it competes with another principle. In order to resolve such a competition, balancing exercise must be applied. As acknowledged by Walter Gropp, the presumption of innocence is a principle, so an optimization requirement, which is in a conflict to be solved by balancing with competing principles.⁷⁹ Likewise, the presumption of innocence has been interpreted as a derogable principle which is subject to reasonable limitations by the European Court of Human Rights as well as various national judicial bodies as mentioned above in detail. In sum, the presumption of innocence cannot be deemed as a rule or a sacred untouchable value in terms of legal theory, therefore can be subjected to limitations.

VI. Does the principle of “women’s account is essential” breach the presumption of innocence?

As mentioned above, the maxim of “women’s account is essential” is objected on the grounds that it breaches the presumption of innocence, because it reverses the burden of proof. However, this objection is fallacious on several counts. First of all, the principle of ‘women’s account is essential’ does not merely offer a total reveal of the burden of proof. The main aim of it is to ensure an effective investigation which is free from bias in gender based violence cases.⁸⁰ Second, presumption of innocence is not only equated to the burden of proof. As an important aspect of right to fair trial, it has a wider scope including but not limited to the burden of proof.⁸¹ Third, the presumption of innocence has not a definitive character in regard to legal theory. It is a legal principle which can be subjected to reasonable limitations.⁸² And four, it has to be limited, indeed, when it competes with one of the founding principles of constitutional theory, namely the principle of equality. In order to evaluate the latter argument, now it must be analysed what the principle of equality is.

⁷⁹ Gropp, Walter, “Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi – Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung”, translated by Osman İsfen, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Seçkin, 2004, 332.

⁸⁰ See the Chapter 3 above.

⁸¹ See the Chapter 4 and partly 5.2 above.

⁸² See the Chapter 5 above.

VI.I. Legal and factual equality

Equality before the law is undoubtedly the vital principle lies at the heart of the idea of law. As affirmed by the all liberal legal constitutions as well as human rights law instruments, all people are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.⁸³ Under the equality before the law, everyone must be treated equally under the law regardless of race, gender, national origin, color, ethnicity, religion, political opinion, philosophical belief, disability, or other characteristics, without privilege, discrimination or bias.

The question on what the equality is discussed over centuries by numerous philosophers and lawyers. The classic formula defines it as “to treat the same similarly and differences differently.”⁸⁴ Thus, the idea of equality does not mean that the legislature should put everyone in the same legal position or that it has the responsibility to ensure that everyone has the same personal characteristics or lives under the same material circumstances.⁸⁵ It would be, in fact, inappropriate and unjust. In this context, what is forbidden is not every differential treatment but only arbitrary differential treatment. According to the German Federal Constitutional Court, “arbitrary differentiation is to be found whenever a persuasive and reasonable ground, arising from the nature of the subject-matter or some other material circumstance, cannot be given for the legal differentiation”.⁸⁶ Put another way, a differentiation will be arbitrary if an adequate reason which is sufficient to justify it is missing. Consequently, if there is no adequate reason for permitting different treatment, then similar treatment is needed. Then, it can be summarised as Alexy argued rightly, the general principle of equality is indeed a principle of equality, which prima facie requires similar treatment and only permits differential treatment if this can be justified by competing reasons.⁸⁷

However, equal treatment does not always necessarily bring equal consequences. For example, an early decision of the Federal German Constitutional Court was about whether the refusal of legal aid for a certain legal procedure in spite of a requirement for legal representation breached

⁸³ Universal Declaration of Human Rights, available at <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> [Accessed 28 February 2020]

⁸⁴ The origin of such formula can be traced by Plato’s “Laws” and Aristotle’s “Nicomachean Ethics”.

⁸⁵ Alexy, 262.

⁸⁶ Ibid, 267.

⁸⁷ Ibid, 273.

the general principle of equality or not.⁸⁸ In the case, both the poor and the well-off were treated similarly, because the advantages of legal aid were denied to both. In this light, they were both legally treated equally. However, in the consequence, the poor and the well-off were not treated equally because non-granting of legal aid prevented the poor but not the well-off, from pursuing their legal remedies, merely because they cannot afford to do so. Thus, although they were legally treated equally, *in fact*, they were unequally. Similarly, the German Federal Constitutional Court held that the requirement to ‘treat the same similarly’ had been breached, by holding that there was no adequate reason justified the factually differential treatment.⁸⁹

The perspective which approaches the principle of equality as a fundamental constitutional value beyond the legal equality is embedded in modern liberal constitutions. For example, under the Turkish constitution it is stated that the State has the obligation to ensure that the equality between men and women exists in practice. Thus, measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality.⁹⁰ In other words, in modern liberal constitutions, the idea of that legal and factual equality competes with each other and contains an equality paradox⁹¹ has been abandoned. Indeed, it can be said that this is a reflection of the Dworkinian way of thinking, which recognizes “the law as an integrity”. According to Dworkin’s thesis, the duty of the judge is not to fulfil the gap or invent the law, but just to discover what is already embedded in it, since there is no gap in the law.⁹² Under such a comprehensive perception, legal equality and formal equality cannot be defined as two different principles in terms of ‘negative’ and ‘positive’ obligation of states in ensuring the constitutional rights, since they are just two sides of the same coin, the law.

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 2, 336, 17 June 1953. Available at <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002336.html> [Accessed 28 February 2020]

⁸⁹ Ibid, para.340.

⁹⁰ See the Constitution of the Republic of Turkey, in English, at <http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/Current-version-of--Constitution-of-the-Republic-of-Turkey--including-latest--amendments> [Accessed 25 February 2020]

⁹¹ According to Alexy, “if one combines both principles (legal and factual) into a super-principles of equality, this wide principle contains an equality paradox. Such paradox could be resolved by dispensing one of them.” See, Alexy, 277.

⁹² Dworkin, Ronald, “Law’s Empire”, Chapter 7 ‘Integrity in Law’, Harvard University Press, 1986.

VI.II. Balancing the presumption of innocence with gender equality

The objections towards the principle of “women’s account is essential” is not a coincidence. Just like the fact that gender based violence disproportionately affects women and male perpetrators of sexual offences are 50 times more than female perpetrators of the same category is not a coincidence. In a sociological reality which reflects that the perpetrator has been sentenced only in 0,7% of cases where women have been subjected to physical or sexual violence, it is possible to say that a formalist interpretation of the presumption of innocence leads unequal consequences, *in fact*. Moreover, it is not only about formalist interpretation of the presumption of innocence. If there is still objections towards the maxim of “the women’s account is essential” where 993 of perpetrators are free in every 1000 sexual violence incidences, it is merely because of sexist bias and discrimination against women, which is exactly what the principle of “the women’s account is essential” struggles on.

Still, it is not a coincidence. Because the state is male in the feminist sense: the law sees and treats women the way men see and treat women. The state is male because of its objectivity. Objectivity is liberal legalism’s conception of itself. The foundation for its neutrality is the pervasive assumption that conditions that pertain among men on the basis of gender apply to women as well; that is, the assumption that gender inequality does not really exist in society.⁹³ In other words, judicial neutrality assumes that the conditions which pertain among men on the basis of sex, for example consent to sex, equally apply to women. Thus, it considers that gender inequality in society is not real.

Law assumes that consent to sex is as real for women as it is for men, women in private have the same privacy men do, women have the access to speech men have. It assumes that women are already equal to men.⁹⁴ The law divides women into spheres of consent according to indices of relationship to men. Which category of presumed consent a woman is in depends upon who she is relative to a man who wants her, not what she says or does. One can be acquainted with an accused by friendship or by meeting him for the first time at a bar or a party or by hitchhiking. In marital rape cases, courts look for even greater atrocities than usual to undermine their assumption that “if sex happened, she wanted it.”⁹⁵

⁹³ MacKinnon, 161-163.

⁹⁴ Ibid, 169.

⁹⁵ Ibid, 175-176.

As MacKinnon rightly puts it, most women get the message that the law against rape is virtually unenforceable. Women, distinguish between rape and sexual violation by concluding that they have not "really" been raped if they have ever seen or dated or slept with or been married to the man, if they were fashionably dressed or not provably virgin, if they are prostitutes, if they put up with it or tried to get it over with, if they were raped for years. The implicit social standard becomes: if a woman probably could not prove it in court, *it was not rape*.⁹⁶ This for sure re-traumatise women, and the worse is that when a rape prosecution is lost because a woman fails to prove that she did not consent, she is not considered to have been injured at all.

Ones who object to the principle of "the women's account is essential" argues that allegations are false because, to them, the facts describe consensual sex. However statistics prove that only around 5% of the rape accusations in judicial cases are false.⁹⁷ Similarly, the anxiety that rape is easy to charge and difficult to disprove, despite the overwhelming evidence to the contrary, arises because of sexist bias and discrimination. As a result, when complex and theological doctrines such as presumption of innocence becomes an ideology, it would be possible for a perpetrator to make a defence of 'not-guilty'. Because, the law is designed as to conclude that the rape did not occur. While it causes a great inequality for women, any attempt to solve this problem by without asking what the presumption of innocence covers in fact, is male-sided and patriarchal.

Within the context of the presumption of innocence, "the differences are treated similarly", because of gendered interpretation of such principle by the judiciary. As already explained, the differentiation is arbitrary, when a persuasive and reasonable ground, arising from the nature of the subject-matter or some other material circumstance is missing. In sexual violence cases, mostly there is no evidence rather than what women say. Applying the presumption of innocence in sexual violence cases without observing the patriarchal inequalities between the women, the victim and the perpetrator, the man, breaches women's right to be equal before the law. The statistics that 993 of perpetrators are free in every 1000 sexual violence incidences is enough itself to indicate such breach clearly.

⁹⁶ Ibid, 179.

⁹⁷ Lisak, David; Gardinier, Lori; Nicksa, Sarah C.; Cote, Ashley M., "False Allegations of Sexual Assault: An Analysis of Ten Years of Reported Cases", Violence Against Women, 16/12, 2010, 1318 - 1334. Available at <https://cdn.atixa.org/website-media/atixa.org/wp-content/uploads/2016/03/12193336/Lisak-False-Allegations-16-VAW-1318-2010.pdf> [Accessed 29 February 2020]

Consequently, it is true that there is a competition between the principle of presumption of innocence and women's right of equality and non-discrimination. Since principle do not have absolute precedence, a balancing exercise is needed. It must be emphasized that, however, this is not just an ethical or moral effort, or a feminist agenda, to ensure gender equality. Because as Alexy stated, just because a norm is valid sociologically or ethically does not mean that it is a valid constitutional rights norm. Instead, a norm is valid and is a constitutional rights norm when it is possible to provide correct *constitutional justification* for it.⁹⁸

Indeed, balancing idea under Alexy's legal theory, is not a decision-taking model which the one doing the balancing follows their own personal presuppositions, but a justification model. Because while the determination of the statement of preference is the outcome of a rationally uncontrollable mental process in the decision-taking model, by contrast, the justification model distinguishes between the mental process which leads to the determination of the statement of preference and its justification.⁹⁹ So in balancing the presumption of innocence and right to equality, the preferential statement to which it leads must be justified on the grounds that state's obligation to ensure factual equality derives from the perspective perceives the law as an integrity.

Conclusion : Is it still better that 993 guilty men escape than 1 innocent man suffers?

The presumption of innocence, which is a universally recognised core principle in the administration of criminal justice, tilts the scales of justice in favour of a defendant by requiring the prosecution to establish guilt to a high standard of certainty. As a result, it causes that convictions are made more difficult and there is an increased likelihood that the guilty will escape punishment.¹⁰⁰

Behind the presumption of innocence, there is a (somehow theological) value which bases on the belief that "it is better that 10 guilty men escape than that 1 innocent man suffers". This is an idea which cannot be justified rationally, since it does not elaborate *how it exactly is better* that 10 guilty men escape than that 1 innocent man suffers. Indeed, to what extent it is better to escape than to suffer, what is the exact limit on it? 15 or 50 guilty

⁹⁸ Alexy, 36.

⁹⁹ Ibid, 100-101.

¹⁰⁰ Stumer, xxxvii.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

men?¹⁰¹ What if 993 guilty men? Is it still better that 993 guilty “men” escape than 1 innocent man suffers?

According to the statistics, 38% of ever-married women have been subjected to lifetime physical and/or sexual violence in Turkey. However, 89% of these women who have been subjected to physical and/or sexual violence do not report the violence. Because of not believing women’s account, in 29% of the applications made to the police, women were reconciled with their husbands and in 13% of the applications nothing was done. Only 4 out of 100 cases which women have been subjected to physical and/or sexual violence referred to the public prosecutor. When the decision to non-prosecute and acquittals is deducted, it is seen that only in 0,7% of cases where women have been subjected to physical or sexual violence, the perpetrator has been sentenced. More clearly, in every 1000 cases where men committed sexual offences against women, only 7 persons get conviction, while 993 of perpetrators keep on their life somehow freely in society.

Beyond any political and sociological arguments, such a big impunity on gender based violence explicitly refers to a huge inequality that women suffer from. Arguing that principles and practices aiming to deduce such impunity and ensure equality breach the presumption of innocence is not only sexually biased but also legally false. Indeed, presumption of innocence is a legal principle and thus, is an optimization requirement which is subject to balancing when it competes with other principles. When it is taken into consideration that it competes with women’s right to equality since it prevents women from access to justice as proved by the statistics, such balancing exercise becomes easier. Indeed, the argument that “it is better that 993 men escape than 1 innocent man suffer” would not be proportionate in a democratic state governed by rule of law, in which equality and non-discrimination are indeed centre values lies at the heart of it.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

- Alexy**, Robert, “A Theory of Constitutional Rights”, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2010.
- Ashworth** A. and Horder J., “Principles of Criminal Law”, Oxford University Press, 2013.

¹⁰¹ See Volokh, “n Guilty Men”, the footnote 30 above.

- Bacaksız, P., Bayzit, T.**, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı”, Dokuz Eylül University Faculty of Law Review, Essays in Honour of Prof. Dr. Durmus Tezcan, Vol. 21, 2019.
- Barry, Brian**, “Political Argument”, Routledge & Kegan Paul, 1965.
- Bentham, Jeremy**, “The Works of Jeremy Bentham”, edited by John Bowring, William Tait, 1843.
- Binder, Renee L.**, “Why women don't report sexual assault”, The Journal of Clinical Psychiatry, 42(11), 1981.
- Cane, P., Conaghan J.**, “The New Oxford Companion to Law”, Oxford University Press, 2008.
- Canikoglu, Seher Kırbaş**, “Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Denklem”, Ankara Bar Review, Vol.4, 2015.
- Centel N., Zafer H.**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Publishing, 2005.
- Dworkin, Ronald**, “Law’s Empire”, Chapter 7 ‘Integrity in Law’, Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald**, “Taking Rights Seriously”, Harvard University Press, 1977.
- European Union Agency for Fundamental Rights, “Violence against women: an EU-wide survey – Results at a glance”, Eurostat, 2014.
- Ferguson, Pamela R.**, “The Presumption of Innocence and Its Role in the Criminal Process”, Criminal Law Forum, 27/2, 2016.
- Gray, Anthony**, “Constitutionality Protecting the Presumption of Innocence”, University of Tasmania Law Review, 31/1, 2012.
- Gropp, Walter**, “Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi – Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung”, translated by Osman İsfen, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Seçkin, 2004.
- Ho, Hock L.** “The Presumption of Innocence as a Human Right” in P. Roberts and J. Hunter, ‘Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions’, Hart Publishing, 2012.
- Hacettepe University Institute of Population Studies, “Research on Domestic Violence against Women in Turkey”, 2015.
- Kirschenbaum, Aaron**, “Double Jeopardy and Entrapment in Jewish Law”, Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 3, 1973.
- Lisak, D., Gardinier, L., Nicksa, S.C., Cote, A. M.**, "False Allegations of Sexual Assault: An Analysis of Ten Years of Reported Cases", Violence Against Women, 16/12, 2010.

- MacKinnon**, A. Catherine, “Toward to A Feminist Theory of State”, Harvard University Press, 1991.
- Pallitto**, C. C., **Garcia-Moreno**, C., **Jansen**, **Ellsberg**, M., **Heise**, L., **Watts**, C., “Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO multi-country study on women’s health and domestic violence”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 120(1), 2013.
- Sassoon**, John, “Ancient Laws and Modern Problems: The Balance between Justice and a Legal System”, Third Millenium, 2001.
- Stumer**, Andrew, “The Presumption of Innocence : Evidential and Human Rights Perspectives”, Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Soysal**, Mümtaz, “Dinamik Anayasa Anlayışı : Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:272, 1969.
- Şık**, Hüseyin, “Suçsuzluk Karinesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Vol.1, 2012.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler*, 2019.
- Volokh**, Alexender, “n Guilty Men”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.146, No:2, 1997.

** ENGELLİ BİREYLERİN BİLGİ EDİNME HAKKI: BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ENGELLİLERİN HAKLARINA İLİŞKİN
SÖZLEŞME’NİN YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA BİR
DEĞERLENDİRME**

*(THE RIGHT TO INFORMATION OF PERSONS WITH DISABILITIES: AN
ASSESSMENT IN THE CONTEXT OF UNITED NATIONS CONVENTION ON THE
RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES)*

Dr. Öğretim Üyesi A. Aslı Şimşek * **

ÖZ

Bu çalışmanın konusunu Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin (EHİS) kendine özgü yaklaşımı çerçevesinde bilgi edinme hakkını incelemek oluşturmaktadır. EHİS, 21. yüzyılın ilk uluslararası insan hakları sözleşmesi olmak bakımından kendinden önceki insan hakları düşüncesinin mirasını Sözleşme yapım aşamasına ve Sözleşme metnine taşımayı başarmıştır. Buna göre engelli bireylerin bilgi edinme hakkı, günümüz bilgi toplumlarında bilgiye erişim bağlamında değerlendirilmektedir. Bilgiye erişim ise EHİS’te erişilebilirlik ve adalete erişim kavramları ile birlikte ele alınan temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla EHİS’in insan haklarına yönelik güncel yaklaşımına göre mevcut insan hakları kategorilerinin yeniden ele alınmasına ihtiyaç vardır. Bu çalışmanın amacı da bilgi edinme hakkı özelinde, ayrımcılığa karşı bilgiye erişimde pratik ve kolaylaştırıcı olanakların engelli bireylere sağlanması yönündeki insan hakları temelli bakış açısına katkı sunmaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Bilgi edinme hakkı, adalete erişim, bilgiye erişim, engellilik, erişilebilirlik.*

ABSTRACT

The subject of this study is to analyze the right to information within in the framework of the United Nations Convention on the Rights of Persons

[] Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.11.2020. İlk hakem raporu tarihi: 28.11.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 01.12.2020. Onaylanma Tarihi: 17.12.2020.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7743-0509.

Esere Atıf Şekli: A. Aslı Şimşek, “Engelli Bireylerin Bilgi Edinme Hakkı: Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin Yaklaşımı Bağlamında Bir Değerlendirme”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/1, s.409-444.

with Disabilities (CRPD)'s unique approach to human rights. As being the first international human rights treaty of the 21st century, the CRPD has succeeded in transferring the legacy of the existing human rights notion to the legislation of the Convention and to the text itself. Accordingly the right to information of persons with disabilities is addressed as part of the access to information in current information societies. The access to information is also recognized as a fundamental right in the CRPD which is interpreted within the concepts of accessibility and access to justice. Therefore existing human rights categories should be reexamined through the actual perspective of the Convention. The purpose of this study is to contribute to the rights based approach of persons with disabilities against discrimination which aims to provide practical and easy to use resources for access to information with a special focus on the right to information.

Keywords: *Right to information, access to justice, access to information, disability, accessibility.*

GİRİŞ

Dünya nüfusunun yaklaşık olarak %15'i engelli bireylerden oluşmakta ve bu da engelli bireyleri, dünyanın en büyük azınlığına dönüştürmektedir.¹ Engelli bireylerin yanı sıra, aileleri ve yakınları da düşünüldüğünde bu sayı katlanmaktadır. Buna karşın insan haklarından istifade edememesine maruz kalan engelli bireyler, hak ihlalleri karşısında gerekli bilgi, belge ve başvuru yollarına erişimde de temel araçlardan yoksun bırakılabilmektedir. Engellilerin insan hakları gözetilerek gerekli düzenleme ve uygulamalar gerçekleştirilmediğinden, en basit görülen gündelik işlerde dahi hem engelli bireyler hem de aileleri ve yakınları güçlüklerle ve hatta insan onuruna aykırı muamelelerle karşılaşmaktadırlar. Benzer şekilde engellilerin haklarının nasıl teminat altına alınacağı ve dezavantajlarının ne şekilde giderileceği konusunda da toplumda bir bilinç eksikliği söz konusudur.

Engelli bireylerin maruz kaldıkları hak ihlallerinin katlanarak artmasının ve çifte dezavantaja dönüşmesinin önlenmesi için normların insan hakları temelli yaklaşımla ele alınması gerekmektedir.² Engellilerin hakları alanında

¹ Department of Economic and Social Affairs, Disability Factsheet on Persons with Disabilities. (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/factsheet-on-persons-with-disabilities.html>, erişim: 10.04.2020).

² İnsan hakları (hak) temelli yaklaşım, politika ve hukuk yapımında insan hakları ilkelerini ve standartlarını hem bir araç hem de hedef olarak gören yaklaşımdır. Bu anlamda insani gelişme sürecine yönelik, uluslararası insan hakları standartlarına normatif olarak dayanan ve işlevsel olarak insan haklarını geliştirmeye ve korumaya yönelik kavramsal bir YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

bu olanağı, Birleşmiş Milletler (BM) Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (EHİS)³ sunmaktadır. EHİS, küresel düzeyde on iki yıldır ve çekince veya beyanı olmaksızın Türkiye bakımından on bir yıldır yürürlükte olmasına karşın, hukuk literatürü Sözleşme'de düzenlenen insan hakları listesinin incelenmesi ve değerlendirilmesi üzerine yeterli ve gerekli ilgiyi göstermemiştir. Bu çalışma, EHİS'in insan haklarına, devletin yükümlülüklerine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çizdiği güzergâhı takip ederek EHİS'in yaklaşımı çerçevesinde bilgi edinme hakkını incelemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda EHİS'in insan haklarına özgün katkılarından olan adalete erişim bakış açısı, bilgi edinme hakkının incelenmesinde kullanılmıştır. Gerçekten de birinci kuşak haklar içinde kabul edilen bilgi edinme hakkının engelli bireyler bakımından yaşama geçirilebilmesi için EHİS'in başta adalet hizmetleri olmak üzere; bilgi almaya, vermeye, yaymaya yönelik tüm hizmetlere ve toplumsal yaşama katılmaya erişim kavramına, bu bağlamda erişilebilirliğe yüklediği anlamın

çerçevesidir. Bu yaklaşıma göre politik karar alım sürecinden norm aşamasına ve uygulamaya kadar her sürecin tasarımı, uygulanması, izlenmesi ve değerlendirilmesi insan hakları standartları temel alınarak gerçekleştirilmelidir. Örneğin bir adalet reformunun sadece yargılamanın ve yargıçların kapasitesinin geliştirilmesi konusuna odaklanması ve bireylerin haklara ve adalet sistemine erişiminin iyileştirilmesini göz ardı etmesi, hak temelli bakış açısına uygun olmayacaktır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütler, kendi program ve uygulamalarında hak temelli yaklaşımı temel bir ilke olarak kabul etmeye başlamıştır. European Commission, A Rights-based Approach, Encompassing All Human Rights for EU Development Cooperation: Commission Staff Working Document, Brussels, SWD(2014) 152 final, 2014, s. 6-7. (https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/online-170621-eidhr-rba-toolbox-en-a5-lc_en.pdf, erişim: 14.10.2020). United Nations, Universal Values Principle One: Human Rights-Based Approach. (<https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>, erişim: 14.10.2020).

³ EHİS, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 numaralı kararıyla kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. UN General Assembly: Convention on the Rights of Persons with Disabilities : Resolution/adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106. (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>, erişim: 16.04.2020). EHİS, Türkiye tarafından 30 Mart 2007 tarihinde imzalanmış, Sözleşme'nin onaylanması 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunun 27 Mayıs 2009 tarih ve 2009/15137 sayılı kararıyla onaylanmıştır. Sözleşme, Türkiye bakımından BM Genel Sekreterliğine tevdi edildikten sonra, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. 14.07.2009 tarihli ve 27288 sayılı Resmî Gazete. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm>, erişim: 16.08.2020).

dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü Sözleşme, bilgi edinme hakkı gibi klasik bir hakkı, engellilik terminolojisi çerçevesinde, bilgi de dahil tüm kaynaklara erişim bağlamında tanımlamaktadır. EHİS perspektifinden bilgi edinme hakkı, hem bireyin kendi haklarını bilmesi hem kendileriyle ilgili kamu politikalarıyla ilgili söz söylemede gerekli bilgi, belge ve araçlara ulaşabilmesi hem de taraf oldukları bir hukukî sürecin en başında sürece vakıf olması için gerekli temel bir hakttır.

Devletler, makul düzenlemenin yükümlüsü olarak acilen engellilerin insan hakları konusunda hem toplumda bir bilinç yaratmak hem de ayrımcılığa karşı bilgiye erişimde pratik ve kolaylaştırıcı olanakları engelli bireylere sunmakla görevlidir. Kavramsal ve yöntemsel çerçevesini EHİS'in özgün yaklaşımının oluşturduğu bu çalışmada, engelli bireylerin bilgi edinme hakkı üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda EHİS'in engelli bireylerin bilgi edinme hakkına ilişkin bakış açısı, bu konuda devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi ve adalete erişim, bilgiye erişim, erişilebilirlik ile bilgi edinme hakkı arasındaki karşılıklı ilişki değerlendirilmektedir.

I. Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin Kendine Özgü Yaklaşımı ve İnsan Haklarına Kattığı Değer

Bu çalışmada bilgi edinme hakkı, EHİS'in yaklaşımı doğrultusunda ele alınacağından öncelikle EHİS'in kendine özgü bakış açısı açıklanmalı ve daha sonra uluslararası ve ulusal insan hakları hukukuna kattığı değer ortaya konulmalıdır. EHİS'in kendinden önceki küresel insan hakları sözleşmelerinin eksiklerini de giderecek şekilde insan haklarını bütüncül ve hak temelli bir bağlama yerleştirdiği görülmektedir.⁴ Medenî, siyasî, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları aralarında herhangi bir ayırım yapmaksızın birlikte düzenleyen EHİS, engellilerin bağımsız ve insan

⁴ EHİS öncesinde farklı insan hakları kategorilerinin, Birleşmiş Milletler çatısı altında farklı insan hakları sözleşmelerinde düzenlenmesi ve bu sözleşmelerden medenî ve siyasî hakları düzenleyenlerin, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenleyenlere göre daha fazla hukukî güvence ile donatılmış olması eleştirilmiştir. Theodoor C. Van BOVEN, "Distinguishing Criteria of Human Rights", The International Dimensions of Human Rights, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, Greenwood Press, UNESCO, Paris, France, 1982, s. 166. Özellikle İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ni yaşama geçiren Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin bu yolu benimseyerek uluslararası hukukun insan haklarına zaten ikincil güvence sağlayan yapısını bazı haklar bakımından daha fazla ikincilleştirme ve daha zayıf korumalı hale getirme yönünde etkilediği söylenebilir. Oktay UYGUN, "İnsan Hakları Kuramı", Cogito – İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 33-36. *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

onuruna uygun bir yaşam sürebilmeleri için toplumun diğer üyeleriyle eşit şekilde haklara, özgürlüklere erişebilmeleri temel ölçüt olarak ele aldığından insan hakları hukukunda hiyerarşi ve ikincillik tartışmalarını aşmakta ve haklara bütüncül bakış açısını pekiştirmektedir.⁵ Aynı zamanda Sözleşme, engellilik meselesini insan hakları bakış açısıyla tanımlamakta ve düzenlemektedir.⁶

Bölgesel düzeydeki insan hakları koruma mekanizmalarının da EHİS öncesinde engelli bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasında tutarlı bir

⁵ Ömer ANAYURT, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, C. 1, 2000, s. 47-48; ÇAĞLAR, (2012), s. 543; BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: BM Viyana Deklerasyonu ve Eylem Programı, World Conference on Human Rights, Viyana, 25 Haziran 1993, para. 5. (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, erişim: 15.04.2020); Mehmet AKAD, / Bihterin VURAL DİNÇKOL / Nihat BULUT, Genel Kamu Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 286; ANAYURT, (2000), s. 48; Anıl ÇEÇEN, İnsan Hakları, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 27; Bülent ALGAN, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 73-74.

⁶ Engellilik çalışmalarında uzun süredir uygulamaya ve literatüre egemen olan tıbbî modelin, hak temelli bir engellilik yaklaşımını mümkün kılmadığı yönünde eleştiriler çerçevesinde bunun yerine “sosyal model” önerilmiştir. Mike OLIVER, “The Social Model of Disability: Thirty Years On”, Disability & Society, C. 28, Sa. 7, 2013 s. 1024-1025; Tania BURCHARDT, “Capabilities and Disability: The Capabilities Framework and The Social Model of Disability”, Disability & Society, C. 19, Sa. 7, 2004s. 736-737. Engellilere eziyet veren bir yaklaşım olarak kabul edilen tıbbî model, engellilik halini “tedavi edilebilir, iyileştirilebilir veya onarılabılır bir hastalık hali” olarak değerlendirmektedir. Bu modelin en önemli eksikliği, engelli insanı “anormal/rahatsız/hasta” insan olarak ele almasıdır. İdil Işıl GÜL, “Engelliliğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Hukukun Rolü”, Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler, Çayır, Kenan/Soran, Melisa/Ergün, Melike (ed.), Karekök Yayınları, İstanbul, 2015, s. 49. Sosyal model ise engelliliği toplumun engelliliğe ilişkin yargılarının meydana getirdiği tepkinin bir sonucu olarak ele almaktadır. Bu anlamda, bireyi engelli konuma getiren, engelin kendisi değil; toplumun engelli bireye olan “engelleyci” bakış açısıdır. Dolayısıyla engellilik, bir toplumsal inşadır ve sosyal model engelli bireyi dezavantajlı konuma getiren tüm toplumsal tutum ve davranışların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Mark C. WEBER, “Disability Rights, Welfare Law”, Cardozo Law Review, C. 32, Sa. 6, 2011, s. 2489-2491; A. Aslı ŞİMŞEK / Damla SONGUR, “Engellilik Çalışmalarında Adalete Erişim: Hak Temelli Farkındalık Üzerine Bir Değerlendirme”, Uluslararası Engelli Hakları Konferansı-Engellilerin Adalete Erişimi, İstanbul, 2018, s. 99-100. İşte EHİS’te tıbbî model terk edilerek sosyal model dikkate alınmış ve insan haklarının engellilik ve erişilebilirlik temelinde yeniden ele alınması sağlanmıştır. GÜL, Engelliliğe Dayalı Ayrımcılık, s. 50; Elif ÇELİK, “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Sa. 1, 2016s. 227-228.

içtihat geliştirdiğini ve insan haklarını ele alış yöntemlerinde engelliliği anaakımlaştırdığını söylemek mümkün görünmemektedir. Örneğin, Nikky Sentges v. Hollanda başvurusunda⁷ iki kolu olmayan başvurucu, kendisine robot protez kol takılması ve masrafların devlet tarafından karşılanması talebini devletin reddetmesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvurmuş ve “kolları olmaması nedeniyle özbakım ihtiyaçları dâhil olmak üzere birçok konuda bir başkasına bağımlı olduğunu, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8’de güvence altına alınan özel yaşam hakkının ihlali olduğunu” iddia etmiştir. Mahkeme, bu talebi reddetmiştir. Benzer şekilde AİHM, Molka v. Polonya başvurusunda⁸ sadece tekerlekli sandalyeyle hareket edebilen ağır engelli başvurucunun, oy kullanılacak binada oy kullanabilmesi için oy pusulasına ve sandığa erişilebilirliğine ilişkin önlemlerin alınmaması dolayısıyla binanın dışına kadar gelmesine, ancak oy kullanamamasına ilişkin başvuruyu m. 8 kapsamında dayanaktan yoksun bir başvuru olarak değerlendirmiştir. Şayet bu başvurularda engellilik bağlamında özel yaşam hakkı inceleme konusu yapılsaydı, AİHS’te engelli olsun ya da olmasın “herkes”in mahremiyetinin⁹ ve bağımsız bir birey olarak özel yaşamını sürdürebileceğinin bir insan hakkı olarak korunduğundan hareketle başvuru talebi kabul edilebilirdi. Nitekim AİHM, m. 8’in amacını ortaya koyarken bireyi kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı korumanın yanı sıra, hükmün devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamadığını; aynı zamanda bu negatif yükümlülüklerle beraber, özel veya aile yaşamına etkili bir saygı duymanın doğasında pozitif yükümlülüklerin de olabileceğini kabul etmektedir.¹⁰ Eğer AİHM, bu başvuruları engellilik bağlamında değerlendirmiş olsaydı, en basit günlük işlerinde dahi üçüncü kişilere bağımlılığı, engelli bireyin özerkliğini çığneme durumunu, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü başkalarına karşı koruma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirebilirdi.

Bilindiği üzere AİHM, AİHS’te yer alan kavramları yorumlarken soyut bir muhakeme yürütmemekte; günümüz mevzuatından, uygulamasından ve

⁷ AİHM, Başvuru No. 27677/02, Kabul Edilmezlik Kararı, 08.07.2003. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23318>, erişim: 17.04.2020).

⁸ AİHM, Başvuru No. 56550/00, Kabul Edilmezlik Kararı, 11.04.2006. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-75427%22%5D%7D>}, erişim: 17.04.2020).

⁹ GÜL, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, s. 37.

¹⁰ X ve Y v. Hollanda, Başvuru No. 8978/80, 26.03.1985, para. 23. (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57603%22%5D%7D>}, erişim: 16.05.2020).

karşılaştırmalı hukukundan yararlanmaktadır.¹¹ Bu çerçevede Mahkeme, engellilik durumunu yorumlarken EHİS'ten istifade etmekte ve AİHS'i bu bağlamda yorumlamaktadır. EHİS'in yürürlüğe girmesiyle birlikte, AİHS'in dinamik yapısı gereği, Z.H. v. Macaristan kararını kaleme alırken AİHM'in bu defa EHİS'in insan hakları hukukuna kattığı değerden istifade ettiği görülmektedir. Doğuştan sağır-dilsiz, okuma-yazma bilmeyen ve zihinsel engelli olan Z.H'nin, vatandaşı olduğu Macaristan'da hırsızlık sebebiyle tutuklanması ve tutukluluk sürecinde engel durumu dikkate alınarak makul düzenleme de dahil gerekli tedbirlerin alınmaması¹² ve mahkumiyeti dolayısıyla AİHM'e başvurulmuştur. AİHM, ihlal olup olmadığını değerlendirirken EHİS'i ve karar alma süreçlerine katılım konusunda Engellilerin Hakları Komitesi (EHK)'nin yaklaşımını dikkate alarak engellilerin temsilcisi olan örgütlerin görüşlerine de yer vermiştir. Aynı zamanda EHİS m. 2/4 (makul düzenleme), m. 13 (adalete erişim hakkı) ve m. 14'ten (kişi özgürlüğü ve güvenliği) yararlanarak Z.H.'nin hapiste kötü muamele gördüğüne ve kendisinin engellilik durumunun göz

¹¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 143.

¹² 2 Kasım 2009'dan beri, daha önce işlediği iddia edilen suçlardan da aranan Z.H, rutin bir kimlik kontrolü sırasında elinde çaldığı iddia edilen bir eşya ile yakalanmış ve kaçmaya teşebbüs etmiş. Bu durum üzerine, Macar Polisi mevzuat gereği Z.H'yi polis merkezine götürmüştür. Merkezde, değişik bir takım işaretler aracılığıyla bir şeyler anlatmaya çalıştığı fark edilince, işaret dili tercümanı çağırılmış. Aynı günün devamında Z.H, avukatı olmaksızın sorgulanmış ve hırsızlıkla suçlanmış. Bu iddiaya karşılık olarak Macaristan, Z.H'nin suçlamayı getirilen işaret dili tercümanı aracılığıyla anladığını ve kabul ettiğini iddia etmiştir. Ancak Z.H. böyle bir şeyin mümkün olmadığını, getirilen tercümanla aynı işaret dilini konuşmadıklarını ve bu yüzden hiçbir şey anlamadığını belirtmiştir. Yaklaşık dört ay tutuklu olarak hapiste kalan Z.H., bu süreçte tutukluluk koşullarının kendi özel durumuna uygun olmadığını ve hatta diğer tutuklu ve hükümlüler tarafından cinsel ve diğer türlü saldırılara maruz kaldığını belirtmiştir. Devlet ise, Z.H'nin söylediklerinin aksine, her türlü önlemin alındığını, hatta gardiyana kolayca ulaşabilmesi için ona en yakın yerde kaldığını iddia etmiştir. Ardından Z.H başka bir tutukevine sevk edilmiş ve bu esnada yerel mahkeme Z.H'nin işaret dilini bilmediğini, sadece annesi ile anlaşabildiği bir takım özel işaretler kullandığını tespit etmiş ve bu durum, mahkeme kayıtlarına geçmiştir. Bu nedenle hapis süresinin azaltılmasına karar verilmiştir. Z.H'nin hırsızlık suçu işlediği sabit görülmüş, kendisine bir avukat atanmış ve yine bir işaret dili tercümanı görevlendirilmiş. Ayrıca bir adli psikiyatr muayene için görevlendirilmiş ve bu uzman 30 Temmuz 2011 tarihli raporunda Z.H'nin yetilerinin büyük ölçüde az olmasına dikkat çekmiş ve 'kısıtlı hapis'in (bazı hakların serbest bırakıldığı) daha uygun olacağını belirtmiştir. 27 Eylül 2011'de yerel mahkeme bu rapor doğrultusunda kısıtlı hapse karar vermiştir. AİHM, Başvuru No. 28973/11, 08.02.2013. (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114276>, erişim: 17.04.2020).

önüne alınmadığına, önlemlerin yetersiz olduğuna kanaat getirmiş ve Sözleşme m. 3'ün (işkence yasağı) ve m. 5/2'nin (özgürlük ve güvenlik hakkı) ihlaline karar vermiştir.¹³

Bölgesel düzeyde engelliliğe ilişkin insan hakları politikası oluşturulmasında EHİS'in kattığı değere bakacak olursak; Türkiye'nin de kabul etmiş olduğu 2013-2022 Asya-Pasifik Engelliler Onyılına dair Bakanlar Deklarasyonu ile Asya-Pasifik Bölgesinde Engelli Bireyler için "Hakların Hayata Geçirilmesine" Yönelik Incheon Stratejisi karşımıza çıkmaktadır.¹⁴ "Politik süreçlere ve karar alma mekanizmalarına katılımın teşvik edilmesi" ve "bilgi ve iletişim sistemlerine erişimin iyileştirilmesi" gibi konumuz bağlamında önem taşıyan iki unsuru on temel hedefi içinde ele alan Incheon Stratejisi EHİS'te düzenlenen temel ilkeler üzerine kurulmuştur.¹⁵

Yine EHİS'ten hareketle oluşturulmuş bir başka bölgesel politika belgesi, "Avrupa Konseyi Engellilik Stratejisi 2017-2023"tür.¹⁶ Avrupa Bölgesi'nde AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı başta olmak üzere, engellilik alanında

¹³ AİHM, Başvuru No. 28973/11, 08.02.2013.

¹⁴ Birleşmiş Milletler Asya-Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu (ESCAP) "2013-2022 Asya-Pasifik Engelliler Onyılına dair Bakanlar Deklarasyonu ile Asya-Pasifik Bölgesinde Engelli Bireyler için "Hakların Gerçeğe Dönüştürülmesine" Yönelik Incheon Stratejisi", Bangkok, Kasım 2012.

(<https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/uluslararası-mevzuat/turkce.pdf>, erişim: 14.04.2020).

¹⁵ "Incheon Stratejisi", s. 15.

(<https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/uluslararası-mevzuat/turkce.pdf>, erişim: 14.04.2020). Incheon Stratejisi'nin yaşama geçirilmesi için öngörülen 2013-2022 arasındaki zaman dilimi, Asya-Pasifik Engelliler Onyılı olarak belirtilerek "Hakları Hayata Geçirmek" için "10 Hedef" olarak düzenlenmektedir. Bu hedefler şöyledir: (i) Yoksulluğun azaltılması ve çalışma ve istihdam koşullarının iyileştirilmesi, (ii) politik süreçlere ve karar alma mekanizmalarına katılımın teşvik edilmesi, (iii) Fiziksel çevre, toplu taşıma, bilgi ve iletişim sistemlerine erişimin iyileştirilmesi, (iv) sosyal korumanın güçlendirilmesi, (v) engelli çocuklar için erken destek ve eğitim hizmetlerinin yaygınlaştırılması, (vi) cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların güçlendirilmesi, (vii) felaket riski azaltma ve yönetme programlarına engellilik boyutunun dahil edilmesi, (viii) engellilik verilerinin güvenilirliğinin ve karşılaştırılabilirliğinin iyileştirilmesi, (ix) Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin onay ve uygulama süreçlerine ve ulusal mevzuatın Sözleşme ile uyumlaştırılması sürecine hız verilmesi, (x) alt bölgesel, bölgesel ve bölgelerarası işbirliğinin ilerletilmesi. "Incheon Stratejisi", s. 13. (<https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/uluslararası-mevzuat/turkce.pdf>, erişim: 14.04.2020).

¹⁶ Human Rights: A Reality For All-Disability Strategy 2017-2023, Council of Europe, Mart 2017. (<https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023>, erişim: 16.04.2020). *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

belirlenen öncelikler çerçevesinde insan haklarının yorumlanması ve yaşama geçirilmesi amacıyla hazırlanan Engellilik Stratejisi de EHİS ile uyumlu şekilde hazırlanmış ve konumuz bakımından erişilebilirlik öncelikli çalışma ve faaliyet alanı olarak belirlenmiştir.¹⁷ O halde EHİS'in insan hakları hukukuna kattığı değere daha yakından bakmak faydalı olacaktır.

21. yüzyılın ilk küresel düzeydeki uluslararası insan hakları sözleşmesi olan¹⁸ EHİS'e duyulan ihtiyacın tek nedeni, BM çatısı altında kabul edilen diğer insan hakları sözleşmelerinin engellilik durumunu yeterli şekilde ele almamış olması¹⁹ değildir. Engelli bireyler insan onuruna dayalı hak öznesi olarak sayılmadıklarından başta gelişmekte olan ülkelerin toplumlarında olmak üzere, sosyal yaşamda “görünmez” bir alana itilmektedirler.²⁰ Bu görünmezlik, sadece gündelik yaşamı etkilememekte, aynı zamanda günümüz toplumlarında etkili ve etkin biçimde siyasî ve hukukî süreçlere katılamama, onun bir parçası olamama sonucunu doğurmaktadır. Yine engelliliğe ilişkin önyargılar nedeniyle engelli bireylerin toplum yaşamına katılma yönünde bir eğilimleri veya kapasiteleri olmadığı yönünde bir kalıpyargının hakim olduğu görülmektedir.²¹

¹⁷ Strateji Belgesi'nde belirlenen çalışma ve faaliyetlerde öncelikli alanlar, (i) eşitlik ve ayrımcılık yasağı, (ii) farkındalık yaratma, (iii) erişilebilirlik, (iv) hukuk önünde eşit tanınma, (v) sömürü, şiddet ve istismara maruz kalmama olarak belirlenmiştir. Human Rights: A Reality For All-Disability Strategy 2017-2023, Council of Europe, Mart 2017, s. 4-5. (<https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023>, erişim: 16.04.2020).

¹⁸ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities : Resolution/adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106. (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>, erişim: 16.04.2020).

¹⁹ Gerard QUINN / Theresia DEGENER / Anna BRUCE, Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability, United Nations Press, Geneva, 2002, s. 288.

²⁰ QUINN / DEGENER / BRUCE, s. 14; İdil Işıl GÜL, “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler, Çayır, Kenan/ Soran, Melisa/ Ergün, Melike (ed.), Karekök Yayınları, İstanbul, 2015, s. 34. Engelli bireylerin %80'i gelişmekte olan ülkelerde yaşamaktadır. Department of Economic and Social Affairs, Disability Factsheet on Persons with Disabilities. (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/factsheet-on-persons-with-disabilities.html>, erişim: 10.04.2020).

²¹ Gerard QUINN, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability”, Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights, C. 15, Sa. 1, Güz 2009, s. 37; Michael PERLIN, “My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain: Stereotypes, Stigma and Sanism”, Stereotypes and Human Rights Law, Eva Brems/Alexandra Timmer (ed.), Intersentia, UK, 2016, s. 98.

Hak ve özgürlüklerin engelliliğe dayalı ayrımcılığın önlenmesi koşuluna bağlı olarak gerçekleşebileceği temelinde hazırlanan ve bu açıdan “hibrit” bir sözleşme²² olan EHİS’in kendine özgü yaklaşımının farklı boyutları söz konusudur. İlk olarak karşımıza Sözleşme’nin insan haklarını düzenlerken engellilik olgusuna hem hak temelli bütüncül bakış açısıyla açıklık getirdiği²³ hem de engellilik alanının temel kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir standart ortaya koyduğu görülmektedir. Örneğin Sözleşme öncesi süreçte engellilik kavramı, bireyin kendisiyle ilişkili ve onunla sınırlı kişisel bir durum olarak değerlendirilmekteydi.²⁴ Sözleşmeyle birlikte engellilik toplumsal bir mesele olarak ele alınmakta ve bu konudaki temel standartlar, Giriş kısmı ve m. 1, m. 2, m. 3’te açık şekilde çizilerek yeni bir engellilik politikası oluşturulmakta ve EHİS aracılığıyla engelli bireylerin hak ve talepleri görünür kılınmaktadır.²⁵

İkinci olarak, EHİS’in dikkate aldığı, engelliliğe dayalı ayrımcılığın ve engelsizlere göre yapılandırılan fiziksel ve sosyal çevrenin değiştirilmesi ve dönüştürülmesi gerektiğini ortaya koyan sosyal modele göre²⁶ devletin yükümlülüklerini yerine getiriş yöntemi ve stratejileri de değişmektedir. Devletin yükümlülüğü, sadece ayrımcılığı yasaklamak şeklinde bir negatif edim değil, önleyici ve giderici tedbirleri de içeren proaktif bir görünümde dir.²⁷

Böylece engellilik meselesi, EHİS’te tıbbî bir mesele ya da hayırseverlik işi olarak²⁸ değil, bir insan hakları meselesi olarak ele alınabilmiştir.²⁹

²² QUINN, s.42.

²³ ÇELİK, s. 241.

²⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin İzlenmesi”, İnsan Hakları Gözlemcileri için Rehberlik: Profesyonel Eğitim Serisi 17, HR/P/PT/17, New York ve Cenevre, 2010 (<https://issuu.com/sivilduun/docs/3087>, erişim: 09.04.2020). Bu bakış açısı tıbbî model tarafından da desteklenmekteydi.

²⁵ QUINN, s. 37.

²⁶ Sosyal model öncesinde genel geçer kabul gören tıbbî model, engelliliğin insan hakları temelinde ele alınmasına olanak vermemekteydi. Sakatlık, bozukluk ya da hastalık olarak ele alınan engelliliğin, tıbbî tedavi ve rehabilitasyonla giderilmesi veya hafifletilmesi gerektiğine işaret eden tıbbî model, kişinin içinde bulunduğu gerçek yaşam koşullarına bakılmasını gerektirmediğinden hakkın öznesi olan engelli bireylerin haklardan yararlanmak bakımından engellenmiş olup olmadıklarını incelemeye, ayrımcı muameleleri ortadan kaldırmaya yetmemekteydi. GÜL, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, s. 34.

²⁷ Selda ÇAĞLAR, “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 96, 2011, s. 151.

²⁸ EHİS ile birlikte engelliliğin bir insan hakları meselesi olarak ele alınması, engellileri hayırseverliğin nesnelere olarak değil; birer hak öznesi olarak görmeyi mümkün kılmıştır. *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

Bununla bağlantılı olarak Sözleşme'nin yaklaşımında üçüncü önemli hususu, ayrımcılık yasağı ile birlikte eşitlik ilkesinin ele alınış biçimi oluşturmaktadır. EHİS m. 5'e göre devlet, hukuk önünde eşitliği sağlama ve ayrımcılık yapmama yükümlülüklerinin yanı sıra engelli bireylerin haklardan eşit şekilde istifade edebilmesi için makul düzenleme yapma ve fiili eşitliğin sağlanabilmesi için özel tedbirler alma edimleri ile de yükümlendirilmiştir.

Engellilerin Hakları Komitesi de Sözleşme'nin kendine özgü yaklaşımını 7 Numaralı Genel Yorum'unda açıkça ortaya koymaktadır. Bu yaklaşımın ana bileşenlerini ise Sözleşme'nin engelli bireylerin ve temsilci örgütlerinin Sözleşme'nin görüşülmesi, geliştirilmesi ve taslaklarının hazırlanması da dahil sözleşme yapım sürecine azamî düzeyde katkı sunmaları ve süreçte belirleyici olmaları; dolayısıyla toplumda engelli bireylere ilişkin var olan "kendi yaşamları ile ilgili veya yaşamlarını etkileyen konularda karar veremedikleri" yolundaki kalıpyargının kırılması ve bununla bağlantılı olarak karar alma süreçlerinde engellilere danışılmaması ve onları ilgilendiren kararların "onlarsız ve fakat onlar adına alınması" pratiğini dönüştürmesidir. Hatta adı geçen önyargılara dayalı bu pratiği, EHİS'in yapım sürecinde yer alan engellilerin hakları hareketi, karar alım süreçlerine eşit katılım ilkesine dayanarak "biz olmadan bizim için asla" (başka bir ifadeyle engelliler olmadan engelliler için asla) sloganı ile tersine

Hayırseverlik yaklaşımında engellilik, yardım temelli olarak ele alınmaktadır. Buna göre engeli, bireyin zafiyeti olarak gören kamu otoritelerinin farklılaşan politik tercihleriyle şekillenen "zafiyeti düzeltme" politikalarıyla işleyen bir sistem söz konusudur. Bu sistem, engelli bireyin bir kuruma kapatılması, çevresinden uzaklaştırılması gibi yöntemlerle dışarıdan kontrol ve denetime dayalı olduğundan, onun gücünü azaltan, bu bağlamda engelli bireyin faaliyet alanını sınırlandıran, çevresiyle bağımlılık ilişkisi kurmasına, dışlama ve ayrımcılığa yol açan niteliktedir. Buna karşılık hak temelli yaklaşımda engellilik, toplumun engelli olmayana göre tasarlanmasından kaynaklanan dışsal bir durum olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda devlet, engelli bireylerin insan haklarının yükümlüsü olarak engelli bireyin özerkliği, güçlenmesi, faaliyetlerinin kolaylaşması ve bağımsız olarak toplumsal yaşama katılabilmesi konusunda edimler yerine getirmektedir. Böylece sosyal içerme ve uyum politikalarıyla ayrımcılık ortadan kaldırılarak eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesi hedeflenmektedir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin İzlenmesi", İnsan Hakları Gözlemcileri için Rehberlik: Profesyonel Eğitim Serisi 17, HR/P/PT/17, New York ve Cenevre, 2010 (<https://issuu.com/sivilduun/docs/3087>, erişim: 09.04.2020).

²⁹ World Health Organization, "Why is the Convention on the Rights of Persons with Disabilities important?", Q&A, 10 Eylül 2013, (<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/why-is-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-important>, erişim: 09.04.2020).

çevirmiştir.³⁰ Aynı zamanda Komite, “herkesin kendi yaşamını ve haklarını etkileyen kararlara etkin ve bilinçli bir şekilde katılımının, kamusal karar alma süreçlerinde insan hakları temelli yaklaşıma uygunluğu”nu EHİS özelinde vurgulamaktadır.³¹

EHİS, engellilik bakış açısının diğer uluslararası sözleşmelerde ve uygulamada anaakımlaştırılmasına³² katkı sunmakta; BM’nin diğer insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen haklar listesine yenilerini eklemekten veya yeni haklar icat etmekten ziyade, insan haklarının dinamizmini yansıtan bir şekilde, var olan hakları engellilerin ihtiyaçlarına ve taleplerine uyarlamaktadır.³³ Buna koşut olarak Sözleşme, engelli bireylerin “haklara sahip olma hakkı”nın sağlanması³⁴ amacına hizmet etmektedir. İnsan hakları literatüründe dezavantajlı bir grubun anaakımlaştırılması dendiğinde hukukî, siyasî ve toplumsal tüm alanlarda o grubun dezavantajının kaynağındaki durumla ve o durumdan kaynaklı meselelerle ilişki, ilgi kurmak ve hukukî, siyasî ve toplumsal süreçlerin her aşamasında bunları içermek anlaşılmaktadır. Bu bağlamda engelliliğin anaakımlaştırılması, eğitim, sağlık, toplumsal yaşama katılım, bilgiye erişim, kendini ifade etme olanakları, adalet hizmetleri gibi farklı alanların birlikte çalışmasını ve hak temelli bir engellilik bakış açısıyla kurumlar arası politika üretilmesini ifade

³⁰ Engellilerin Hakları Komitesi, Engelli Çocuklar da Dahil Olmak Üzere Engellilerin Temsilci Örgütleri Aracılığıyla Sözleşme’nin Uygulanması ve İzlenmesine Katılımı Hakkında Genel Yorum No. 7, CRPD/C/GC/7, 2018, para. 1, 2, 3, 4. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/7&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

³¹ UN High Commissioner for Human Rights, Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies, HR/PUB/06/12, 2006, para. 64. (<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiesen.pdf>, erişim: 13.04.2020).

³² Michael Ashley STEIN / Penelope J.S. STEIN, “Disability, Development, and Human Rights: A Mandate and Framework for International Financial Institutions”, University of California, Davis Law Review Review, Sa. 47, 2013, s. 1263. EHİS’e kadar yürürlüğe girmiş olan uluslararası insan hakları sözleşmeleri engelli olsun olmasın, tüm insanlar bakımından o sözleşmenin düzenlediği hak alanında bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte mevcut sözleşmelerin engelli bireyler bakımından uygulanması söz konusu olduğunda, sözleşmelerin hem lafzının hem de yorumunun engellilik durumunda neler yapılması gerektiğine ilişkin yönlendiricilikten yoksun olduğu ifade edilmektedir. GÜL, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, s. 32.

³³ QUINN, s. 39; Selda ÇAĞLAR, “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, Sa. 2, 2012, s. 548.

³⁴ Frédéric MÉGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, Human Rights Quarterly, C. 30, Sa. 2, Mayıs 2008, s. 500.

etmektedir. Dolayısıyla anaakımlaştırma, insan haklarının bölünmezliği bağlamında hak temelli yaklaşım ile de uyum içindedir. Böylece herhangi bir kurumun, diğer kurumların yapıp ettiklerinden habersiz olmasının, engelliliği kendi politikalarında göz ardı etmesinin ya da engellilik kaynaklı hak ihlallerine göz yummasının önüne geçilmiş olacaktır. Engelliliğin anakımlaştırılması, EHİS Giriş Kısmı (g) bendinde de açıkça vurgulanmaktadır.

Görüldüğü üzere hem uluslararası koruma mekanizmalarınca insan hakları hukuku yorumlanırken hem de bölgesel sosyoekonomik stratejiler ve programlar belirlenirken EHİS'in ortaya koyduğu yaklaşım dikkate alınmaktadır. Konumuz bağlamında hem Incheon Stratejisi'nde hem de Avrupa Konseyi Engellilik Stratejisi 2017-2023'te bilgiye erişim, temel bir hedef olarak belirlenmiştir. Bilgiye erişim, ayrıca ve fakat adalete erişim ile ilgisi vurgulanarak EHİS'te bir hak olarak kendine yer bulmuştur. Adalete erişim, yeni bir tür insan hakkı olmaktan ziyade, bir insan hakları hareketi olarak ortaya çıkmıştır³⁵ ve birden fazla insan hakkını, hakların bölünmezliği, bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerine göre yorumlama olanağı sunan bir süreci ifade etmekte olup EHİS'te bir hak kategorisi olarak formüle edilmiştir. Bilgi edinme hakkını, adil yargılanma hakkını, demokratik topluma katılma hakkını ve ifade özgürlüğünü birlikte ele alma olanağı sunan “adalete erişim hakkı”nın, EHİS ile birlikte ilk kez uluslararası hukukta bağımsız bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda içinde bulunduğumuz yüzyılın gerekliliklerine yanıt veren EHİS'in yukarıda açıklanan kendine özgü yaklaşımı ve insan haklarına kattığı değer göz önünde bulundurularak bilgi edinme hakkı yeniden ele alınmalıdır.

II. Bilgi Edinme Hakkı, Erişim Hakkı ve EHİS

İnsan haklarının çeşitli tasnif edilme biçimlerine göre aynı insan hakkı, farklı şekillerde kategorize edilebilmektedir. Bilgi edinme hakkı, Jellinek'in “devletin müdahalesinin ölçütüne dayalı” klasik tasnifine göre aktif statü hakları içinde karşımıza çıkmaktadır.³⁶ Adlandırma farklı olmakla birlikte,

³⁵ Kağıt üzerindeki hakların gerçek yaşamda herkes tarafından aynı etkinlikte kullanılamamasının ardındaki nedenleri, hukuk sisteminin kendi yetersizliklerinin ötesinde aramak gerektiğini vurgulayan adalete erişim hareketine göre yargılama hukukunda hukukî şekilcilik aşılarak yargılamayı ilgilendiren tüm süreç ve aşamalarda hem hak ve özgürlüklerin bireylere eşit şekilde tanınması hem de bu hak ve özgürlüklerden etkin şekilde faydalanılması dikkate alınmalıdır. Seda KALEM BERK, Türkiye’de “Adalete Erişim”: Göstergeler ve Öneriler, TESEV Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2012, s. 16-17.

³⁶ Münici KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 6.

1982 Anayasası'nda da klasik tasnife uygun düşen bir tasnif biçimi benimsenmiştir.³⁷ Buna göre bilgi edinme hakkı, siyasi haklar içinde düzenlenmektedir. Benzer şekilde kuşaklara göre tasnif bakımından bilgi edinme hakkı birinci kuşak haklar içinde düşünülmektedir. Gerçekten de tarihsel olarak bilgi edinme hakkının kökenlerinin, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi m. 11'de düzenlenen her yurttaşın düşüncelerini serbestçe yayma hakkına ve m. 15'te düzenlenen kamu görevlilerinden hesap sorma hakkına dayandırıldığı görülmektedir.³⁸ Bilgi edinme hakkının uluslararası gelişimi ise İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si m. 19'a göre herkesin herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Tarihsel kökeni ve ifade özgürlüğüyle bağlantısı bakımından birinci kuşak hak demeti içinde düşünülen bilgi edinme hakkı, özellikle 2000'li yıllar itibariyle bilginin 21. yüzyıl toplumları için önemini ön plana çıkması, bilgi ve iletişim teknolojilerinin bilgiye erişimi kolaylaştırıcı etkisiyle birlikte bilgilenme özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkı bağlamında üçüncü kuşak haklar arasında da anılmaya başlamıştır.³⁹

Günümüzde devlete negatif veya pozitif bir edim yüklemesi düşüncesi üzerine kurulu tasnifler, insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkeleri⁴⁰ gereği terk edilmektedir. İnsan haklarına ilişkin devletin yükümlülükleri konusunda uluslararası standartlar, insan haklarının bütünlüğü de gözetilerek BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin eşitlik ilkesi hakkındaki 16 Numaralı Genel Yorum'unda devletin üçlü edim yükümlülüğü olarak ortaya konulmuştur. Bunlar, (i) saygı gösterme, (ii) koruma, (iii) gereğini yerine getirme yükümlülükleridir.⁴¹ Üçlü edim tasnifi aracılığıyla her bir hakkın yaşama geçmesi için gerekli edimler, o hakkın belirli özelliklerini gözeterek tespit edilebilmektedir. Bu da hakların gerçekleşmesinde sadece negatif-pozitif

³⁷ ANAYURT, (2000), s. 51.

³⁸ Tuğba ASRAK HASDEMİR, "Türkiye'de Kamusal İletişim ve Bilgi Edinme: 10 Yıllık Ardından Panoramik Bir İnceleme", Amme İdaresi Dergisi, 2014, C. 47, Sa. 3, s. 114.

³⁹ ASRAK HASDEMİR, s. 115.

⁴⁰ AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT, s. 286; ANAYURT, (2000), s. 56-57; ALGAN, s. 73-74.

⁴¹ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Erkekler ve Kadınlara Eşit Hak Sağlanmasına İlişkin Genel Yorum No. 16, UN Doc. E/C. 12/2005/4, 2005, para. 17-21.

(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2005%2f4&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

edim gibi kısıtlı bir bakış açısı yerine, devlete herkesin haklardan istifade edebilmesini olanaklı kılan kapsayıcı edimlerde bulunma kapasitesi sunmaktadır. Bu anlamda örneğin tipik bir medenî hak olarak kabul edilen adil yargılanma hakkı, mahkemelere ücretsiz erişim hakkını da kapsayacağından haktan herkesin istifade edebilmesi için ücretsiz avukat sağlanması, bilgi ve belgelere erişim gibi uygulamalar devlet müdahalesini gerektirecektir.⁴²

EHİS'te düzenlenen hak ve özgürlükler ve bunlar bakımından devletin yükümlülüklerinden ne anlaşılması gerektiğini Genel Yorumları aracılığıyla ortaya koyan EHK, erişilebilirliği düzenleyen m. 9'u ele aldığı 2 Numaralı Genel Yorum'unda⁴³, Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi'nde kabul edilen "İlkeler Bildirgesi"ne atıfla erişilebilirliğin kapsamını belirlemektedir. Buna göre erişilebilirlik dendiğinde günümüzde "kalkınma için küresel bilginin paylaşılması ve güçlendirilmesi ekonomik, sosyal, siyasî, sağlıkla ilgili, eğitimsel ve bilimsel etkinlikler hakkında bilgiye hakkaniyetli erişimin önündeki engellerin kaldırılması ve evrensel tasarım ve yardımcı teknolojilerin kullanılması dahil kamusal alan bilgisine erişimin kolaylaştırılması yoluyla zenginleştirilebilir."⁴⁴ Komite'ye göre erişilebilirlik, engelli bireylerin topluma eşit ve tam olarak katılımının ve tüm insan hakları ve özgürlüklerini yaşama geçirmenin yaşamsal önemi haiz "önkoşulu" niteliğindedir.⁴⁵ Aynı zamanda Komite, devletin insan haklarına ilişkin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirmeden ibaret üçlü edim yükümlülüğünün engelli bireylere eşit biçimde sağlanmasının ancak erişilebilirliğin güvence altına alınması ile mümkün olduğunu ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile EHK, erişilebilirliğin engellilik yaklaşımı aracılığıyla "erişim hakkı" bağlamında ele alınması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁶ Tüm bu hususlar dikkate alındığında bilgi edinme

⁴² Özge YÜCEL DERİCİLER, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 232.

⁴³ Engellilerin Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014, para. 9. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

⁴⁴ Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi, "İlkeler Bildirgesi: Bilgi Toplumunun İnşası: Yeni Binyılda Küresel bir Zorluk" (Declaration of Principles: Building the Information Society: A Global Challenge in the New Millennium)", WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, s. 295, para. 25.

(<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0016549204043613>, erişim: 11.05.2020).

⁴⁵ Engellilerin Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014, para. 12.

⁴⁶ Engellilerin Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014, para. 14.

hakkının, EHİS'in bilgiye erişim hakkı, adalete erişim yaklaşımı ve bu hakları kesen erişilebilirlik ilkesi ile birlikte ele alınması gerekmektedir.

A. Engelli Bireylerin İnsan Hakkı Olarak Bilgi Edinme ve Bilgiye Erişim

Hem ulusal hem de uluslararası hukuk belgelerinde bilgi edinme hakkı, gerek düzenleniş biçimi gerekse uygulamadaki farklılıklar dolayısıyla bilgilendirme hakkı, bilgi ve belgeye erişim hakkı veya bilgiye erişim hakkı gibi birbirine yakın anlamda, değişik adlandırmalarla karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷ Terim çeşitliliğinin nedeni konusunda iki gelişmenin etkili olduğu düşünülmektedir. Bunlardan ilki, hakkın ilk kez talep edildiği ve tanındığı dönemde ifade özgürlüğü ile sıkı ilişkisi üzerinden hareket edilmiş olmasıdır. İkinci olarak ise zamanla kamu otoritelerinin demokratik toplumlarda hesap verebilirliği, açıklığı ve şeffaflığının öneminin anlaşılması gündeme gelmiştir. Böylece hakkın özüne uygun olarak kullanılabilmesi için devlete, yönetilenlere bilgi ve belgelere erişimlerini sağlama yükümlülüğü getirilerek erişim hakkı ile birlikte hakkın formüle edildiği gözlemlenmektedir. Eş zamanlı olarak bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler de bilgiyi edinmede erişimi kolaylaştırıcı hususları ortaya çıkarmış ve erişim hakkının bilgi edinme hakkı ile birlikte ele alınması yaklaşımını doğurmuştur.

Bu farklı kavramsallaştırmaların ortak noktasının, bireyler bakımından kamu otoritelerinden bilgi ve belge edinmeyi ve hak arama bilincini, devlet açısından yetkilerin sınırlanması ve işlevlerin denetimini kapsamı olduğu söylenebilir.⁴⁸ İç hukukumuz açısından konuya bakacak olursak, dilekçe hakkı, 1982 Anayasası m. 74'te düzenlenmiş olup m. 36'daki yargısal

⁴⁷ ASRAK HASDEMİR, s. 115. Farklı hukuk belgelerinde farklı ifadelerle formüle edilmekle birlikte hakkın özünde hem bireysel hem toplumsal olarak kendini ifade edecek bilgiyi haiz olma hem de yönetimden hesap sorabilme amaçları yer almaktadır. Örnekler için bkz. ulusal düzeyde 1982 Anayasası (m 74) ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bölgesel düzeyde Afrika İnsan ve halkların Hakkı Şartı (m. 9), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 13), Afrika Birliği Yolsuzluğu Önleme ve Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (m. 9), Resmî Belgelere Erişime İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (m. 2); küresel düzeyde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 19), Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (m 13).

⁴⁸ Ramazan ŞENGÜL, "Avrupa Konseyi Belgelere Erişim Özgürlüğü Sözleşmesi Karşısında Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı", Amme İdaresi Dergisi, 2014, C. 47, Sa. 3, s. 94; Abdullah SEZER, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Dilekçe ile Başvuru Hakkı", Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Çağlar, Selda (ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 214-215.

başvuru hakkı ile birlikte düşünülmesi gereken ve fakat ondan farklı bir haktır. Çünkü dilekçe hakkı, yargı organları dışında siyasi ve idari birimlere dilek ve şikayetlerin sunulmasını sağlayan araçlardan biridir.⁴⁹ Dilekçe hakkı, bireylerin kendileriyle ya da kamusal işlerle ilgili olarak, tek başlarına veya topluca, yargı organı dışında kalan kamu otoritelerine uğradıkları haksızlıklar, sorunlar konusunda dilek ve şikayetlerini sunup çözüm bulmalarını istemelerinden ibaret bir insan hakkıdır.⁵⁰ Özellikle toplumun ekonomik olarak zayıf veya dezavantajlı kesimlerinin dilek ve şikayetlerini yönetime iletebilmelerinin en kolay, ucuz ve pratik aracı olan dilekçe hakkı, bu yönüyle demokratik topluma katılımın yollarından da biridir.

Bilgi edinme hakkının öncüsü olarak kabul edilen dilekçe hakkı, temel hak ve özgürlüklerin iç hukukumuzda gelişimi bakımından çok yeni bir hak olmasa da kamu otoritelerinin kendilerine sunulan dilekçeleri cevapsız bırakması ya da hareketsiz kalması gibi yaygın idari pratik dolayısıyla, dilekçe hakkının tek başına demokratik yaşama katılım, ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim gibi amaçları gerçekleştirmede ne kadar etkili olduğu tartışmalı olmuştur.⁵¹ Yine dilekçe ile ilgili makamlara başvurma hakkının telafisi mümkün olmayan veya zor olan zararlar ortaya çıktıktan sonra, diğer bir deyişle hukuki uyumsuzluk doğduktan sonra gündeme gelmesi nedeniyle bilgi edinme hakkı kadar etkin olmadığı düşünülmektedir.⁵² Bu nedenle de bilgiye erişimi daha etkili ve kapsamlı hale getirebilmek amacıyla, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olarak 2003 yılında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği görülmektedir. Bu anlamda bilgi edinme hakkı, dilekçe hakkını da kapsayacak şekilde, her türlü bilgi ve belgeden haberdar olunmasına ve bunların kişiye iletilmesine yönelik talepte bulunmayı içerecek şekilde anlaşılmaktadır.⁵³ Adı geçen Kanun ile bilgi edinme hakkından istifadede esas alınacak temel ilkelerin eşitlik, tarafsızlık ve açıklık olduğu hukuken koruma altına alınmıştır. 2010 Anayasa Değişikliği ile de bilgi edinme hakkı, 1982 Anayasası m. 74'ün madde başlığına ve hükmün içine eklenerek anayasal düzeyde açıkça güvence altına alınmıştır. Yine hem Anayasada hem de Kanunda düzenlendiği haliyle tüm bilgi ve belgelerin başvuranların erişimine etkin ve

⁴⁹ Ömer ANAYURT, "1982 Anayasası ve 3071 Sayılı Kanuna Göre Dilekçe Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı (2001-2002), C. 23-24, 2002, s. 95.

⁵⁰ ANAYURT, (2002), s. 95-96.

⁵¹ ANAYURT, (2002), s. 97 ve 123.

⁵² SEZER, s. 218.

⁵³ SEZER, s. 218.

hızlı bir şekilde sunulması amacına hizmet eden bilgi edinme hakkının kullanılmasında, dilekçe hakkından farklı olarak “ilgililik” veya “manfaat” koşulu aranmadığından, başvuru kurum ve kuruluşlarca yapılan “*bu bilgiyi ne amaçla istiyorsunuz?*” ya da “*bu bilginin sizinle olan ilgisi belirlenmemiştir.*” gibi değerlendirmeler yerinde görülmemektedir.⁵⁴

Bunun yanı sıra aynı Anayasa Değişikliği ile kamu denetçisine başvurma hakkı tanınmıştır. Hükmün son halini engellilik bağlamında değerlendirecek olursak; dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkı ve kamu denetçisine başvuru hakkı, bireylerin kamu otoriteleri karşısında sorunları dile getirme, şeffaflık talep etme, çözüm arama, demokratik yaşama katılım için farklı yollar olsa da⁵⁵, hepsi birbirini tamamlayıcı ve bilgiye erişimi pekiştirici niteliktedir. Aynı zamanda bilgi edinme hakkı, hak arama özgürlüğünün bir görünümü olmak bakımından adalete erişim sürecinin ilk önemli adımını oluşturmaktadır. Benzer şekilde EHİS m. 33’te öngörülen sözleşmecî devletlerin EHİS’in iç hukukta uygulanmasının teşvik ve temin edilmesi ve gelişmelerin izlenmesi amacıyla bağımsız bir denetim mekanizması kurma yükümlülüğü, engelli bireylerin bilgiye erişimini ve hak arama özgürlüğünü güçlendirici niteliktedir. Ancak bu yükümlülük, henüz Türkiye tarafından yerine getirilmemiştir.

Genel olarak toplumda haklarını etkili şekilde bilmeyen, savunacak araçlardan yoksun olan ve hak ihlallerine maruz kalanlar; engelliler, kadınlar, göçmenler, yaşlılar gibi dezavantajlı gruplar olarak karşımıza çıkmaktadır. EHİS, engellilerin bağımsız ve insan onuruna uygun bir yaşam sürebilmeleri için fiziksel çevreye, halka açık diğer tesislere, hizmetlere ve ulaşımına olduğu kadar, toplumun diğer üyeleriyle eşit şekilde bilgi ve iletişim teknolojileri dahil bilgiye ve iletişime erişimlerinin sağlanması gerekliliğini vurgulamaktadır.⁵⁶ Bu bağlamda bilgiye erişimin bir diğer önemli boyutunu farklı engel türlerine göre hukuk dilinin, yargı usulünün ya da idarî düzenlemelerin anlaşılabilirliğinin giderilmesi oluşturmaktadır. Özellikle engellilerin insan haklarıyla ilgili hukukî ve idari düzenlemelerin dil ve içerik bakımından anlaşılabilir olması durumunda bilgiye erişim mümkün olmayacaktır.⁵⁷

⁵⁴ ASRAK HASDEMİR, s. 118; TBMM, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çalıştay Sonuç Raporları, 10. Yıl Çalıştay, 27 Mayıs 2013, s. 16. (https://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_calistay_raporu.pdf, erişim: 10.12.2020).

⁵⁵ ANAYURT, (2002), s. 97.

⁵⁶ ÇAĞLAR, (2012), s. 543.

⁵⁷ ÇAĞLAR, (2011), s. 168.

O halde bilginin edinilmesinde kurulacak “iletişim”in ve “dil”in niteliğine açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bu meseleye EHİS m. 2’de değinilmektedir. EHİS m. 2/1 ve m. 2/2’ye göre:

“‘İletişim’ erişilebilir bilgi ve iletişim teknolojisi dahil dilleri, metin gösterimini, Braille alfabesi kullanarak ve dokunarak iletişimi, büyük harflerle baskıyı, yazılı, işitsel ve erişilebilir çoklu medyayı, sade dili, işitsel okumayı, beden dilini, diğer tür, biçem ve araçlarla gerçekleşen iletişimi içermektedir; ‘Dil’ sözlü dili, işaret dilini ve sözlü olmayan diğer dilleri kapsamaktadır.”⁵⁸

Engelli bir birey, sorunun çözümü konusunda Braille (kabartma) alfabesi, işaret dili tercümanı ya da ilgili dokümanın ses kaydının temini için idarî makama bir dilekçe sunmuş ve fakat dilekçeye hiç cevap verilmemişse bu durumda kişinin yargısal yollara başvuru hakkı doğacaktır. Bu durum, adalete erişim yaklaşımı ile bilgiye erişim ve bilgi edinme hakkı bağlamında değerlendirildiğinde iki önemli sonuca ulaşılmaktadır: (i) Adalete erişim hakkı yaklaşımı, idarenin “hakkını mahkemede ara” tutumuna karşı olarak dava yolu gibi malî açıdan külfetli, uzun ve hakkın gerçekleşmesi bakımından pratik olmayan bir yöntem yerine, ya hakkın birey tarafından talep edilmesini veya şikayete konu olmasını beklemeden yerine getirilmesini ya da dilekçe, bilgi edinme gibi yollarla birlikte derhal gerçekleştirilmesini olanaklı kılmaktadır; (ii) her koşulda dava yoluna gidilmesi gerekti ise, bu defa engellilik bakış açısıyla yargılamanın her aşamasında erişilebilirlik güvence altına alınmış olmalıdır.

Bu iki hususun vücut verdiği bir üçüncü önemli nokta ise engelli bireyin kamu otoriteleri tarafından mağdurlaştırılmaksızın hakkın öznesi olarak konumlandırılmasıdır. Şöyle ki tutuklu, hükümlü, gözaltında olan veya hakkında şikayet olan engelli bireyin, herkes ile eşit derecede cezasını çekmesinin, alınan tedbire riayet etmesinin vb. ötesinde engellilik durumundan kaynaklı bir insan hakları ihlaline maruz kalmaması gerekmektedir.

EHK, engelli bireylerin bilgiye erişimlerinde bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasının önemine dikkat çekmektedir. EHK’ye göre internet dahil olmak üzere yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanmaları sağlanmalı ve okunması kolay formatlarda, frekans ve ses

⁵⁸ UN General Assembly: Convention on the Rights of Persons with Disabilities : Resolution/adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106. (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>, erişim: 16.04.2020).

yükseltici ya da diğer alternatif biçimlerde, bunları kullanan engelli bireylere sunulmalıdır. Bilgi ve iletişim teknolojilerinden asgarî maliyetle yararlanabilmek için gerekli üretim, tasarım ve altyapı, erken aşamada tasarlanmalı, geliştirilmeli, üretilmeli ve dağıtılmalıdır.⁵⁹

EHİS m. 21’de ayrıntılı olarak bilgi ve iletişimin erişilebilirliğinin uygulamada nasıl sağlanabileceği açıklanmaktadır. Maddeye göre alınması gereken tedbirler şu şekildedir:

a. Kamuya sunulması amaçlanan bilginin engellilerin erişebileceği biçimlerde ve farklı engelli gruplarına uygun teknolojilerle güncel olarak ve ek bir bedel alınmaksızın sunulması;

b. Engellilerin resmi temaslarda işaret dillerini, Braille alfabesini, beden dilini ve tercih ettikleri diğer tüm erişilebilir iletişim araç ve biçimlerini kullanmalarının kolaylaştırılması;

c. Kamuya açık hizmet sunan özel kuruluşların internet dahil olmak üzere, engellilerin erişebileceği ve kullanılacağı biçimde bilgi ve hizmet sunmalarının teşvik edilmesi;

d. İnternet aracılığıyla bilgi sunanlar dahil olmak üzere kitle iletişim hizmeti sunan kurumların hizmetlerini engellilerin erişebileceği şekillerde sunmalarının teşvik edilmesi;

e. İşaret dili kullanımının kabul ve teşvik edilmesi.”

Bu düzenleme bağlamında konunun iki önemli boyut karşımıza çıkmaktadır. İlki, engelli bireylerin her yurttaş gibi temel hukuk bilgisine erişimlerinin önündeki engellerin kaldırılması ve bilgiye erişimleri için güçlenme çalışmalarının yapılmasının gerekliliğidir. İkincisi ise engelli bireylerin dezavantajlarının giderilmesinde ayrımcılık yasağı kapsamında hak temelli yaklaşım için engellilerin insan hakları konusunda bilinçlendirilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece EHİS çerçevesinde adalete erişimde karşılaşılan dezavantajlar, bilgiye erişim noktasında giderilmiş olacaktır.⁶⁰

EHK, erişilebilirliğin adalete erişim hakkı (m. 13) ve bilgiye erişim hakkı (m. 21) ile ilişkisini de ele almıştır. Komite’ye göre etkili bir adalete erişim hakkı için kolluk ve yargı sisteminin yer aldığı binalar fiziksel olarak erişilebilir olmalı ve bunların sağladığı hizmet, bilgi ve iletişim de engelli bireylerin erişimine uygun olmalıdır.⁶¹

⁵⁹ Engellilerin Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014, para. 21-22.

⁶⁰ Eilionóir FLYNN, “Making Human Rights Meaningful For People With Disabilities: Advocacy, Access to Justice and Equality Before The Law”, The International Journal of Human Rights, C. 17, Sa. 4, 2013, s. 499.

⁶¹ Engellilerin Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014, para. 37.

Yine EHK, Genel Yorumlar'ında onurlu bir yaşam sürdürebilmek için insan haklarının bütünlüğü gereği ele aldığı hükümde düzenlenen hak ve özgürlüğün, Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlüklerle ilişkisini de değerlendirmektedir. Bu bakımdan EHİS m. 19'da düzenlenen engelli bireylerin bağımsız bir yaşam kurabilmeleri ve topluma tam katılımları ile bilgiye erişim arasındaki yakın ilişkiyi ele almaktadır. EHK'nin 5 Numaralı Genel Yorum'una⁶² göre engelli bireylerin bağımsız yaşamlarına yönelik tam bilgilendirilmiş bir şekilde karar alabilmeleri ve tercihte bulunabilmeleri için destek hizmetleri ve sosyal koruma planları; nerede, kiminle, nasıl yaşayacaklarını ve ne tür hizmetlerin kendilerine en uygun olduğu hakkındaki bilgilerin erişilebilir ve Braille (kabartma), işaret dili, dokunsal ve kolay okuma (Easy Read) formatları gibi güçlendirici biçimler ve alternatif iletişim araçları ve yolları gibi çeşitlendirilmiş kaynaklarla temin edilmelidir. Aynı zamanda bu konulardaki idarî-hukukî düzenlemeler hakkında engelli bireylerin kamu otoritelerine geri bildirimde bulunma ve şikayet mekanizmalarını işletebilme olanakları erişilebilir olmalıdır.⁶³

Engelli bireylerin bilgiye erişiminin yanı sıra EHK, engelli bireyleri temsil eden örgütlerin de engelliliğe ilişkin idarî-hukukî karar alma mekanizmalarına dahil olmalarını demokratik bir toplumda kamusal karar alma süreçlerinin şeffaf ve hesap verilebilir bir şekilde işlemesi için gerekli görmektedir.⁶⁴ Bu nedenle engelli bireyler kadar onları temsil eden örgütlerin de bilgiye eşit erişimi sağlanmalıdır. EHK'ye göre m. 21'de düzenlenen bilgiye erişim hakkı ile kamusal yaşama katılım arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki, Komite tarafından şu şekilde ifade edilmektedir:

“Bilgiye erişim (md. 21) engelli bireyleri temsil eden örgütlerin izleme sürecine dahil olması, tam olarak katılımı ve görüşlerini özgürce ifade etmeleri için gereklidir. Söz konusu örgütler, bilgiye dijital biçimler ve engelliliğe uygun olan diğer teknolojiler de dahil olmak üzere erişilebilir biçimlerde, zamanında ve ek bir masraf gerekmeksizin erişebilmelidir... Örgütlere herhangi bir danışma sürecinden yeterli zaman öncesinde, o

⁶² Engellilerin Hakları Komitesi, Bağımsız Yaşama ve Topluma Dahil Olma Hakkında Genel Yorum No. 5, CRPD/C/GC/5, 2017.

⁶³ Engellilerin Hakları Komitesi, Bağımsız Yaşama ve Topluma Dahil Olma Hakkında Genel Yorum No. 5, CRPD/C/GC/5, 2017, para. 85.

⁶⁴ Engellilerin Hakları Komitesi, Engelli Çocuklar da Dahil Olmak Üzere Engellilerin Temsilci Örgütleri Aracılığıyla Sözleşme'nin Uygulanması ve İzlenmesine Katılımı Hakkında Genel Yorum No. 7, CRPD/C/GC/7, 2018, para. 84.

*duruma özgü bütçe, istatistiki veriler ve bilinçli karar verebilmek için gereken diğer bilgiler, örgütler için erişilebilir hale getirilmelidir.*⁶⁵

Buna göre bilgi edinme hakkı, hem engelli bireylerin topluma eşit katılımları için erişilebilir olmalı hem de engellileri temsil eden örgütlerin hakların yerine getirilmesi sürecine dahil edilmeleri için herkese açık hukukî-idarî yollara erişim de dahil olmak üzere, engellilerin haklarının izlenmesi amacıyla kurulan bağımsız bir denetim mekanizması ile de desteklenmelidir.

B. Bilgi Edinme Hakkının Bir unsuru Olarak Erişilebilirlik İlkesi

Bilgi edinme, bilgiye erişim, katılım hakkı dendiğinde erişilebilirlik meselesi, temel kesişim kümesini oluşturmaktadır. Aynı zamanda bilgiye erişim, adalete erişimin güvence altına alınmasında da etkili bir hak olduğuna göre adalete erişim ve bilgiye erişim ile erişilebilirlik arasındaki ilişki üzerinde durulmalıdır. Genel olarak erişilebilirlik, ayrımcılık yasağı ile arasındaki yakın ilişki dikkate alınarak dezavantajlı grupların insan haklarını kullanabilmelerinde bir enstrüman olma işlevi yüklenerek kavramlaştırılmaktadır.⁶⁶

EHİS'e baktığımızda erişilebilirlik, hem bağımsız yaşamının ve topluma katılımın koşulu olarak genel bir ilke hem de bağımsız bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir.⁶⁷ EHİS m. 3/f'de Sözleşme'nin ruhunu yansıtan genel ilkeler düzenlenmekte olup, bunlardan birinin erişilebilirlik olduğu ifade edilmiştir. Yine EHİS m. 9'da erişilebilirlik, bağımsız bir hak olarak ele alınmış ve bu hakkın unsurlarından birinin de "*bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dahil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına erişim*" olduğu belirtilmiştir. EHİS m. 9'a göre devletin yükümlülüğü, bilgi olanaklarına eşit erişimi sağlamak için uygun tedbirleri almak ve aynı zamanda erişim önündeki engelleri tespit ederek bunları ortadan kaldırmaktır. Bilgi olanakları dendiğinde bilgiyi nereden edindiğimiz sorusu akla gelmektedir. Bilgi edinme olanakları, hem fiziksel olarak bizzat bilgiyi edineceğimiz yere gitme şeklinde hem de bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla bilgiyi edinme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Her iki yolla

⁶⁵ Engellilerin Hakları Komitesi, Engelli Çocuklar da Dahil Olmak Üzere Engellilerin Temsilci Örgütleri Aracılığıyla Sözleşme'nin Uygulanması ve İzlenmesine Katılımı Hakkında Genel Yorum No. 7, CRPD/C/GC/7, 2018, para. 84.

⁶⁶ ÇAĞLAR, (2012), s. 545; Human Rights: A Reality For All-Disability Strategy 2017-2023, Council of Europe, Mart 2017, s.22, para, 56.

(<https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023>, erişim: 16.04.2020).

⁶⁷ ÇAĞLAR, (2012), s. 544.

YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)

bilgiye erişim hakkından engellilerin eşit şekilde istifade edebilmesi EHİS m. 9'un güvencesi altına alınmıştır. Bunun yanı sıra Sözleşme'de düzenlenen her bir hak ve özgürlük alanı için genel bir ilke olarak erişilebilirliğin sağlanması gerekmektedir. Bu haklardan bir tanesi de EHİS m. 13'te düzenlenen adalete erişim hakkıdır.

Görüldüğü üzere Sözleşme'nin pek çok hükmünde ya hakkın ya da devlet yükümlülüklerinin aslî unsuru olarak erişilebilirliğe yer verilmiştir. Konumuz bakımından EHİS m.3/f, m.9, m.13 ve m.21'de erişilebilirlik, ilgili hakların ortak bir unsurudur.⁶⁸ Diğer bir deyişle m. 9'da genel olarak tüm bilgi olanaklarına erişim hakkı düzenlenirken, m. 13'te ve m. 21'de, m. 9'un özel birer görünümü olarak sırasıyla devletlerin, engellilerin adalet sistemi içinde korunmaları ve hukuki yollara katılımları ile engellilerin düşünce ve ifade özgürlüklerini kullanabilecekleri tüm iletişim kanallarının açılması düzenlenmektedir. Aynı zamanda hem m. 9 hem m. 13 hem de m. 21 bakımından m. 3/f temel dayanak noktalarından birini oluşturmaktadır.

EHİS m. 21, engelli bireylerin, toplumun diğer kesimleriyle eşit temellerde, tüm kamusal bilgiye erişilebilir biçimlerde ulaşma, bilgiyi arama, edinme ve ifade etme hakkını düzenlemektedir.⁶⁹ Hükmü, m. 13'te düzenlenen adalete erişim bağlamında düşündüğümüzde EHK'nin bir hak olarak adalete erişim sürecini ne şekilde ele aldığına bakmakta fayda vardır. Komite'ye göre bu hakkın etkin şekilde kullanımı, adalete erişim sürecine katılımın olanaklı ve sürecin şeffaf olmasına bağlıdır. Engelli bireylerin katılımını olanaklı kılan işlemleri ise dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; (i) bilgilerin anlaşılabilir ve erişilebilir bir şekilde sunulması; (ii) farklı iletişim biçimlerinin tanınması ve düzenlenmesi; (iii) sürecin tüm aşamalarında fiziksel erişilebilirlik; (iv) adli yardım durumunda, eğer gerekli ise malî yardım sunulmasıdır.⁷⁰ Görüldüğü üzere, Komite'ye göre de engelli bireylerin adalete eşit erişiminin ilk basamağını bilgiye erişim oluşturmaktadır. Etkin katılımın yanı sıra, Komite'ye göre sürecin şeffaflığı için de devlet, bu süreçte tüm bilgilerin erişilebilir ve kullanılabilir

⁶⁸ ÇAĞLAR, (2012), s. 547.

⁶⁹ Engellilerin Hakları Komitesi, Bağımsız Yaşama ve Topluma Dahil Olma Hakkında Genel Yorum No. 5, CRPD/C/GC/5, 2017, para. 85.

(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/5&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

⁷⁰ Engellilerin Hakları Komitesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6, 2018, para. 52. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

olmasını ve ilgili tüm iddiaların, davaların ve mahkeme kararlarının yeterli şekilde kaydedilmesini ve yayımlanmasını sağlamakla yükümlüdür.⁷¹

EHİS m. 2’de makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi, engelliliğe dayalı ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir.⁷² Bu noktadan hareketle bireyselleştirilmiş erişilebilirlik düzenlemelerinin makul düzenleme anlamına geldiği belirtilebilir. Çünkü erişilebilirlikle ilgili her türlü tedbir alınsa bile engelliliğin dinamik ve karmaşık yapısı dolayısıyla ilgili hakkın kullanılabilirliği için daha somut, kişiye özgü tedbirlerin alınması gerekebilmektedir. Bu da makul düzenleme ile mümkündür.⁷³ Bu bağlamda EHK, 6 Numaralı Genel Yorumu’nda adalete erişim hakkı kapsamında düzenlenecek usule ilişkin güvencelerin, makul düzenlemenin ana unsurlarından olan “*yükümlüye ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeme*” ölçütünden farklılaştığını ve adalete erişimde usule ilişkin düzenlemelerin ölçsüzlükle sınırlanmış olmadığını ifade etmektedir. Örneğin adliyeler ve mahkemelerde çeşitli engellilik durumlarını kapsayan iletişim yöntemlerinin engelli bireylere tanınması, ölçsüz bir düzenleme olmayacaktır.⁷⁴

Erişilebilirlik ve makul düzenlemenin EHİS’te düzenlenen her bir hak bakımından ne ölçüde yerine getirilip getirilmediği her vaka özelinde incelenmelidir. Bu konuda adalete erişimin özel bir yeri olduğunu söylemek gerekir. Çünkü engelli bireylerin adalete erişimde karşılaştığı sorunlar, EHİS’in temel varlık nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Öyle ki, adalete erişim ilk kez bir insan hakları sözleşmesinde ayrı bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu noktada Sözleşme’nin ruhuna uygun olarak m. 33’te engellilerin haklarının iç hukukta izlenmesi amacıyla ulusal bir denetim usulü öngörülmüştür. Buna göre EHİS’e taraf her devlet, Sözleşme’nin uygulanmasını izlemek üzere bağımsız bir denetim mekanizmasını içeren

⁷¹ Engellilerin Hakları Komitesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6, 2018, para. 54.

⁷² Engellilerin Hakları Komitesi, Sözleşme m. 2’de tanımlanan makul düzenleme ile m. 5’te düzenlenen ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini birlikte değerlendirmektedir. Komite’ye göre makul düzenleme yapma yükümlülüğünün iki kurucu unsuru mevcuttur. Bunlardan ilki, engelli bireyin haklarından faydalanabilmesi veya haklarını kullanabilmesi için ihtiyaç duyduğu belirli bir durumda, o duruma ilişkin gerekli ve uygun bir düzenleme ve değişiklik şeklinde makul bir düzenleme yapılması için pozitif bir hukukî zorunluluk getirmektir. İkinci unsur ise gerekli olan düzenlemelerin yükümlülük sahibi üzerinde ölçsüz veya aşırı bir yük getirmemesini temin etmektir. Engellilerin Hakları Komitesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6, 2018, para. 25.

⁷³ GÜL, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, s. 36.

⁷⁴ Engellilerin Hakları Komitesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6, 2018, para. 51.

bir yapı bulundurmalı veya kurmalı ya da mevcut denetim organlarını EHİS'i de içerecek şekilde güçlendirmelidir. Aynı zamanda hak öznesinin denetim süreçlerine dahil edilmesi ve katılımı, m. 33'te "başta engelliler ve onları temsil eden kuruluşlar olmak üzere sivil toplum" şeklinde ifade edilerek adalete erişimin hak temelli boyutu ortaya konulmuştur.

EHİS'in engelli bireylerin adalete erişim hakkının güçlenmesi politikası, m. 33'te vurgulandığı üzere ancak etkili iç hukuk mekanizmalarının varlığı ile mümkündür. İç hukuk mekanizmalarının etkililiği için başta hakkın öznesi olmak üzere, kamu makamlarının, yargı organlarının ve sivil toplum örgütlerinin bu sözleşmelere ilişkin bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu gereklilik hukukî bilgiye ve insan hakları bilgisine erişimi gündeme getirmektedir. Bunun yanı sıra sadece hak ve özgürlüklere ilişkin bilgiye erişebilmek de yeterli değildir. Bunların ihlali durumunda başvurulabilecek hak arama yollarını, başvuru mekanizmalarını ve denetim usullerini de bilmek gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşmelerde düzenlenen hak ve özgürlükler kâğıt üzerinde kalacaktır.⁷⁵

Sözleşmenin kurucu ilkelerinden olan erişilebilirlik, adalete erişim ve bilgiye erişim haklarının ana unsurlarındandır. Her iki hakkı erişilebilirlik ilkesi ışığında değerlendirdiğimizde, erişilebilirliğin sadece fiziksel erişilebilirlik olarak anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Nasıl ki engellilik durumu, toplumdaki kalıpyargının aksine, sadece fiziksel engelleri ifade etmiyor ve zihinsel, düşünsel ya da algısal engel durumlarını da içeriyorsa,⁷⁶ benzer şekilde erişilebilirlik de tek boyutlu olarak karşımıza çıkmamaktadır. EHİS m. 1'e göre de farklı engellerin ortak noktası, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil etmesidir. İşte erişilebilirlik, tüm bu engellerin kaldırılmasına hizmet etmektedir.

C. EHİS'in Yaklaşımının Bilgi Edinme Hakkına Kattığı Değer

⁷⁵ GÜL, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, s. 44.

⁷⁶ Karşılaşılan başlıca engel grupları, bunlarla sınırlı olmamak üzere şu şekildedir: Görme engelliler, fiziksel engelliler; dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu; öğrenme güçlükleri, psikiyatrik/psikolojik sorunlar; konuşma ve dil sorunları; işitme engelliler ve sağırılık; travmatik beyin hasarları. Boğaziçi Üniversitesi Engelliler Komisyonu Misyonu. (http://www.boun.edu.tr/tr_TR/Content/Kampus_Yasami/Engelli_Ogrenciler/Engelliler_Komisyonu_Misyonu, erişim: 11.04.2020).

Engelli bireylerin, insan haklarına ilişkin kamu otoritelerinin gereğini yerine getirmesi gereken yükümlülükleri konusunda bilgi almak, talep ve önerilerini dile getirmek veya hesap sormak konusunda bilgi edinme hakkı özel bir yere sahiptir. Kamu politikalarında engelliliğin dikkate alınıp alınmadığı hususunda kamuoyu oluşturmak için de benzer bir özellik taşımaktadır. Hatta kamu otoritelerinin engellilik konusunda bilgi edinme hakkını “engelliler olmadan engelliler için asla” perspektifi ile birlikte düşünerek böyle bir konuda karar alınmadan veya icra edilmeden önce karar alma sürecine katılma hakkı⁷⁷ çerçevesinde değerlendirmesi gerekmektedir. Bu özel önem nedeniyle EHİS’te bilgiye erişim, erişilebilirlik ve adalete erişim ayrı ayrı hak kategorileri olarak, ama aynı zamanda birbiriyle ilgisi ve bağlantısı kurularak düzenlenmiştir.

EHİS’in engelliliğin anaakımlaştırılması çerçevesinde adalete erişim hakkı perspektifinden engelli bireylerin gerçek yaşam problemlerini nasıl tanımladığı, bu problemi bir adaletsizlik olarak görüp görmedikleri ve bilgiye erişim konusundaki bilgi ve bilinç düzeyleri ile mevzuatın engellilerin problem, algı ve ihtiyaçlarına cevap verip vermediği test edilebilmektedir. İlk olarak gerçek yaşam problemine ilişkin adalet arayan kişinin farkındalığının olması ve problemi bir hukukî şikayet/başvuru olarak tanımlayabilmesi gerekmektedir. Bunun için engelli birey, öncelikle hakları, ihlale maruz kalıp kalmadığı, kendisi hakkındaki işlem ve eylemler konusundaki bilgiye erişebilmelidir. Bu anlamda bilgi edinme hakkı, bilgiye erişim hakkının bir parçası haline gelirken, bilgiye erişim de adalete erişim sürecinin ilk aşamalarından birini oluşturmaktadır.

Gerçekten de adalete erişim çalışmalarının birikimi⁷⁸ ile EHİS ve EHK’nin bakış açısının uyumlu olduğu görülmektedir. Günümüzde ise

⁷⁷ İbrahim KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002, s. 435.

⁷⁸ Adalete erişim çalışmalarının tarihsel arka planına bakacak olursak, literatürde konu hakkındaki araştırma ve tartışma süreçlerinin tarihsel olarak beş dalga şeklinde kategorize edildiği görülmektedir. Roderick A. MACDONALD, “Access to Civil Justice”, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Peter Cane/Herbert M. Kritzer (ed.), Oxford University Press, 2010, s. 503-508; Julia H. BASS / W. A. BOGART, / Frederick H. ZEMANS, “Introduction”, *Access to Justice for a New Century: The Way Forward*, Books-70, 2005, s. 2. (https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/faculty_books/70, Erişim: 15.04.2020); Duygu HATIPOĞLU AYDIN, “Kadınların Adalete Erişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 4, 2015, s. 81-82. 1960’larda başlayan birinci dalgada adalete erişim mahkemelere ve avukatlara erişim olarak düşünülmektedir. Özellikle yoksullar için adliye hizmetleri başta olmak üzere adli yardım ve diğer kamu hizmetlerine erişim olarak ele alınmıştır. 1970’lerde ortaya çıkan ikinci dalgada sadece adli yardıma odaklanmanın *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

beşinci dalga adalete erişim çalışmaları⁷⁹, toplum yaşamından dışlanmış kesimler tarafından hukuk sistemindeki tüm birimlere ve otoritelere tam kapasite ulaşılabilmesi için eşit fırsatlar yaratılması olarak anlaşılmaktadır. Eğitim, sağlık ve yargı hizmetleri gibi kamu hizmetlerine erişim ile parlamento seçimlerine erişimin güçlendirilmesi adalete erişim içinde değerlendirilmektedir. Bunun için inisiyatif kullanılmasını sağlayan, yaratıcı, doğabilecek sorunlara önceden hazırlıklı, öngörülü hukukî mekanizmalara ihtiyaç vardır. Bu şekilde tasarlanmış bir adalete erişim stratejisi farklı kamu hizmetleri arasında işbirliğini, haklara bütüncül yaklaşımı ve hizmetlerin sunumunda hak temelli bakış açısını gerekli kılmaktadır.⁸⁰

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, insan hakları temelli bir yaklaşım getirerek kavramı şu şekilde tanımlamıştır: “*Adalet erişim, resmî veya resmî olmayan adalet kurumları aracılığıyla ve insan hakları standartlarına uygun şekilde bir çare arayabilme ve temin edebilme gücüdür.*”⁸¹ Bu bağlamda toplumun tüm kesimlerinin ihtiyaç duydukları

yetersizlikleri üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda mahkemelerin örgütlenmesi, mahkemelerde işletilen usul ve yargıçların performansı gibi kurumsal meselelere odaklanılmıştır. Mauro CAPPELLETTI / Bryant GARTH, “Access to Justice As A Focus of Research”, Windsor Yearbook of Access to Justice, Sa. 1, 1981, s. X-XIII. 1980'lere geldiğinde üçüncü dalga adalete erişim hareketinin eşitlik meselesine yoğunlaştığı görülmektedir. Bu süreçte yenilikçi kurum ve teknikler aracılığıyla mahkemelerin yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gelişmeye başlamıştır. Ayrıca hukuk dilinin anlaşılmazlıktan arındırılması hareketi de bu süreçte ortaya çıkmıştır. 1990'larda ortaya çıkan dördüncü dalgada bir uyuşmazlığın, resmî hukuk makamları önüne gelmeden çözülmesi ve önlenmesine odaklanılmıştır. Bu çerçevede önleyici hukukî mekanizmalar ve o mekanizmadan doğrudan yararlanıcıların katılımını içerecek yöntemler türetilmiştir. MACDONALD, s. 503-508; BASS / BOGART / ZEMANS, s. 2.

⁷⁹ Beşinci dalga, adalete erişimi bir süreç olarak ele almaktadır. Örneğin, ROLAX (Rule of Law and Access to Justice/Hukukun Üstünlüğü ve Adalete Erişim) Projesi ile geliştirilen yöntem takip edilerek adalete erişimin unsurları, erişim sürecinin farklı aşamaları olarak açıklanabilmektedir. Bu aşamalar ise sırasıyla şöyledir: “(i) *adalet arayan kişinin gerçek yaşam sorununun ortaya konulması, (ii) farkındalık oluşturulması, (iii) sorunun sınıflandırılması, (iv) şikayetin tanımlanması, (v) mevcut hukuk bakımından şikayeti çözebilecek mevzuatın keşfedilmesi, (vi) sorunun çözüm merciine erişilmesi, (vii) şikayetin ele alınması, (viii) adaletsizliğin giderilmesidir.*” ROLAX'ın metodolojik çerçevesine göre adalet arayan bir kimsenin mevcut mevzuat içinde nasıl bir çözüm ürettiği ya da tam tersi, çeşitli nedenlerle ne şekilde çözümsüzlüğe itildiği sistematik bir şekilde haritalandırılabilir. BEDNER / VEL, s. 10.

⁸⁰ MACDONALD, s. 503-508; BASS / BOGART / ZEMANS, s. 2-3.

⁸¹ Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı: “Programming for Justice: Access for All (A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice”, 2005, s. 3.

adalete kolaylıkla ulaşabilmesi ve haklarını etkili bir biçimde arayabilmesi için gerekli tüm olanakların sağlanması ve bu olanakların varlığının etkili bir biçimde tanıtılması, adalete erişim kapsamında değerlendirilmektedir.⁸² Dolayısıyla adalete erişim araştırmaları, hukukun ve hukuk mekanizmalarının herkes için eşit derecede erişilebilir, kullanılabilir ve etkin bir araç olmasını sağlamaya yönelmiştir.

Aynı zamanda EHK, adalete erişim hakkını engelli bireylerin karar alma süreçlerine katılımlarının bir parçası olarak nitelendirmektedir. Gerçekten de Komite, 7 Numaralı Genel Yorum’unda Sözleşme m. 4/3’te düzenlenen “Sözleşme’nin uygulanmasını sağlayacak kanunlar ve politikaların geliştirilmesi ve yaşama geçirilmesi ile engellilere ilişkin diğer karar alma süreçlerinde engelli çocuklar da dahil olmak üzere engellilere onları temsil eden örgütler aracılığıyla sürekli danışılması ve etkin bir şekilde bu sürece dahil edilmesi” yükümlülüğü ile m. 13’te düzenlenen adalete erişim hakkı arasındaki bağlantıyı engelli bireylerin adalet sistemine katılımı üzerinden kurmaktadır. Buna göre herkes ile eşit düzeyde adalet sisteminin bütününe katılım, iyi yönetişime katkı sunmak ve demokratik sistemin bir parçası olmak demektir. Bu katılım, örneğin, engelli bireylerin davacı, mağdur, sanık, jüri ve avukat rollerini üstlenmeleri gibi çeşitli şekillerde olabilir. Yine engelli bireylerin adalet sistemine katılmalarını sağlamak için tüm kanun yapma, değiştirme, yönetmelik, politika ve program oluşturma süreçlerine onları temsil eden örgütleri aracılığıyla engellilerin dahil edilmesi gereklidir.⁸³

SONUÇ

EHİS’in yaklaşımına uygun şekilde bilgi edinme hakkının güvence altına alınabilmesi için (i) hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak engelli bireylerin bilgiye erişimi konusunda politikalar geliştirilmesine, (ii) engelli hukukunun eksiklerinin tespit edilmesine, (iii) başta usûl hukuku olmak üzere ilgili mevzuat ile EHİS’in ilişkisinin kurulmasına, (iv) eğitim, siyasî hayata katılım ve yargı hizmetlerinde bilişim teknolojileri gibi yenilikçi teknolojilerin kullanımının yaygınlaştırılmasına ihtiyaç vardır. Bu

(<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/programming-for-justice-access-for-all-a-practitioners-guide-to-a-human-rights-based-approach-to-access-to-justice/>, erişim: 14.04.2020).

⁸² MACDONALD, s. 508.

⁸³ Engellilerin Hakları Komitesi, Engelli Çocuklar da Dahil Olmak Üzere Engellilerin Temsilci Örgütleri Aracılığıyla Sözleşme’nin Uygulanması ve İzlenmesine Katılımı Hakkında Genel Yorum No. 7, CRPD/C/GC/7, 2018, para. 81; ORTOLEVA, s. 284. *YÜHFD Cilt: XVIII Sayı:1 (2021)*

hususların yaşama geçirilebilmesi ise EHİS'in engelliliği anaakımlaştırılan yaklaşımının kullanılmasına bağlıdır.

Aynı zamanda bilgiye erişim olanaklarının pozitif hukuk düzenlemelerine dayalı önlemlerle etkinleştirilmesinin yanı sıra tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için engelli bireyler bakımından başta bilgi edinme hakkının etkili şekilde kullanılmasının önünü açıcı tedbirler olmak üzere, hak arama hürriyetini kullanma yöntemlerinin öğrenilmesi ve hukuk bilincinin geliştirilmesi gerekmektedir.

Adalet erişim sürecinde dezavantajlı gruplardan engelli bireylere “erişilebilirlik” kapsamında hak temelli bir toplumsal düzen geliştirilmesi için konuyla bağlantılı hukukî altyapının oluşturulması, mevcut mevzuatın eksiklerinin giderilmesi ve iyileştirilmesi kalıcı bir sosyal politika oluşturulmasında başat rol oynamaktadır. Sürdürülebilir bir sosyal politikanın oluşturulması, geçici, yardım temelli ve arızî hayırseverlik uygulamalarıyla değil; sistematik, kalıcı, herkese eşit şekilde uygulanan hak temelli bir yaklaşımın somut stratejilere dönüştürülmesi ile mümkün olmaktadır.

Demokratik karar alma süreçlerine etkili katılımın tesisi ve hukukî sorunların etkin çözümü için engelli bireylerin adalet erişimi önündeki ilk ve en temel engel olan bilgiye erişim ihlallerinin giderilmesi gerekmektedir. Böylece engellilerin toplumdan dışlanmasının ve ayrımcılığa maruz kalmasının önüne geçilecek ve eşitlik ilkesinin gerçek yaşamda uygulanabilir olması sağlanacaktır.

Bunun için engellilerin insan hakları yaklaşımının hukuk sisteminde anaakımlaştırılması önem taşımaktadır. Engelliliğin anaakımlaştırılması ise, hem idarî hem yargısal organların çalışanlarının engellilik alanına kişisel-özel ilgisinden ya da isteğinden bağımsız olarak ve engelli bireylere mağdur gözüyle değil ve fakat hak öznesi olarak eylem ve işlemde bulunulmasıyla mümkündür. En başta insan hakları hukuku alanında engellilerin “mağdur” olarak ele alınmasının, engellilere ilişkin mevcut zihniyeti pekiştirdiği görülmektedir. Oysa EHİS, mağdurlaştırma yerine hakların öznesi olarak herkes gibi yaşama ve topluma eşit katılımın yol ve yöntemlerini insan hakları diliyle göstermektedir.

Buna karşın halen eğitim ve sağlık hizmetlerinde olduğu gibi bilgi edinme, siyasal yaşama katılma ve adalet hizmetlerinde de kullanılan sistem ve araçların elverişsizliği dolayısıyla engelli bireylerin hem haklarını bilme, ihlal durumunu tespit etme olanaklarından yoksun olduğu hem de bu

yoksunlukları giderilmiş olsa dahi, yargı kararlarında EHİS'in kendine özgü yaklaşımının kullanılmadığı görülmektedir.⁸⁴

Bu çalışmada hak temelli ve bütüncül yaklaşım gereği bilgi edinme hakkına erişilebilirlik, sadece fiziksel mekânlara erişim olarak düşünülmemiş; genel olarak bilgiye erişim ve onunla bağlantılı bir süreç olan adalete erişim bakımından çeşitli boyutlarıyla ele alınmıştır. Türkiye'nin 2009'dan bu yana herhangi bir çekince koymaksızın EHİS'in tarafı olduğu göz önünde bulundurulursa, Sözleşme'nin her bir hükmünde düzenlenen hak kategorisinin EHİS'in kendine özgü yaklaşımı bağlamında incelenmesi ve iç hukukta ne şekilde uygulanıp yorumlanacağına ışık tutması beklenmektedir. Buna karşın EHİS'in Türk hukuku bakımından ilk on yılında hukukçulardan hak ettiği ilgiyi görmediği söylenebilir. Bu çalışmanın ise engellilerin hakları konusunda gelecek çalışmalara EHİS'in yaklaşımı ve kattığı değer ışığında yol gösterici olması arzu edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat: **Genel Kamu Hukuku**, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- ALGAN, Bülent: **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ANAYURT, Ömer: "1982 Anayasası ve 3071 Sayılı Kanuna Göre Dilekçe Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı (2001-2002)**, C. 23-24, 2002, s. 95-128.
- ANAYURT, Ömer: "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı**, C. 1, 2000, s. 47-57.
- ASRAK HASDEMİR, Tuğba: "Türkiye'de Kamusal İletişim ve Bilgi Edinme: 10 Yılın Ardından Panoramik Bir İnceleme", **Amme İdaresi Dergisi**, 2014, C. 47, Sa. 3, s. 111-144.
- BASS, Julia H. / BOGART, W. A. / ZEMANS, Frederick H.: "Introduction", **Access to Justice for a New Century: The Way Forward**, Books-70, 2005, s. 1-19.

⁸⁴Ayşe SARI, "Ülke Raporunun Türkiye'de ilgili kaynaklarda Türkçe olarak yayınlanmaması bir erişim engelidir", Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi Işığında Engelli Örgütleri, Hak Temelli Savunuculuk ve Uluslararası İnsan Hakları Mekanizmaları, Engelliler Konfederasyonu Çalıştayı, Doğan, Selen (ed.), Ankara, 2019, s. 39-40. (<https://www.engellilerkonfederasyonu.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/7-Uluslararası%20B1-%20B0nsan-Hakları%20B1-Mekanizmalar%20B1-El-Kitab%20B1-min.pdf>, erişim: 16.09.2020).

(https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/faculty_books/70, Erişim: 15.04.2020).

BEDNER, Adriaan / VEL, Jacqueline: “An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice”, **Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)**, 2010, s. 1- 29.

(<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/18074/Bedner,%20A.W.%20and%20Vel,%20J.A.C.,%20An%20analytical%20framework%20for%20empirical%20research%20on%20Access%20to%20Justice.pdf?sequence=2>, erişim: 15.04.2020).

Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi: “İlkeler Bildirgesi: Bilgi Toplununun İnşası: Yeni Binyılda Küresel bir Zorluk” (Declaration of Principles: Building the Information Society: A Global Challenge in the New Millennium)”, WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E.

(<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0016549204043613>, erişim: 11.05.2020).

BM Asya-Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu (ESCAP): “2013-2022 Asya-Pasifik Engelliler Onyılına dair Bakanlar Deklarasyonu ile Asya-Pasifik Bölgesinde Engelli Bireyler için “Hakların Gerçeğe Dönüştürülmesine” Yönelik Incheon Stratejisi”, Bangkok, Kasım 2012.

(<https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/uluslararası-mevzuat/turkce.pdf>, erişim: 14.04.2020).

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Erkeklerle ve Kadınlara Eşit Hak Sağlanmasına ilişkin Genel Yorum No. 16, UN Doc. E/C. 12/2005/4, 2005, para. 17-21.

(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2005%2f4&Lang=en, erişim: 16.04.2020).

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin İzlenmesi”, İnsan Hakları Gözlemcileri için Rehberlik: Profesyonel Eğitim Serisi 17, HR/P/PT/17, New York ve Cenevre, 2010 (<https://issuu.com/sivilduun/docs/3087>, erişim: 09.04.2020).

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: BM Viyana Deklerasyonu ve Eylem Programı, World Conference on Human Rights, Viyana, 25 Haziran 1993. (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, erişim: 15.04.2020).

- BM Kalkınma Programı: “Programming for Justice: Access for All (A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice”, 2005, s. 3.
(<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/programming-for-justice-access-for-all-a-practitioners-guide-to-a-human-rights-based-approach-to-access-to-justice/>, erişim: 14.04.2020).
- Boğaziçi Üniversitesi: Engelliler Komisyonu Misyonu.
(http://www.boun.edu.tr/tr_TR/Content/Kampus_Yasami/Engelli_Ogren_ciler/Engelliler_Komisyonu_Misyonu, erişim: 11.04.2020).
- BOVEN, Theodor C. Van: “Distinguishing Criteria of Human Rights”, **The International Dimensions of Human Rights**, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, Greenwood Press, UNESCO, Paris, France, 1982, s. 43-61.
- BURCHARDT, Tania: “Capabilities and Disability: The Capabilities Framework and The Social Model of Disability”, **Disability & Society**, C. 19, Sa. 7, 2004, s. 735-751.
- ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 96, 2011, s. 149-178.
- ÇAĞLAR, Selda: “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, Sa. 2, 2012, s. 541-598.
- CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant: “Access to Justice As A Focus of Research”, **Windsor Yearbook of Access to Justice**, Sa. 1, 1981, s. IX-XXV.
- ÇEÇEN, Anıl: **İnsan Hakları**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÇELİK, Elif: “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sa. 1, 2016, s. 219-246.
- Department of Economic and Social Affairs: Disability Factsheet on Persons with Disabilities.
(<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/factsheet-on-persons-with-disabilities.html>, erişim: 10.04.2020).
- Engellilerin Hakları Komitesi: Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6, 2018.
(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en, erişim: 16.04.2020).
- Engellilerin Hakları Komitesi: Bağımsız Yaşama ve Topluma Dahil Olma Hakkında Genel Yorum No. 5, CRPD/C/GC/5, 2017.

- (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/5&Lang=en, erişim: 16.04.2020).
- Engellilerin Hakları Komitesi: EHİS m. 9: Erişilebilirlik Hakkında Genel Yorum No. 2, CRPD/C/GC/2, 2014.
- (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en, erişim: 16.04.2020).
- Engellilerin Hakları Komitesi: Engelli Çocuklar da Dahil Olmak Üzere Engellilerin Temsilci Örgütleri Aracılığıyla Sözleşme'nin Uygulanması ve İzlenmesine Katılımı Hakkında Genel Yorum No. 7, CRPD/C/GC/7, 2018.
- (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/7&Lang=en, erişim: 16.04.2020).
- European Commission: A Rights-based Approach, Encompassing All Human Rights for EU Development Cooperation: Commission Staff Working Document, Brussels, SWD(2014) 152 final, 2014, s. 6-7. (https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/online-170621-eidhr-rba-toolbox-en-a5-lc_en.pdf, erişim: 14.10.2020).
- FLYNN, Eilionóir: "Making Human Rights Meaningful For People With Disabilities: Advocacy, Access to Justice and Equality Before The Law", **The International Journal of Human Rights**, C. 17, Sa. 4, 2013, s. 491-510.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÜL, İdil Işıl: "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", **Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler**, Çayır, Kenan/ Soran, Melisa/ Ergün, Melike (ed.), Karekök Yayınları, İstanbul, 2015, s. 31-45.
- GÜL, İdil Işıl: "Engelliliğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Hukukun Rolü", **Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler**, Çayır, Kenan/Soran, Melisa/Ergün, Melike (ed.), Karekök Yayınları, İstanbul, 2015, s. 45-61.
- HATİPOĞLU AYDIN, Duygu: "Kadınların Adalete Erişimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Sa. 4, 2015, s. 79-107.
- Council of Europe: Human Rights: A Reality For All-Disability Strategy 2017-2023, Mart 2017. (<https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023>, erişim: 16.04.2020).
- KALEM BERK, Seda: **Türkiye'de "Adalete Erişim": Göstergeler ve Öneriler**, TESEV Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2012.

- KAPANİ, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- MACDONALD, Roderick A.: “Access to Civil Justice”, **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**, Peter Cane/Herbert M. Kritzer (ed.), Oxford University Press, 2010, s. 493-516.
- MÉGRET, Frédéric: “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or DisabilityRights?”, **Human Rights Quarterly**, C. 30, Sa. 2, Mayıs 2008, s. 494-516.
- Molka v. Polonya, Başvuru No. 56550/00, Kabul Edilmezlik Kararı, AİHM, 11.04.2006.
([https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-75427%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-75427%22%7D)}, erişim: 17.04.2020).
- Nikky Sentges v. Hollanda, Başvuru No. 27677/02, Kabul Edilmezlik Kararı, AİHM, 08.07.2003. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23318>, erişim: 17.04.2020).
- OLIVER, Mike: “The Social Model of Disability: Thirty Years On”, **Disability & Society**, C. 28, Sa. 7, 2013, s. 124-1026.
- ORTOLEVA, Stephanie: “Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and the Legal System”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, C. 17, Sa. 2, 2010, s. 281-320.
- PERLIN, Michael: “My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain: Stereotypes, Stigma and Sanism”, **Stereotypes and Human Rights Law**, Eva Brems/Alexandra Timmer (ed.), Intersentia, UK, 2016, s. 95-119.
- QUINN, Gerard / DEGENER, Theresia / BRUCE, Anna: **Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability**, United Nations Press, Geneva, 2002.
- QUINN, Gerard: “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability”, **Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights**, C. 15, Sa. 1, Güz 2009, s. 33-52.
- SARI, Ayşe: “Ülke Raporunun Türkiye’de ilgili kaynaklarda Türkçe olarak yayınlanmaması bir erişim engelidir”, **Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi Işığında Engelli Örgütleri, Hak Temelli Savunuculuk ve Uluslararası İnsan Hakları Mekanizmaları**, Engelliler Konfederasyonu Çalıştayı, Doğan, Selen (ed.), Ankara, 2019, s. 39-40. (<https://www.engellilerkonfederasyonu.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/7-Uluslararası%20B1-%20B0nsan->

- Haklar% C4% B1- Mekanizmalar% C4% B1-El- Kitab% C4% B1-min.pdf, erişim: 16.09.2020).
- ŞENGÜL, Ramazan: “Avrupa Konseyi Belgelere Erişim Özgürlüğü Sözleşmesi Karşısında Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı”, **Amme İdaresi Dergisi**, 2014, C. 47, Sa. 3, s. 91-110.
- SEZER, Abdullah, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne Dilekçe ile Başvuru Hakkı”, **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları**, Çağlar, Selda (ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 213-255.
- ŞİMŞEK, A. Aslı / SONGUR, Damla: “Engellilik Çalışmalarında Adalete Erişim: Hak Temelli Farkındalık Üzerine Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Engelli Hakları Konferansı-Engellilerin Adalete Erişimi**, İstanbul, 2018, s. 97-111.
- STEIN, Michael Ashley / STEIN, Penelope J.S.: “Disability, Development, and Human Rights: A Mandate and Framework for International Financial Institutions”, **University of California, Davis Law Review Review**, Sa. 47, 2013, s. 1233-1278.
- TBMM: Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çalıştayı Sonuç Raporları, **10. Yıl Çalıştayı**, 27 Mayıs 2013, s. 16.
(https://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_calistay_raporu.pdf, erişim: 10.12.2020).
- UN Department of Economic and Social Affairs-Disability: “Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)-Preamble”, para. 7.
(<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/preamble.html>, erişim: 14.04.2020).
- UN General Assembly: Convention on the Rights of Persons with Disabilities : Resolution / adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106.
(<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>, erişim: 16.04.2020).
- UN High Commissioner for Human Rights: Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies, HR/PUB/06/12, 2006.
(<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiesen.pdf>, erişim: 13.04.2020).
- UNICEF-Innocenti Research Centre: Promoting The Rights Of Children With Disabilities, 2007, s. 32, 33, ve 36.
(https://www.un.org/esa/socdev/unyin/documents/children_disability_rights.pdf, erişim: 14.04.2020).

- United Nations: Universal Values Principle One: Human Rights-Based Approach. (<https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>, erişim: 14.10.2020).
- UYGUN, Oktay: “İnsan Hakları Kuramı”, **Cogito – İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 13-44.
- WEBER, Mark C.: “Disability Rights, Welfare Law”, **Cardozo Law Review**, C. 32, Sa. 6, 2011, s. 2483-2531.
- World Health Organization: “Why is the Convention on the Rights of Persons with Disabilities important?”, Q&A, 10 Eylül 2013, (<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/why-is-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-important>, erişim: 09.04.2020).
- X ve Y v. Hollanda, Başvuru No. 8978/80, AİHM, 26.03.1985, p. 23. ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57603%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57603%22]}), erişim: 16.05.2020).
- YÜCEL DERİCİLER, Özge: **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Z.H. v. Macaristan, Başvuru No. 28973/11, AİHM, 08.02.2013. (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114276>, erişim: 17.04.2020).