

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 9

Sayı / Issue: 2

Güz / Autumn 2022

Genel Sayı / Number: 18



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e-ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 9 Sayı / Number: 2 Güz / Autumn 2022

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Ömer Ceran

Editör / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU / Turkey
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT / Turkey
abdullahery@gmail.com
ORCID: 0000-0002-1757-0187
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Muhammed Emre HAYYAR / Turkey
mehayyar@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0731-6123
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Musab ŞAHİN / Turkey
asahin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6529-9179
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBASI / Turkey
byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Zeynep Şeyda UYSAL / Turkey
zssahin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4548-3790
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda GÜNDÜZ / Turkey
ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0802-3349
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Melih KOÇ / Turkey
mkoc@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3479-1010
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by
Mert Sarsağ

Kapak / Cover
Levent Karabağlı - Medicom Ajans

Grafik-Tasarım / Graphic-Design
Sertan Vural - Medicom Ajans

Danışma Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Âkif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Mehmet Sercan ERCAN

İspanya Anayasası'nın Yapım Sürecine İlişkin Bir İnceleme

An Analysis on the Construction Process of the Spanish Constitution 271

Araştırma Makalesi / Research Article - Abdurrahman TEKİN

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasamanın Güçlendirilmesi: Sözlü Soru ile Yürütme ve Bürokrasiden İzahat İstenmesi

Strengthening the Legislature in Presidential System: Oral Questioning of the Executive and Bureaucracy 297

Araştırma Makalesi / Research Article - Semih Batur KAYA

Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye'deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz

An Analysis on the Concept of Human Dignity as a Category of Human Rights and Its Application in Turkey 335

Araştırma Makalesi / Research Article - Çağla TANSUĞ & E. Eylem AKSOY RETORNAZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında İyi Yönetişim Kavramı

La bonne administration dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 355

Araştırma Makalesi / Research Article - Uğur AŞKIN

Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenen Suçlarda Uzlaştırma

Reconciliation of Criminal Disputes Arising From Medical Liability 387

Araştırma Makalesi / Research Article - Şaban Cankat TAŞKIN

7346 Sayılı Kanunla Türkiye Futbol Federasyonuna Verilen İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Yetkisine Eleştirel Bakış

Critical Overview On The Authority To Ban Access To Internet Sites Granted To The Turkish Football Federation By Law No. 7346 417

Araştırma Makalesi / Research Article - Burak BOZ & Gül Yağmur YAVAŞOĞLU

Suç İşleme Kararı Taşıyan Faili Başka Bir Fiile İkna Etme

Persuading the Perpetrator to Commit a Crime When He or She Has Already Decided to Commit Another Criminal Act 473

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Dilek DULAY YANGIN & Merve KUTLU MUTLUER

Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler

The Approach of the European Court of Justice on the Qualification of Stand-by Time: An Evaluation As Part of Judgments of D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19, and MG v Dublin City Council C-214/20......481

Araştırma Makalesi / Research Article - Buğra Kaan ÇAKIROĞLU

Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Hizmet Sözleşmesi

Home Service Contract Under the Turkish Code of Obligations.....513

Araştırma Makalesi / Research Article - Hasan Basri BÜLBÜL

Türkiye'deki Ukraynalıların Hukuki Statülerine İlişkin Muhtemel Senaryolar

Ukrainians in Turkey: Probable Scenarios Regarding their Legal Statuses543

Araştırma Makalesi / Research Article - Gizem Özkul KOÇ

Sadakat ve Özen Yükümlülüğü Kapsamında Oyunculara Getirilen Kısıtlamaların Değerlendirilmesi

Evaluation of Restrictions Imposed on Players within the Scope of Loyalty and Care Obligation 603

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

İspanya Anayasası'nın Yapım Sürecine İlişkin Bir İnceleme*

An Analysis on the Construction Process of the Spanish Constitution

Mehmet Sercan ERCAN**

ÖZ

İspanya'nın demokratikleşme tecrübesini ve 1978 anayasa yapım sürecini anlayabilmek için toplumsal yapısını bilmek gerekmektedir. Bu sebeple çalışmada evvela İspanya'nın kısa tarihine yer verilecektir. İspanya'da Galiçya, Katalonya, Bask gibi güçlü toplulukların yanı sıra irili ufaklı birçok topluluk vardır. Bunların her biri kendi içinde kültürel birliğini sağlamıştır ve birçoğunun kendi dili vardır. Dolayısıyla İspanya'nın anayasal düzeniyle ilgili bir çalışma mutlaka kutuplaşmış toplumlardaki anayasal hareketlere ilişkin teorileri de ihtiva etmelidir. Bu tür toplumlar için makbul kabul edilen anayasa yapım modelleri perakendeci yöntem ve uzlaşmacı ya da çatışmacı yöntemlerdir. Perakendeci yöntem anayasa yapımında kesin çözümlerden kaçınarak mümkün olduğunca muğlak, çelişik ifadeler kullanmayı ifade eder. Muhtemel sorunlara ilişkin çözümleri yargı ve yasama organlarına bırakır. Diğer tarafta ise anayasaların uzun müzakereler sonucunda sağlanmış olan mutabakatlarla yapılması durumu uzlaşmacı; müzakere yapılmaksızın tek bir partinin ya da partiler bloğunun kendi anayasal tercihlerini toplumun geri kalanına dayatması durumu ise çatışmacı yöntem söz konusudur. Çalışmada bu yöntemler kısaca anlatıldıktan sonra İspanya tecrübesine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İspanya Anayasası, Anayasa Yapımı, Kutuplaşmış Toplamlar, İspanya, Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı

ABSTRACT

To understand the experience of the democratisation of Spain and the constitution-making process of 1978, it is necessary to know Spain's social structure. For this reason, this study will give a short history of Spain firstly in the study. There are substantial communities such as Galicia, Catalonia, and the Basque in Spain. Each of

* Makale gönderim tarihi: 25.10.2021. Makale kabul tarihi: 05.08.2022, Mehmet Sercan Ercan, "İspanya Anayasası'nın Yapım Sürecine İlişkin Bir İnceleme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 271-296, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.04>

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı

these has provided cultural unity, and many of them have their language. Therefore, a study of the constitutional order of Spain must include theories on constitutional movements in divided societies. The constitution-making models accepted as acceptable for such communities are the retail and conciliatory or confrontational methods. The retailer method refers to using vague and contradictory expressions as much as possible by avoiding definitive constitution-making solutions. Instead, it leaves solutions to potential problems to the judiciary and legislature. On the other hand, the case of making the constitutions with the agreements reached as a result of long negotiations is a conciliatory method. Finally, the aggressive method is in question when a single party or bloc of parties imposes its constitutional preferences on the rest of society without negotiation. After briefly explaining these methods, the study will include the Spanish experience.

Key words: Spain Constitution, Construction Making, Divided Societies, Spain, Constitution Making in the Divided Societies.

Giriş

Anayasa bilhassa gelişmekte olan demokrasilerde sürekli gündemde olan bir konudur. Doktrinde de anayasa yapımına ilişkin yoğun tartışmalar vardır. Hukukun algılanışının toplumdan topluma değişmesi gibi anayasa ve anayasa yapımı için de genel geçer tek bir sistemden ya da doğrudan bahsetmek mümkün değildir. Her toplumun kendi dinamiklerine göre anayasa yapım süreci ve nihayetinde anayasası olmalıdır. Doktrinde bazı toplumlar kutuplaşmış toplumlar olarak sınıflandırılmaktadır.¹ Kutuplaşmış toplumlar için anayasa yapımı daha çetrefilli bir hal almaktadır. Bu sebeple de kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına yoğunlaşmış çalışmalar vardır. İspanya da kutuplaşmış toplum olarak kategorize edilen grubun önemli örneklerinden birisidir. Dolayısıyla kutuplaşmış toplumlardaki anayasa yapımı meselesini çalışmak için İspanya tecrübesi verimli bir örnek olarak karşımızda durmaktadır. Bu makale de bu düşünceden hareketle İspanya'nın anayasa yapım tecrübesini izah etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla, öncelikle İspanya'nın tarihi, toplumsal yapısı kısaca açıklandıktan sonra anayasa yapımına ilişkin teorik tartışmaları özetleyip İspanya'nın ne yaptığı ve nasıl yaptığı izah edilecektir.

1 İngilizce'de "divided" ya da "deeply divided" olarak ifade edilen bu tür toplumlar için Türkçe'de çoğunlukla "bölünmüş" toplum ifadesi kullanılmaktadır. Ancak Çattık'ın tezinde ortaya koyduğu gibi kutuplaşmak kelimesi bir toplumda iki karşıt grubun yoğunlaşması anlamına gelir ve bölünmeye nazaran daha az yoğun bir anlam ifade etmesi bakımından "kutuplaşmış toplum" isimlendirmesi bu tür toplumları daha net anlatır niteliktedir. Bu çalışmada da kutuplaşmış toplum kavramlaştırması tercih edilmiştir. Tartışma için bkz: Mustafa Çattık, *Kutuplaşmış Topumlarda Anayasa Yapımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı, 2015, s.7-11, (Kutuplaşmış Toplumlar).

I. Başlangıçtan 1978 Anayasası'na Kısa İspanya Tarihi

Bugün İspanya'nın olduğu topraklar İber Yarımadası'dır. Romalılar İber Yarımadası'na Hispania derdi. Batı Roma İmparatorluğu'nun 5. yy'da dağılmasıyla Vizigot Krallığı bölgeye hakim oldu. 8. yy'a gelindiğinde güneyde Müslümanların hakimiyeti artmıştı ve 711 yılında Endülüs bölgesi Müslümanların idaresine geçti. Müslümanların idaresi 1492'de Katolikler Endülüs'ü de hakimiyetleri altına alıncaya dek devam etti. Böylece Katolikler İspanya'nın neredeyse tümü üzerinde hakimiyetlerini ilan etmiş oldular. Artık İspanya Avrupa'nın önemli devletlerinden biri haline gelmişti.²

Ortaçağ'da İber Yarımadası'nın güneyinde Granada, Endülüs Bölgesi; batısında Portekiz; kuzey batısında Galiçya; kuzeyde Bask devletleri; doğusunda Valencia, Aragon, Katalonya gibi devletler; ortasında ise Eski ve Yeni Kastilya vardı. Yani bölge olabildiğine bölünmüş bir haldeydi³.

1600'lü yılların ortalarında otuz yıl savaşı tüm tarafları iyice etkilemişti. Bu arada Katalonya ve Portekiz İspanya'ya karşı ayaklandı⁴. Otuz yıl savaşları sona erse de ekonomik sıkıntıların da etkisiyle İspanya içindeki kargaşa son bulmamıştı. 16-17. yy'da İspanya İmparatorluğu Güney ve Orta Amerika ile Meksika ve bugünkü ABD topraklarının bir kısmının hâkimi oldu. Buralardan gelen madenler İspanya'nın ekonomik anlamda da dünyanın önemli devletlerinden biri haline gelmesini sağladı. Ancak bu ekonomik gücünü Avrupa ve dünyanın diğer bölgelerinde yaşanan çatışmaların da etkisiyle zamanla kaybetti. İspanya Brezilya, Fransa ve İngiltere ile çatışma halindeydi. 1700'lü yıllarda İspanya en geniş topraklarına ulaştı⁵. Ancak bu güç uzun sürmedi, 19. yy'a geldiğimizde sömürgelerini kaybetmeye başlamıştı. 1898 İspanya-ABD savaşı ile İspanya Amerika'daki hakimiyetini kaybetti. Avrupa'da gücünü zaten kaybetmişti. Böylece 19. yy başlarında İspanya İmparatorluğu dağıldı.

1873'te İspanya Cumhuriyeti kurulsa da ömrü uzun olmadı. İspanya 1. Dünya Savaşında tarafsız kalmasına rağmen savaştan etkilendi. Fransa İspanya topraklarının bir kısmını işgal etti. Ülkede kargaşa tekrar hâkim oldu ve Genel Primo de Rivera ülke yönetimini ele geçirdi, diktatörlük kurdu⁶. Rivera amanla halk desteğini yitirdi, 1929 buhranı sonrası iktidarını sürdüremedi ve

2 Eric D. Solsten and Sandra W. Meditz, *Spain: a Country Study*, Department of the Army, Washington, 1990, s.3-20.

3 William D Philips, Carla Rahn Philips, (Terc. Tuna Erkman), *İspanya'nın Kısa Tarihi*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2012, s.148.

4 Philips, s.175.

5 Philips, s.208.

6 Solsten, s.32.

1930'da istifa etti. 1931'de yapılan seçimleri kazanan cumhuriyetçiler ikinci cumhuriyeti kurdu. İspanya'da cumhuriyete olan inanç arttı. Öyle ki Kral Alfonso XIII tahttan indi ve ülkeyi terk etti. İkinci cumhuriyetin ilanından birkaç ay sonra 1931 Anayasası ilan edildi. Bu anayasanın 1978 Anayasası'nın öncesi olduğu söylenebilir. 1931 Anayasası'nda İspanya'nın resmi dini olmadığına yer verilmesi bakımından seküler bir anayasadır.⁷ Ayrıca Anayasa'nın ilk maddesi İspanya Devletini "birleştirilmiş devlet" olarak tanımlayarak bölgelerin özerkliğini tanımlar.⁸ 11. maddesinde ise ortak tarihi olan illerin bir araya gelerek özerk bir bölge oluşturabileceği düzenlenmiştir⁹. Bunun gibi özerklik statüsüne ilişkin birçok maddeye yer verilmiştir. 1931 Anayasası'nın oluşturduğu devlet modeli ne federal devlettir ne de üniter devlettir; Anayasa'nın ifadesi ile birleştirilmiş devlettir.¹⁰ İki yıl sonra, Kasım 1933'te, yapılan seçimleri aşırı sağ parti kazandı ve seçim sonrasında İspanya iç savaşı başladı¹¹.

A. İspanya İç Savaşı ve Franco'nun Demir Yumruk Yönetimi

1931 Anayasası'nın seküler yapısı, İspanya'da hâkim olan Katolik Kilisesi'ne yönelik yaptırımlar, toprak sahipliği, politik kutuplaşmalar iç savaşın çıkmasında etkili olmuştur.¹² Monarşi yanlısı muhafazakârlar ve otoriter milliyetçiler ile reformist cumhuriyetçi, liberal, solcu ve komünistler arasındaki çatışmalarda milliyetçileri Hitler Almanya'sı, İtalya ve Portekiz desteklerken cumhuriyetçileri ise Sovyetler Birliği, Meksika ve Fransa destekliyordu. General Franco'nun liderliğindeki milliyetçilerin iç savaşı kazanmasıyla 1 Nisan 1939'da Franco devletin başı olduğunu ilan etti. Franco diktatörlüğü Bask ve Katalan dillerini baskı altına alan ve bölgesel özerkliği sonlandıran bir tutum sergiledi. Francoist ideoloji için "ulusal birlik" en önemli ülküydü ve bölgesel kimliklerin kanla bastırılması gerekliliğini devletin temel vazifelerinden biri olarak görüyordu.¹³

Bu uzun sessizlik döneminde milliyetçiler gizlice güç kazandı. Franco'nun

7 Agustín Ruiz Robledo, *Constitutional Law in Spain*, Kluwer Law International, Leiden, 2012, s. 27.

8 Spanish Constitution 1931 - Article 1/III (1). The Republic constitutes an integral State, compatible with the autonomy of the Municipalities and the Regions.

9 Spanish Constitution 1931 - Article 11/I (1). If one or more bordering provinces with historical, cultural and economic common characteristics, shall agree to organize themselves into an autonomous region to form a politico-administrative core within the Spanish State, they shall submit their Statute as set out in Article 12.

10 Robledo, s. 28.

11 Solsten, s.36.

12 Richard Gunther, Jose Ramon Montero, *"The Politics of Spain"*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s.20-27.

13 Emrah Konuralp, "İspanya'da Bölge Devleti Tarihsel Gelişimi, Yasal Düzeni ve Siyasal Yapılanışı", *Akademik İncelemeler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2019, s. 355.

otoriter rejimi, ulusal birlik ideolojisi ve üniter milliyetçi yapısı özerklik taleplerini diriltti.¹⁴ Daha önce özerk olan Katalonya’da milliyetçiler Katalon kültürünü korumak için bir araya geldiler. 1959 yılında Bask bölgesinin özerkliğini savunan ETA kuruldu. ETA başlarda şiddet eğilimli değildi ancak yer altında kalması onu radikalleştirdi¹⁵. Devlet baskıları arttıkça radikal ayrılıkçıların halk desteği de artıyordu¹⁶. ETA özellikle 1970lerin ilk yarısında şiddetli eylemlerle gündeme geldi. 1973’te Franco’nun halefi olması beklenen Amiral Carrero Blanco’nun öldürülmesi ETA’nın en meşhur eylemiydi¹⁷.

Franco’nun “demir yumruk” yönetimi ölene dek devam etti. 1975’te, ölümünden sonra yerine halefi I. Juan Carlos geçti. Carlos, Franco gibi karizmatik bir kral olamadığı için kendi meşruiyetini de sağlamak amacıyla yaklaşık bir yıl sonra başbakanı istifa ettirdi ve hükümeti kurması için Adolfo Suarez’i görevlendirdi¹⁸. Suarez de Franco rejiminin içinden gelmiştir ancak halkın değişim ve demokratikleşme beklentisini farketmiştir¹⁹. Suarez, Carlos’un da desteğiyle İspanya’nın demokratikleşmesinin mimarlarından.

B. Demokratikleşmeye Giden Süreç

Diktatörlükten demokrasiye geçiş bu yıllarda başladı. Suarez de Carlos da bir yandan halkın desteğini almaya bir yandan da siyasi ve askeri elitlere rağmen reform sürecini kontrollü bir şekilde yönetmeye çalışıyordu.²⁰ Bu yıllar aynı zamanda daha önce görülmemiş bir bölgesel-milliyetçi seferberliğin gerçekleştiği dönemdi²¹. Franco’nun baskıcı yönetimi halkta ciddi tepkilere neden olmuştu ve artık neredeyse tüm İspanyollar demokratik çoğulcu bir İspanya hayal ediyordu²². Suarez günün koşullarını göz önünde bulundurarak kademeli bir şekilde demokrasiye geçiş için çalışmalara başladı. 1977 yılının Haziran ayında seçim yapılacağını açıkladı ve böylece siyasi reformlarını bir bir gerçekleştirdi. Dernek, toplantı gibi hakları tanıyan kanunu hazırladı. Daha sonra İspanya’da demokratikleşmenin önemli öncüllerinden biri olan siyasi mahkumlara yönelik af ilan etti. Bu af Franco rejiminin siyasi mahkumlarının

14 Frans Joachim Schrijver, *Regionalism After Regionalisation: Spain, France and the United Kingdom*, Vossispers, Amsterdam, 2006, s. 84.

15 Daniele Conversi, “The Smooth Transition: Spain’s 1978 Constitution and the Nationalities Question”, *National Identities*, Vol.4, No.3, 2002, s.224.

16 Conversi, s.225.

17 Conversi, s.225.

18 Philips, s.290-295.

19 Akın Özçer, *Çoğul İspanya*, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2006, s.94.

20 Walter N. Bernecker, “Monarchy and Democracy: The Political Role of King Juan Carlos in the Spanish Transition,” *Journal of Contemporary History*, Cilt 33, Sayı 1, 1998, s.77.

21 Conversi, s.223.

22 Conversi, s.226.

serbest bırakılması içindi²³. Siyasi reform yasası için uygun tartışma zemini hazırlama çalışmalarını sürdürdü. Suarez mevcut siyasi atmosferin iki kutbu olan Francocular ile henüz yasallaştıramadığı siyasi partiler arasında bir denge gözetmeye gayet gösterdi. Uğraşları ve uzlaşmacı tavrı sonucu siyasi reform tasarısını meclisten geçirdi ve halk oyuna sundu. Tasarı %94,4'lük evet oyuyla İspanya'da demokratikleşme sürecini resmen başlattı²⁴. Siyasi reform yasasının ardından Franco döneminde yer altına çekilmiş olan partiler de dahil olmak üzere birçok siyasi parti yasallaşmış ve siyasi arenaya çıkmıştır.

Artık başlamış olan demokratikleşme sürecini tüm siyasi partilerin etkin katılımıyla sürdürebileceğinin farkında olan Suarez, birbirine zıt görüşleri savunan cepheleri asgari müştereklerde buluşturabilmeye gayret etti²⁵. Bu süreçte Bask ve Katalanlar farklı yöntemler izleyerek aslında yeni bir düzen talep ederek demokratikleşme sürecine katkıda bulunmuş oldular. Basklılar eski düzeni yok etmek için şiddeti kullandı, Katalanlar ise yeni bir düzen inşa etmek için barışçıl seferberlik talep etti²⁶.

İki yıl sonra özgür ve bağımsız seçimler yapıldı. Merkez sağ parti olan UCD²⁷ %34,44; Sosyalist Parti²⁸ %29,32; Komünistler²⁹ %9,3; Franco ile bağlı olan AP³⁰ ise %8,5 oy aldı³¹. 350 sandalyeli temsilciler meclisindeki sandalyelerden 165'ini Başbakan Suarez'in partisi olan Demokratik Merkez Birliği (UCD) kazandı. Katalonya Merkez Partisi ve İspanyol Sosyalist İşçi Partisi ittifakı ise 118 sandalye kazandı. Kalan sandalyeler ise sağdan ve soldan küçük partiler arasında paylaşıldı³². Halkın yaklaşık %79'u seçimlere katılmıştır. Bu sonuç çok açık bir şekilde halkın Suarez'e ve kademeli demokratikleşme hamlesine olan desteği göstermektedir. Basın, siyasi partiler ve akademinin Franco'nun ölümüyle başlayan yeni bir anayasa konusundaki ısrarlı talepleri de artmıştı³³.

Kral Carlos sürpriz bir şekilde Parlamento'ya kurucu meclis niteliği verdi. Temsilciler Meclisi'nin açılış konuşmasında "İspanyol halkının bütün özelliklerini kapsayacak ve tarihsel ve güncel haklarını güvence altına alacak" yeni bir

23 Özçer, s.95.

24 Özçer, s.96.

25 Özçer, s.97.

26 Conversi, s.224.

27 UCD-Unión de Centro Democrático (Demokratik Merkez Birliği); Adolfo Suarez'in kurduğu merkez-sağ parti.

28 PSOE-Partido Socialista Obrero Español (İspanya Sosyalist İşçi Partisi).

29 PCE-Partido Comunista de España (İspanya Komünist Partisi).

30 AP-Alianza Popular (Halk Birliği); sağ eğilimli parti.

31 Özçer, s.102.

32 Philips, s.295

33 Conversi, s.228.

anayasa hazırlanması beklentisini ifade etti³⁴. Suarez'in başkanlığındaki hükümet hemen yeni anayasa çalışmalarına başladı. Ancak giriştikleri bu iş hiç de kolay değildi. Bölünmüş olan toplumun mutabık kalabileceği, paydaşların tamamının kabul edebileceği bir metin hazırlamak zordu. Bask devletleri ve Katalonya açıkça özerklik istiyorlardı. Diğer küçük bölgelerin de benzer talepleri vardı.

C. Toplumsal Yapı ve İspanya'daki Kutuplaşma

Günümüzde 47 milyon civarında olan İspanya nüfusunun %94'ü katoliktir. Ayrıca nüfusun %74'ü İspanyolca, %17'si Katalanca, %7'si Galiçyaca, %2'si ise Baskça konuşmaktadır. Bunların dışında kendi dillerini konuşan etnik gruplar vardır. Dolayısıyla farklı kültürel kimlikleri olan birçok topluluk vardır. Her bir topluluğun kendi içlerinde ortak tarihi kültürel değerleri vardır. Yukarıda İspanya'nın tarihi anlatılırken de vurgulandığı gibi tarih boyunca irili ufaklı birçok devlet ve millet var olmuştur. Günümüzdeki bu demografik çeşitlilik İspanya'nın demokratikleşme sürecinde de benzerdir. O dönemde de ülke topraklarında sivil ve siyasi bölünmeler, kutuplaşmalar vardı. İspanya'da kültürel farklılıkları ve dilleri ile öne çıkan üç önemli bölge vardır. Tarihsel milliyetler olarak da gruplandırılan bu bölgeler Katalonya, Bask Ülkesi ve Galiçya'dır.³⁵

Kutuplaşmış toplumlara dair doktrinde çeşitli niteliklerden bahsedilmiştir. Arend Lijphart'a göre kutuplaşmış toplum "her biri kendi alt kültürünü yaratma eğilimi gösteren, dinsel, ideolojik, dilsel, bölgesel, kültürel, ırksal ya da etnik nitelikli derin bölünme çizgileri ile bölünmüş toplumlar"dır.³⁶ Lijphart'ın bu tanımı kutuplaşmış toplumlarının temel özelliklerini ortaya koyar niteliktedir. Ancak vurgulanması gerekir ki tanımda bölünme çizgilerinin tek tek sayılmış olması isabetli değildir. Zira farklı toplumlarda başkaca bölünme çizgileri söz konusu olabilir ve bu bakımdan Lijphart'ın tanımının gerekli kapsayıcılığı sağladığı söylenemez.³⁷ Toplumun kutuplaşmış sayılması için söz konusu bölünme noktalarının kutuplaşmaya neden olur nitelikte olması gerekir. Ancak bu kutuplaşmanın mutlaka bir alt kültür oluşturması gerekliliği yoktur. Dolayısıyla tanımdaki alt kültür vurgusunu da kutuplaşmış toplumların bir unsuru olarak kabul etmek yerinde değildir.³⁸

Lerner ise bir toplumun kutuplaşmış toplum olarak kabul edilebilmesi için

34 Özçer, s.102.

35 Joan Botella, "The Spanish "New" Regions: Territorial and Political Pluralism," *International Political Science Review*, Vol. 10, 3, 1989, s.263.

36 Ergun Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.37.

37 Çattık, *Kutuplaşmış Toplumlarda*, s.13.

38 Çattık, *Kutuplaşmış Toplumlarda*, s.14.

üç şartın gerçekleşmesi gerektiğini söyler. İlk devletın temel ilkelerine dair bir uzlaşının olamayışı; ikincisi çatışan gruplardan en az birinin liberal değerlere karşı olması; üçüncüsü ise iki grubun devletin geneline dair rakip vizyonlara sahip olmasıdır.³⁹

Doktrinde kutuplaşmış toplumlara ilişkin tanımlamalar iki eksende toplanmıştır. Bunlardan biri kutuplaşmış toplumları etnokültürel perspektiften ele alırken diğeri ise sadece anayasal boyutta değerlendirmektedir.⁴⁰ Çattık ise doktrindeki tanımlamalara getirilen eleştirileri de göz önünde bulundurarak kutuplaşmış toplumları “eşit aktörlerin özgür bir biçimde konsensüsle temel kararlarını alamadığı toplum” olarak tanımlamıştır.⁴¹ Dolayısıyla bir toplumu kutuplaşmış olarak tanımlayabilmek için şu üç hususun varlığı gerekir: Eşit aktörler, özgür ortam ve temel kararlara ilişkin bir konsensüs.

İspanya'nın anayasa yapım sürecinde kutuplaşmış toplum olup olmadığı bu üç kriter bağlamında değerlendirilebilir.⁴² İspanya'da kendi dilleri ve ortak tarihsel kökenleri olan birçok topluluk vardır. Bu toplulukların demografik dağılımları farklı olsa da ileride de açıklanacağı üzere, anayasa yapım sürecinde her birinin katılımına önem verilmiş ve her bir grup sürece etkisi eşit olmuştur. Ancak anayasa ile sonuçlanan demokratikleşme sürecine değin İspanya içindeki bu farklı aktörlerin eşit değerde etkili oldukları bir karar alma sürecinden bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla anayasanın yapılabilmesini sağlayan demokratikleşme sürecine kadar İspanya aktörlerin eşit etkide olmaması sebebiyle kutuplaşmış toplumun şartlarından birini sağlarken anayasa yapım sürecinde farklı grupların eşit katılımı ile kutuplaşmayı bu unsur bakımından aşmış gözükmektedir.

İkinci kriter ise özgür ortamdır. Özgür ortam karar alım sürecine katılanların iradelerinin serbestçe ortaya konulabilmesini ifade eder.⁴³ İspanya'da demir yumruk yönetimi sona erip demokratikleşme yönünde adımlar atılana dek özgür ortamdan bahsetmek mümkün değildir. Zira doğası gereği demokrasi dışındaki yönetimlerde özgür ortam olamaz.

Bir toplumun kutuplaşmış olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan son

39 Çattık, *Kutuplaşmış Toplamlar*, s.16.

40 Kutuplaşmış toplum tanımlarına ilişkin eleştiriler için bkz.: Mustafa Çattık, “Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplamlarda Anayasa Yapımı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s.59-60, (Anayasacılık).

41 Çattık, *Kutuplaşmış Toplamlar*, s.18.

42 Belirtilmelidir ki kutuplaşmanın sürekli olarak var olması gerekmez. Bir toplum belirli bir dönemde kutuplaşmış toplum olarak nitelendirilebilirken başka bir dönemde böyle bir nitelendirme yapılamayabilir.

43 Çattık, *Kutuplaşmış Toplamlar*, s.21.

kriter ise temel kararlara ilişkin bir konsensüse ulaşılamamasıdır. Burada temel kararlar vurgusu önemlidir. Nitekim insan ve toplum doğası gereği her konuda uzlaşması mümkün değildir. Kutuplaşmanın işaretçisi olan temel meselelere ilişkin uzlaşının olmayışıdır. Yani kutuplaşmadan bahsedebilmek için sistemi tıkayan ve toplumun ortak uzlaşma noktalarının ortaya çıkmasının engellendiği bir durum olmalıdır.⁴⁴ Konsensüsten bahsedebilmek içinse temel meseleler üzerinde yeterli kabul edilebilecek bir düzeyde uzlaşma olmalıdır. Yeterli düzey ile kastedilen halkın çoğunluğunun değil, büyük çoğunluğunun uzlaşmasıdır. İspanya’da da bu anlamda anayasa yapım sürecine girilmeden önce uzlaşmanın mümkün olmadığı bir ortam vardı.

Özetle, İspanya kutuplaşmış topluma ilişkin verilen tanımla ve bu tanımın gerektirdiği unsurları sağladığı için kutuplaşmış bir toplum olarak nitelendirilebilir.

II. 1978 Anayasası

Anayasa kavramı üç temel anlamı işaret eder. İlki bir ülkedeki hukuki belgeler arasında en üstün güce sahip olanıdır. İkincisi bir ülkede var olan devlet sistemini niteler. Üçüncüsü ise devletin sınırlanmasını sağlar⁴⁵. Kemal Gözler’e göre ise “anayasa hukuku, yasama, yürütme ve yargı gibi devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki karşılıklı ilişkileri ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk kurallarını inceleyen bir bilim dalıdır.”⁴⁶. Anayasa ise anayasal nitelikteki hukuk kurallarıdır⁴⁷.

İspanya anayasasının hazırlık çalışmalarında bulunan siyasetçi ve hukukçu Dr. Miguel Herrero de Minon’a göre de anayasaların iki önemli görevi vardır. Bunlar siyasi sürecin rasyonelleşmesi ve siyasi bütünleşmedir⁴⁸. Minon devleti birçok farklı etmenin bir olma kararıyla birlikte kesintisiz ve hayati öneme sahip bir süreç içinde var olma faaliyeti olarak ifade eder. Ona göre başarılı bir anayasaya sahip olabilmek için halkın motivasyonunun sadece anayasa metni hazırlamak olması yeterli değildir. Minon bu anayasanın mutlaka halkın kurumsallaşma konusundaki ortak azminden doğmuş olması gerektiğini vurgu-

44 Çattık, Kutuplaşmış Toplamlar, s.28.

45 Ratnapala’dan aktaran: Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Adres Yayınları, Ankara, 2004, s.33.

46 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 13, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.22.

47 Gözler.s.47.

48 Miguel Herrero Minon, (Terc. Ergun Özbudun ve Levent Köker) *BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı*, Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1993, s.34.

lar⁴⁹. Anayasa yapımındaki amaç anayasal bir devletin kurulmasını sağlamak olmalıdır. Bu da ancak halkın o anayasal hükümleri benimsemesiyle mümkün olabilir.

O halde kısa ifadesiyle anayasa, bir yandan devletin kimliğini belirleyip devleti sınırlarken bir yandan da halkın birbiriyle ve devletle olan bağını oluşturur, güçlü kılar. Yani anayasa pozitif anlamda bir hukuk metni olmasından ve normlar hiyerarşisinde üst sırada yer almasından çok daha önemli bir işleve sahiptir. Bu da halkın bütünlüğünün sağlanmasının ve millet olmasının tes-cillenmesidir.

İspanya'nın anayasa yapım tecrübesini ortaya koyabilmek amacıyla öncelikle genel olarak anayasa yapım yöntemlerine ilişkin bilgi verilecek ve ardından da İspanya'nın benimsemiş olduğu yöntem izah edilecektir. Daha sonra İspanya Anayasa'sında yapılan düzenlemelere yer verilecek ve nihayet anayasa kabul edildikten sonraki süreçteki gelişmeler ele alınacaktır.

A. Genel Olarak Anayasa Yapım Yöntemleri

Anayasaların yukarıda ifade edilen özelliklerinden yola çıkarak doktrinde benimsenmiş olan farklı anayasa yapım usulleri vardır. Homojen toplumlarda anayasa yapımı çok daha kolay olmaktadır. Asli ve tali kurucu iktidarlar eliyle yapılan anayasaların yapım süreçleri kutuplaşmanın olmadığı toplumlarda uzlaşa ile yürütülebilmektedir. Ancak İspanya gibi kutuplaşmış ve devleti oluşturan grupların her birinin katî düşüncelerinin olduğu toplumlarda anayasa yapımı işi hiç de kolay değildir.

Doktrinde kutuplaşmış toplumlarda⁵⁰ (depply divided societies) anayasa yapımına ilişkin benimsenmiş yöntemleri iki başlıkta incelemek mümkündür. İlki perakendeci yöntem, ikincisi ise uzlaşmacı ve çatışmacı yöntemlerdir.

Perakendeci yöntem anayasa yapımında kesin çözümlerden kaçınarak mümkün olduğunca muğlak, çelişik ifadeler kullanmayı ifade eder. Yani sorunun çözümünü yargı ve yasama organlarına bırakmak, uzlaşa olmayan hususları anayasanın kapsamından çıkarmak anlamına gelir. Bu şekilde bir anayasa yapılabilir de anayasanın temel varlık sebeplerinden biri olan temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvenceden yoksun kalmasına sebep olabilir. Bununla birlikte anayasanın sessiz kaldığı konularda yasama ve yargı organları arasında ihtilaflar çıkabilir ve bu ihtilaflar uygulamada sorunlara yol açabilir⁵¹.

Hanne Lerner'in önerdiği perakendeci yöntem anayasa yapım sürecindeki

49 Minon, s.35.

50 Bölünmüş toplumlar, çoğulcu toplumlar şeklinde de ifade edilmektedir.

51 Özbudun, s.61-65.

kutuplaşmaların artması riskini azaltmaktadır. Perakendeci yönetime göre eğer toplumsal ayrışma sert ve net ise konsensüs sağlanamayan konular üzerinde uzlaşma aramak tarafların daha da katılaşmasına sebep olmaktadır; gerginlikleri artırmaktadır. “Devletin birbiriyle yarışan fikirler arasından herhangi birini seçmesi yeni kurulmuş olan devletin demokratik istikrarını bozabilir.”⁵². Dolayısıyla bu tür toplumlarda yapılacak olan anayasalarda ya İrlanda örneğinde olduğu gibi çelişen ifadelere yer verilmeli, ya Hindistan’da olduğu gibi muğlak ifadeler olmalı, ya da İsrail’in yaptığı gibi anayasa yapımı ertelenmelidir⁵³.

Özbudun’un oydaşmacı ve çatışmacı yöntemler olarak adlandırdığı diğer tasnife göre ise anayasaların partiler arasında uzun müzakereler sonucunda sağlanmış olan mutabakatlarla yapılması durumu oydaşmacı yöntemler; müzakere yapılmaksızın tek bir partinin ya da partiler bloğunun kendi anayasal tercihlerini toplumun geri kalanına dayatması durumu ise çatışmacı yöntemlerdir⁵⁴.

Çatışmacı yöntemin temelinde bireylerin devlet karşısında eşit olmasının sağlanması vardır. Yani tüm bireyler devlet için ortak ve benzer kimlikte kabul edilecektir. Bireyler özel hayatlarında kendi kimlikleri ile var olabilecekken kamusal alanda anayasa tarafından belirlenmiş olan kimliğe sahip olacaktır. Bunun aksine, uzlaşmacı yöntemde ise devleti oluşturan grupların her biri kendi kimlikleri ile kamusal alanda varlığını sürdürebilecek, bu teşvik edilecek ve anayasal sistem bu farklılıklara saygı duyacaktır.

Kutuplaşmış toplumları her biri kendi kültürünü koruma eğilimi gösteren ve çeşitli sebeplerle derinden bölünmüş olan toplumlar olarak tanımlayan siyaset bilimci Arend Lijphart, bu tür toplumlarda anayasa yapım sürecindense anayasanın hükümlerine önem verilmesi gerektiğini savunur. Lijphart’ın anayasa yapımına ilişkin önerileri Özbudun tarafından şöyle aktarılmıştır:⁵⁵

“(1) Çoğunlukçu değil, nisbi bir seçim sistemi

(2) güçlü ve tutarlı siyasi partilerin kurulmasını ve devamını teşvik etmek üzere, kapalı listeli nisbi temsil

(3) başkanlık değil, parlamenter bir hükümet sistemi; çünkü başkanlık sistemi, toplam-sıfır, kazananın herşeyi aldığı bir siyasi oyuna yol açar

(4) yürütme organında iktidar paylaşımı

52 Hanna Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s.197.

53 Lerner, s.11.

54 Özbudun, s.67-68.

55 Özbudun, s.39-40.

- (5) hükümet istikrarının güçlendirilmesi
- (6) siyasal bakımdan güçlü değil, törensel bir devlet başkanı
- (7) özellikle azınlıklar coğrafi olarak yoğunlaşmışlarsa, federalizm ve yerinden yönetim
- (8) eğer bu azınlıklar coğrafi bakımdan yoğunlaşmış değillerse, yerel-olmayan özerklik
- (9) devlet memurluğu, yargı organı, polis ve ordu gibi kamu hayatının diğer alanlarında yetki paylaşımı.”

Dolayısıyla Lijphart'a göre kutuplaşmış toplumların anayasalarında yetki olabildiğine paylaştırılmalıdır. Böylece azınlıklar da devlet yönetiminde söz sahibi olabilecek ve toplumsal uzlaşının sağlanabilme imkânı doğacaktır. Lijphart'ın bu görüşünün aksine Horowitz ise kutuplaşmanın engellenebilmesi için alternatif oy ve başkanlık sistemini savunmaktadır. Alternatif oy yöntemi ile amaçlanan başka gruplarının da desteğini alabilen adayın seçilmesini sağlamaktır⁵⁶. Başka grupların da desteğinin alınabilmesi için grupların ılımlı temsilcileri ön planda olacaktır. ılımlı temsilcilerin varlığı da anayasa yapımını kolaylaştıracaktır.

B. İspanya'nın Tercih Ettiği Yöntem

Franco'nun ölümüyle demokratikleşme çabaları başlayan İspanya'da 1977 yılında yapılan seçimlerden sonra Kral Carlos'un meclise “kurucu meclis” yetkisi vermesinin hemen ardından üç ay içinde bir anayasa taslağı hazırlamakla görevli bir alt komisyonu da bünyesinden barındıran “Anayasal İşler ve Kamusal Özgürlükler Komisyonu” kurulmuştur⁵⁷. Bu taslak önce Komisyon'da, sonra ayrı ayrı meclislerde görüşülmesinin ardından Meclis-Senato ortak komisyonunda görülecek ve nihayet halkoyuna sunulacaktır⁵⁸.

Seçim sonuçlarına göre meclisteki sağcı partiler bir araya gelerek anayasa yapabilecek gücü elde etmişti. Ancak iktidardaki UCD bu yönetime başvurmayı tercih etmiş ve toplumsal mutabakat aramıştır. Hazırlık sürecinde İspanya'daki anayasa tartışmaları üç ana grup ekseninde sürmüştür. İlki monarşiyi ve özel girişimi temsil eden ve iktidarda olan UCD; ikincisi sivil, sosyal ve ekonomik hakları önceleyen anti Francocu PSOE ve PCE; üçüncüsü ise bölge sorununu merkeze alan AP, CDC, PNV ve diğer azınlık partileridir.⁵⁹

⁵⁶ Çattık, s.36.

⁵⁷ Özçer, s.103.

⁵⁸ Özçer, s.104.

⁵⁹ Josep M Colomer, “The Spanish “state of autonomies”: Non-institutional federalism,” *West European Politics*, Vol. 21, 4, 1998, s.43.

İspanya halkının genel beklentisi de artık toplumdaki kutupların bir şekilde uzlaşmasının sağlanması yönündeydi. Genelde devletlerin merkezleri gelişmiş, çevredeki bölgeler ise geri kalmış olur. Ancak İspanya’da durum farklıdır. Katalonya ve Bask bölgeleri ekonomik anlamda çok gelişmiştir. İspanya’nın özellikle bu iki bölgenin mutabakatını almadan bir anayasa hazırlayabilmesi gerçekçi olmazdı. Sağ ve sol partiler temel meselelerde uzlaşma sağlamışlardır.

O dönemde de kutuplaşmış bir toplum olduğu gayet açık olan İspanya’da yüksek bir mutabakatla anayasa hazırlayabilmek gerçekten hiç de kolay değildir. Başarılı ve istikrarlı bir anayasa için gerekli olan “bütün toplumsal ve siyasi güçlerin yani toplumsal varlığın sadece aritmetik çoğunluğundan ibaret olmayan hakiki çoğunluğunun oydaşmasıdır.”⁶⁰. İspanya da bu durumun farkındaydı ve toplumda birlikte karar alma yönünde bir irade olmadıkça ortak bir siyasi karar alınması mümkün değildi. İspanya Anayasası’nı hazırlayanlardan biri olan Dr. Miguel Herrero de Minon İspanya’nın demokrasiye geçiş sürecini şu şekilde ifade etmiştir:

“Barışçı bir geçiş sürecini ve bunu izleyen dönemde yeni sistemin başarılı bir biçimde uygulanmasını sağlamak için ihtiyaç duyulan oydaşma, ancak egemen ve çoğunlukçu bir Kongre’yi oluşturmak için herkesin uzlaşması gerektiğinden mümkün olmuştu. Parlamenter orta yolcu yönetim ki, aynı zamanda geniş yol yönetimidir, istikrarı ve kapasitesi parlamenter ödünleşmeyi gerektirmeyecek olan bir başkan adayının seçilmesine duyulan ihtiyaçla yer değiştirmiş olsaydı, böyle bir bağlılık imkansız olurdu.”⁶¹.

Demokrasiye geçiş süreçlerinde anayasa yapımındaki en önemli meselelerden biri anayasa taslağının kim tarafından hazırlanacağı problemidir. İspanya Kurucu Meclisi içinden seçilen uzmanlardan oluşan Komisyon tarafından hazırlanan metin önce Meclislerde tartışılmış ve oylanmıştır. Meclis’in kararından sonra da referanduma sunulmuştur⁶². Böylece anayasa hem uzmanlardan oluşan bir komite tarafından hazırlanmış hem de hazırlanan bu metin meclis tarafından şekillendirilmiştir. Bu yöntemin tercih edilmesi anayasa taslağı halka sunulmadan önce üzerinde geniş bir mutabakatın olmasını sağlamıştır.

İspanya Anayasa taslağının kim tarafından hazırlanacağı meselesine meclisinde uzmanların bulunması imkanının da sayesinde gayet makul bir çözüm bulmuş ve hem uzmanlar komitesi hem de meclisin ortak çalışmasıyla taslağı hazırlamıştır. Anayasa yapımının diğer önemli meselesi anayasanın içeriğinin nasıl belirleneceği sorunudur. Yukarıda da izah edildiği gibi anayasalar

60 Minon, s.37.

61 Minon, s.41.

62 Minon, s.47.

üzerinde geniş toplumsal mutabakatların olduğu metinler değildir. Böyle bir mutabakat zemininde hazırlanmayan anayasaların uzun soluklu olmaları beklenemez.

Minon'a göre anayasa "olabildiğince kısa, üzerinde herkesin anlaştığı değerleri ve kuralları kapsayan, bir diğer deyişle, her türden polemik konusundan kaçınan bir özellik" taşımalıdır⁶³. Dolayısıyla uzun ömürlü bir anayasa "basitlikleri nedeniyle anlaşılması ve uygulanması kolay olan ve aynı zamanda anlaşmalar yoluyla evrilmeye yeterli ölçüde açık kapı bırakan" anayasalardır⁶⁴.

İspanya'nın anayasa hazırlığı süreci genel olarak uzlaşma arayışı içinde ve olabildiğine geniş bir katılımı yürütülmüş olsa da ciddi tartışmalar yaşanmış ve bazı konular üzerinde uzlaşma sağlanamamıştır. Özerkliklere sıcak bakmayan AP ile Milliyetçi Bask Partisi (PNV) arasında ciddi tartışmalar yaşanmıştır. PNV "devlet ile konfederal ilişki temeline dayanacak maksimalist bir özerklik statüsü"⁶⁵ talep ediyordu. AP ise bölgelere bazı yetkilerin devredilmesinden daha geniş anlamlar ifade edebilecek özerklik sistemine karşı çıkmaktaydı⁶⁶. Bu iki partinin uzlaşının olmayışı çalışmaları büyük oranda etkilememiştir çünkü mecliste ağırlıkları yoktu. Bir taraftan partiler tarafından tartışmalar yürütülürken bir taraftan da ETA'ların terör tehditleri sürmekteydi. Diktatörlüğün sona ermesi sonrasında ifade özgürlüğünün kullanılabilir olmasıyla birlikte Bask ve Katalan milliyetçiliği kitlesel hareketlerle kendini gün yüzüne iyiden iyiye çıkardı⁶⁷.

"Demokratik ve sosyal hukuk devleti temel felsefesine"⁶⁸ dayanarak hazırlanan anayasa taslağı Komisyon'a 5 Mayıs 1978'de gelmiştir. Taslak metin gerçek manada demokratik bir metindir. Bilhassa 2. maddede İspanyol milletini oluşturan milliyet ve bölgelerin özerk haklarından bahsedilmesi metin üzerindeki uzlaşmayı göstermektedir. Çünkü PNV "Baskların millet sayılmasını ısrarla savunurken, AP özerklik haklarından bahsederken bölge kavramının yeterli olduğunu"⁶⁹ söylemekteydi. Basklar millet kavramıyla kendi kaderini belirleme hakkını elde etmeyi amaçlarken, AP bölge kavramıyla özerkliğin sadece idari alanda kalmasını sağlamayı amaçlamışlardır. Komisyonunda bu tartışmalar sürerken ETA'lar sokak eylemlerini hararetlendirmişlerdi⁷⁰.

Komisyon'dan sonra Genel Kurul'a gelen taslak üzerinde benzer tartışmalar

63 Minon, s.49.

64 Minon, s.51.

65 Özçer, s.105; Conversi, s.228.

66 Özçer, s.105.

67 Conversi, s.223.

68 Özçer, s.108.

69 Özçer, s.108.

70 Özçer, s.116-118.

devam etti. Temel tartışma konusu özerklik statüsüydü. Bask milliyetçilerinin özerklik konusundaki önergelerinin tümü Genel Kurul tarafından reddedilmişti. Bunun üzere PNV kendi taleplerine yer verilme de anayasaya saygı göstereceklerini açıkladı⁷¹. Böylelikle anayasa taslağı Genel Kurul'dan 258 kabul, 2 ret oyuyla geçmiştir⁷². Anayasa taslağının halka sunulması için aşması gereken iki basamak daha vardır: Senato ve ardından Senato ve Temsilciler Meclisi'nden oluşan Karma Komisyon.

Anayasa taslağı Senato'ya giderken Suarez hükümeti de sokaklardaki muhtabakatı sağlayabilmek amacı ile ETA'larla uzlaşma arayışındaydı. ETA'larla görüşme talep etti ancak ETA'nın kabul edilemez talepleri vardı, görüşme gerçekleşemedi. Vurgulanmalıdır ki hükümet toplumun her kesimi tarafından benimsenecek bir anayasa hazırlayabilmek için bir terör örgütüyle dahi görüşmeyi göze almıştır⁷³.

Taslak Senato'da PNV'nin özerlikle ilgili itirazlarıyla tekrar tartışılmıştır. PNV tarihsel haklarla ilgili bölümlerin değişmesini ve daha önceden yürürlükte olan ekonomik uyum paketinin tekrar yürürlüğe konulmasını istemişse de UCD bunları reddetmiştir⁷⁴. Senato Genel Kurulu'nda da tarihsel haklar tartışma konusu olmuştur. Tarihsel haklar ile anayasa arasında bir çatışma olması durumunda hangisinin üst norm olarak kabul edileceği sorunu gündeme gelmiştir⁷⁵. Bu tartışmalarla birlikte taslak Senato'dan ve Senato-Temsilciler Meclisi Karma Komisyonu'ndan geçerek aynen kabul edilmiştir. Artık taslağın Anayasa halini alması için son aşamaya gelmişti. 6 Ağustos 1978 günü halk oylaması yapıldı ve referandumda %87,87 oy alarak onaylandı⁷⁶.

C. İspanya Anayasası'nın İçeriği

İspanya 1978 Anayasası'nı hazırlama niyetini ilan ettiğinde ülkedeki gruplar taleplerini yüksek sesle dile getirmeye başladılar. Anayasa çalışmaları sürerken Bask ve Katalan parlamenterleri kendi özerklik statüleri için çabalamaya başlamışlardı. Parlamentoda da bu grupların büyük çoğunluğu temsil edilmekteydi. Demokratik bir anayasa yapma iradesi olduğu için 1978 Anayasa'sı hazırlanırken ülkedeki irili ufaklı tüm grupların istekleri dikkate alındı. İspanya'nın anayasa yapım tecrübesi kutuplaşmış bir toplumda çatışma yaratan konuların nasıl çözülebileceğine dair önemli bir örnektir.

⁷¹ Özçer, s.121.

⁷² Özçer, s.121.

⁷³ Özçer, s.123.

⁷⁴ Özçer, s.124.

⁷⁵ Özçer, s.126.

⁷⁶ Özbudun, s.68.

Böyle bir toplumda üzerinde mutabakatın sağlanabileceği bir anayasa hazırlanabilmesi için en önemli engel “ulus” tanımıydı. İspanya Anayasası’nı yazan yedi hukukçudan biri ve İspanyol Sosyalist Partisi’nden milletvekili olan Gregorio Peces-Barba fonksiyonel ve organik federalizm savunucusuydu. “Bu bağlamda otonominin genellemesine ve simetrik bölgeselleşmiş bir devlet” oluşturulması gerektiğini savunuyordu⁷⁷. Bulunan çözüm anayasada net bir ulus tanımı yapmamak, ülkedeki bölgelerin statülerinin detaylarını düzenlemeyi ötelemektir. Nitekim 1978 Anayasası bu prensiplerle hazırlandı ve halk oyuyla sunuldu. %90’a yakın bir oy oranıyla anayasa kabul edildi. Özellikle büyük bölgelerden biri olan Katalonya’da %95 gibi çok yüksek bir evet oyu çıktı⁷⁸. Bu durum da açıkça göstermektedir ki anayasa İspanyol halkı arasında yüksek bir mutabakatla kabul edilmiş ve benimsenmiştir. İspanya’da da bu anayasa “mutabakat anayasası” olarak adlandırılmaktadır⁷⁹. 1978 Anayasası ile demokratik bir anayasal monarşi kurulmuştur ve bu Anayasa İspanya’nın uzlaşya dayanan ilk anayasasıdır.⁸⁰

İspanya kurucu iktidarı şüphesiz demokratik bir anayasa yapma fikrini benimsemiştir. Hukukun üstünlüğüne dayalı ve insan hak ve özgürlüklerine saygılı devlet, demokratik hukuk devletidir. İspanya Anayasa’sının da ilk maddesi “İspanya’yı, hukukun üstünlüğüne bağlı, kanun düzeni, özgürlük, adalet, eşitlik ve siyasi çoğulculuğun en yüksek değerlerini savunan sosyal ve demokratik bir Devlet olarak kurar” demekle İspanya’nın demokratik ve sosyal hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır. Temel hak ve hürriyetleri düzenleyen 10. maddesi de temel hak ve hürriyetlerin İspanya’nın tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere göre yorumlanacağını kayıt altına almıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da olabildiğine kısa düzenlemesi iradesi gösterilmiştir. Bu konuda da temel ilkeler belirtilmiş, istisnai haller sayılmaktan kaçınılmıştır⁸¹. Kanun önünde eşitliğin düzenlendiği 14. madde olabildiğine kapsayıcı bir şekilde dizayn edilmiştir⁸². Demokratikleşme iradesi bu maddede de kendini açıkça göstermektedir. Nitekim kanun önünde eşitlik ilkesi o dönemde birçok devletin anayasasında sadece “herkesin ırk, din ve dil” ayrımı yapılmaksızın eşit olduğunu vurgularken İspanya Anayasası bu klasik

77 Enric Martínez-Herrera and Thomas Jeffrey Miley, “The Constitution and the Politics of National Identity in Spain,” *Nations and Nationalism*, vol. 16, 1, 2010, s.9.

78 https://en.wikipedia.org/wiki/1978_Spanish_constitutional_referendum (23.12.2018)

79 Özçer, s.128.

80 Raymond Carr, *Spain: A History*, Oxford University Press, New York, 2000, s. 177.

81 Özçer, s.132.

82 Spanish Constitution, Section 14: “Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance.”

unsurların yanı sıra cinsiyet, kalıtsal özellikler ya da toplumsal statüler gibi hususları da eklemiştir⁸³. 15. maddesi ise yaşam hakkını düzenlemektedir⁸⁴. Bu bağlamda o dönemde birçok Avrupa ülkesinde ölüm cezası varken İspanya Anayasası savaş zamanları dışında ölüm cezasını kaldırmıştır⁸⁵.

Belirtilmelidir ki İspanya bu denli demokratik ve çoğulcu bir anayasayı yurarda da vurgulandığı gibi terörle mücadele ederken yapmıştır. Bir yandan terörle mücadelesini sürdürürken bir yandan da toplantı hakkı⁸⁶, dernek kurma hakkı⁸⁷, ifade özgürlüğü⁸⁸ gibi hakları olabildiğine geniş ve demokratik standartlarda düzenlemesi de anayasa yapıcının iradesini yansıtmaktadır⁸⁹. Örneğin 20. maddenin 4. fıkrasına göre kişi onuru, itibarı ve özel hayatın gizliliğiyle ilgili haklar ve çocukların ve gençlerin korunmasına ilişkin hükümler ifade özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır⁹⁰. Yani herkesin bu sayılan kişisel haklara “halel getirmemek kaydıyla, ayrılıkçı veya bölücü fikirleri dile getirmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.”⁹¹. Dolayısıyla “ayrılıkçı veya bölücü ifadeler nedeniyle bir siyasi partinin kapatılması veya üyelerinin tutuklanması”⁹² mümkün değildir.

Federalizm ve merkezcilik gibi birbirine zıt iki tarihsel eğitim karşısında zor bir denge kuran İspanya Anayasası ulus meselesine katı normatif bir açıklama getirmez⁹³. İspanya Anayasa’sının 2. maddesine göre Anayasa’nın temeli İspanyolların ortak ve bölünmez vatanları olan İspanyol Milletinin ayrılmaz birliğidir. Anayasa İspanya’yı oluşturan millet ve bölgelerin özerk haklarını ve bunların arasındaki dayanışma hakkını tanıır ve garanti eder⁹⁴. Esasen ana-

83 Özçer, s.133.

84 Spanish Constitution, Section 15: “Everyone has the right to life and to physical and moral integrity, and under no circumstance may be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or treatment. Death penalty is hereby abolished, except as provided for by military criminal law in times of war.”

85 Özçer, s.133.

86 Spanish Constitution, Section 21.

87 Spanish Constitution, Section 22.

88 Spanish Constitution, Section 20.

89 Özçer, s.134.

90 Spanish Constitution, Section 20/4: “These freedoms are limited by respect for the rights recognised in this Part, by the legal provisions implementing it, and especially by the right to honour, to privacy, to the own image and to the protection of youth and childhood.”

91 Özçer, s.134.

92 Özçer, s.135.

93 Conversi, s.228.

94 Spanish Constitution, Section 2: “The Constitution is based on the indissoluble unity of the Spanish Nation, the common and indivisible homeland of all Spaniards; it recognises and guarantees the right to self-government of the nationalities and regions of which it is composed and the solidarity among them all.”

yasada birbiriyle çelişik kabul edilebilecek bir hüküm getirilerek belirsiz bir anayasal formülasyon kullanılmış ve İspanya “ulusu” meselesi ötelenmiş, çözüm zamana ve siyasete bırakılmıştır⁹⁵. İspanyol halkına vurgu yapılmış ancak bunun hemen peşinden de İspanyol “halklarından” bahsedilmiştir ve bu halkların özerk haklarının anayasal güvence altına alındığını ifade etmiştir. Farklılıkların bir arada yaşayabilmesi için çaba sarf edilmiştir.

İspanya 1978 Anayasası'nı yaparken ülkeyi 17 özerk bölge ve 2 özerk şehre⁹⁶ ayırmayı tercih etti⁹⁷. “Bu sistemik bölünme, siyasal jargonda ‘Cafe para Todos’ (Herkes Kahve) olarak adlandırılmaktadır.”⁹⁸. Anayasa'nın kabul ettiği bu özerklik sistemi İspanya'daki ayrılıkçı kutupların anayasal sistemle olan bağını sağlamıştır⁹⁹. Ancak bu özerklik sistemindeki muğlaklıklar beraberinde bir takım sorunları da getirmiştir. Anayasa bir taraftan üniter unsurlar içermekte diğer taraftansa oldukça belirsiz bir şekilde milliyet ve bölgelerin özerkliklerine ilişkin düzenlemelere yer vermektedir.¹⁰⁰

Anayasa'nın 3. ve 4. maddeleri özerk topluluklara dil ve bayrak hakkı vermiştir¹⁰¹. Buna göre devletin resmi dili İspanyolca olmakla birlikte diğer İspanyol dilleri de özerk toplulukların resmi dili olabilecektir¹⁰². Benzer şekilde özerk topluluklar kendi bayraklarını İspanyol bayrağı ile birlikte kullanabileceklerdir¹⁰³. Böylece devlet, millet ve dil birliği şeklindeki İspanya merkezilik ölçütü ortadan kalkmıştır¹⁰⁴. Anayasa yapıcı bu maddelerde bilinçli olarak, periferik milliyetlerin İspanya devletine bağlılığını sağlamak için, milliyet ya da bölge kelimelerini kullanmamış, özerk topluluklar olarak belirtmiştir¹⁰⁵.

17 özerk bölgeden Katalonya, Bask Devleti, Galiçya tarihsel milliyetler ve

95 Martínez-Herrera, s.8.

96 Kuzey Afrika'daki Ceyta ve Melilla şehirleri.

97 Özçer, s.137.

98 Özçer, s.137.

99 Özçer, s.131.

100 Ferran Requejo, *Multinational Federalism and Value Pluralism: The Spanish Case*, Routledge, 2005, s.71.

101 Conversi, s.228.

102 Spanish Constitution, Section 3: “1. Castilian is the official Spanish language of the State. All Spaniards have the duty to know it and the right to use it. 2. The other Spanish languages shall also be official in the respective Self-governing Communities in accordance with their Statutes. 3. The wealth of the different linguistic forms of Spain is a cultural heritage which shall be especially respected and protected.”.

103 Spanish Constitution, Section 4: “1. The flag of Spain consists of three horizontal stripes: red, yellow and red, the yellow stripe being twice as wide as each red stripe. 2. The Statutes may recognize flags and ensigns of the Self-governing Communities. These shall be used together with the flag of Spain on their public buildings and in their official ceremonies.”.

104 Conversi, s.229.

105 Özçer, s.139.

bölgeler olarak ifade edilmiştir¹⁰⁶. Bunlar anayasanın kabulünde hemen sonra özerk olarak tanınmışlardır. Diğer bölgeler ise zaman için de özerk olarak tanınmıştır. İspanya devleti tarafından “özerklik statüsü” belgesi vererek hangi yetkilerin özerk bölgelere devredildiği bu belgede kayıt altına alınır. Bu statüde değişiklik yapma yetkisi meclise aittir. Hem İspanyol Parlamentosu hem de bölgeler yeni özerk topluluklar oluşması için teklifte bulunabilirler. Yani İspanya’daki özerk toplulukların sayısı 17 ile sınırlı değildir¹⁰⁷.

Anayasanın 148. maddesinde münhasıran özerk toplulukların yetkili olduğu konular, 149. maddede ise devletin münhasır yetkisine giren konular sayılmıştır¹⁰⁸. Bu maddelerde olmayan konularda ise yetki özerk bölgelere verilebilir. Anayasa’da özerkliklere ilişkin sadece temel özelliklere yer verilmiştir; ne bölgeler listelenmiş ne de yetkiler açıkça belirtilmiştir. Özerk bölgeler anayasanın sessiz kaldığı konulardaki yetkilerin tamamını doğrudan haiz olmazlar, sadece devraldıkları yetkilere sahiptirler. Devralmadıkları yetkiler İspanya devleti tarafından kullanılır. Dolayısıyla bu karmaşık yetkilendirme sisteminde toplulukların yetkilerini belirleyen ana faktör özerklik sürecidir.¹⁰⁹

İspanya federal devlet de üniter devlet de değildir. Çünkü özerk bölgeler federe devletler değildirler, merkezi devlet kendi yetkilerini bölgesel özerkliklere devretmiştir. Yani egemenlik devlettedir, yargı yetkisi tekdir. Her özerk bölgenin kendilerine ait özerk yasaları, parlamentoları, yürütme organları olduğu gibi kendi dilleri ve bayrakları da İspanya devleti tarafından tanınır. Ancak bu özerk bölgelerin yetkileri aynı değildir, ayrı ayrı belirlenmiştir. Yani İspanya’da gerçek manada asimetrik bir devlet yapısı vardır¹¹⁰. “Görüldüğü gibi, özerklik statüleri, ilgili özerk topluluklarda geçerli olan, merkezi devlet tarafından tanınmış birer kanun niteliği taşımaktadır.”¹¹¹.

Özerk topluluklar oldukça geniş yetkileri haiz olabilmektedirler. Devletin aktarılan bütçenin yanı sıra özerk yönetimlerin kendi para kaynaklarını oluşturma imkanları da vardır. Özerk topluluklara bu kadar geniş yetkilerin tanınmış olması bir denetim mekanizması zorunluluğunu da getirmiştir¹¹². Anayasa Mahkemesi özerk yönetimlerin kararlarının anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkilidir. Aynı zamanda özerk yönetimler arasındaki

106 Conversi, s.228.

107 Özçer, s.140.

108 Özçer, s.141.

109 Botella, s.265.

110 Conversi, s.232.

111 Özçer, s.140.

112 Özçer, s.144.

uyuşmazlıkları da Anayasa Mahkemesi çözer¹¹³. İdari konularda özerk yönetimlerin devletle olan ilişkisini kurmakla ve düzeni sağlamakla görevli olan bir hükümet temsilcisi vardır¹¹⁴.

Parlamente anayasal monarşinin tercih edildiği İspanya'da Kral devletin başıdır, yasama organını feshedebilir, halkoylamasına gidebilir. 4 yılda bir yapılan seçimlerde en çok oyu alan partinin lideri Kral tarafından başbakan olarak atanır. Parlamentoda temsilciler meclisi ve senato olmak üzere iki ayrı meclis vardır. Hükümet Temsilciler Meclisi'ndeki çoğunluğa dayandığından Meclis'e karşı sorumludur. Dolayısıyla klasik parlamente sitem özelliğini görmek mümkündür. Temsilciler meclisi en az 300 en çok 400 üyeden oluşur¹¹⁵. Senato'nun üye sayısı karmaşık bir şekilde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 69. maddesine¹¹⁶ göre her idari bölümden dört senatör seçilir. Ayrıca, her özerk yönetimden bir senatör atanır. Ancak nüfusu bir milyonun üzerindeki özerk bölgeler her bir milyon kişi için bir senatör atar. Bu anlamda Senato bir tür bölgeler meclisidir¹¹⁷.

İspanya Anayasası'nın düzenlemiş olduğu önemli bir müessese ise kuruluş kanunlarıdır (organik yasa).¹¹⁸ Bu organik yasalar hiyerarşik olarak anayasa ile kanunlar arasındadır. "Temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesine, genel seçim ilkelerine veya anayasada zikredilen diğer konulara ilişkin olanlarla,

113 Spanish Constitution, Section 151 ve Section 161.

114 Spanish Constitution, Section 154.

115 Özçer, s.147.

116 Spanish Constitution, Section 69: "1. The Senate is the House of territorial representation. 2. In each province, four Senators shall be elected by the voters thereof by universal, free, equal, direct and secret suffrage, under the terms to be laid down by an organic act. 3. In the insular provinces, each island or group of islands with a Cabildo or insular Council shall be a constituency for the purpose of electing Senators; there shall be three Senators for each of the major islands —Gran Canaria, Mallorca and Tenerife— and one for each of the following islands or groups of islands: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote and La Palma. 4. The cities of Ceuta and Melilla shall elect two Senators each. 5. The Self-governing Communities shall, in addition, appoint one Senator and a further Senator for every million inhabitants in their respective territories. The appointment shall be incumbent upon the Legislative Assembly or, in default thereof, upon the Self-governing Community's highest corporate body as provided for by its Statute which shall, in any case, guarantee adequate proportional representation. 6. The Senate is elected for four years. The Senators' term of office shall end four years after their election or on the day on which the House is dissolved."

117 Özçer, s.147.

118 Spanish Constitution, Section 81: "1. Organic acts are those relating to the implementation of fundamental rights and public liberties, those approving the Statutes of Autonomy and the general electoral system and other laws provided for in the Constitution. 2. The approval, amendment or repeal of organic acts shall require the overall majority of the Members of Congress in a final vote on the bill as a whole."

özerklik statülerini onaylayan kanunlar”¹¹⁹ organik kanunlardır ve mutlak salt çoğunlukla kabul edilebilir ve değiştirilirler. Olağan kanun olması gereken bir organik kanununu Anayasa Mahkemesi iptal etmez, derecesini düşürür. Bir diğer husus ise Anayasa’nın 87. maddesi özerk toplulukların parlamentolarına da kanun teklifinde bulunma imkanı tanımaktadır.

D. Anayasanın Kabulünden Sonraki Gelişmeler ve Bağımsızlık Talepleri

1978 Anayasasında iki değişiklik yapılmıştır; biri 1992 yılında Maastricht Antlaşmasının onaylaması sonrasında diğeri ise 2011 ekonomik krizinden sonra bütçe denkliliğine ilişkin yapılan değişikliktir. 1978 Anayasasının temel özelliklerinden biri olan esneklik sayesinde anayasada köklü değişiklikler yapmaya gerek kalmamıştır. Gerek Anayasa Mahkemesi’nin özerk yönetimlerle merkez arasındaki yetki dağılımına ilişkin kararları gerekse özerklik statüsüne ilişkin reformlar anayasanın sürekli güncel kalmasına hizmet etmiştir.

Her ne kadar İspanya Anayasası şiddeti azaltmış olsa da zaman zaman özerlikle anayasa referandumunda hayır oyunun yoğunlukta olduğu Bask ve Katalan gibi bazı özerk bölgeler merkeze bağlılıklarını bir sorun olarak nitelendirmekte ve kendi geleceklerini tayin haklarına vurgu yapmaktadırlar. Bu durum Bask’ta ETA ile birlikte kendini göstermekte ve çeşitli güvenlik sorunları ortaya çıkarmaktayken, Katalan’da ise daha çok sivil itaatsiz olarak görülmektedir.

Bask’ta 1978 Anayasası ile başlayan terörün sonlanması süreci, ETA’nın 2011’de silahlı eylemlerine son verdiğini ilan etmesi ile ve 2017’de silahlarını teslim etmesiyle nihayete ermiştir.¹²⁰ Ancak ETA’nın silahlı eylemleri bırakması Bask’ın taleplerinin sonlandığı anlamına gelmez. Ibarretxe Planı özetle İspanya Devleti’nin Bask üzerindeki icbar yetkisinin sonlanmasını ve Bask’a referanduma çağırma hakkı verilmesini hedeflemektedir. Planın amacı Bask ile İspanya arasındaki özerklik ilişkisini konfederal bir statüye taşımaktır. Bu plan 2005’te reddedilmiştir. 2016 yılında yapılan bir ankete göre Bask’ta %34 federalizm isterken, %32 ise mevcut özerklik statüsünden memnundur. Bağımsızlık isteyenlerin oranı ise %23’tür.¹²¹

2006 yılında Katalonya Parlamentosu yerel anayasa taslağı hazırladı ve taslakta bağımsızlık taleplerine ilişkin “Katalonya bir ulustur” ve “Katalonya’nın öncelikli dili Katalancadır” şeklinde iki önemli düzenleme yaptı. Bu iki maddede de içeren büyük anayasa değişikliği Bölgesel Katalonya Meclisinden ve

¹¹⁹ Özçer, s.147.

¹²⁰ Seyfullah Tosun, *Bölge Devleti*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 382.

¹²¹ Tosun, s. 383.

İspanyol Meclisinden geçti. Ardından referandumdan da geçerek kabul edildi. Fakat Anayasa Mahkemesi 2010 yılında değişiklikteki maddelerin bir kısmını Anayasa'nın 2.maddesindeki "İspanyol milletinin ayrılmaz birliğini, tüm İspanyalıların ortak ve bölünmez vatani ilkesine aykırı bularak iptal etti. Mahkeme gerekçesinde "Katalanları ulus olarak tanımlamak için hukuki dayanak yoktur" ifadesine yer verdi. 2012 yılında Katalan bölgesindeki nüfusun %9'unu oluşturan bazı belediye meclisleri kendilerini "bağımsız katalan toprağı" olarak ilan ettiler.¹²²

2013'te Bölgesel Katalonya Meclisi katalanların kendi geleceklerini tayin hakkı olduğunu ilan etti ve "Katalan Bağımsızlık Deklarasyonunu" kabul etti ancak İspanya Anayasa Mahkemesi oy birliği ile iptal etti.¹²³

2014'te Katalonya Meclisi bağımsızlık referandumu kararı aldı. Ancak referandumun yapılabilmesi için İspanyol Meclisi'nin bu kararı onaylaması gerekiyordu ve Meclis kararı reddetti ve Anayasa Mahkemesine taşıdı. Mahkeme ise kesin karar verilinceye kadar durdurma kararı verdi. Mahkeme'nin bu kararının ardından Katalonya geri adım atarak referandum yerine kamuoyu yoklaması yapılmıştır. Bir sene sonra ise plebisit niteliğinde olduğu kabul edilen bir erken seçim yapılmış ve seçimi bağımsızlık yanlıları kazanmıştır.¹²⁴

2017 yılına gelindiğinde bağımsızlık referandumu talebiyle halk hareketleri olmuş ve referandum kararı alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu referandumu illegal olarak ilan etse de 1 Ekim 2017'de referandum yapılmıştır.¹²⁵ 1 Kasım'da hükümet Anayasanın 155.maddesine göre Katalonya hükümetinin yetkilerini devralmıştır. Aralık 2017'de yapılan Katalonya seçimlerini daha yüksek bir oy oranı ile bağımsızlık yanlıları kazanmıştır. Katalonya'nın bağımsızlık talebi halen gündemdedir ve kutuplaşma gün geçtikçe artmaktadır. Covid19 Pandemisi döneminde İspanya'da olağanüstü hal ilanı Katalon yönetimi tarafından Anayasanın 155.maddesinin örtülü olarak uygulanması olarak yorumlanmıştır.

Her ne kadar bağımsızlık talepleri olsa da İspanya'da özerkliğin güçlenmesi uzunca bir süre demokrasiyi geliştirmiş, İspanya ile bütünleşmeyi sağlamlaştırmıştır.¹²⁶ Ancak Katalonların bağımsızlık hareketlerini de göz ardı etmemek

122 Özcan Ögüt, "Katalunya'nın Bağımsızlık Rüyası", Uluslararası Politika Akademisi, 2014.

123 <https://www.abc.es/espana/20140325/abci-declaracion-soberanista-201403251818.html> (15.07.2022)

124 David Martí and Daniel Cetrà, "The 2015 Catalan election: a de facto referendum on independence?", *Regional and Federal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2016, 110.

125 Óscar Agustín and Malayna Raftopoulos, "Introduction: The Catalan Way to Independence and the Spanish-Catalan Conflict," Ed. Óscar Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereign*, Palgrave Macmillan, 2021, 13.

126 Konuralp, s. 390.

gerekir. Anayasanın benimsemiş olduğu bölgele devlet sisteminde federasyonu andırır özelliklerin ön plana çıkması günümüzde bilhassa Katalonya’da görülen bağımsızlık taleplerini doğurduğu söylenebilir. Çünkü federal devlet sistemi ile İspanya’nın kurmayı arzuladığı bölgele devlet modelinde merkez ile çevre ilişkisinin boyutu farklıdır. Federasyonda federe devletler kendi kaderini tayin hakkını haiz iken bölgele devlette bu hak ulusa aittir.¹²⁷

Sonuç Yerine

Toplumun değıştirilmesi, dönüştürülmesi arzu edildiğinde yapılacak olan anayasanın detaylı ve uzun olması kaçınılmazdır. Ancak zaten hali hazırda ortak değerlerde buluşabilme kabiliyetini haiz bir toplum varsa ve toplumun dönüşümü gibi bir gaye yoksa kısa ve çerçeve bir anayasa yapımı siyasete alan tanıyacak ve uzun ömürlü olacaktır. Bununla birlikte kısa ve muğlak anayasaların siyasete tanımış olduğu bu alan da beraberinde birtakım sorunları getirebilir. Bu durumda siyasi manipölasyonların önlenmesi için güçlü bir denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulur. Bunlara rağmen anayasalarda devlet teşkilatına ilişkin temel meselelerin yer alması ve içeriğe ilişkin tartışmalarda zamanla siyasi mekanizmaların karar almalarına imkan tanımak da makul bir yöntemdir.

Bölgele devlet bir federal devlet değildir. Bölgele devlet ayrı bir devlet modelidir. Federal devlette federe devletlerin her biri aynı zamanda bir merkezdir. Fakat bölgele devlet federal devletteki gibi bir sözleşmeye dayanmaz. Dolayısıyla bölge ile merkez arasındaki ilişki bir yetki savaşı ve pazarlıktır. Bölgele devlet modelinde bölgeler merkeze bağımlıdır. Önemli yetkiler merkezdedir. Bölgele devletin üniter devletten temel farkı ise egemenliğin uygulamada iki yönetim arasında paylaşılmasıdır. Yani, bölgele devletlerdeki anayasal inşa sürecini federal ya da üniter yapıya sahip olan devletler için doğrudan örnek almak doğru olmayabilir.

İspanya gibi birden çok etnik grubun olduğu ve bu etnik gruplarının her birinin güçlü kültürel köklerinin olduğu topluluklarda vatandaşların devletle olan bağlarını güçlü kılmak oldukça zordur. Böyle toplumlarda anayasalar bireylerin kendi kimliklerini muhafaza etmelerini sağlarken devletle aralarındaki vatandaşlık ilişkisini de sıkı bağlarla ortaya koymalıdır. İspanya bunu gayet güzel yapmıştır, hem İspanya vatandaşı hem de kendi etnik grubunun mensubu olarak bireyler varlıklarını koruyabilmişlerdir. Ancak bu sadece anayasanın bir sonucu değildir, aynı zamanda bireylerin kültürleri, zihinleri de buna

127 Atilla Nalbant, “Bölgele Devlet Yeni Bir Devlet Biçimi mi?”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 1996, s. 41.

imkân tanımaktadır.

İspanya'nın anayasa yapım süreci periferik milliyetçi akımların entegrasyonun başarılı denebilecek bir biçimde nasıl sağlanabileceğinin önemli bir tecrübesidir. 1978 anayasasının yapım sürecine ilişkin üç husus vurgulanmalıdır. Birincisi, tüm ayrılıkçı taleplere rağmen geniş bir toplumsal uzlaşya dayanmasıdır. İkincisi, periferik milliyetçilere özerklik statüsü imkanı vererek onları tatmin etmesidir. Son olarak, anayasanın kesinlikle demokratik nitelik taşımasıdır. Anayasa'ya ilişkin vurgulanması gereken bir diğer husus ise bölge ve milliyet ayrımı yaparak özerklik hakkını güvence altına almıştır. Böylece ayrılıkçı milliyetçilerin entegrasyonunu daha kolaylaştırmıştır. Anayasa yapıldığı döneme göre oldukça başarılıdır. Toplumdaki çeşitlilikleri eritecek bir milliyetçilik anlayışını benimsememiş olması kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına ilişkin önemli bir tecrübedir. Katalonya'nın ayrılık taleplerinde Anayasa'nın benimsemiş olduğu bölgesel devlet anlayışı etkili olsa da ekonomik kriz ve İspanya devletinin Katalonya'ya diğer özerk topluluklara kıyasla daha az yatırım yapması da göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁸

İspanya tecrübesi kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına ilişkin çok önemlidir. Ancak İspanya örneğinden yola çıkarak perakendeci yöntemin böyle toplumlar için en doğru yöntem olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira her toplum kendi dinamikleri ve yapısı bağlamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte devleti oluşturan toplumların bir arada yaşama yönündeki iradeleri ve güçlü bir anayasal denetim mekanizmasının varlığı çok önemlidir.

128 Gemma Ubasart-González, "The Independence Procés in Catalonia: The Triple Spanish Crisis and an Unresolved Question of Sovereignty", Ed. Óscar Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereignty*, Palgrave Macmillan, 2021, 39.

KAYNAKLAR

- Agustín Óscar; Raftopoulos Malayna, "Introduction: The Catalan Way to Independence and the Spanish–Catalan Conflict," Ed. Óscar Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereign*, Palgrave Macmillan, 2021, 3-33.
- Bernecker, Walter N., "Monarchy and Democracy: The Political Role of King Juan Carlos in the Spanish Transition," *Journal of Contemporary History*, Vol. 33,1, 1998, 65–84.
- Botella, Joan, "The Spanish "New" Regions: Territorial and Political Pluralism," *International Political Science Review*, Cilt 10, Sayı 3, 1989, 263-271.
- Carr, Raymond, *Spain: A History*, Oxford University Press, New York, 2000.
- Colomer, Josep, M., "The Spanish "state of autonomies": Non-institutional federalism," *West European Politics*, Cilt 21, Sayı 4, 1998, pp. 40-52.
- Conversi, Daniele, "The Smooth Transition: Spain's 1978 Constitution and the Nationalities Question," *National Identities*, Cilt 4, Sayı 3, 2002.
- Çattık, Mustafa, "Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018.
- Çattık, Mustafa, *Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana-bilim Dalı, 2015.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Adres Yayınları, Ankara, 2004.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 13, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- Gunther, Richard; Montero, Jose Ramon, *"The Politics of Spain"*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Konuralp, Emrah, "İspanya'da Bölge Devleti Tarihsel Gelişimi, Yasal Düzeni ve Siyasal Yapılanışı", *Akademik İncelemeler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2019, s. 343-402.
- Lerner, Hanna, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Martí David; Cetrà Daniel, "The 2015 Catalan election: a de facto referendum on independence?", *Regional and Federal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2016.
- Martínez-Herrera, Enric; Miley, Thomas Jeffrey, "The Constitution and the Politics of National Identity in Spain," *Nations and Nationalism*, 16, 1, 2010.
- Minon, Miguel Herrero, (Terc. Ergun Özbudun ve Levent Köker) *BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı*, Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1993.
- Nalbant, Atilla, "Bölge Devleti Yeni Bir Devlet Biçimi mi?", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 1996, s. 39-70.
- Ögüt, Özcan, "Katalunya'nın Bağımsızlık Rüyası", Uluslararası Politika Akademisi, 2014, <http://politikaakademisi.org/katalunyaninbagimsizlikruyasi/> (15.07.2022).
- Özbudun, Ergun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Özçer, Akın, *Çoğul İspanya*, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2006.
- Philips, William D; Philips, Carla Rahn, (Terc. Tuna Erkman), *İspanya'nın Kısa Tarihi*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Requejo, Ferran, *Multinational Federalism and Value Pluralism: The Spanish Case*,

Routledge, 2005.

- Robledo, Agustin Ruiz, *Constitutional Law in Spain*, Kluwer Law International, Leiden, 2012.
- Schrijver, Frans Joachim, *Regionalism After Regionalisation: Spain, France and the United Kingdom*, Vossispers, Amsterdam, 2006.
- Solsten, Eric D.; Meditz, Sandra W., *Spain: a Country Study*, Department of the Army, Washington, 1990.
- Spanish Constitution, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf> (16.05.2022).
- Tosun, Seyfullah, *Bölge Devlet*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Ubasart-González Gemma, “The Independence Procés in Catalonia: The Triple Spanish Crisis and an Unresolved Question of Sovereignty”, Ed. Óscar Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereign*, Palgrave Macmillan, 2021, 33-57.

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasamanın Güçlendirilmesi: Sözlü Soru ile Yürütme ve Bürokrasiden İzahat İstenmesi*

Strengthening the Legislature in Presidential System: Oral Questioning of the Executive and Bureaucracy

Abdurrahman TEKİN**

ÖZ

Başkanlık sisteminde, yasama çoğunluğu ve yürütmenin farklı siyasi ekollerin elinde olması ihtimal dahilindedir. Bu durum, eşit kuvvetler ile zıt yönlerde çekilerek mesafe kat edilmeyen bir devlet yönetimine neden olabilmektedir. Bu eşit güç durumunu engellemek için yürütmenin güçlendirilmesi yönünde adımların atılması yaygın karşılaşılan bir durumdur. Türkiye’de de durum bu şekilde özetlenebilmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle beraber gerek hükümet sistemi tercihinin doğasından gerekse de sistemin kurgulanma tarzından kaynaklanan birtakım sebepler ile TBMM’nin yetkilerinde ve buna bağlı olarak da etkinliğinde azalmalar görülmüştür.

Yeni bir hükümet sistemi değişikliğine gidilmeden, atılabilecek pek çok somut adım ile TBMM’nin etkin bir konuma getirilmesi mümkündür. Bu adımlardan biri de sözlü soru mekanizmasının tekrar hukuk hayatımıza girmesi olarak düşünülebilir. Karşılaştırmalı hukuktan elde edilen bilgiler ile etkinleştirilen bu mekanizma sayesinde, daha hesap verilebilir, sorumlu ve hukuka uygun faaliyetler icra eden bir yürütme organına ve bürokratik yapıya sahip olunabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Yürütmenin Denetlenmesi, Yasamanın Güçlendirilmesi, Sözlü Soru, Gensoru.

ABSTRACT

In the case of a situation where executive power and legislative majority controlled by different political groups in presidential systems, known as divided government, a state governance being pulled in opposite directions by equal forces may be occurred. For this reason, it is often preferred to reinforced the executive. This is exactly the case in Turkey. By the transition of presidential system, legislature’s ef-

* Makale gönderim tarihi: 10.04.2022. Makale kabul tarihi: 12.09.2022. Abdurrahman Tekin, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasamanın Güçlendirilmesi: Sözlü Soru ile Yürütme ve Bürokrasiden İzahat İstenmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 297-334, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.05>

** Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
abdurrahman.tekin@yalova.edu.tr, 0000-0003-3041-3941

fectiveness and powers has declined by the reason of both the nature of presidential system and constitutional design.

It is possible to bring parliament to effective position through various mechanisms/ reforms without changing the government system. One of these mechanisms is the readoption of oral question into the legal system with some reforms taken from comparative constitutional law. Thus, the executive power and bureaucracy could be more accountable and responsive and perform their activities in accordance with the law.

Keywords: Presidential System, Supervision of the Executive, Strengthening the Legislature, Oral Question, Interpellation.

I. Giriş

Meclisin merakının sınırı ve sonu bulunmamaktadır.
Bir milletvekilinin merakının bittiği yerde bir diğerrinin
merakı başlamaktadır.
-Walter Bagehot-

Cumhuriyetin ilanından bu yana Türkiye’de pek çok anayasa değişikliği ile farklı hükümet sistemleri tecrübe edilmiştir. Her anayasa dönemi içerisinde kurgulanan hükümet sisteminden ve/veya anayasal mekanizmaların dizaynından kaynaklanan birtakım önemli sorunlar ile karşılaşmıştır.

1924 Anayasası ile her ne kadar parlamenter sistem kurgulanmış olsa da meclis hükümeti sisteminden de izleri görmek mümkündür. Bu dönemin temel sorunları, uzunca bir dönem tek parti dönemi ile ülkenin yönetilmesi ve devletin temel organlarının kontrol ve denge mekanizmalarından yoksun olmasıdır.¹

1961 Anayasası’nda, saf haline en yakın parlamenter sistem tecrübelerimizden birinin kurgulandığı görülmektedir. Bir önceki anayasal dönemden çıkarılan dersler ile kontrol ve denetim mekanizmaları etkinleştirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu dönemde Anayasanın bizzat sistemi tıkayan hükümler ihtiva etmesi veya sistemin tıkanmamasını sağlayacak hususların Anayasa’da bulunmaması ve siyasilerin tıkanıklık çözümü konusunda isteksiz olarak nitelenebilecek tavırları, siyasi, ideolojik ve sosyal büyük krizlerin yaşanmasına sebebiyet vermiştir.²

1 Anayasa yargısının bulunmayışı, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engelleyen anayasal hükümlerin bulunmayışı bu yargı için verilecek ilk örneklerdir.

2 Cumhurbaşkanının uzunca bir süre seçilememesi, hükümetlerin sürekli yıkılması,

1961 Anayasal döneminden öğrenilen dersler ile sistemi tıkayacak hususların 1982 Anayasasında düzeltilmeye çalışıldığı söylenebilir. Buna karşın 1982 Anayasası'na parlamenter sistemin doğasında/özünde var olan sembolik devlet başkanı figürü eklenmeyerek bir başka sorunlu döneme girilmiştir. 1980 Darbesinin faili Kenan Evren ve Milli Güvenlik Kurulu'nun, Cumhurbaşkanlığı makamının kontrolcü bir yapıda olması arzusundan dolayı, güçlü yetkiler ile donatılmış devlet başkanına sahip bir parlamenter sistemin kurgulandığı göze çarpmaktadır.³ Bu durum, farklı siyasi ekollerden gelen iki başlı yürütmenin, kendi içinde çatışmaya girmesi gibi bir sonuca yol açmıştır. Bu dönemde yaşanan koalisyon hükümetlerinin zayıflığına, devlet başkanı ile çatışan başbakan figürü de "eklenince", sistemin yürütülemez bir hale geldiği hala hafızalarda tazedir. Kurgulanan sistemin etkin bir şekilde işleyebilmesinin ön şartlarından bir tanesi, güçlü bir siyasi iktidara sahip olmak ve buna ilaveten bu iktidarın, Cumhurbaşkanı ile aynı siyasi ekolden gelmesi olarak addedilebilir.⁴ Nitekim Türkiye'de farklı siyasi ekolden gelmiş çift kanatlı yürütme dönemleri incelendiğinde, İtalya veya Almanya'da görülen çatışmasız (kabinenin Cumhurbaşkanı ile çatışmasız) bir siyasi yönetime genel olarak sahip olunamadığı görülmektedir. Zira ülkemizde, güçlü yetkiler ile donatılmış Cumhurbaşkanları, sembolik olması gereken bir makamı işgal etmelerine rağmen özellikle kararnameler konusunda yetkilerini sonuna kadar kullanma eğiliminde olmuşlardır.⁵ Bu dönemde yaşanan bir diğer sorun ise muhalefetin güçlü yetki-

millettekilerinin bakan olma arzusu ile parti değiştirerek hükümetlerin yıkılmasına sebep olması, sokaklardaki şiddet olayları, bu şiddet olayları sebebiyle sürekli sıkıyönetim ilan edilmesi gibi olaylar bu dönemin temel sorunlarıdır. Bu sorunlara yol açan temel anayasal nedenler ise Anayasada, Meclis Başkanı ve Cumhurbaşkanının seçiminde kolaylaştırıcı hükümler bulunmaması, şiddet olayları sebebiyle sıkıyönetim ilan edilmesi yerine olağanüstü hâl ilan edilememesi, yürütmenin 1971 Muhtırasına kadar bir nebze güçlü yetkilerle donatılmaması olması, rasyonelleştirilmiş parlamenterizm araçlarının olmaması şeklinde zikredilebilir.

- 3 Cumhurbaşkanının siyasi parti üyesi olmaması ve tek başına yapabileceği işlemlerin sınırlı olduğu belirtilmelidir. Ancak ileride zikredileceği üzere, kararnameleri veto gücünü aktif bir şekilde kullanabilmesi Cumhurbaşkanını oldukça güçlü bir konuma taşımıştır.
- 4 Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 2002 yılında tek parti iktidarı kurmasına "rağmen", dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile 2007 yılına değin pek çok uyumsuzluklar yaşaması, "çift başlı ve her iki aktörü de etkin yetkilerle donatılmış ve farklı siyasi ekollerden gelen yürütme organının" varlığının, ne tür sıkıntılara yol açabildiğini göstermektedir.
- 5 Örneğin "9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel 7 yıllık görev süresi boyunca 361 müşterek kararnameyi veto etti. Ahmet Necdet Sezer ise 16 Mayıs 2000'den bugüne kadar 717 müşterek kararnameyi veto etti. Sezer 15 Mart 2003 tarihinde Başbakan Recep Tayyip Erdoğan başkanlığında kurulan 59. hükümet döneminde ise 447 müşterek kararnameyi veto etti. Sezer, Bakanlar Kurulu tarafından gerçekleştirilen atamalardan 21'ni veto ederken bu vetoların 18'ni ise AK Parti Hükümeti döneminde gerçekleştirdi." Ayrıca Sezer sadece "59. Hükümet döneminde... ..50 yasa veto etti. Eski cumhurbaşkanlarından Cemal Gürsel 2, Cevdet Sunay 18, Fahri Korutürk 13, Kenan Evren 27 Turgut Özal 17, Süleyman Demirel 14 yasayı veto etmişti." Bkz. Bilal Çetin, Veto Rekoru Sezer'de, 2007, yenisafak.com/gundem/veto-rekoru-sezerde-22621,

ler ile donatılmamasıdır. Anayasal denetim mekanizmaları muhalefetin etkin kullanamayacağı şekilde yasama organına bahşedilmiştir. Bir diğer ifade ile sözlü soru, meclis gündeminin belirlenmesi, meclis araştırması ve genel görüşme gibi araçların kullanımı her daim yasama çoğunluğuna sahip yürütmenin inisiyatifine bırakılmıştır.

2007 yılına gelindiğinde, Cumhurbaşkanı seçimi sürecinde yaşanan derin krizler sonucu Anayasa’da değişikliğe gidilmiştir.⁶ Söz konusu değişiklik sonrası 2014 yılında yapılan halkoylaması ile ilk kez halk tarafından seçilen devlet başkanı ile kısmen de olsa yarı başkanlık sistemi olarak niteleyebileceğimiz bir sistem ile karşılaşmıştır. Buna ilaveten 2017 halkoylaması ile hükümet sisteminde köklü bir değişikliğe gidilmiş ve güçlü bir yürütmenin olduğu cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş yapılmıştır. Esasen bu sistemin, başkanlık sistemi olarak tasnif edilmesinde kanımızca bir beis yoktur. Zira ABD’de uygulanmakta olan saf başkanlık sistemini tıpatıp dünyada uygulayan bir başka devlet daha bulunmamaktadır.⁷

Tercih edilen yeni sistemin de kusursuz olduğunu iddia etmek elbette ki mümkün değildir. Günümüzde fark edilenlere ilaveten, zaman içerisinde anlaşılacak yeni hatalar veya eksiklikler de mutlaka bulunacaktır. Günümüzde yapılan eleştirilerin başında Meclis’in etkisiz kılındığı hususu gelmektedir. Bu haklı bir eleştiridir. İleride de yer yer değinileceği üzere 2017 değişiklikleri ile Meclis’in birtakım yetkileri azaltılmış olsa da durumun “eskiye nazaran” çok daha kötü bir duruma dönüştüğünü söylemek kanımızca doğru olmayacaktır. Zira bu hu-

(30.07.2022). Ahmet Necdet Sezer’in af yetkisini kullandığı kişilerin terör operasyonlarında çatışmada ele geçirilmesi veya rektör seçiminde üniversitede 1 oy alan kişiyi rektör olarak ataması yetkilerini kullanma tarzına örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Son Dakika, 10. Cumhurbaşkanı Sezer’in Affıyla 190 Terörist Cezaevinden Çıktı, 2021, [sondakika.com/haber/haber-sondakika-haberleri-10-cumhurbaskani-sezer-in-affiyla-190-terorist-13940772/](https://www.sondakika.com/haber/haber-sondakika-haberleri-10-cumhurbaskani-sezer-in-affiyla-190-terorist-13940772/), (30.07.2022); Dünya Bülteni, Sezer, *İki Oy Alan Adayı Rektör Seçti*, 2007, [dunyabulteni.net/arsiv/sezer-iki-oy-alan-adayi-rektor-secti-h14469.html](https://www.dunyabulteni.net/arsiv/sezer-iki-oy-alan-adayi-rektor-secti-h14469.html), (30.07.2022).

6 Cumhuriyet Mitinglerinin düzenlenmesinin; birtakım siyasetlerin, eşi başörtülü birinin Cumhurbaşkanı olamayacağına dair verdikleri harareti beyanatların; ordunun E-muhtıra vermesinin ve Anayasa Mahkemesi’nin “367 Kararı” olarak anılan kararının, Anayasa değişikliğine giden yolun taşlarını döşediğini zikretmek mümkündür.

7 Hükümet sistemlerinden sapma, günümüzde bir gerçeklik halini almıştır. Anayasalar incelendiğinde bu tablo karşımıza net bir şekilde çıkmaktadır: Parlamenter sisteme sahip Güney Afrika’nın monist yürütmeye sahip olması yani bir başbakana sahip olmaması; yine parlamenter sistem ile yönetilen Singapur’da devlet başkanının halk tarafından seçilmesi; başkanlık sistemine sahip Arjantin’de çift başlı yürütmenin varlığı ve gensoru mekanizmasının işletilmesi; Başkanlık sistemine sahip Şili ve Türkiye’de devlet başkanına Meclis’i fesih yetkisi verilmesi; başkanlık sistemi ile yönetilen Brezilya’da bakanların Meclis ile ilişkilerinin devam etmesi verilebilecek onlarca örnekten sadece birkaçıdır. Türkiye’deki hükümet sisteminin değerlendirilmesi hususundaki farklı görüşler için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin, İstanbul, 2021, 773-973; Ahmet Ekinci, *Tek Başlı Hükümet Sistemleri*, Yetkin, Ankara, 2020.

sus yeni bir şey değildir. Esasen Meclis, sistemin doğası gereği yürütmenin çoğunluğa sahip olması sebebiyle, parlamenter sistem döneminde de etkisiz bir konumda bulunmaktaydı.⁸ Yasamanın belli konularda etkinliğinin az olması gibi bir kronik sorun, hükümet sistemlerini de aşan bir boyutta bulunmaktadır. Hangi hükümet sistemi tercih edilmiş olursa olsun aynı sorun ile karşılaşılması bunun bir göstergesidir.⁹ Türkiye’de anayasal reformlar hususunda atılan adımların, her daim yürütmenin güçlendirilmemesi argümanı arkasına sıkıştırıldığı- nı görmekteyiz. Halbuki değişen şart ve durumlara göre zaman içinde yürütme- ye ilave yetkilerin verilmesi gerekebilmektedir. Bu durum normal görülmelidir. Ancak muhalefetin genel olarak yürütmenin güçlendirilmemesi argümanını dile getirdiği göze çarpmaktadır. Bunun yerine mevcut durumu kabullenip veya ma- kul görüp, yasamanın, bilhassa muhalefetin de belli açılardan güçlendirilmesini dile getirmesi daha rasyonel olacaktır. Ancak muhalefetin, meclisin güçlendiril- mesi hususunda soyut önerilerden öteye gidemediğini zikretmek mümkündür.¹⁰ Meclis’in güçlendirilmesi hususundaki “somut” öneriler ise sadece akademik çalışmalarda gün yüzüne çıkmaktadır.

Başkanlık sistemleri için Meclis’in güçlendirilmesi hususunda atılacak pek çok somut adım bulunmaktadır. Bunların her biri ayrı birer çalışma konusu olup bu çalışmada, atılmasını önerdiğimiz “somut adımlardan” biri, gensoru/ istizah müessesesi ve klasik soru kurumunu harmanlayarak oluşturacağımız yeni bir “sözlü soru” kurumudur. Bu çalışmada öncelikle, önerilen mekaniz- manın sınırlılıklarının daha iyi anlaşılabilmesi için kavram tartışmalarına de- ğinilecektir. Akabinde sözlü soru kurumunun tarihçesi, amacı ve muhatapla-

8 1982’de kurgulanan parlamenter sistem döneminde hükümet, meclis içinden çıktığı ve meclis çalışmalarına katıldığı için Meclis’in etkin olduğu gibi bir izlenim vermektedir. Parlamenter sistemlerde hükümetin, hükümet olabilmesi ve görevde kalabilmesi için meclisin çoğunluğunun desteğine sürekli ihtiyacı vardır. Parlamenter sistemlerde azınlık hükümeti dönemleri istisna tutulursa meclis desteği var olduğu için, yasamanın yürütmeyi etkin bir şekilde denet- leyebildiği bir dönem Türkiye’de nadiren görülebilmektedir. Meclis’in etkinliği hükümet sistem- lerinden de öte bir konudur. Önemli olan hükümet sisteminin ne olduğu değil, hangi hükümet sistemi tercih edilirse edilsin sahip olunacak anayasal denetim mekanizmalarının etkinliğidir.

9 Türkiye’de meclis araştırma komisyonu kurulması, genel görüşme açılması, muhalefet milletvekilleri tarafından sunulan kanun tekliflerinin görüşülmesi, sözlü soru zamanının icra edilmesi her daim meclis çoğunluğunun iki dudağı arasında olmuştur. Bu tür denetim me- kanizmalarının kullanılması bağlamında, meclis çoğunluğunun meclis gündemini belirleme yetkisi turplanlanmadan muhalefetin etkinleşmesi, meclisin güçlenmesi mümkün olmayacaktır.

10 Gerçekten de son 15 yılda yapılan üç büyük anayasa halk oylaması döneminde, Meclis’in etkin- leştirildiğini “somut mekanizmalar” ile gösteren muhalefet tarafından kamuoyu ile paylaşılan alternatif tek bir anayasa taslağı dahi bulunmamaktadır. Bu noktada göze 28 Şubat tarihinde 6 siyasi partinin kamuoyu ile paylaştığı güçlendirilmiş parlamenter sistem önerisi çarpmaktadır. Her ne kadar bir anayasa taslağı olmasa da, pek çok teknik detay henüz bilinmese de ilk defa geniş bir belge altında yasamanın güçlendirilmesi hususunda alternatif bir taslak ortaya kon- muştur. Bkz. <https://chp.azureedge.net/4bf96d00a70d4e7daea3c4bc06e8c7f9.pdf>.

rından bahsedilecektir. Sonrasında başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde sözlü soru kurumuna ne derece yer verildiğine değinilecektir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde bu mekanizmaya neden ihtiyaç duyulduğu hususu vurgulanarak bu mekanizmanın karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak nasıl bir esinlenme ile etkinleştirilerek hukukumuzda girmesi gerektiği hususu üzerinde durulacaktır.

II. Sözlü Soru Kavramı ve Çalışmanın Kapsamı

Anayasa hukukunda soru müessesesinin, yasanın yürütme organına karşı yöneltebildiği, bilgi edinme ve izahat istemeye ilaveten kısmi de olsa siyasi denetim maksadı güden bir araç şeklinde tanımlanması mümkündür. Aşağı yukarı tüm ülkelerin anayasalarında veya meclis iç tüzüklerinde soru kurumuna yer verildiği görülmektedir. Soru yoluyla meclisin icra ettiği denetim, yasanın sahip olduğu dar anlamda siyasi denetim yollarından bir tanesidir. Her ne kadar 2017 Anayasa değişikliği ile soru, siyasi denetim değil bilgi edinme aracı olarak özellikle vurgulanmış olsa da bu mekanizmanın, iki işlevi bulunmaktadır. Doğrudan bir bilgi edinme aracı olsa da dolaylı açıdan bir siyasi denetim mekanizması olduğu zikredilebilir. 2017 Anayasa değişikliği ile soru müessesesinin işlevinden siyasi denetimin çıkarılmasının temel sebebi, başkanlık sisteminde yürütmenin yasanın onayı ile göreve gelmemesi ve görevde devamında yasanın onayına muhtaç olunmamasıdır. Bu sebeple siyasi açıdan doğrudan halka karşı sorumlu olması gerektiğine inanılan başkanlık sisteminde yaşamaya, yürütmeyi siyasi açıdan denetleme imkanının verilmesi tercih edilmemiştir.

Esasen bu çalışmanın konusu, pek çok anayasal kavramın unsurlarını içerecek şekilde yeni bir denetim tasarımıdır. Tercihen, sözlü soru kavramı üzerinden bir şekillendirmenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu çalışmadaki sözlü sorunun, klasik manadaki sözlü sorudan da bazı farklılıkları mevcut olduğunu zikretmek gerekir. Sözlü soruyu genel olarak bir milletvekili yöneltmektedir. Sorular belli sayıya ulaştığında bakanların teker teker kürsüye gelerek, ayrılan zaman diliminde bu soruları cevapladığı görülmektedir. Bir milletvekilinin sorduğu soruya bir diğer vekilin eklemesi veya verilen cevaba göre soruların şekillendirilmesi mümkün değildir. Zira klasik sözlü soru müessesesinde sorular genel olarak günler ve hatta haftalar öncesinden verilmektedir. Buna karşın, özgür tartışmanın olduğu müessese, ancak genel görüşmede mümkün olabilmektedir. Bu çalışmada önerilen sözlü soru mekanizmasında, genel görüşmede olduğu gibi soruların anlık belirlenebilmesi ve verilen cevaplar doğrultusunda açık bir tartışma ortamının olması

esas olacaktır. Bu mekanizmanın genel görüşmeden temel farklarından birisi muhataplarıdır. Sözlü soru bakanlara yöneltilirken; genel görüşmede muhatap bir bakan olmayıp, milletvekillerinin kendileridir. Bu çalışmada önerilecek mekanizmadaki muhataplar ise bakanlar ile birlikte bürokratlar olacaktır.

Detayları aşağıda belirtilecek olan sözlü soru müessesesinde, bir bakanın meclisin 1/3'ü gibi bir oran ile meclise çağırılması; izahat istenmesi; sorulacak soruların önceden “verilmemesi” ve sürecin akışına bırakılarak soru ve cevapların tartışma içerisinde şekillenmesi, bakanın her istenildiğinde değil yılda birkaç kez veya 2-3 ayda bir meclise çağırılabilmesi gibi unsurlar bulunmaktadır. Bu bağlamda önerilen mekanizma, istizaha da oldukça benzemektedir. Görüldüğü üzere, esasen bu iki kurumun birbiri ile harmanlanmasına çalışılacaktır. Bir diğer ifade ile klasik sözlü soru müessesesi, istizah mekanizmasının birtakım unsurları ile yeniden uyarlanacaktır. Buna karşın önerilen mekanizma, özü itibarıyla istizahtan farklıdır. Zira istizahta sadece bilgi edinme amacı yoktur, siyasi mesuliyet doğurmak, hükümeti düşürme amacı da bulunmaktadır.¹¹ Bu bir mecburiyet değil; izahattan sonra tatmin olmayan milletvekillerinin güvensizlik önergesi vermesine bağlı bir süreçtir. Ancak istizahın özünde siyasi mesuliyet yatmaktadır. Bu çalışmada kurgulanacak olan mekanizma, tamamen başkanlık sisteminin doğasına uyacak şekilde, siyasi mesuliyetin doğmayacağı bir biçimde, Meclis'in sözlü sorular sorarak bilgi almasından ibaret olacaktır. Esasen bu çalışmada önerilen model, “bir nebze” 1876 Anayasası'nda düzenlenen siyasi mesuliyet kapısını açmayacak şekilde kurgulanan istizah kurumuna benzemektedir. Bu bağlamda, istizah kavramının da kısaca izah edilmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak günümüzde, istizah/gensoru ve güvensizlik oyu/oylaması gibi kavramların, Türkçede birbirine karıştırıldığından dolayı her iki kavramı da kısaca açıklamak, bu çalışmada incelenecek olan mekanizmanın kapsamını, sınırlılıklarını belirlemede kolaylık sağlayacaktır. Gensoru ile istizah aynı manaya gelmekte olup, İngilizce'deki karşılığı “interpellation”dır. Sözlük anlamına göre istizah, “herhangi bir konuda açıklayıcı bilgi isteme, bir sorunun açıklanmasını isteme”¹² manasına gelmektedir. Burada bir kabine üyesinin bir konuda soruları cevaplaması istenmektedir. Bu mekanizma, izahat istemeden başka bir şey değildir. Meclis ve basın aracılığıyla kamuoyu huzurunda kabinenin bir nevi sorgulanmasıdır.¹³

11 Ergun Özbudun, *Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1962, s. 72. (Parlamentar)

12 TDK, İstizah, sozluk.gov.tr, (15.02.2022).

13 İstizahın genel görüşmeden farkı da buradan kaynaklanmaktadır. İstizahta muhatap bir bakan iken; genel görüşmede, soru-cevap doğrudan bir bakana yöneltilmemektedir. Genel görüşmede vekiller söz alarak görüşme konusunda fikirlerini beyan ederler.

Ancak bir siyasi denetim türü olsa da tek başına bu mekanizma ile kabine üyesinin görevden alınması gerçekleşmez. Kabine üyesinin görevden alınması için tüketilmesi zorunlu olan bir ön araçtır.

Güvensizlik oylaması ise ilgili kabine üyesinin göreve devam edip etmemesi için yapılan bir oylama olup, İngilizce karşılığı “motion of censure”dür. Bir diğer ifade ile siyasi mesuliyeti doğuran bir müessesedir. Siyasi mesuliyet, bir yürütme üyesinin bir cezai tahkikata uğramadan görevden el çektilmesidir.¹⁴ Genel olarak gensoru mekanizmasının işletilmesi ile güven oylamasına geçilmemektedir. Pek çok ülkede bu müesseselerin birbirinden ayrı olduğu ve her birinin harekete geçirilmesi için ayrı bir teşebbüsün gerektiği bilinmektedir. Örneğin İsveç, Danimarka ve Şili gibi ülkelerde gensoru verildiğinde, o bakanın görevden düşmesi için bir oylama yapılmadan da Meclis’in dağıldığı bilinmektedir.¹⁵ Buna karşın, 1982 Anayasası’nın ilk halinde gensoru ile güvensizlik oylaması birbirinin mütemmim cüzü şeklinde tasarlanmıştır. Benzer şekilde Belçika, Finlandiya ve Slovenya’da da iki mekanizma birbirinden ayrılmadan gerçekleşmektedir.¹⁶ Gözler’in de belirttiği üzere “istizah kelimesinin öz Türkçeciler tarafından ne anlama geldiği belli olmayan gensoru kelimesiyle değiştirilmesi” bu kargaşaya neden olmaktadır.¹⁷ Ayrıca 1982 Anayasası’nda gensoru ile güvensizlik oylaması kurumları, birlikte harekete geçer şekilde tasarlandığı için sorun yaşanmaktadır.

III. Sözlü Soru Kurumunun Tarihçesi, Amacı, Tarafları

Tarihte, meclislerde sorulan ilk sorunun İngiltere’de Earl Cowper tarafından 1721 yılında kaydedildiği görülmektedir. Zaman içerisinde yaygınlaşan ve bir düzene koyulmadığı için meclis çalışmalarını aksatmaya başlayan bu müessesenin bir sistematığa oturtulması gerekmiştir. 1869 yılına gelindiğinde, yapılan bir düzenleme ile İngiltere Meclisi’ndeki belirli bir zaman diliminin, “soru zamanı” olarak belirlenmesi, bu müesseseye oldukça güçlü bir zemin hazırlamıştır.¹⁸ Zaman içerisinde Başbakan’ın eşitler arasındaki birinci konumuna

14 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 349-350.

15 European Parliament, Parliamentary Questions in Selected Legislative Chambers, 2014, s. 9-16, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-AFCO_NT\(2014\)493044](http://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-AFCO_NT(2014)493044), (15.03.2022); Camara de Diputados Chile, Interpelacion, 2018, camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=INTERPELACION&prmID=36, (16.02.2022).

16 Constitution of Belgium, 1831, m. 46, 96; Constitution of Finland, 1999, m. 43/2; Constitution of Slovenia, 1991, m. 116.

17 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin, Bursa, 2011, s. 867.

18 Kenneth Bradshaw, “Parliamentary Questions: A Historical Note”, *Parliamentary Affairs*, Cilt 7, Sayı 3, 1953, s. 317; House of Commons Information Office, Procedure Series, Factsheet P1, Parliamentary Questions, 2010, s. 2-9, <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p01.pdf> (15.02.2022).

yerleşmesi ve muhalefetin de sistem içerisinde ciddi manada önem kazanmaya başlaması, bu iki aktörün karşılıklı söz düellolarının sistemleşmesini gerektirmiştir.¹⁹ Böylece, 1961 yılına gelindiğinde, soru kurumunun bir alt çeşidi olan “Prime Minister Question Time/Başbakan Soru Zamanı” isminde bir mekanizmaya yer verilmiştir. Böylece her hafta Başbakan’dan, öncelikle muhalefet liderinin, sonrasında ise muhalefet ve iktidar milletvekillerinin sorularını cevaplaması istenmiştir.²⁰

Türkiye’de ise soru kurumunun köklerini, Osmanlı’ya dayandırmak mümkündür. Ancak bu mekanizma 1876 Anayasası’nda, günümüzde bilinen anlamıyla sözlü soru şeklinde değil istizah, yani “siyasi mesuliyet doğurmayan gensoru” şeklinde düzenlenmiştir. 1876 Anayasasının 38. maddesinde “istizah” kurumuna yer verilmiş ancak bu mekanizmanın, hükümetin veya bir bakanın düşürülmesi için bir oylama içermeyecek şekilde kurgulandığı görülmektedir. Bir diğer ifade ile bu dönemde kurgulanan istizah kurumu, siyasi mesuliyet doğurmak yerine, izahat istemeden ibarettir. 1909 yılında ise Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dahilisi’nde yapılan değişiklikler ile istizah kurumuna siyasi mesuliyet de eklenmiş ve bakanların görevden alınmasının önü açılmış, ayrıca sözlü ve yazılı soru da hukuk hayatımıza girmiştir.²¹ 1982 Anayasası’nın 2017 değişikliğine kadar geçen yüz yılı aşkın süreçte, sözlü ve yazılı soru ile siyasi denetim, tüm Anayasalarımızda varlığını birlikte sürdürmüştür. Ancak başkanlık sisteminin kabulü ile sözlü denetim yolu kaldırılmıştır.

Sözlü soru müessesesinin getirilmesindeki temel amaç, yürütmenin eylem ve işlemlerinin sorgulanmasıdır. Bir soru sorma hususunda motivasyon oldukça çeşitli olabilmektedir. Gerçekten de soru müessesesi, sadece cevap almaya hizmet etmez; aynı zamanda pek çok farklı sonuçların elde edilmesini de birlikte sağlar.²² Bu müessese ile birden fazla sonuç elde edilebilmektedir. Öncelikle milletvekilleri yürütme üyelerine soru sorarak kendi seçmenlerinin düşünce ve taleplerini iletme; haklarını savunma fırsatı bulmaktadır. Bir diğer sonuç ise milletvekilleri, medyanın da yardımıyla soru sorduğu konuda kamuoyunun bilgilendirilmesini sağlamaktadır. Esasen soru kurumunun, bilgi edinme maksadı olsa da soru ile ulaşılan esas sonuç, yürütme üyesinin

19 İngiltere’de muhalefet, “Gölge Kabine” veya “Majestelerinin Muhalefeti” kavramlarıyla anılmaya başlanmıştır.

20 Sudha Setty, “The President’s Question Time: Power, Information, and the Executive Credibility Gap”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Cilt, 17, Sayı 1, 2008, s. 264.

21 Kamil Atlay, “Türk Parlamento Hukukunda Gensoru”, *Yasama Dergisi*, Cilt 5, Sayı 16, 2010, s. 66.

22 Matti Wiberg, “Parliamentary Questioning: Control by Communication?”, Ed. Herbert Döring, *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Campus, Frankfurt, 1995 s. 181.

sorulan konuda uyarılmasıdır. Soru ile görevden azil gerçekleşmeyecek olsa da sorunun muhtevası, yürütme üyesinin buna verdiği cevap, cevabın yeterliliği ve tüm bunların toplum üzerinde oluşturabileceği etki azımsanmamalıdır.²³ Örneğin, Sovyetler Birliği'nin Londra Askeri Ateşesi'nin eşi ile İngiltere Savunma Bakanı'nın sevgili olduğu ithamıyla Meclis'te sorulan soru üzerine ortaya çıkan skandal sonucu Bakan'ın istifası, soru kurumunun ne denli önemli sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir.²⁴ Benzer tabloyu, Yeni Zelandalı Bakan Denis Marshall'ın "Cave Creek" felaketi olarak anılan olay sonucu ölen ve yaralanan kişiler ile ilgili açıklanan komisyon raporları ve aylarca Meclis'te yürütülen soru-cevap sürecinin sonucu istifa etmesinde görmek mümkündür. Aynı şekilde Yeni Zelandalı Bakan Lianne Dalziel'n Sri Lankalı bir gencin sınır dışı edilmesi olayı sonrası istifasında da soru kurumunun etkin şekilde kullanılmasının etkisi azımsanmamalıdır.²⁵ Öte yandan yürütme, sorulara verdiği cevaplar ile politikalarını açıklama fırsatı da bulabilmektedir.²⁶ Zikredilen hususlardan hareketle soru kurumu ile elde edilen amaçları şu şekilde derlemek mümkündür:

- (1) Bilgi edinmek,
- (2) Medyayı harekete geçirmek,
- (3) Kendini tanıtmak,
- (4) Bir açıklama istemek,
- (5) Bakanı, icra ettiği tartışmalı politikalarda sınamak,
- (6) Politik konularda bakanları baskı altına almak,
- (7) Birbirine benzeyen pek çok başlığı birlikte kullanmak,
- (8) Seçmenlerin çıkarlarına duyduğu kaygıyı göstermek,
- (9) Belli konularda bir ün inşa etmek,
- (10) Belli konularda isteksiz olan hükümeti, anlaşılmaya zorlamak,
- (11) Politikalarında ısrarcı olan hükümeti bunlarda geciktirmek,
- (12) Hükümetin hatalarını göstermek,

23 İrfan Neziroğlu, "Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2006, s. 153; Gözler, s. 857; Özbudun, Parlamenter, s. 29.

24 Erdal Onar (Oturma Başkanı), "Parlamenter Denetim Yolları", *Parlamenter Denetim Sempozyumu*, 2012, s. 87.

25 Rob Salmond, Grabbing Governments by the Throat: Question Time and Leadership in New Zealand's Parliamentary Opposition, *Political Science*, Cilt 56, Sayı 2, 2004, s. 77.

26 Ömer Faruk Gençkaya, "Parlamenter Bilgi Edinme ve Denetim Aracı Olarak Soru", *Parlamenter Denetim Sempozyumu*, 2012, s. 71.

(13) *Hükümeti değişme ihtimalini zayıf gören muhalefet partisi içindeki birtakım grupları harekete geçirmek,*

(14) *Heyecan ve drama oluşturacak ögeler oluşturmak.*²⁷

Yukarıda zikredilenlere ilaveten soru müessesesinin en önemli amaçlarından bir diğeri de siyasi olarak farklı görüşteki kişileri aynı zeminde buluşturmak ve toplumun tüm kesimlerinin, siyasileri birlikte değerlendirebileceği bir ortam oluşturmaktır. Bu sayede sadece kendi siyasetçilerini izlemeyi âdet edinen seçmenlere, diğer siyasi figürlerin argümanlarını da duyma fırsatı sunulmaktadır. Günümüzde siyasi kutuplaşmanın had safhaya ulaştığı ülkelerde siyasetçiler ve seçmenler gibi medya da kutuplaşmış ve tek taraflı bakış açısı ile hizmetlerini sunuyor olabilmektedir. Partizanca yaklaşan seçmenlerin, farklı veya karşılıklı argümanları duymaya tahammülünün olmadığı ülkelerde, soru müessesesi sayesinde tez ve antitezleri bir arada duyma fırsatı sunulmuş olacaktır.

Soru müessesesinin muhataplarına da değinmek gerekmektedir. Soru, mecliste bulunan milletvekillerine bahşedilmiş bir hak olduğundan öznenin bir tarafını milletvekilleri oluşturmaktadır. Dünyadaki genel eğilim, her bir milletvekiline soru sorma hakkının tanınması şeklindedir. Buna karşın, bazı ülkelerde bu imkânın kullanımının daha da zorlaştırıldığını görmek de mümkündür. Örneğin Gürcistan’da 10 milletvekilinin; Avusturya’da ise 5 milletvekilinin soru önergesini birlikte Meclis Başkanlığı’na sunması gerekmektedir.²⁸

Soru kurumunun bir diğer öznesi ise soruya cevap vermesi istenen kabine üyesidir. Parlamenter ve yarı başkanlık sistemleri ile yönetilen ülkelerin hemen hemen tamamında doğrudan bakanlar kurulunun tamamına veya bir veya birden fazla bakana sözlü sorunun yöneltilebildiği görülmektedir. Sözlü soru müessesesi, dünya genelinde “bilhassa” hükümet üyelerine karşı işletilebilen bir mekanizma olarak şekillenmiştir. Bürokratların denetlenmesi klasik soru müessesesinde nadiren görülmektedir.

IV. Başkanlık Sistemlerinde Sözlü Soru

Sözlü soru mekanizması, bilhassa parlamenter ve yarı başkanlık sistemine sahip ülkelerde uygulanmaktadır. Bu kurumun, zikredilen hükümet sistemlerinde yaygın bir şekilde yer alma sebebi, hükümetin yasama içerisinden çıkmasından kaynaklanmaktadır. Yasama içerisinden çıkan yürütmenin her

²⁷ Wiberg, s. 181.

²⁸ Constitution of Georgia, 1995, m. 59/2; Republic of Austria Parliament, Rules of Procedure of the Austrian Federal Council, M. 61/3, parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/GOBR/gogo5_P35-65.shtml#P62, (22.02.2022).

daim yasamanın denetimine tabi olması da kurgulanan bu sistemin bir doğasıdır.²⁹

Başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde ise sözlü soru mekanizmasına “aşağıda yer verilecek olan istisnalar haricinde yer verilmediği göze çarpmaktadır.”³⁰ Yürütmenin başının doğrudan halk tarafından seçilen devlet başkanı olması ve kabinenin de yine devlet başkanınca Meclis’in güvenoyuna gerek duyulmadan göreve gelmesi bunun temel sebebidir. Anayurt’un da zikrettiği üzere güçlerin sert ayrılığına dayanan bir sistemde devlet başkanının, milletvekillerinin sorularını cevaplaması, sistemin temel felsefesine aykırı olarak görülmektedir.³¹ Ancak bu yargının sadece devlet başkanı için zikredildiği unutulmamalıdır. Nitekim uygulamada sınırlı sayıda da olsa bakanlara soru sorulabilen ülkelerin bulunduğu görülmektedir. Bunlara değinmeden hemen önce, başkanlık sistemi denilince akla ilk gelen ülke olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gibi demokratik bir ülkede sözlü soru müessesesine neden yer verilmediği hususuna kısaca değinmek yerinde olacaktır. ABD’de Anayasa gereği bir bakan, Senatörlerden oluşan bir heyet karşısında oldukça detaylı bir soru cevap süreci sonucunda yapılan oylama ile göreve başlamaktadır.³² Ayrıca ABD, sıklıkla bakanları ve bürokratları, meclis araştırma komisyonları aracılığıyla da denetleyebilmektedir.

Türkiye, yakın dönemde başkanlık sistemine göre kurguladığı Anayasa’ında, Meclis’e karşı sorumlu olmayan, halka karşı sorumlu olan yürütmenin, yasamanın siyasi denetimine tabi olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda Anayasa’nın 87. maddesinden “Bakanlar Kurulu ve bakanları denetlemek” yetkisi Meclis’in yetkileri arasından çıkarılmıştır. Anayasa’nın 98. madde başlığında belirtilen “...bilgi edinme ve denetim yolları” ifadesinden, denetimin artık meclis soruşturması yoluyla cezai denetim şeklinde olacağını, siyasi bir denetimin öngörülmediğini anlamak mümkündür. 98. maddede belirtilen soru, genel görüşme ve meclis araştırması gibi mekanizmalar ise bilgi edinme yolları şeklinde tasarlanmıştır. Sözlü soru müessesesi de yasama ve yürütmenin organik açıdan ayrışmaları sebebiyle kaldırılmıştır.

Bu noktada başkanlık sistemlerinde göze çarpan ilk istisnadan bahsetmek

29 Neemi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 20 Baskı, Beta, Ankara, 2020, s. 331.

30 Başkanlık sistemine sahip ülkelerde ileride zikredilecek istisnalar haricinde sözlü soru müessesesine yer “verilmediği” görülmektedir. Hatta yazılı soru müessesesine dahi “yer vermeyen” Meksika, Nikaragua ve Palau’da gibi ülkeler bulunmaktadır. Bkz. Hironori Yamamoto, *Tools for Parliamentary Oversight a Comparative Study of 88 National Parliaments*, Inter-Parliamentary Union, Switzerland, 2007, s. 55.

31 Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 378.

32 Constitution of United States of America, 1789, art. 2/2-2.

gerekecektir. Filipinler Meclisi'nde ayın herhangi bir Perşembe gününde yürütme üyelerine, sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü yüklenmiştir.³³ Bu noktada, “sözlü soru kurumu başkanlık sisteminde olmaz” yargısının Türk literatüründe bilinmeyen bir istisnasını Filipinler'in oluşturduğu söylenebilir.

Filipinler'e ilaveten başkanlık sistemine sahip ülkelerde doğrudan olmasa da dolaylı birtakım yollar ile sözlü soruya yer verildiği görülmektedir. Bu konuda Şili'den bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Şili'de bakanlardan izahat istemek için Meclis'e çağırılması yolu kullanılmaktadır. Hatta bu yolun etkin bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Meclis'e çağırılan bakanın saatler süren soru-cevap süreci sonrasında Meclis'in dağılması söz konusu olabileceği gibi, verilen bir önerge ile bakan hakkında güven oylaması yapılması da mümkündür. Bir bakanın Meclis'e çağırılması için Meclis'in 1/3'ünün talebinin gerekli olduğu da hatırlatılmalıdır.³⁴ Esasen bakıldığında Şili'de yürütmenin siyasi mesuliyetinin olduğu görülmektedir. Bu ülkede kullanılan yöntem, aslında istizahtan başka bir şey değildir. Ancak bir zamanlar Türkiye'deki gibi verilen gensoru ile soru-cevap aşaması sonrası otomatik bir şekilde güven oylaması yapılmamaktadır. İki mekanizma birbirinden ayrı şekilde kurgulanmıştır. Bazı istizah girişimlerinde, bakanlar aleyhine bir oylamaya geçilmediği de görülmektedir. Nitekim, 2018 yılında Sağlık Bakanı Emilio Santelices Cuevas'ın Meclis'e çağırılarak 4 saati aşkın bir süre boyunca sorulara cevap vermesi sonrasında siyasi mesuliyet doğuracak herhangi bir oylama yapılmaması, bu yolun, denetleme amacının yanı sıra soru-cevap yapılarak bilgi edinme şeklinde de kullanılabildiğini göstermektedir.³⁵ Şili'de uygulanan bu yola ilaveten bir başka yöntem daha kullanılarak yürütmeye sorular iletilebilmektedir. Şili Meclisi'nin çalışmaları üç kısma ayrılmaktadır. İlk iki kısım, kanunlar ve parlamento kararlarına ayrılmıştır. Üçüncü kısım, 1 saat sürmektedir ve kanun teklifleri hariç herhangi bir mesele üzerine yapılan konuşmalardan ibarettir. Bu süre zarfı içerisinde milletvekilleri, “oficios” olarak isimlendirilen yazılı sorularını sesli bir şekilde dile getirebilmektedirler. Ayrıca yönelttikleri sorulara verilen cevabı da burada okuyabilmektedirler.³⁶ Böylece yürütmenin tavrı, sesli ve görsel bir şekilde kamuoyuna paylaşılmış olmaktadır. Bu mekanizma sayesinde yazılı sorulara, duygu ve mimik katılarak kamuoyunun vâkıf olması sağlanmaktadır.

33 Yamamoto, s. 51.

34 Constitution of Chile, 1980, m. 52/1-b.

35 Camara de Diputados Chile, Interpelacion, 2018, camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=INTERPELACION&prmID=36, (16.02.2022).

36 http://departamentodecienciapolitica.itam.mx/sites/default/files/u327/hec_aleman_micozzi_ramirez_final_submitted.pdf s. 7

Nikaragua’da ise sözlü ve yazılı soru müessesesinin ikisi de bulunmamaktadır. Ancak bir başka mekanizma ile bu denetimin kısmen de olsa gerçekleştirilebildiği görülmektedir. Nikaragua Meclis’i, Bakan, Bakan Yardımcıları, özerk kamu kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarından, görev alanlarına giren bir konuda rapor hazırlamalarını isteyebilmektedir. Ayrıca Meclis, bu kişilerin Meclis huzuruna gelmesi ve açıklama yapmasını da isteyebilmektedir. Anayasa’da, Meclis huzuruna çağırma eyleminin sonuçlarının, yargı makamları huzuruna çıkma ile eşdeğer olduğu açıkça zikredilmiştir. Bu durum, yürütme ve bürokrasinin denetlenmesine verilen önemi göstermektedir. Bir diğer ifade ile Anayasa’da, çağrılan kişinin gerekçesiz bir şekilde Meclis huzuruna gelmemesi durumunda görevden alınma için bir sebep oluşacağı zikredilmektedir.³⁷ Bu denli ağır bir yaptırımın belirlenmesi, kurgulanan bu sistemin işlevselliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Buna ilaveten Nikaragua’da, Devlet Başkanı da her yıl Meclis’in açılışında mesaj vermektedir. Ayrıca Başkan’a da Meclis’e gelerek faaliyetleri ile ilgili bir rapor sunma yükümlülüğü yüklenmiş ancak aksi durumda bakanlarda olduğu gibi herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.³⁸

Nikaragua’daki benzer uygulamayı Meksika’da da görmek mümkündür. Anayasa gereği Meclis’in 1 Eylül’deki açılışında Devlet Başkanı, yürüttüğü politikalar hakkında bir rapor düzenleyerek Meclis’e sunum yapmaktadır. Meksika’da da Nikaragua’da olduğu gibi doğrudan Devlet Başkanı’na sözlü soru sorma imkânı getirilmemiştir. Buna karşın, milletvekillerinin, sunulan rapor doğrultusunda Başkan’a yazılı soru sorma imkânı tanınmıştır. Ancak yukarıda zikredildiği üzere Meksika’da yazılı soru müessesesi bulunmamaktadır. Burada bahsedilen yazılı soru usulü, sadece Başkan’ın sunduğu rapora yönelik yapılabilen “dönemsel” bir girişimden ibaret olup, genel kuralın ufak bir istisnasını teşkil etmektedir.³⁹ Nikaragua’da olduğu gibi Meksika’da da bakanların Meclis’e çağırılması mümkündür. Bu, iki durumda olabilmektedir. Birincisi, Meclis açılışında Devlet Başkanı’nın sunmuş olduğu rapor ile ilgili bakanların Meclis’e çağırılmasıdır. Açılışı takip eden günlerde bakanlar doğruyu söylemek üzere yemin ederek milletvekillerinin sorularını cevaplamaktadırlar. İkincisi ise yasama döneminin herhangi bir evresinde Meclis’in talebi üzerine bakanların Meclis’e gelerek milletvekillerine, arzu edilen konularda rapor sunmasıdır. Rapor isteme hakkının muhatabı evvela hükümet üyeleri olsa da birtakım bürokratların da bu yükümlülüğü paylaşması anayasal bir

37 Constitution of Nicaragua, 1987, m. 138/4, 151/5.

38 Constitution of Nicaragua, 1987, m. 150/15.

39 Constitution of Mexico, 1917, m. 69/1-2; http://archive.ipu.org/parline-e/reports/CtrlParlementaire/2211_F.htm

zorunluluk haline getirilmiştir. Her iki Meclis'in de, bakanları, yarı kamu niteliğinde olan kuruluşların başkan ve yöneticilerini ve özerk kamu kuruluşlarının sorumlu yöneticilerini Meclis'e çağırıp, doğru söylemek üzere yemin ettirerek görev alanları ile ilgili konularda sorular yönelmesi mümkündür.⁴⁰

Birtakım mekanizmalar ile yasamanın, yürütmeden bilgi edinebilmesi, yürütmenin eylemlerini sorgulama imkânına kavuşması, dolaylı olarak da siyasi bir denetim icra etmesi, hangi hükümet sistemi tercih edilirse edilsin oldukça önem arz etmektedir. Bu imkânlar başkanlık sistemi için çok daha önem arz etmektedir. Bu mekanizmalar ile kuvvetlerin sert şekilde birbirinden ayrıldığı ülkelerde, kuvvetlerin birbirini dengelemesi ve denetlemesi daha net bir şekilde sağlanmış olmaktadır. Görüldüğü üzere başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde de sanılanın aksine sözlü soruların doğrudan yürütme üyelerine iletildiği bir atmosfer oluşturulmuştur. Her iki aktörün de kesişme yeri olarak Meclis'in belirlenmesi de ayrıca önem arz etmektedir. Böylece yürütmenin halka karşı sorumluluğu, sadece sandıktan sandığa gün yüzüne çıkmamakta; yasamanın "hesap sorabilirliği" Meclis'in sözlü soru gibi kurumları aracılığıyla her daim diri tutulmaya çalışılmaktadır.

V. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Sözlü Soruya Duyulan Gereksinim

Türkiye'de cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi ile Meclis'in yetkilerinde bazı konularda azalmanın varlığı göze çarpmaktadır. Bu başlık altında genel hatları ile Meclis'in azalan gücüne, karşılaştırmalı bakış açısıyla yer verilecektir.⁴¹ Bu sayede, Meclis'in azalan etkisinin artması için getirilecek

⁴⁰ Constitution of Mexico, 1917, m. 93/1-2.

⁴¹ Griglio, her iki hükümet sisteminde, yasamanın yürütmeyi denetimi hususunda birtakım farklılıklar olduğunu altını çizmektedir. Bu farklılıkların birincisi, denetim zamanı ile ilgilidir. Başkanlık sistemlerinde denetim, genellikle herhangi bir işlemin yapılmasından sonra gerçekleşirken; parlamenter sistemde ise tüm politika yapım sürecinde, bir diğer ifade ile gerek işlemin öncesinde gerekse de sonrasında icra edilebilmektedir. İkinci fark, başkanlık sisteminde kuvvetlerin birbirinden ayrılığı sebebiyle birbirinden bağımsızlığının da temin edilmesi ve görevden alma gibi mekanizmalardan da bu sistemin ari olması gerektiğidir. Üçüncü fark, başkanlık sisteminde yürütmenin sahip olduğu güçlü veto yetkisi, yasmayı etkisiz kılan bir hale dönüştürmekte iken parlamenter sistemde bu imkân bulunmamaktadır. Ayrıca parlamenter sistemde, yasama çoğunluğu yürütmenin elinde olabileceği için yasamanın aktif bir gücünden bahsetmek de mümkün olamamakta; yasama organı, bilhassa muhalefetin, icra edilen yasama faaliyetlerini sadece etkileme potansiyeline sahip olduğu vurgulanmalıdır. Dördüncü farklılık, başkanlık sisteminde yasama organı, yürütme üzerinde hukuki olarak denetim icra ederken; parlamenter sistemde bu denetim siyasi denetim şeklinde gerçekleşmektedir. Başkanlık sisteminde yasama organı, bilgi ve belge isteme ve meclis huzuruna çağırma yetkisini araştırma komisyonu gibi herhangi bir mekanizmayı işletmeye gerek duymadan her daim kullanabilmektedir. Buna karşın parlamenter sistemde bu gibi denetimin icrası için belli sayıda milletvekilinin bir girişim başlatmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir diğer fark ise kapsam bakımındandır. Baş-

mekanizmalardan bir tanesi olan sözlü soru kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu dolaylı biçimde izah edilmiş olacaktır.

Bilindiği üzere parlamenter sistemlerde yürütme gücüne sahip olmanın ölçütü, yasamaya hâkim olmaktır. Yasama, doğrudan yürütmeyi belirleyen başat bir aktördür. Yürütme, meşruiyetini yasamadan almakta; varlığını yasamadaki çoğunluğunun devamına borçlu olmaktadır. Böylece yürütmenin, gücünün kaynağını yasamadan aldığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Bir başka deyişle parlamenter sistemlerde ülkenin yönetimine geçmek için öncelikle elde edilmesi gereken organ yürütme değil, yasama organıdır. Zira yasama çoğunluğu kazanıldığında doğrudan yürütme gücüne de kavuşulmuş olunmaktadır. Bu durum, yasamanın etkinliği açısından önemli bir gösterge olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşın, başkanlık sistemlerinde toplumun sandıktaki iradesinde bölünme gerçekleşebilmekte ve her iki güç de farklı siyasi ekollerin eline geçebilmektedir. Sistemin tıkanmaması için yürütmenin yetkilerini artırarak veya yasamaya kimi yetkileri vermeyerek ve/veya yasamanın elinden birtakım yetkileri alarak yürütme organı güçlü konuma getirilmekte ve bunun doğal sonucu olarak yürütmeye, yasama gücüne sahip olmadan ülkeyi yönetebilme imkânı bahsedilmektedir. Bu durum da kuvvetler arasında dengenin bozulmasına yol açmaktadır. Türkiye, tam da bu noktada bulunmaktadır. Kimisi makul olarak addedilebilecek gerekçelere dayanan bu güç dağılımındaki dengesizlik, sonuç olarak Meclis'in sistem içindeki konumuna zarar vermektedir.

Başkanlık sistemlerinde her iki organ da halkın oyu ile seçilerek meşruiyetini doğrudan halktan alır hale gelmektedir. Bu durum yürütmenin siyasi mesuliyetinin sadece halka yönelik olduğu gibi doğal bir sonucu doğurmaktadır. Buna karşın, Latin Amerika'da "başbakanlı başkanlık sistemi" olarak nitelendirilen ülkelerde siyasi sorumluluğu bulunan başbakan ve bakanların olduğu da bilinmektedir.⁴² Ancak unutulmamalıdır ki buradaki mesuliyet yürütmenin başı olan Devlet Başkanı'nın değil, başbakan ve bakanlarındır. Başkanlık sistemlerinde yürütmenin siyasi sorumluluğunu istisnai olarak düzenleyen ülkelerin varlığına karşın Türkiye'de, ABD'de olduğu gibi genso-ru müessesesine yer verilmemiştir. Her ne kadar sistemin doğası ve mantığı bunu gerektirse de bu durum, yeni sistemde Meclis'in elinden önemli bir

kanlık sisteminde tüm bakanlar ve bürokratlar, yasamanın denetimi altında bulunmakta iken; parlamenter sistemde sadece güvenoyu almış olan bakanlar ve başbakan bu denetime tabi ol- maktadırlar. Elena Griglio, *Parliamentary Oversight of the Executives, Tools and Procedures in Europe*, Hart, Oxford, 2020, s. 31-34. Türkiye, başkanlık sistemine geçtikten sonra denetim açığını kapatabilmek için ileride değinilecek olan ve kimisi bir başka çalışmanın konusu olacak kadar geniş olduğu için yüzeysel bir şekilde bahsedilecek kimisi de genişçe anlatılacak birtakım mekanizmaları benimsemesi ile daha denetlenebilir bir yönetim anlayışına geçmelidir.

42 Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 855.

yetkinin alındığı manasına gelmektedir.⁴³ Başkanlık sistemlerinde gensoru müessesesi nadir karşılaşılan bir uygulama olsa da bakanların ve üst kademe kamu yöneticilerinin göreve başlarken meclis onayı alması yaygın hale gelmiş bir şarttır. Ancak Türkiye’de bu uygulamaya da yer verilmeyerek Meclis’in etkinliği artırılmamıştır.

ABD’de sıklıkla karşılaşıldığı üzere meclis çoğunluğu ile devlet başkanlığı makamı aynı dönemlerde farklı siyasi ekoller tarafından paylaşılabilir. Literatürde buna “divided government” (bölünmüş hükümet) ismi verilmektedir. Böyle bir durumda, çatışmanın olması kaçınılmaz olacaktır. Bunun önüne geçilebilmesi için denge ve denetleme mekanizmaları getirilmesi ve organların birbirine muhtaçlıklarının artırılması gerekmektedir. ABD’de Anayasa yapılırken siyasi partiler henüz kurulmamıştı. Ancak denge ve denetleme mekanizmalarının anayasal dizaynı, siyasi partilerin çıkması sonrası yaşanacak bu “ayırışma tablosuna” adeta ilaç gibi gelecek şekilde yapılmıştır. Yasamanın onaylanmasını istediği kanunların, farklı siyasi ekolden gelen Başkan tarafından kabulü karşılığında; muhalefetin elinde bulunan Senato’nun, Başkan’ın imzaladığı uluslararası andlaşmaları onaylaması veya Başkan’ın önerdiği üst kademe yöneticilerinin atanmasını onaylaması kurgulanan kontrol-denge aracının işlerliğini gösteren en önemli örneklerdendir. Görüldüğü üzere kuvvetlerin birbirini ekarte edeceği alanlar sınırlandırılmış, birbirine olan muhtaçlıkları artırılmış ve sistemin işlemesi için pazarlıkların olduğu bir ortaklık mecburi kılınmıştır. Bu duruma, Başkan’ın seçmenlere verdiği sözleri yerine getirmek için yapacağı reformların her iki Meclis’ten de geçmesi karşılığında, Senato’da çoğunlukta bulunan diğer siyasi ekolün istekleri doğrultusunda Başkan’ın devlet bütçesini hazırlaması gibi ilave örnekler de vermek mümkündür. Schick’in de vurguladığı üzere ABD Başkanı Clinton, 8 yıllık başkanlık döneminin 6 yılında, Cumhuriyetçi Parti’nin (CP) Senato çoğunluğu ile birlikte çalışmak zorunda kalmıştır. Clinton, bütçenin Senato’dan geçmesi tehditlerini, CP’nin çıkmasını istediği kanunları onaylayarak yürürlüğe sokma karşılığında aşabilmiştir. Benzer şekilde Clinton, bütçenin Senato’dan geçebilmesi için zaman zaman birtakım kanunları veto edeceği tehdidinde bulunarak, bütçenin geçebilmesi için eksik kalan vekil sayısını tamamlayabilmiştir.⁴⁴ ABD’deki anayasal sistemin, her iki organın da eşit kuvvetler ile zıt yönlerde çekilerek mesafe kat edilmeyen bir sistem olarak kurgulanmadığı

43 Başka bir çalışmada siyasi mesuliyetin hukuk sistemimize entegre edilip edilmemesi gerektiği ve bunun sonuçları detaylıca incelenebilir. Burada, sadece Meclis’in azalan yetkilerine vurgu yapılmakla yetinilecektir.

44 Allen Schick, *The Federal Budget: Politics, Policy, Process*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2007, s. 26-27, 113.

görülmektedir. Bu noktada söylenmesi gereken en önemli hususlardan biri ABD’de bulunan siyasi parti tipidir. Erkleri birbirine muhtaç kılınan ülkede, serbest partilerin varlığı, siyasetin tıkanmadan işlemesini sağlayan en önemli etkidir. Bu sebeple ABD’deki sistemi “serbest iki partili başkanlık sistemi” olarak nitelendirmektedir. Bu sayede farklı ekollerin elinde bulunan organlar, sistemin işleyişini zaman zaman kriz seviyesine götürse de bu durum bir devamlılık arz etmemektedir. Öyle ki Başkan’ın Senato çoğunluğuna sahip olamadığı dönemlerde dahi Başkan’ın atamalarının Senato’da kabul edildiği ile karşılaşılmaktadır. Nitekim 115. Kongre döneminde Başkan Trump’ın partisi Senato’da 51 vekil ile çoğunluğa sahip olmasına rağmen, Savunma Bakanı James Mattis Senato’dan 98 oy alarak; İç Güvenlik Bakanı John Kelly ise Senato’dan 88 oy alarak göreve başlamıştır. Aynı şekilde 113. Kongre döneminde Başkan Obama’nın partisi Senato’da 53 vekil ile çoğunluğa sahip olmasına rağmen Enerji Bakanı Ernest Moniz, Senato’dan 97 oy alarak; Hazine Bakanı Jack Lew ise Senato’dan 71 oy alarak göreve başlamıştır.⁴⁵ Serbest partilerin varlığı, vekillerin parti liderlerinin emir eri gibi hareket etmediğini göstermektedir. Örneğin Obama’nın partisinin Senato’da 56 temsilcisi bulunduğu 111. Kongre döneminde, yapmış olduğu 964 atamanın %87’den fazlası (843), Senato tarafından onaylanmış geri kalanı ise reddedilmiştir.⁴⁶ Türkiye gibi disiplinli parti yapısının olduğu bir ülkede, bu oranın normal şartlar altında %100 veya buna yakın olacağı rahatlıkla söylenebilir.

Türkiye’de bakanların veya üst kademe kamu yöneticilerinin Devlet Başkanı tarafından atanması üzerine Meclis’te bir onay safhasının ABD’deki gibi olmaması dikkat çekicidir. Elbette bu durumu, etkin parti sayısı ve partilerin tipolojisi üzerinden açıklamak mümkündür. Zira Türkiye’deki başkanlık sistemini, “disiplinli çok partili başkanlık sistemi” olarak nitelendirebiliriz. Siyasi ayrışmanın had safhaya ulaştığı Türkiye’de, ABD’deki gibi atamaları onay yetkisinin Meclis’e verilmesi elbette ki Meclis’i güçlü kılar. Ancak ayrı bir çalışma konusu olan bu husus, sistem tıkanıklıklarını da beraberinde getirebilirdi. Parlamenter sistem dönemindeyken de atamaların Meclis’e onaylatılmadığı hatırd tutulmalıdır. Buna karşın, başkanlık sisteminde, güçlenen yürütmenin dengelenmesi için atamaları onay yetkisinin Meclis’e bahşedilmesi beklenmektedir. Bu sistemin ABD’dekinin “aynısı şeklinde” Anayasa’da

45 United States Senate, Trump Cabinet Nominations, www.senate.gov/reference/Trump_cabinet.htm, (25.02.2022); United States Senate, Obama Cabinet Nominations, www.senate.gov/reference/Obama_cabinet.htm, (25.02.2022).

46 Maeve P. Carey, Presidential Appointments, the Senate’s Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress, Congressional Research Service, 2012, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41872.pdf>, (02.03.2022), s. 3.

düzenlenmemesi ile kanaatimizce doğru olan yapılmış olsa da Meclis'in elde edemediği bir yetkinin var olması hasebiyle Meclis'in başkanlık sistemine sahip ülkelerdeki muadillerine göre güçlenemediği de ayrıca vurgulanmalıdır. ABD'deki bürokratların atanma usulünü, Türkiye'nin kendi siyasi gerçeklerine uyarlayarak devşirmesinin daha iyi olacağı söylenebilir.⁴⁷

Meclis'in azalan yetkileri bağlamında değinilecek bir diğer husus ise bütçenin Meclis onayından geçmesi sürecidir. 1689 Haklar Beyannamesi ile vergi toplama hususunda meclislerin yetkili olması ve devamında gelişen süreçte ise bütçenin meclis onayına sunulma zorunluluğu başlamıştır.⁴⁸ Günümüzde bütçenin yürütme tarafından hazırlanarak meclise sunulması uygulaması tüm demokratik ülkelerde görülen bir uygulamadır. Parlamenter sistem dönemindeyken Meclis Bütçe Komisyonu'nun 40 üyesinin 25'i iktidar parti/partilerinin seçilmekte ve bütçenin komisyonlardan geçmesi kolaylaştırılmakta idi.⁴⁹ Genel Kurul'a gelindiğinde ise meclis çoğunluğuna sahip olan iktidarda bir bölünme yaşanmazsa, bütçe kolaylıkla Meclis'ten geçebilmekte idi.⁵⁰ Bu da demek oluyor ki pratik manada yasama organının elinde olan bütçe silahı ile yürütmenin denetimi Türkiye'de etkin bir şekilde kullanılamamıştır.⁵¹ Bütçenin Meclis'ten geçmemesi hususu parlamenter sistem döneminde Anayasa'da düzenlenmemiştir. Günümüzde ise bütçenin Meclis'ten geçmemesi durumu Anayasa'nın 161/4 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Bütçenin kabul edilememesi durumunda geçici bütçe çıkarılması; bunun da yapılamaması durumunda yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilme oranında artırılarak uygulanması düzenlenmiştir. Özbudun bu düzenlemeyi, "parlamentonun yürütme karşısında en etkili denetim silahlarından biri olan, bütçeyi kabul etmeme yetkisi fiilen ortadan kaldırılmış" sözleri ile eleştirmektedir.⁵² Parlamenter sistemlerde pratik manada kullanı-

47 Bu konuda önerilen alternatif bir model daha uygun olacaktır. Bkz. Abdurrahman Tekin "Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Atanmasında Parlamento İçi Muhalefetin Rolünün Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 17, Sayı 203, 2019, s. 4730-4731.

48 Eren, s. 798.

49 2017 yılında Anayasa'nın 162/2 hükmü ile iktidar parti/partilerine verilen hak kaldırılmıştır.

50 Türkiye'de iktidar partisinin koalisyon ortaklarının olumsuz oy kullanmaları sebebiyle sadece 1965 bütçesi meclisten geçememiştir. 1965 yılında CHP'nin meclis çoğunluğunu yitirmesi sebebiyle hükümet istifa etmek zorunda kalmış ve iktidar Adalet Partisi'ne geçerek Ürgüplü hükümeti kurulmuştur.

51 Nitekim, 2001-2005 yılları arasında milletvekillerinin bütçede değişiklik için vermiş oldukları *yüzlerce* önergeden pek azı kabul edilmiş ve kabul sonrası bütçedeki değişikliklerin ortalaması binde 2'de kalmıştır. Bir diğer ifade ile yürütmenin bütçe teklifi yine yürütmenin isteği ve onayı ile çok küçük oranlarda değişebilmiştir. Bkz. Ercan Çeliker, "Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Sürecindeki İşlevi", *Yasama Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2006, s. 20; Ayrıca 2018'e kadar 65 hükümet kurulmuş, ancak bütçenin geçirilememesi ile hiç karşılaşılmamıştır.

52 Özbudun, s. 226

ması çok zor olan bu imkanı, sahip olunan en güçlü silah olarak zikretmek de açıkçası yoruma muhtaçtır. Atar ise yeni sistemde yasama ve yürütmenin farklı partilerin elinde olabilmesi ihtimaline karşı, sistemin tıkanmaması için bu düzenlemenin getirildiğini ileri sürmektedir.⁵³ Teorik manada parlamenter sistem döneminde bu yetki, Türkiye’de yasamanın elinde olsa da pratik anlamda yasamanın bu denetimi kullanmışlığı ile karşılaşılma; bu yetki pratik manada yasama çoğunluğuna sahip olmak zorunda olan yürütmenin elinde bulunmuştur. Parlamenter sistem ile yönetilen diğer ülkelerde bütçenin kabul edilmemesinin çok nadir karşılaşılması da bu yargıyı destekleyen bir durumdur.⁵⁴ Argümanları toplamak gerekirse, eski sistemde Meclis, bütçeyi reddedebilme imkânının varlığına rağmen sistemin doğası gereği bu yetkiyi kullan(a)mamışken; yeni sistemde her iki organın farklı siyasi güçlerde bulunma ihtimalinin var olması sebebiyle pratik manada bu yetkinin kullanılabilir hale geldiği zikredilebilir.⁵⁵ Böylece yeni sistemde Meclis, Cumhurbaşkanının Meclis’e gönderdiği bütçeyi bambaşka bir hale getirerek kanunlaştırma imkânına kavuşmuştur. Bilindiği üzere Cumhurbaşkanının kanunlaşan bütçeyi veto etme hakkı bulunmamaktadır. Buna ilaveten bir diğer olası ihtimalde, yani bölünmüş bir meclis tablosunda Meclis, bütçeyi istediği şekilde çıkarma gücüne sahip olmadığında dahi, istemediği bütçeyi çıkarmama hakkına kavuşmuş ve yürütmeye eski bütçeyi yeniden değerlendirme oranı ile kullanmak zorunda bırakmış olabilecektir.⁵⁶ Buna karşın, meclisi daha da güçlendirmek için parlamenter sistemlerde görülebilen bütçenin geçmemesi gibi bir durumda yürütmenin istifasının Anayasada düzenlenmemesi eleştiri konusu edilebilir. Son olarak eş zamanlı meclis ve cumhurbaşkanlığı seçimi ile yasama ve yürütmenin farklı güçler elinde bulunma ihtimalinin imkansız olacağını dile getirilebilirse de; “zamanın” bu yargının yanlışlığını göstermeye yetecek bir güce sahip olduğu kanımızca söylenebilir.

53 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 269.

54 Nadiren de olsa ülkelerde yaşanan siyasi krizler sonucunda bütçelerin geçmediği ile karşılaşmaktadır. Reuters, Israeli Leaders Locked in Budget Battle as Economic Crisis Deepens, reuters.com/article/us-israel-netanyahu-budget-idUSKCN2501QN, (18.03.2022); Ekathimerini, Cypriot Lawmakers Reject State Budget for 1st Time Ever”, ekathimerini.com/news/260434/cypriot-lawmakers-reject-state-budget-for-1st-time-ever/, (18.03.2022).

55 Bilindiği üzere her iki organın da aynı siyasi ekolün elinde olduğu durumda tıpkı parlamenter sistemde olduğu gibi bütçenin denetimi, değiştirilmesi mümkün olamayabilecektir. Ancak bu durumun ABD’de de geçerli bir durum olduğu hatırlanmalıdır.

56 Örneğin, oluşan parçalı bir meclis figürü sonucu hiçbir siyasi yapının ortak bir bütçe üzerinde anlaşamaması durumunda Cumhurbaşkanının bütçesiz kalmayacaktır; ancak istediği bütçeye de sahip olamayacaktır. Meclis dolaylı açıdan yürütmeye engel olabilecek bir silaha yine de sahip durumdadır.

Yeni Anayasa değişikliği ile genel görüşme ve meclis araştırması gibi araçların kullanımında Meclis'in öne çıkartılmadığını; eski düzenlemeler ile aynen devam edildiğini görmek mümkündür. Her iki mekanizmanın da kullanımında meclis çoğunluğunun onayının alınması gerekmesinin, Meclis'e verilmiş bulunan bu yetkilerin kullanılamaması gibi bir sonucu doğurduğu açıktır. Bu yetkiler ancak yasama ve yürütmenin farklı siyasi ekollerin elinde bulunduğu durumlarda "etkin bir şekilde" kullanılabilecek şekilde tasarlanmıştır. Halbuki, asıl her iki organın da aynı siyasi yapının elinde olduğu dönemlerde, bu mekanizmaların kullanılmasına daha çok ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten de istatistiklere bakıldığında 20. Yasama Döneminde 313 araştırma komisyonu kurulma talebinde bulunulduğu; bunların 238'inin görüşülmeden hükümsüz kılındığı göze çarpmaktadır. 24. Yasama Dönemine gelindiğinde ise 3309 araştırma komisyonu kurma talebinin Meclis Başkanlığına geldiği halde 3192'si gündeme alınıp görüşülmediği için hükümsüz kaldığı istatistiklere yansımıştır.⁵⁷ Görüldüğü üzere parlamenter sistem döneminde dahi etkin bir şekilde kullanılmayan bu mekanizmalar, başkanlık sisteminde her iki organda da bir siyasi ekolün etkin olduğu dönemlerde de etkin bir şekilde kullanılamayacaktır. Nitekim 27. Yasama Döneminde sadece 11 tane araştırma komisyonu kurulmuş ve raporu Genel Kurul'da görüşülmüştür.⁵⁸ Mevcut hükümlerin başkanlık sistemine geçilen 2017 Anayasa değişikliklerinde tadil edilmemesi, Meclis'in güçlenememesine sebep olmuştur.

En temel argümanlar ile kısaca tartışılan Meclis'in azalan veya artmayan yetkileri ile başkanlık sistemi içerisinde Meclis'in etkinliği incelendi. Yukarıda zikredilen her husus hakkında bir iyileştirme ile Meclis'in etkinliğinin artırılması mümkündür. Bu çalışmada önerilen iyileştirmenin gerekliliğini anlatabilmek için genel bir meclis tablosu çizmek gerekti. Çizilen meclis tablosunu iyileştirmek için üretilebilecek argümanlardan biri de çalışmanın konusu olan sözlü sorudur. Bu mekanizma ile Meclis'e, yürütmenin eylem ve faaliyetlerini sorgulama, bunları kamuoyu önünde tartışma ve yürütmeden izahat isteme ve yürütmeyi itham etme fırsatı sunulacaktır. Başkanlık sistemi gibi kuvvetlerin keskin çizgilerle birbirinden ayrıldığı sistemlerde yürütme üyelerinin, bizzat yürüttükleri politikalar ile ilgili daha etkin denetlenebilmesi için var olan yazılı soru müessesesine ilaveten, oldukça geniş bir alanda hesap sorula-

57 Özgül Özkan Ürün, *Parlamenter Hükümet Sisteminde Denetimin Etkinleştirilmesi: Soru, Genel Görüşme, Meclis Araştırması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2016.

58 TBMM, *Meclis Araştırması Komisyonları Sorgu Formu*, <https://www.tbmm.gov.tr/Denetim/Meclis-Arastirma-Komisyonlari-Sonuc>, (04.08.2022).

birliği sağlayan sözlü soru yolu ile de denetlenebilmesine imkân tanınması, Meclis'in, bilhassa parlamento içi muhalefetin sistem içerisindeki etkinliğini artıracaktır. Her ne kadar mevcut hükümet sistemimizde yürütme yasama organı içerisinde çıkmamış ve meşruiyetini doğrudan halktan almış olsa da, bu tür denetim araçlarının varlığı sayesinde yürütmenin icra ettiği politikaların sorgulanması mümkün olacaktır. Ayrıca basın da gücünü kullanarak yürütme üyelerinin meclis huzurunda sorgulanması, kamuoyunun da yakinen sürece dahil edilmesini sağlayacaktır.⁵⁹ Hatta, her iki organın da aynı siyasi ekolün elinde olması durumunda dahi sözlü soru kurumunun etkinleştirilerek kullanılması, yürütmenin hesap verilebilirliğini artıracak ve yasamayı daha işlevsel bir hale getirecektir.⁶⁰

VI. Klasik Sözlü Soru Kurumunun Kapsamının Genişletilip Etkinleştirilerek Kabulü İçin Öneriler

Meclisin merakının sınırı ve sonu bulunmamaktadır. Bir milletvekilinin merakının bittiği yerde bir diğerrinin merakı başlamaktadır sözleriyle Bagehot, klasik soru müessesesinin ne derece yaygın kullanıldığını güzel bir şekilde özetlemiştir. Yazar ayrıca, soru sahiplerinin saiklerine değinmiş ve bilgi almak, seçmenlere kendini göstermek, soru sorduğu hususta iktidarın hatasından dönmesini sağlamak, hükümeti devirmek gibi makul sebepler olabileceği gibi; soru soranlar listesinde adını görmek ve hatta sırf alışkanlık olduğu için soru sormak gibi eğilimlerin de mevcut olabileceğini zikretmiştir.⁶¹

Yazarın çıkarımını Türkiye'deki istatistiklerden de görmek mümkündür. 2017 halkoylaması öncesinde artan bir soru enflasyonu ile karşılaşmıştır. İstatistiklere bakıldığında zikredilen tablo daha iyi anlaşılmaktadır. Soru önergesi sayısı 17. Yasama Döneminde 2,232 iken; 21. Yasama Döneminde 8,240'a; 23. Yasama Döneminde 20,898'e çıkmış; 24. Yasama Döneminde ise 48,878'e ulaşmıştır.⁶² Örneğin 22. Yasama Döneminde Ardahan Milletvekili Ensar Ögüt tarafından verilen ve farklı illerin yol ve su sorunlarını, sadece ilçe ve köy isimlerini değiştirerek 753 soru önergesi ile sorması, bir bilgi edinme mekanizmasının denetim amacı dışında nasıl kullanıldığını gözler önüne sermektedir.⁶³ Yazılı soru önergelerinde zaman zaman %90'a varan cevaplandırma oranlarının son dönemlerde %50'lere düştüğü; sözlü soru önergelerinde

59 Abdurrahman Tekin, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçeri Muhalefetin Rolü*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 268.

60 Setty, s. 275.

61 Walter Bagehot, *The English Constitution*, 2. Baskı, Ann Arbor, London, 1873, s. 147-148.

62 Ürün, s. 123.

63 Neziroğlu, s. 166.

ise 1987'den bu yana “sadece” birkaç yasama döneminde cevaplandırma oranlarının %50'nin üstüne çıktığı görülmekte ve bu durum da soru kurumunun etkisizliğini gözler önüne sermektedir.⁶⁴ Böylece, Meclis için etkili bir denetim aracı olabilecek olan sözlü ve yazılı soru kurumu, etkili bir şekilde kullanılamamıştır. Artan soru enflasyonunun iki temel müsebbibinin bulunduğu zikredilebilir. Bu mekanizmanın, geçmiş iktidarlar tarafından denetimden kaçınma amacıyla suiistimal edildiği yorumu yapılabilir. Benzer şekilde bu mekanizmanın, muhalefet tarafından “obstruction” aracına dönüştürülerek Meclis faaliyetlerini tıkamak amacıyla veya popülist saikler ile kullanıldığı; hatta muhalefetin bu kurumu, seçmenlerine şikâyet edebilecekleri bir istatistik oluşturma amacıyla kullanıldığı şeklinde de yorumlamak mümkündür.

Bu mekanizmanın suiistimal edilerek kullanılmayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Yapılacak reformda, dikkat edilmesi gereken ilk husus, hükümet sisteminin doğasına aykırı olmayacak bir mekanizmanın tasarlanmasıdır. Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların milletvekili olmaması ve Cumhurbaşkanı'na siyaseten ve hukuken bağlı bir kamu görevlisi olmaları sebebiyle bu kişilerin, Meclis'e her istenilen vakitte çağırılması uygun olmayacaktır. Bu bağlamda, sayısal manada sınırlayıcı bir hüküm getirilmesi düşünülebilir. Şili'de istizah kurumunun suiistimal edilmemesi için getirilen sınırlamanın burada da düşünülmesi mümkündür. Bir bakanın veya bürokratın bir yasama yılında en fazla 3 kez Meclis'e çağırılması gibi bir sınırlandırmanın makul olabileceği kanaatindeyiz. Bu sayede bakanların⁶⁵ birincil görevi olan “yürütme” ve “idare” görevlerini etkin bir şekilde ifa edebilmesi sağlanabilecektir. Ayrıca ilgili kişinin meclise çağırılmasında bir zorlaştırma yapılması da akla getirilebilir. Bu imkânı, klasik sözlü soru kurumundaki gibi her milletvekiline tanımak doğru olmayacaktır. Meclis üye tamsayısının 1/3 veya 1/4'üne Meclis'e davet hakkının verilmesi ölçülü olacaktır.

Belli durumlarda daha yüksek bir nisap ile bakan veya bürokratın üst sınır olan üçe ilaveten, bir-iki kez daha Meclis'e çağırılabilmesine imkan tanınması da düşünülebilir. Örneğin ilgili yasama yılı içinde 3 kez çağrılan enerji bakanının, elim bir maden faciası gerçekleştiğinde, daha yüksek olarak belirlenecek bir nisap ile Meclis'in huzuruna çağırılabilmesinin önünün açılması, daha hesap verilebilir bir yönetim tarzının benimsenmesini temin edebilecektir.

64 Mahmut Bülbül, “Bir Parlamenter Denetim Yolu olarak TBMM'de Yazılı Soru”, *Yasama Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2007, s. 51-53; Mahmut Bülbül, “TBMM'nin Bilgi Edinme Yollarından Sözlü Soru Önergelerinin Cevaplandırılması”, *Yasama Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 2006, s. 18-20; Ürün, s. 120-123.

65 Cumhurbaşkanı Yardımcısı kavramı her seferinde ayrıca yazılmayacaktır. Bakanlar denilince onu da kapsar şekilde anlaşılması gerekir.

Bu tip bir senaryoda ilgilinin dördüncü-beşinci kez Meclis huzuruna çağırılabilmesi için belirlenecek olan nisap olarak da meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu yeterli görülebilecektir.

Çağırılan kişiye sorulacak soruları kimin soracağı da önem arz eden bir konudur. Davet edilen kişiye sadece çağırılanın soru sorması doğru olmayacaktır. Zira bir kişi en fazla 3 kez Meclis'e çağırılacak şekilde bu kurum tasarlanmaktadır. Zira yürütme ile aynı ekolde olan Meclis'teki partilerin, bakanların Meclis huzurunda zor duruma düşmemesini sağlamak için bakanları Meclis'e kendileri çağırarak sadece kendilerinin soru soracağı bir atmosferin oluşmasını kimse istemeyecektir. Bu sebeple partilerin sandalye nisabına göre bir oranlama düşünülebilir. Öte yandan, akla daha yakın olan yol, soruların büyük çoğunluğunun muhalefet tarafından sorulmasıdır. Ancak başkanlık sistemlerinde muhalefet ve iktidar ayrımı net olmadığından veya anayasal olarak muhalefet kurumu olmadığından dolayı doğrudan muhalefete ayrıcalık tanınacak bir durum oluşturulamaz. Hatırlanacağı üzere, meclis üye tamsayısının 1/3'ünden veya 1/4'ünden az olmayacak şekilde siyasi parti gruplarına birlikte ilgili kişiyi Meclis'e çağırma hakkı tanınması teklif edilmişti. Bir diğer ifade ile belirlenecek asgari milletvekili sayısını geçmek şartıyla iki veya daha fazla siyasi partinin grubuna başvuru hakkı tanınmıştı. Bu bağlamda, soruları soracak kişilerin belirlenmesinde başvuruyu yapan siyasi parti gruplarına pozitif ayrımcılık yapacak şekilde bir hüküm getirilebilir. Sorulacak soruları, başvuruyu yapan siyasi parti grupları, kendi milletvekilleri oranınca aralarında paylaşacaktır. Aksi taktirde Meclis'in çoğunluğunu oluşturan, ancak ilgiliyi Meclis'e çağırmayan parti/partilere, Meclis'e çağırılan kişilere sorulacak soruların çoğunu sorma hakkı verilmiş olacaktır. Bu durum, sözlü soru kurumundan beklediğimiz işlevde bir azalmaya neden olacaktır. Yine de davette bir rolü bulunmayan diğer parti grupları da ihmal edilmeyecek şekilde bir düzenleme getirilebilir. Örneğin Meclis'e davette katkısı bulunmayan siyasi parti gruplarına, sınırlı sayıda da olsa soru sorma hakkı getirilebilir.⁶⁶

Bir diğer reformun ise sorunun muhatapları açısından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Klasik sözlü soru müessesesinde parlamenter sistem ile yönetilen ülkelerde sadece bakanların sorulara muhatap olduğu zikredilmişti.

66 *Günümüz Meclis aritmetiği üzerinden bir hesap yapılacak olursa, CHP, İP, HDP'nin, bir bakanı Meclis'e çağırması halinde, İçtüzükte sınırı belirtilecek olan soru sayısını (örneğin 30 soruyu) aralarında sandalye oranına göre paylaşması öngörülebilir. Buna karşın davete imza atmayan siyasi parti grupları AK Parti ve MHP'nin milletvekillerine de örneğin 3-5 soru hakkı tanınabilir. Bu tarz bir kural getirilmediğinde, bu kurumun işlevi azalacaktır. Bakan kimin Meclis'e çağırıldığına bakılmaksızın, sandalye oranına göre partilerin soru sayısı belirlenecek olduğu varsayımında; sadece CHP'nin bir bakanı Meclis'e çağırması durumunda, sorulacak soruların sadece %22,5'ünü CHP milletvekilleri elde edebilecektir.*

Burada da bakanların Meclis'e çağırılması düzenlenmelidir. Bakanların soru kurumu ile Meclis'e çağırılması ile birkaç fayda birden elde edilmektedir. Hennessy'in zikrettiği gibi soru kurumu ile bir bakanın meclise çağırılması sayesinde yürütmenin yasamaya karşı sorumluluğu temin edilirken; aynı zamanda ilgili bakanın altında çalışan bürokratların, yürütmeye ilaveten dolaylı da olsa yasamaya karşı sorumlu olması sağlanacaktır.⁶⁷ Benzer şekilde Shane, yasamanın yürütmeye ulaşımının kolaylaşması ile yürütme organında güçlü bir hesap verebilirlik oluşturulacağına ve yürütme ve bürokrasi arasında sorumluluk duygusunun yayılacağına vurgu yapmaktadır.⁶⁸ Bunun yanı sıra bürokratların da Meclis'e çağırılabilme imkânının getirilmesi ile bürokrasinin hukuk-siyaset dengesi daha iyi sağlanabilmiş olunacaktır. Bürokratlar, seçmenlere çeşitli konularda söz veren yürütmenin emir ve talimatlarını hukuk kuralları çerçevesinde uygulayan memurlar konumundadır. Zaman zaman bürokraside, "hukuk kuralları çerçevesinde emirleri dinleme" denklemine bozulmalar görülebilir. Bu kişilerin, siyasilerin hukuka aykırı talimatlarını icra etmeleri söz konusu olabilir. Bürokratların Meclis'e bilgi verme yükümlülüğü, bu denklemin bozulmasını engelleyebilecek bir araçtır. Gerçekten de bürokratların halkın temsilcileri tarafından sorgulanma/denetlenme imkânının getirilmesi, idarenin hukuka ve hizmetlerin gereklerine uygun işlem tesis etmelerini perçinleyecek bir yoldur. Başkanlık sistemi için yukarıda zikredilen örneklerden de görüleceği üzere birtakım bürokratların da Meclis huzuruna çağırılmasının önünün açılması, hesap verebilirliği/sorabilirliği artıracaktır.⁶⁹ Sözlü sorunun muhatabının bakanlara ilaveten bürokratlar olması ile sorumluluk müessesesinin daha da tabana yayılmasının temin edileceğini söylemek mümkündür. Gerek bakanların gerekse de bürokratların Meclis'e çağırılması veya çağırılabilme ihtimali, bu kişilerin idari işlerine daha çok eğilmesini; eylem, işlem ve kararlarının hukuka uygun olmasını; altında çalışan kişilerin işlemlerine de vâkıf olmasını sağlayacaktır.

Yukarıda zikredildiği üzere Meksika ve Nikaragua'da, bakanların ve yardımcılarının yanı sıra özerk veya yarı kamu niteliğindeki kuruluşların başkan ve üyelerinin de sorulara Meclis huzurunda sözlü cevap vermesi istenebil-

67 Peter Hennessy, *Prime Minister: The Office and Its Holders Since 1945*, Allen Lane, London, 2000, s. 81.

68 Peter W. Shane, "Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking", *Arkansas Law Review*. Cilt 48, Sayı 1, 1995, s. 207-208.

69 Başkanlık sistemine sahip Peru ve Dominik Cumhuriyeti'nde de bakanlar dışındaki üst kademe kamu yöneticilerine soru yöneltme imkânı tanınmıştır. Ancak bu ülkelerde sadece yazılı soru sorulabilmektedir. Bu durum da göstermektedir ki başkanlık sistemlerinde, klasik soru müessesesinin muhatapları bağlamında parlamenter sisteme göre ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Constitution of Dominican Republic, 2015, m. 95; Constitution of Peru, 1993, m. 96

mekteydi. Türkiye’de Meclis huzuruna çağırılabilir kişiler belirlenmesinde 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi temel alınabilir. Kararnamenin 1 Sayılı Cetveli’nde bulunan üst kademe kamu yöneticilerinin kapsama alınması, yürütmenin yanı sıra idarenin de daha hukuki, rasyonel, temkinli vs. kararlar almasını sağlayacaktır. Örneğin 2021 yılı sonunda döviz kurunun aşırı yükselmeye başlaması sırasında ve sonrasında Merkez Bankası’nın attığı adımların ülke gündeminde geniş bir yer tuttuğu bilinmektedir. Benzer şekilde, Türkiye İstatistik Kurumu’nun sıklıkla açıkladığı işsizlik, enflasyon, büyüme ve dış ticaret gibi verilerine yönelik yapılan eleştiriler kamuoyunun malumudur. Bu kurumların başındaki kişilerin, halkın temsilcisi olan milletvekillerinin huzurunda saatler süren bir soru-cevap ile Meclis’i ve kamuoyunu bilgilendirmesi her vatandaşın görmek isteyebileceği bir tablodur. Günümüzde bu kişiler sadece arzu ettikleri medya organları karşısına çıkarak sorulara cevap vermektedir. Türkiye’de siyasilerin siyasiler ile karşılıklı konuşabildiği tek adres olarak Meclis kalmıştır. Kamuoyunun huzurunda basın aracılığıyla siyasilerin argümanlarını birbirlerine karşı yöneltebildiği bir ortam, 2019 yılındaki istisna haricinde Türkiye’de oluşmamaktadır.⁷⁰ Her toplumda olduğu gibi Türkiye’de de sadece kendi siyasi liderlerini veya liderlerine daha geniş veya yanlı olarak yer veren basın araçlarını takip etmeyi tercih eden kitleler ile karşılaşılabilir. Bu kişilerin her iki argümanı da dinleyebileceği bir ortamın oluşturulması elzemdir. Siyasilerin bir araya gelerek Meclis huzurunda tez ve antitezlerini ortaya koymaları, toplumun aydınlanmasında bir mihenk taşı olacaktır. Bilindiği üzere günümüzde bu ortam sadece 2018-2022 yılları arasındaki bütçe görüşmeleri sırasında yaşanabilmiştir. Bakanlar gerek komisyon gerekse de Genel Kurul’da konuşmalar yapmakta ve bütçe tekliflerini izahata çalışmaktadırlar. Oluşan bu ortam ile hesap verilebilirlik/sorabilirlik açısından eşsiz bir fırsat yakalanmaktadır. Sözlü sorunun tekrar canlandırılması ile bütçe görüşmeleri dışında da tez-antitezlerin sunulabileceği bir atmosfer daha oluşabilecektir.

Bu noktada tartışma konusu olan husus, devlet başkanına soru sorulmasıdır. Sözlü sorunun siyasi mesuliyet doğuracak bir mekanizmadan ziyade bilgi edinme yolu olarak düzenlenecek bir mekanizma olmasından dolayı, Cumhurbaşkanı’nın da Meclis’te sorulara cevap vermesinin istenmesi düşünülebilir. Bu sayede yürütmenin başı konumunda bulunan bir aktörün, atadığı bakan ve bürokratlar gibi hesap verilebilirliği sağlanmış, şeffaf bir yönetim

70 Siyasilerin ekran karşısında karşılıklı olarak tartışmadığı yargısının yakın bir istisnası daha bulunmaktadır. 2019 Yerel seçimlerinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına aday olan Binali Yıldırım ile Ekrem İmamoğlu, ortak televizyon kanallarında yapılan bir yayında siyasi argümanlarını sunmuş ve toplumca hoş karşılaşılan bir atmosfer oluşmuştur.

tesis edilmesine katkı sunulmuş olabilecektir. Ancak bu durum, sözlü soru kurumunun suiistimale uğratılması ile sonuçlanabilir. Meclis'te Cumhurbaşkanlığı ile söz düellolarına girilerek Cumhurbaşkanlığı makamının yıpratılmaya çalışılması gibi girişimler vuku bulabilir. Adeta kaybedilen seçimin acısının çıkarılmasına çalışılan bir atmosferin oluşması da söz konusu olabilir. Bu noktada Meksika ve Nikaragua'da olduğu gibi Başkan'a sadece yazılı soru yöneltilmesi düşünülebilir. Zira Anayurt'un da zikrettiği üzere sözlü soru ile devlet başkanının mecliste muhatap kılınması başkanlık sisteminin temel felsefesine aykırı olabilir.⁷¹ Ayrıca İngiltere'de olduğu gibi başbakan ile muhalefet liderinin soru-cevap yapması başkanlık sistemlerinde beklenemez. Zira başkanlık sistemlerinde parlamenter sistem manasında resmi bir ana muhalefet partisi bulunmamaktadır.⁷²

Söz konusu mekanizmanın işlevselliği açısından bunun canlı olarak yayınlanması, televizyonculukta "prime time" olarak adlandırılan zaman diliminde veya buna yakın bir zaman zarfında bu müessesenin işletilmesi faydalı olacaktır. Bu imkân muhalefeti daha da cesaretlendirebilecek; buna karşın bakanlar ve bürokratların toplum karşısında zorlanacağı bir ortam oluşabilecektir. Bu sayede bu kişilerin gerek soru-cevap sırasında gerekse de bu müessesenin öncesi ve sonrasında daha temkinli politikalar yürütmesine ve gelebilecek her türlü eleştiriye karşı hazırlıklı olması temin edilmiş olunacaktır. Ayrıca basın aracılığıyla bu sürecin icra edilmesi ile yüzeysel ve kaçamak cevaplar verilmesinin engellenmeye çalışılacağı da zikredilmelidir.⁷³ Bu kurumun basın önünde icra edilmesi ile kamuoyu kadar yürütme de eksikliklerini ve hatalarını daha net görebilme imkanına kavuşabilecek ve gerekli değişiklik ve düzenlemeler yapması sağlanabilecektir.⁷⁴ Nitekim Belçika ve Danimarka'yı kapsayan

71 Anayurt, s. 378; Ayrıca Bkz. Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021, s. 335-336; Eren, s. 838.

72 Setty, s. 275.

73 Ürün, s. 162; Örneğin İngiltere'de her hafta yapılan Başbakan Soru Zamanı (Prime Minister Question Time) isimli uygulama, oldukça popülerdir. Yapılan bir ankete göre halkın %54'ü bu tartışmaları canlı olarak, akşam haberlerinde veya yaygın olarak kullanılan sosyal medya platformlarında mutlaka izlediklerini bildirmişlerdir. Bkz.: Hansard Society, Tuned in or Turned off? Public Attitudes to Prime Minister's Questions, 2014, s. 41-42, https://assets.ctfassets.net/u1rlvbs33ri/v5KOp-60C6Osoy2MYiMYg/daoce4465c346bb592fde93de3550b3c/Publication__Tuned-in-or-Turned-off-Public-attitudes-to-PMQs.pdf, (26.02.2022); Özellikle İngiltere'de yürütülen soru müessesesinde iktidar ve muhalefet liderlerinin karşı karşıya gelmesi, sadece ülke içinde değil tüm Dünyada ilgi ile takip edilmektedir. Bu sebeple Shariatmadari'nin, "Dünyadaki milyonların, kendi ülke liderlerini de bu şekilde görmek için her şeyi vereceği" çıkarımını abartılı görmemek gerekir. Bkz.: David Shariatmadari, Three Cheers for PMQs, The Guardian, 2014, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/feb/27/three-cheers-pmqs-ugly-prime-ministers-questions>, (18.03.2022).

74 Robert W. McCulloch, "Question Time in the British House of Commons", *The American Political Science Review*, Cilt 27, Sayı 6, 1933, s. 972.

bir çalışmadan da görülebileceği üzere soru müessesesi yürütmenin, sorulan konulara eğilmesini, çözümler üretmesini ve politika programını buna göre şekillendirmesini sağlamıştır.⁷⁵

Soru kurumunun etkinliği için getirilebilecek bir diğer düzenleme ise bu kurumun işletilememesi durumunda yaptırım uygulanabilmesinin önünün açılmasıdır. Parlamenter sistem döneminde sözlü soru kurumunun işletilememesi durumunda herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bakanın sözlü soruya cevap vermeye imtina etmesi durumunda sözlü soru, yazılı soruya çevrilir ve önerge sahibine beş dakikayı geçmeyecek şekilde söz hakkı tanınır idi. İstatistiklerden de görüleceği üzere sözlü soruların çoğunluğuna cevap verilmemiştir. Salı ve Çarşamba günlerinde birleşimin başında birer saat sözlü soru önergelerinin görüşülmesi hususunda alınan Danışma Kurulu önerisi Meclis'te kabul edilmesine rağmen, kanun çalışmalarının daha da hızlandırılması için verilen önergeler ile sözlü sorulara cevap için ayrılan zamanın feda edildiği görülmektedir.⁷⁶ Meclis kararıyla sözlü soru saatlerinden feragat edilebilmesi, bakanların soruların çoğunu cevapsız bırakması ve bunun da bir yaptırımının olmaması bu mekanizmayı etkisizleştirmektedir.

Bu müessesenin işlevselliğini koruyacak birtakım adımların da atılması gerekmektedir. Evvela bu kurumun, Anayasa ile güvence altına alınarak yürütmenin yükümlülüğünün altı çizilebilir. Esasen pek çok devletin anayasasında soru kurumuna yer verilmediği, daha çok iç tüzüklerde düzenlendiği bilinmektedir. Bu noktadan hareketle Abdulkakimoğulları'nın da zikrettiği üzere "soruya bir denetim aracı olarak başvurulabilmesi için anayasada düzenlenmesi veya denetim aracı olarak sayılması zorunlu"⁷⁷ görülmemelidir. Ancak yine de anayasal hüküm ile garanti altına alınması, bu kurumu güçlendirecektir.

İkinci olarak, sözlü soru için Meclis'e çağırılan yürütme üyesi veya bürokratın, davete icabet etmemesi durumunda ciddi bir yaptırım ile karşı karşıya bırakılması düşünülebilir. Bu noktada farklı ülke uygulamalarından hareketle bir model geliştirilebilir. Sözlü soru kurumunun etkili bir noktaya taşınması için, bir başka müessese olan meclis araştırma/soruşturma komisyonu kurulmasını düzenleyen birtakım ülkelerin mevzuatlarındaki hükümlere bakmak yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, meclis komisyonlarının işlevlerini yerine getirebilmesi için içtüzük hükümleri doğrultusunda, komisyonlar bilgi ve belge

75 Shaun Bevan, Peter John, "Policy Representation by Party Leaders and Followers: What Drives UK Prime Minister's Questions?", *Government and Opposition*, Cilt 51, Sayı 1, 2015, s. 61.

76 Neziroğlu, s. 155.

77 Erdal Abdulkakimoğulları, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Hükümet Üzerindeki Denetim Araçlarından Soru", *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2008, Sayı 72, <http://www.e-akademi.org/> (17.01.2022), s.7.

istemeye ve görüş veya ifade almak için kişileri davet etmeye yetkili kılınmaktadır. Birtakım ülkelerde komisyonun çağrısına icabet edilmediği durumlara ilişkin çeşitli ağırlıklarda yaptırımlar öngörülmüştür. Böylece komisyonun faaliyetlerine bir ciddiyet kazandırılmış olunmakta ve komisyonun işlevsel bir noktaya taşınması sağlanmaktadır. Benzer hükümleri sözlü soruya icabet etmeyen yürütme üyeleri ile bürokratlara uyarlamakta kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır. Bu noktada ilk örneği başkanlık sistemi ile yönetilen ABD'den vermek daha doğru olacaktır. ABD'de, Senato'nun neredeyse istediği her konuda araştırma komisyonu kurabileceği hususunda teamül oluşmuştur. Komisyonun çağırdığı kişinin gelmemesi veya istenilen belgenin ibraz edilmemesi durumlarında birtakım yaptırımların varlığı göze çarpmaktadır. Birinci tedbir olarak Senato özel kolluğu tarafından davete icabet etmeyen kişi zorla getirilebilmektedir. Bu bağlamda kişinin bir sonraki komisyon oturumuna kadar gözaltına alınması da mümkündür. 1794 ile 1930 yılları arasında 85 kez kullanılan bu yöntem 92 yıldır hiç kullanılmamıştır. Bu yöntemin külfetinden kaçınmak için 1857 tarihinde, başka bir tedbir daha geliştirilmiştir. Buna göre davete icabet etmeyen veya bilgi-belgeyi ibraz etmeyen kişiler 100.000 USD para cezasına "ve" 1 yıl hapis cezasına çarptırılabilir. ⁷⁸ Özellikle Watergate soruşturmasında bu kuralın oldukça etkin kullanıldığı ve soruşturma/araştırmanın başarıya ulaşmasında etkin olduğu bilinmektedir. ⁷⁹ Fransa, Belçika ve Hollanda'da ise komisyonların, ilgili kişileri dinlemek için çağırma yetkisi savcılık veya sulh yargıcı ile eş seviyeli olarak düzenlenmiştir. ⁸⁰ Bir diğer ifade ile davete icabet edilmediğinde zorla getirilmesini isteme hakkı komisyona verilmiştir. Almanya'da ise bu husus Soruşturma Komisyonu Kanununda düzenlenmiş ve komisyon üyelerinin 1/4'ünün şikayeti üzerine

78 United States Code, Title 2, Chapter, 6 Code, 192, 194, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/2/chapter-6>, (04.08.2022).

79 John F. Sopko, Constance D. O'Connor, A Guide to Congressional Investigations, *Financial Fraud Law Report*, October 2009, <https://www.akingump.com/a/web/4974/Sopko-OConnor-FFLR-Oct-2009.pdf> (23.08.2022), s. 234-237; Morton Rosenberg, *Investigative Oversight: An Introduction to the Law, Practice and Procedure of Congressional Inquiry*, Congressional Research Service, 1995, s. 1-47.

80 Özbudun, *Parlamentler*, s. 110-111. Burada ve aşağıda verilen örneklerin bir kısmının parlamenter sistem ile yönetilen ülkelerden seçilmesinde kanımızca bir beis yoktur. Soru sormaya gelmeyen bir bakan veya bürokrata ne gibi bir yaptırım uygulanacağı hususunda başkanlık sisteminin Nikaragua, Meksika ve Filipinler haricinde bir örnek vermek mümkün değildir. Zikredildiği üzere bu müessese başkanlık sisteminde uygulanmamaktadır. Ayrıca sözlü soru mekanizmasının güçlendirilmesi için parlamenter sistem ile yönetilen ülkelerde uygulanan araştırma/soruşturma komisyonunu güçlendiren bir uygulamayı (davete icabet edilmemesini yaptırıma bağlayan uygulamaları) benimsemekte de anormal bir durum yoktur. Zira, hiçbir ülkede soru mekanizmasını güçlendirmek için soruya cevap vermeyen bakana etkili sayılabilecek bir yaptırım uygulanmamaktadır. Bu sebeple bu mekanizmayı güçlendirecek örnekleri, birtakım ülkelerdeki araştırma/soruşturma komisyonu uygulamalarından bulmak durumunda kalınmıştır.

başlatılacak yargılamada federal yargıcın, ilgili kişinin istenilen bilgi ve belgeleri sunmaması durumunda 6 ayı geçmeyecek bir hapis cezasına çarptırması; davete icabet etmemesi durumunda ise 10.000 Euro para cezasına çarptırması mümkündür.⁸¹ Almanya Meclis İktüzüğünde çağrıya cevap verilmemesi durumunda ne gibi tedbirlerin alınacağı bizzat düzenlenmemiş, bu husus kanunlara atıf yoluyla netleştirilmiştir. Mahkeme huzuruna gitmeme veya tanıklıktan kaçınma hususlarını düzenleyen kanun hükümlerinin, Meclis çağrısına icabet etmeyenlere de işletileceği zikredilmiştir.⁸² Fransa'da da benzer uygulama ile karşılaşmak mümkündür. Yemin altında komisyon karşısında ifade vermeyi reddetme durumunda 2 yıla kadar hapis cezası "ve" 7.500 Euro para cezası verilmektedir. Hırvatistan'da daha ağır bir ceza öngörülerek davetten imtina edenlerin 50.000 ila 1.000.000 Hırvatistan Kunası (0,15 USD) arasında para cezasına çarptırılması "veya" 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.⁸³ Belçika'da ise davete icabet etmeyenler, 8 ila 6 ay arasında hapis cezası ve 500 ila 10.000 Euro arasında bir para cezasına çarptırılmaktadır.⁸⁴ İspanya'da Ceza Kanunu'nda açıkça Meclis'in çağrısına uymayan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmekte; davete uymayan kişinin bir kamu görevlisi olması durumunda ise verilecek cezaya ilaveten kamu hizmetlerinden 6 ay ile 2 yıla kadar yasaklanacağı belirtilmiştir.⁸⁵

Görüldüğü üzere Meclisler, sadece kanunlar çıkararak ülke yönetimine katılmazlar. Bunun yanı sıra hakikate ulaşma gibi görevleri de bulunmaktadır. Hakikate ulaşabilmenin yolu ise güçlü imkanlara sahip olmaktır. Meclis araştırma ve soruşturma komisyonlarının kurulması da bu güçlü imkanlardan biridir. Ancak meclislere verilen bu güçlü imkanların etkinliğinin korunması için meclislerin, yukarıda zikredildiği gibi zorlayıcı tedbirlere başvurabilme imkanına da kavuşturulması gerekmektedir. Benzer hükümleri sözlü soru için meclise çağırılacak olan bakan ve bürokratlar için de getirmekte herhangi

81 Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages – Untersuchungsausschussgesetz, m. 18/3, 21/1, 27/1-2, 29/2, <https://www.gesetze-im-internet.de/puag/PUAG.pdf>, (05.03.2022).

82 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages und Geschäftsordnung des Vermittlungsausschusses Annex 6-A/14, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10080000.pdf>, (05.03.2022); Strafprozeßordnung, m. 51, 70, <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>, (05.03.2022); Zivilprozessordnung, m. 380, 390, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>, (05.03.2022).

83 European Parliament, Committees of Inquiry in National Parliaments, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2020\)649524](http://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2020)649524), (10.03.2022), s. 13-74.

84 Code Penal, 1867, m. 85, legislationline.org/download/id/9628/file/BELG_CC_fr.pdf, (06.03.2022).

85 Ley Orgánica del Código Penal, 1995, m. 502/1, boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf, (10.03.2022).

bir beis görmemekteyiz. Zikredilen ülkelerdeki uygulamaların bakanlar veya bürokratlar için de uygulanabildiği çıkarımını, ilgili kanun hükümlerinin lafzından çıkarmak mümkündür. Bu bağlamda, zikredilen ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de Meclis’e davet edilen ilgilinin, haklı bir mazereti bulunmaksızın davete icabetten imtina etmesi veya ilgili kişiye bir kereye mahsus verilen erteleme hakkına rağmen Meclis’e gelmekten imtina etmesi durumunda bir yaptırım öngörülebilir. Bu noktada iki ihtimal akla gelebilir. Birincisinde, ilgili kişiyi Meclis’e davet eden imzacı vekillerin veya Meclis Başkanlığı’nın suç duyurusunda bulunması sonucu ilgili kişi hakkında cezai tahkikat başlatılmasıdır.⁸⁶ Ancak anayasal olarak bakanlar yasama dokunulmazlığı kapsamı içinde bulunduklarından ötürü, söz konusu yaptırımın bu kişiler için caydırıcılığı az olabilir. Bu durum, soru kurumunun etkin bir şekilde kullanamaması gibi bir sonucu doğurabilir. Bürokratların dokunulmazlığı olamayacağı için söz konusu yaptırım, bu kişiler için caydırıcı bir konumda olabilecektir. Kanaatimizce, bir anayasal istisna ile söz konusu fiilin yasama dokunulmazlığından istisna tutulması düşünülebilir.⁸⁷ Meclis’e davetten imtina eden kişi için yapılabilecek ikinci yaptırım ise ilgili kişinin Nikaragua’da olduğu gibi kişinin görevden el çektilmesidir. Türkiye için bu süreci imzacı milletvekilleri veya Meclis Başkanı’nın başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi aracılığıyla işletmek mümkündür. Bakanın veya bürokratin davete icabet etmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi’nin, ilgili kişinin usulüne uygun bir şekilde Meclis’e davet edilip edilmediğine; Meclis’e gelip gelmediğine; erteleme hakkını kullanıp kullanmadığına; haklı bir mazeretinin olup olmadığına bakarak nihai bir “tespit kararı” vermesi düşünülebilir. Sadece şekli incelemeler ile sınırlı bir şekilde yapılacak denetim sonucunda bakan veya bürokratin görevden düşmesi yönünde karar verilmesi düşünülebilir. Ancak bu tarz bir yaptırımın detaylarının içtüzük hükümler ile değil bir kanun ile belirlenmesi yerinde olacaktır.

Caydırıcılığın sağlanarak söz konusu kuruma işlevsellik katma hususunda zikredilen yöntemlerin bir nebze ağır olabileceği düşünülebilir. Bilindiği üzere Türkiye’de herhangi bir yaptırma bağlanmayan veya kullanılabilmesi/gerçekleştirilebilmesi kolay olmayan pek çok anayasal mekanizma veya anayasada bahsedilmiş imkân bulunmaktadır. Sadece bunları Anayasa’da düzenlemek yetmemekte, ayrıca bunlara işlevsellik katmak da liberal anayasacılığın bir ödevi

86 Bu noktada bu başvuruyu/ihbarı, iddianame yerine geçen belge olarak kabul edilecek bir düzenleme yaparak doğrudan kovuşturma aşamasına geçilmesi düşünülebilir.

87 *İçtüzük hükümleri ile imtina eden kişilerin adli makamlara şikâyet* edilebileceği düzenlenebilir. Ancak içtüzük hükümlerinde hangi suçtan yargılama yapılacağı tayin edilemez. Bunun için Türk Ceza Kanunu’nda İspanya’da olduğu gibi spesifik bir suç belirlenebilir. Bunun yerine mevcut suçlardan birine de dahil edilebilir. Ancak alınacak cezanın indirimler dahil alt sınırının, milletvekili seçilmeye engel ceza miktarı olan 1 yıl olarak belirlenmesi düşünülebilir.

konumundadır. Yukarıdaki sayısal verilerden de görüleceği üzere, sözlü ve yazılı soruların cevaplandırma istatistikleri; meclis araştırma komisyonu kurma taleplerinin gerçekleşme oranları; veya muhalefete bahsedilmiş 20 milletvekili ile genel görüşme açma talebinin meclis çoğunluğunun onayına tabi olması sebebiyle genellikle kullanılamadığı hesaba katıldığında, anayasada yer alan mekanizmaların/imkânların “etkin bir şekilde kullanılabilir” olmasının önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Kurumun işlevselleştirilmesi için atılacak adımlardan bir diğeri ise spontane/anlık ve tamamlayıcı soru sorma imkanının getirilmesidir. Pek çok ülkede bir bakanın sorulara cevap vereceği günden ne kadar öncesinde sorunun ilgili milletvekilince, meclis başkanlığına iletilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin Lüksemburg’da 2 hafta önce; İngiltere’de 10 gün önce; Portekiz’de 5 gün önce; İzlanda, İrlanda, İtalya ve Finlandiya’da 3 gün önce; Avusturya’da 48 saat önce; Yunanistan’da 1 gün önce; Belçika’da sorunun cevaplanacağı günün sabahı 11’den önce; Hollanda’da ise sorunun cevaplanacağı gün öğlen 12’den önce sorunun iletilmiş olması gerekmektedir.⁸⁸ Kanada, İsveç ve Fransa’da anlık soru sorma uygulaması bulunmaktadır.⁸⁹ Anlık soru uygulamasını Fransa zerinden detaylandırmak faydalı olacaktır. Fransa’da soru müessesesinin 3 farklı görünümü bulunmaktadır. Klasik sözlü ve yazılı soruya ilaveten hükümete soru şeklinde isimlendirilen üçüncü yöntem dikkatleri üzerine çekmektedir. Hükümete sorular, her haftanın Salı ve Çarşamba günlerinde birer saat olarak uygulanır ve tüm bakanların hazır bulunması sağlanır. Milletvekilleri sorularını öncesinden Meclis Başkanlığı’na iletmez, sorular kayıt altına alınmaz. Sadece hükümete, ilgili sürecin başlamasından 1 saat öncesinden hangi milletvekillerinin soru soracağı hususu iletilir. Spontane olması sebebiyle tüm kabinenin oturuma katılması temin edilmiş olur. Soru-cevap sürecinin canlı yayın olarak yayınlanması ve soruların önceden verilmemesi, muhalefet kadar medya kuruluşları ve kamuoyu için adeta bulunmaz bir fırsattır.⁹⁰ Sorunun ne kadar önce verildiği, yürütmenin denetiminin ne derece çetin olacağı ile ilgili bir konudur. Türkiye’de de Fransa’da olduğu gibi soruların hiç verilmemesi veya Belçika ve Hollanda’da olduğu gibi birkaç saat öncesinden bildirilmesi yöntemi seçilebilir.

Bir diğer husus ise tamamlayıcı soru sorma imkânının verilmesi ile ilgilidir. Sorulacak soruların önceden iletilmesinin sakıncalarını ortadan kaldırmak

88 Wiberg, s. 206.

89 The Riksdag Act, 2014, Bölüm 8- m. 8, riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/riksdagsordning-eng-2021.pdf, (21.03.2022). Matthew Eric Glassman, A Parliamentary Style Question Period: Proposals and Issues for Congress, Congressional Research Service, 2009, s. 7, <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34599.pdf>, (21.03.2022).

90 Fatih Çelebi, “Fransa Millet Meclisi Üzerine”, *Yasama Dergisi*, Cilt 7, Sayı 21, 2012, s. 75-76.

amacıyla bazı ülkelerde tamamlayıcı/ilave soru sorma hakkı getirilmiştir. Bu hak, verilen cevabın tatmin edici seviyede olmadığı durumlarda sorunun daha farklı veya detaylıca cevaplanmasını istemekten ibarettir. Siyasilerin çeşitli sa-ikler ile kaçamak cevap verme hususunda diplomatlar kadar mahir konumda bulunduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Soru ile siyasi manada sıkıştırılmak istenen kişinin, cevabı soru ile ilgili olmadığı, hatalı veya yetersiz olduğu durumlarda, soru soran milletvekiline ilave soru sorma hakkının verilmesinde fayda bulunmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği öncesi Türkiye’de de bu imkân bulunmaktaydı. Sadece İsviçre, İsrail, Fransa ve Belçika gibi oldukça sınırlı sayıda ülkede bu imkânın tanınmadığı bilinmektedir.⁹¹

Sonuç

Başkanlık sisteminin kabulü ile sözlü soru kurumu hukuk hayatımızdan çıkartılmıştır. Başkanlık sisteminin doğası gereği yasama ve yürütmenin bu mekanizma ile karşı karşıya getirilememesi gibi bir algının oluştuğu bilinmektedir. Bu yargıyı, devlet başkanı için doğru kabul etmek mümkündür. Zira seçim ile başa gelmiş bir kişinin, hiyerarşik altlık-üstlük ilişkisi kurarcasına yasama önünde sorgulama benzeri bir mekanizma ile yüz yüze bırakılması, kurumların yıpratılmasına sebebiyet verebilecektir. Nitekim başkanlık sistemine sahip ülkelerin hiçbirinde, bir devlet başkanının mecliste sorulara cevap vermesi görülmemektedir. Buna karşın, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların seçim ile başa gelmeyen birer memur sıfatını haiz kişiler olmalarından ötürü yürütme adına cevap vermeye zorlanmasında bir beis görülmemelidir. Başkanlık sistemlerinde, Türk literatüründe bilinmeyen pek çok istisna bulunmaktadır. Hatta kimi üst kademe kamu yöneticilerinin ve bağımsız idari otoritelerin yönetici sınıfında bulunan görevlilerinin de meclis huzuruna getirtilebildiği bilinmektedir.

Türkiye’de de Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar ile birlikte 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1 Sayılı Cetveli’nde bulunan üst kademe kamu yöneticileri soru kurumunun muhatabı olarak belirlenebilir. Bu sayede sadece yürütmeyi değil bürokrasinin de daha temkinli, sorumlu ve hesap verilebilir eylemler icra etmesi ve kararlar alması sağlanabilecektir.

Getirilecek olan bu kurumun suistimale uğramasının önüne geçmek için sayısal bir sınırlama düşünülebilir. Şili’de istizah kurumunda olduğu gibi

91 Belçika’da tamamlayıcı soru sorma hakkı bulunmaktadır ancak bakanın buna cevap verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Türkiye, Almanya, İrlanda, Hollanda, İsveç, İngiltere, Kanada, İrlanda, Norveç ve Danimarka gibi pek çok ülkede tamamlayıcı soru sorma imkânı getirilmiştir. Daha fazla bilgi için Bkz.: Rob Salmond, “Parliamentary Question Times: How Legislative Accountability Mechanisms Affect Mass Political Engagement”, *The Journal of Legislative Studies*, Cilt 20, Sayı 3, 2014, s. 330; Ürün, s. 109; Mahmut Bülbül, *Parlamentar Denetim Yolu Olarak Soru*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, TBMM, Ankara, 2008, s. 78-79.

Türkiye’de de bir bakanın veya bürokratin bir yasama yılında en fazla 3 kez Meclis huzuruna davet edilebileceği hüküm altına alınabilir. Bu hakkın kullanımının, meclis üye tamsayısının 1/3’üne veya 1/4’üne bırakılması da makul olacaktır. Davetin, siyasi parti gruplarının birleşmesi yoluyla da yapılması da temin edilebilir. Çağrılan kişiye sorulacak soruların sandalye nisabına göre belirlenmesi de bu kurumdan beklenen faydanın sağlanamamasına neden olacaktır. Bu sebepten ötürü, sorulacak olan soruların çoğunluğunun, davette imzası bulunan siyasi parti gruplarına verilmesi düşünülebilir.

Söz konusu müessesenin işlevselleştirilebilmesi için Meclis’e gelmekten imtina eden ilgililer için çeşitli yaptırımlar öngörülebilir. Nikaragua’da olduğu gibi ilgili bakanın görevden el çektilmesi şeklinde işletilen sürecin icrasında, Anayasa Mahkemesi’ni şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol için sürece dahil etmek düşünülebilir. Bir diğer yol ise pek çok Avrupa ülkesinde soruşturma komisyonuna çağrılan kişilerin imtina etmesi durumunda karşılaştıkları cezai tahkikat, para cezası veya kamu haklarından mahrumiyet gibi yaptırımlardır. Bu kurumun suiistimal edilmesini engellemek amacıyla, imtina eden kişiler hakkında anayasaca yüklenen bir görevin gereklerini yerine getirmemelerinden dolayı cezai tahkikat başlatılabilir. Bunun için İspanya’da olduğu gibi Ceza Kanunu’na bu konuyu düzenleyen özel bir suç eklenmesi de düşünülebilir.

Kamuoyunun dikkatinin çekilmesi için uygun bir zaman diliminde bu sürecin icrasının sağlanması ve canlı olarak halkın takip edebileceği bir atmosferin temin edilmesi düşünülebilir. Bilindiği üzere Türkiye’de bütçe görüşmelerinde yürütme ve yasama üyelerinin adeta “gladyatörel bir mücadele” içine girdiği görülmektedir. Zira söz konusu kişilerin, başka bir zamanda veya mekânda bir araya gelebileceği bir ortam oluşmamaktadır. Sözlü soru kurumu tekrar hukuk hayatına döndürülerek suhulet ile sürecin icrası için alınabilecek mevzuat tedbirleri sayesinde bu mekanizma ile birden çok amacı gerçekleştirmek mümkün olabilecektir. En az 2-3 saat sürececek şekilde kurgulanacak olan bu kurum sayesinde kamuoyu, aynı mekân ve zamanda bir araya gelen tüm siyasi aktörleri dinleyebilecek, tartabilecek ve aydınlanabilecektir.

Karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanarak spontane/anlık soru sorma hakkının milletvekillerine verilmesi düşünülebilir. Bu sayede görevlerinin bilincinde her türlü ihtimale göre hazırlığını yapmış, alanında yetkin bir yürütme ve bürokrasi ile karşılaşılabilir. Bunun yerine ilgilinin Meclis’e çağırılmasından çok kısa bir süre öncesinden soruların muhatabına iletilmesi de akla gelen bir diğer husustur. Tamamlayıcı soru sorma hakkının getirilmesi de ilave edilmesi gereken bir diğer noktadır.

KAYNAKLAR

- Abdulhakimoğulları, Erdal, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Hükümet Üzerindeki Denetim Araçlarından Soru”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2008, Sayı 72, <http://www.e-akademi.org/> (17.01.2022).
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Atlay, Kamil, “Türk Parlamento Hukukunda Gensoru”, *Yasama Dergisi*, Cilt 5, Sayı 16, 2010, s. 57-102.
- Bagehot, Walter, *The English Constitution*, 2. Baskı, Ann Arbor, London, 1873.
- Bevan, Shaun; John, Peter, “Policy Representation by Party Leaders and Followers: What Drives UK Prime Minister’s Questions?”, *Government and Opposition*, Cilt 51, Sayı 1, 2015, s. 59-83.
- Bradshaw, Kenneth, “Parliamentary Questions: A Historical Note”, *Parliamentary Affairs*, Cilt 7, Sayı 3, 1953, s. 317-326.
- Bülbül, Mahmut, “Bir Parlamenter Denetim Yolu olarak TBMM’de Yazılı Soru”, *Yasama Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2007, s. 27-56.
- Bülbül, Mahmut, “TBMM’nin Bilgi Edinme Yollarından Sözlü Soru Önergelerinin Cevaplandırılması”, *Yasama Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 2006, s. 18-20.
- Bülbül, Mahmut, *Parlamenter Denetim Yolu Olarak Soru*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, TBMM, 2008.
- Camara de Diputados Chile, Interpelacion, 2018, camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=1NTERPELACION&prmID=36, (16.02.2022).
- Carey, Maeve P., Presidential Appointments, the Senate’s Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress, Congressional Research Service, 2012, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41872.pdf>, (02.03.2022).
- Çelebi, Fatih, “Fransa Millet Meclisi Üzerine”, *Yasama Dergisi*, Cilt 7, Sayı 21, 2012, s. 51-84.
- Çeliker, Ercan, “Plan ve Bütçe Komisyonu: Gelişimi ve Yasama Sürecindeki İşlevi”, *Yasama Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2006, s. 5-31.
- Çetin, Bilal, Veto Rekori Sezer’de, 2007, yenisafak.com/gundem/veto-rekoru-sezerde-22621, (30.07.2022)
- Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021.
- Dünya Bülteni, Sezer, *İki Oy Alan Adayı Rektör Seçti*, 2007, dunyabulteni.net/arsiv/sezer-iki-oy-alan-adayi-rektor-secti-h14469.html, (30.07.2022).
- Ekathimeniri, Cypriot Lawmakers Reject State Budget for 1st Time Ever”, ekathimerini.com/news/260434/cypriot-lawmakers-reject-state-budget-for-1st-time-ever/, (18.03.2022).
- Ahmet Ekinci, *Tek Başlı Hükümet Sistemleri*, Yetkin, Ankara, 2020.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- European Parliament, Committees of Inquiry in National Parliaments, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2020\)649524](http://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2020)649524), (10.03.2022).
- European Parliament, Parliamentary Questions in Selected Legislative Chambers, 2014, [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-AFCO_NT\(2014\)493044](http://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-AFCO_NT(2014)493044),

(15.03.2022).

- Gençkaya, Ömer Faruk, “Parlamentar Bilgi Edinme ve Denetim Aracı Olarak Soru”, *Parlamentar Denetim Sempozyumu*, 2012, s. 66-73.
- Glassman, Matthew Eric, A Parliamentary Style Question Period: Proposals and Issues for Congress, Congressional Research Service, 2009, s. 7, <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34599.pdf>, (21.03.2022).
- Griglio, Elena, *Parliamentary Oversight of the Executives, Tools and Procedures in Europe*, Hart, Oxford, 2020.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin, İstanbul, 2021.
- Hennessy, Peter, *Prime Minister: The Office and Its Holders Since 1945*, Allen Lane, London, 2000.
- Hansard Society, Tuned in or Turned off? Public Attitudes to Prime Minister’s Questions, 2014, https://assets.ctfassets.net/u1rlvbs33ri/v5KOp60C6Osoy2MYiMYg/da0ce4465c346bb592fde93de3550b3c/Publication__Tuned-in-or-Turned-off-Public-attitudes-to-PMQs.pdf, (26.02.2022).
- House of Commons Information Office, Procedure Series, Factsheet P1, Parliamentary Questions, 2010, <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p01.pdf> (15.02.2022).
- McCulloch, Robert W., “Question Time in the British House of Commons”, *The American Political Science Review*, Cilt 27, Sayı 6, 1933, s. 971-977.
- Neziroğlu, İrfan, “Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2006, s. 151-168.
- Onar, Erdal (Oturum Başkanı), “Parlamenter Denetim Yolları”, *Parlamenter Denetim Sempozyumu*, 2012.
- Özbudun, Ergun, *Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1962.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. bs., Yetkin, Ankara, 2014.
- Reuters, Israeli Leaders Locked in Budget Battle as Economic Crisis Deepens, reuters.com/article/us-israel-netanyahu-budget-idUSKCN2501QN, (18.03.2022).
- Morton Rosenberg, Investigative Oversight: An Introduction to the Law, Practice and Procedure of Congressional Inquiry, Congressional Research Service, 1995, s. 1-47.
- Salmond, Rob, Grabbing Governments by the Throat: Question Time and Leadership in New Zealand’s Parliamentary Opposition, *Political Science*, Cilt 56, Sayı 2, 2004, s. 75-90.
- Salmond, Rob, “Parliamentary Question Times: How Legislative Accountability Mechanisms Affect Mass Political Engagement”, *The Journal of Legislative Studies*, Cilt 20, Sayı 3, 2014, s. 321-341.
- Schick, Allen, *The Federal Budget: Politics, Policy, Process*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2007.
- Setty, Sudha, “The President’s Question Time: Power, Information, and the Executive Credibility Gap”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Cilt, 17, Sayı 1, 2008, s. 247-294.

- Shane, Peter W., “Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking”, *Arkansas Law Review*. Cilt 48, Sayı 1, 1995, s. 161-213.

Shariatmadari, David, Three Cheers for PMQs, *The Guardian*, 2014, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/feb/27/three-cheers-pmqs-ugly-prime-ministers-questions>, (18.03.2022).

- Son Dakika, 10. Cumhurbaşkanı Sezer’in Affıyla 190 Terörist Cezaevinden Çıktı, 2021, sondakika.com/haber/haber-son-dakika-haberleri-10-cumhurbaskani-sezer-in-affiyla-190-terorist-13940772/, (30.07.2022).
- Sopko, John F.; O’Connor, Constance D., A Guide to Congressional Investigations, *Financial Fraud Law Report*, October 2009, <https://www.akingump.com/a/web/4974/Sopko-OConnor-FFLR-Oct-2009.pdf> (23.08.2022), s. 234-237.
- TBMM, Meclis Araştırması Komisyonları Sorgu Formu, <https://www.tbmm.gov.tr/Denetim/Meclis-Arastirma-Komisyonlari-Sonuc>, (04.08.2022).
- Tekin, Abdurrahman, “Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Atanmasında Parlamento İçİ Muhalefetin Rolünün Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 17, Sayı 203, 2019, s. 4715-4762.
- Tekin, Abdurrahman, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçİ Muhalefetin Rolü*, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- United States Senate, Obama Cabinet Nominations, www.senate.gov/reference/Obama_cabinet.htm, (25.02.2022).
- United States Senate, Trump Cabinet Nominations, www.senate.gov/reference/Trump_cabinet.htm, (25.02.2022).
- Ürün, Özgül Özkan, *Parlamenter Hükümet Sisteminde Denetimin Etkinleştirilmesi: Soru, Genel Görüşme, Meclis Araştırması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2016.
- Wiberg, Matti, “Parliamentary Questioning: Control by Communication?”, Ed. Herbert Döring, *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Campus, Frankfurt, 1995 s. 179-222.
- Yamamoto, Hironori, *Tools for Parliamentary Oversight a Comparative Study of 88 National Parliaments*, Inter-Parliamentary Union, Switzerland, 2007.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 20 Baskı, Beta, Ankara, 2020.

Mevzuat

- Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages und Geschäftsordnung des Vermittlungsausschusses, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10080000.pdf>, (05.03.2022)
- Strafprozeßordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>, (05.03.2022).
- Zivilprozessordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>, (05.03.2022).
- Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages – Untersuchungsausschussgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/puag/PUAG.pdf>, (05.03.2022).

- Code Penal, 1867, legislationline.org/download/id/9628/file/BELG_CC_fr.pdf, (06.03.2022).
- Constitution of Belgium, 1831, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Chilea, 1980, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Dominican Republic, 2015, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Finland, 1999, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Georgia, 1995, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Mexico, 1917, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Nicaragua, 1987, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Peru, 1993, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of Slovenia, 1991, <https://www.constituteproject.org/>, (06.01.2022).
- Constitution of United States of America, 1789, senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf (05.08.2022).
- Ley Orgánica del Código Penal, 1995, boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf, (10.03.2022).
- Republic of Austria Parliament, Rules of Procedure of the Austrian Federal Council, parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/GOBR/gog05_P35-65.shtml#P62, (22.02.2022).
- The Riksdag Act, 2014, riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/riksdagsordning-eng-2021.pdf, (21.03.2022).
- United States Code, Title 2, Chapter 6, Code 192, 194, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/2/chapter-6>, (04.08.2022).

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz*

An Analysis on the Concept of Human Dignity as a Category of Human Rights and Its Application in Turkey

Semih Batur KAYA**

ÖZ

İnsan onuru kategorisi, insan haklarının ontolojik temelini oluşturur ve meşruluk sağlar. Böyle olmakla, insan haklarının ahlaki yükümlülüklerini de hatırlatır. Ne var ki bu çalışmada biz, kavramı yalnızca dilsel, ahlaki, politik, tarihsel ve felsefi anlamlarında bir analizini sunmakla kalmamayı, bunun yanında -ya da esas olarak demeliyiz- kavramın hak temelli hukukun özel bağlamındaki anlamını da ortaya koymayı amaçladık. Böyle olmakla hak temelli hukuk bağlamında insan onurunun devlet organları arasındaki ilişkiye bağlı olan özel bağlamı da dâhil olmak üzere yatay etkilerini de doğrudan alanını teşkil ettiğini belirttik. Bu çalışmadaki amacımız insan onuru fikrini hak temelli hukuk doğrultusunda savunmaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Onuru, İnsan Hakları, Hak Temelli Hukuk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

The category of human dignity forms the ontological basis of human rights and provides legitimacy. It also reminds of the moral obligations of human rights. However, in this study, we aimed not only to present an analysis of the concept in its linguistic, moral, political, historical and philosophical meanings, but also - or we should say mainly - to reveal the meaning of the concept in the special context of rights-based law. As such, we have stated that in the context of rights-based law, human dignity also directly constitutes its horizontal effects, including its special context, which depends on the relationship between state organs. Our aim in this study is to defend the idea of human dignity in line with rights-based law.

Keywords: Human Dignity, Human Rights, Rights-Based Law, European Court of Human Rights, Constitutional Court

* Makale gönderim tarihi: 27.06.2022. Makale kabul tarihi: 31.10.2022. Semih Batur Kaya, “Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 335-353, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.06>

** Doktor Öğretim Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, drsemihbatur@gmail.com, 0000-0001-5888-1750.

Giriş

İnsan¹ onuru kavramının temel savı, insanın dünyadaki en önemli varlık türü olmasından ileri gelmektedir². Dolayısıyla biz hayvan haklarını başka bir bağlamda değerlendirmekle birlikte, insanın türler içerisinde farklı bir konumunun olduğunu kabul etmekteyiz. Böyle olmakla insan türünün her üyesi, türün yüksek değeriyle uyumlu bir şekilde muamele görmeyi hak etmektedir.

İnsan onuru bakımından geliştirilen bu sav, erken keşfedilmemiştir. Fakat keşfedildikten bu yana insan onuruna ilişkin bir dizi revizyon ve detaylandırma yapılmıştır. Gerçi söylemek gerekir ki, insan hakları savunulabilir³ ve insan çıkarlarına elverişli olarak kabul edilse bile, insan onuru daha sonraki hak tartışmalarına dahil edildiğinde bazen şüpheli bir yaklaşıma tabi tutulmuştur.

Öyle ki, insan onuru ile ilgili tüm teorik tartışmaların insan haklarının kurulmasını teşvik etme nedeni ile ilgisiz olduğu veya hatta dikkati dağıtabileceği düşüncesini destekleyen birkaç özel çekişme göze çarpmaktadır⁴. İlk iddia, Kant'ın çabalarına rağmen, insan onuru fikrinin insan hakları teorisine bir sözden başka bir şey eklemeyeceğidir. Buna göre kavram, kesinlikle vazgeçilmez bir temel sağlamaz veya sağlamaya yardımcı olmaz. İkincisi, tarihi kayıtların insanlara karşı böylesine vahşi bir insanlık vahşetini göstermesidir ki, insan onurundan bahsetmek, kurbanlar ve mağdurlar arasındaki ahlaki farkı üstün kılmayı reddederek insanların çektiği acılarla alay etmektir. Dolayısıyla sadece ahlaki olarak hareket eden kişilere itibar vermeliyiz. İnsanlık onuruna sahip olan yegâne insanlar, ahlaki açıdan kusursuz veya en azından çok daha az suçlu olanlardır; hak ihlalleri yapanlar, mağdur edenler, itibar kazanma şanslarını kaybetmelidirler. Haklar teorisi, insan onuru olanlarla (henüz) kaybetmemiş olanlar arasında ayırım yapmalıdır. Üçüncü iddia, insan onurunun olumlanmasının tehlikeli olduğuna ilişkindir. Çünkü diğer türlere kıyasla insan türünü de kapsayacak şekilde genişletildiğinde, insanları doğayı insani amaçlar için sömürmeye ve dolayısıyla doğayı tahrip etmeye iten korkunç

1 Bkz. A. Kadir Çüçen, "Felsefi Açıdan İnsan Haklarının Evrenselliği Sorunsalı", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- II Sempozyumu, 7-11 Eylül 2004, 1-12, s. 1-2.

2 Ne var ki buna yönelik eleştiriler de yok değildir. Örneğin Schopenhauer'a göre Kant tarafından bir kez dile getirilen insan onuru ifadesi, daha sonra, bu heybetli ifadenin arkasına gerçek bir ahlaki temelden yoksun olduklarını ya da en azından herhangi bir ahlaki temelden yoksun olduklarını gizleyen tüm şaşkın ve boş kafalı ahlakçıların sloganı olmuştur. Bkz. Arthur Schopenhauer, *On the Basis of Morality*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1965, s. 100.

3 Bir çalışma için bkz. Harun Tepe, "İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları", İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Ed. Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 19-34.

4 Bunlar için bkz. George Kateb, *Human Dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2011, s. 3-4.

insan gururuna yol açar. Böylelikle de dünyayı insanlık dahil birçok tür için yaşanmaz hale getirmek riski doğar. Dördüncü iddia, insan türünün onurunun yalnızca tehlikeli değil aynı zamanda yanlış olduğudur. Bu bakımdan insan türünün özel bir şey olduğunu düşünmenin hiçbir temeli bulunmamaktadır.

Bu çalışmadaki amacımız insan onuru fikrini savunmaktır. Bu bağlamda her şeyden önce kavramın savunmaya ihtiyacı var mı sorusunu teveh etmek gerekir. Sonuçta fikri yaklaşım, özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana yaygınlaşmıştır. En yaygın kullanımıyla her insanın eşit onuru anlamına gelen insan onuru adına, insan hakları beyannameleri ilan edilmiş ve dünyanın her yerindeki insanlar hak iddia ettikleri hakları elde etmek için mücadele ederken buna çağrılar yapılmıştır. İnsan onuru bu nedenle insan haklarının temeli olarak algılanmalıdır. Ancak insan onurunun ne olduğu ve hak talebi için neden önemli olduğu hakkında fazla bir şey söylenmediğini görmekteyiz. Neredeyse insan onuru fikri aksiyomatikmiş gibi görünmekte ve bu nedenle teorik bir savunma gerektirmediği dahi söylenebilmektedir. Şüphesiz bu sav kısmen haklı olmakla birlikte biz, insan onurunu yeniden gündeme getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan kavrama hâkim olan fonksiyonel değere ilişkin ihtiyaç duyulan en önemli şeyin yerleşik haklara çevrilmesi olduğunu söyleyebiliriz⁵. Çünkü böyle olmakla bu haklar daha sonra insanları baskı altında tutma ve onlara borçlu olduklarını inkâr etme girişimleri karşısında koruduğunu söylememiz gerekir.

I. Kavram

On üçüncü yüzyılın başlarına kadar uzanan Oxford İngilizce Sözlüğü'nde "onur"un ilk tanımı "haklı ya da onurlu olma niteliği; liyakat, değer, asalet, mükemmellik" şeklindedir⁶. Teorik olarak insan onuru kavramının kaynakları ve kökenleri antik çağda bulunabilir. "Onur" kelimesi, asıl anlamını Latince onur

5 Çünkü doktrinde insan onuru kavramının insan hakları için tehlikeli olduğunu iddia edilebilmektedir. Hukukçu-eleştirmenlerin görüşüne göre, insan onuru, insan haklarının ciddi şekilde sınırlandırılmasına yol açacak bir Truva atı olarak görülebilir. Bu yaklaşıma göre insan onurunun hak söyleminde kullanılması uygun değildir. Kavramın kullanımı, yargıçlara onunla istediklerini yapma gücü verir. Tüm eleştirmenler ve hatta bazı destekçiler, insan onurunun, tercümana geniş bir takdir hakkı veren müphem, muğlak ve anlaşılmaz bir kavram olduğuna dikkat çekmektedir. Bunun için ayrıca bkz. Paul G. Carozza, "Human Dignity in Constitutional Adjudication", *Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper No. 11-17*, 2011, s. 459-472.

6 Başka bir deyişle, onur, saygı gerektiren değeri gösterir. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu değer tipik olarak eşit olmaktan çok farklılık olarak anlaşılmıştır. Onur, tarihsel olarak, genellikle elit bir gruba atfedilmiştir; özellikle yüksek statüye veya pozisyona ve rütbenin kamuoyu tarafından tanınmasına bağlanmıştır. Jack Donnelly, "Human Dignity and Human Rights", Commissioned by and Prepared for the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights in the framework of the Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, June 2009, 1-90, s. 10.

ve saygı anlamına gelen “*dignitas*” kelimesinden alır⁷. Bu kavram insan sıfatıyla ilişkilendirildiğinde, tüm insanların eşit ve doğuştan gelen bir değere sahip olduğunu ve bu nedenle yaş, cinsiyet, sosyoekonomik durum, sağlık durumu, etnik köken, siyasal görüş veya din ne olursa olsun en yüksek saygı ve özenin gösterilmesi gerektiğini belirtmek için kullanılır. İnsan onuru ve insan hakları soyut kavramlar olarak yaşanmaz. Tarih, özgürlük, akıl ve topluluk gibi somut insan deneyiminin potasında ve bağlamında somut anlam ve ağırlığı vardır.⁸

Zorluk, elbette, insan onuru kavramına özgü değildir. Carozza’nın belirttiği üzere⁹, insan haklarının yorumlanması ve yargılanmasıyla ilgili tüm büyük ve genel ilkelerde bu husus ortaktır. Örneğin, eşitlik, adalet ve barış gibi temel özelemler; “demokratik toplum”un gereklilikleri gibi sınırlama kriterleri; makullük veya orantılılık yargısal testleri; yetki ikamesi veya kamu yararı gibi yapısal ilkeler bu kategoriye dahil edilebilir. Tüm bu kavramlar, bağlam içinde önemli ölçüde farklılık gösterebilecek çok sayıda olası değer ve içerimlere sahiptir ve bunların yeterince belirlenmemiş anlamları, onları önemli manipölasyon risklerine karşı duyarlı hale getirir. Yine de, insan hakları alanında uygulanabilir fikirlerin ve ilkelerin derlenmesinde insan onuru kavramının üstün bir yeri vardır.

Bir yandan, ölüm cezası davalarında yaşam hakkı gibi temel bir insan hakları normu üzerine geniş bir yargı söylemi yelpazesinin dikkatli bir şekilde okunması ve karşılaştırmalı analizi, insan onuru kavramının çeşitli amaçlara hizmet ettiğini oldukça açık bir şekilde göstermektedir. Birincisi, mahkemelerin, pozitif hukukun kısıtlamalarından bağımsız olarak, karar vermelerinde yabancı hukuk kaynaklarını dikkate almaları için temel gerekçelerden birini sağlar. Bu şekilde insan onuru, ödünç alınmış insan hakları ilkelerinin “üstünlüğünün” temeli¹⁰ olarak hizmet eder. Mahkemeler, insan onuru ilkesine başvurarak, pozitif hukuklarında veya siyasi ve tarihsel bağlamlarında başka farklılıklar olsa da, kararlarının diğer yargı alanlarındaki mahkemelerin kararları ile ortak ve karşılaştırılabilir temel zeminini oluşturur. Başka bir deyişle, anayasa yargısında karşılaştırmalı uygulamalara dolaylı olarak kapı aralar¹¹.

7 Leslie Meltzer Henry, “The Jurisprudence of Dignity”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 160, Sayı 1, 2011, s. 169-233.

8 Paolo G. Carozza, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *The European Journal of International Law Review*, Cilt 19, Sayı 5, 2008, 931-944, s. 931.

9 Carozza, s. 932.

10 Gerald L. Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Standford Law Review*, Cilt 55, 2003, 1863-1900, s. 1863.

11 Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *The Yale Law Journal*, Cilt 108, 1999, 1225-1309, s. 1231-1239.

Bu bakımdan insan hakları hukukunda yargıçlar, bu alanda diğer mahkemelerin kararlarından farklı kararlar verdiğinde, genellikle yargı yetkilerinin ortaklığa rağmen farklı bir sonucu haklı çıkaran belirli gereklilikleri ortaya koyduklarında insan onuru kavramsallaştırması yine devreye girebilmektedir. Dolayısıyla bu sayede, her iki durumda da, insan onurunun hak temelli normlara dayanmayı haklı çıkardığı ve yargı kararlarında hak temelli modellerden ayrılmak için belirli bir gerekçe gerektirdiğine dair çalışan bir hipotez ortaya koyabilmektedirler. Bu şekilde bir meşrulaştırma kaynağı olarak insan onuru fikrine güvenmek, en azından örtülü olarak, anlamı ve değeri ile birlikte yerel bağlamı aşan ve zaman ve zaman farklılıkları arasında bir ortaklık oluşturan bir şey olarak görüldükçe bir anlam ifade eder. Böyle olmakla, insan haklarının küresel *ius commune*'u, yalnızca insan onurunun evrenselliğinin bir ifadesi ile yakından ilintilidir.

Şu halde insan onuru kavramı şu üç temel iddiayı içermektedir¹²: insanın içsel değeri hakkında ontolojik bir iddia; diğerlerinin insan kişilere doğuştan gelen değerlerine göre nasıl davranması gerektiğine dair ilişkisel bir iddia; devletin bireye karşı uygun rolüne ilişkin bir iddia¹³. İnsan onuru iddiası, basitçe insan olmanın bir kişiyi saygıya layık ya da hak eden kılmasıdır. Dolayısıyla insan hakları, bu haysiyetin ima ettiği belirli sosyal saygı biçimlerini belirtmek olarak anlaşılabilir. İnsan hakları uygulaması, sosyal dünyada kişinin temel onurunu gerçekleştirmek için güçlü bir mekanizma sağlar. Bu nedenle insan hakları, insan onuruna (veya insan ihtiyaçları, esenlik veya gelişme gibi ilgili kavramlara) indirgenemez veya eşdeğer değildir. İnsan hakları, belirli bir insan onuru anlayışı sınıfını gerçekleştirmek için belirli bir mekanizma – belirli bir uygulamalar dizisidir.¹⁴ Ne var ki insan onuru kavramını anlamak, onun uzun tarihini anlamayı gerektirir. Dolayısıyla aşağıdan kavramı bu bağlamda incelemekte yarar vardır.

II. Tarihsel Bağlam ve Felsefik Temeller

İnsan onuru, söylemin birçok alanında kullanılan bir terimdir. Hiç kimsenin işkenceye veya ayrımcılığa maruz kalmaması gerektiği fikrini haklı çıkarmak için yasal alanda olduğu kadar kürtaajla ilgili bir noktayı güçlendirmek için siyasi bir araç olarak kullanılmaktadır. Gilabert¹⁵, insan onuru fikrinin tarihini

¹² Carozza, s. 934.

¹³ Ayrıca insan onurunun teolojik iddiaları için bkz. Kahan Onur Arslan, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 120, 2015, 155-172, s. 158.

¹⁴ Donnelly, s. 10-11.

¹⁵ Pablo Gilabert, *Human Dignity and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 114-115.

tartışırken, insan onuru fikrinin tarihinin farklı şekillerde görülebileceğini iddia etmektedir. Gilabert, bu yollardan birinin, Aydınlanma ile birlikte değişen, insan onuru ile ilgili anlatıdaki değişimi vurgulamak olduğuna dikkat çekmektedir. Bu da otoriteye sahip olanların öteki adına küçümseyici bir şekilde değil, söz konusu iddialarda bulunamayacak durumdakilerin konumlarının güçlenmesini teyit eden bir durumla sonuçlanmıştır¹⁶. Dolayısıyla kanımızca ve Gilabert'e göre, insan onuru fikrinin tarihine yaklaşmanın ikinci yolu, insan onuru kavramını insan hakları geleneğinin tarihsel gelişimiyle ilişkilendirmektir.¹⁷ Biz de burada bunu gerçekleştirmeye çalışacağız¹⁸.

Klasik Roma'dan Orta Çağ'a ve liberal devletin ortaya çıkışına uzanan bir gelişme çizgisinde, onur ya bazı bireylerin kişisel statüsüyle ya da belirli kurumların önemiyle ilişkili bir kavram olmuştur¹⁹. Kişisel statüye gelince, onur, öncelikle belirli kamu görevlerinde bulunmanın yanı sıra kişisel başarıların veya ahlaki bütünlüğün genel olarak tanınmasından elde edilen siyasi veya sosyal rütbeyi temsil etmiştir²⁰. Terim aynı zamanda egemen, taç veya devlet gibi önde gelen kurumları yetkilerinin üstünlüğüne atıfta bulunarak nitelendirmek için de kullanılmıştır. Her iki durumda da, kavram, ona layık olan kişi ve kurumlara borçlu olunan genel bir onur, saygı ve hürmet yükümlülüğünü gerektirmiştir; ihlali cezai ve hukuk yollarıyla cezalandırılabilir bir yükümlülük olmuştur. Dolayısıyla, Batı kültüründe, bireyleri kategorize etmek için kullanıldığı şekliyle, onur kavramına atfedilen ilk anlam, hiyerarşik bir toplumu varsayar ve daha üstün bir statü, daha yüksek bir rütbe veya konumla bağlantılı olur²¹. Birçok yönden, onur, özel muamele ve farklı hak ve ayrıcalıkları ima eden, soyluluğa eşit olmuştur²².

16 Gilabert, s. 115.

17 Gilabert, s. 115.

18 Bu doğrultuda keza bkz. Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, 1-12, s. 3 vd.

19 Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 4, 2008, 655-624, s. 657.

20 Izhak Englard, "Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework", *Cardozo Law Review*, Cilt 21, 1999, 1903-1927, s. 1904.

21 Englard, s. 1904.

22 Michael J. Meyer, "Dignity as a (Modern) Virtue", içinde *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Ed. David Kretzmer ve Eckart Klein, Kluwer Law International, The Hague 2002, s. 196.

Barroso'nun belirttiği üzere²³ bu öncüllere dayanarak, çağdaş insan onuru fikrini, Roma'nın *dignitas hominis* kavramının tarihsel bir gelişimi olarak anlamak hatalıdır. Mevcut insan onuru kavramı eskisinin yerini almadı; daha ziyade, yukarıda tartışılan kökenlere paralel giden farklı bir tarihin ürünüdür. Şu anda anlaşıldığı gibi, insan onuru, her insanın içsel bir değere sahip olduğu varsayımına dayanır. Çoklu dini ve felsefi teoriler ve kavramlar, bu metafizik görüşü haklı çıkarmaya çalışır. Klasik düşünceden başlayarak, çağdaş insan onuru görüşünün uzun gelişimi, Yahudi-Hıristiyan geleneğine, Aydınlanma Çağına ve II. Dünya Savaşı sonrasına²⁴ dayanır. Dini bir bakış açısıyla, insan onurunun temel fikirleri İbranice İncil'de bulunur: Tanrı, insanlığı kendi suretinde ve benzerliğinde yarattı ve her kişiye komşusunu kendisi gibi sevmeye görevini yükledi. Bu tür kavramlar Hıristiyan Yeni Ahit'te tekrarlanır. İnsan onurunun felsefi kökenlerine gelince, Romalı devlet adamı Marcus Tullius Cicero, "insan onuru" ifadesini akıl ve özgür ahlaki karar verme kapasitesi ile ilişkilendiren ilk yazar olmuştur. Kısmen Pico della Mirandola'nın önderlik ettiği 1486'ya gelindiğinde, *ratio philosophica*, teolojik orantıya tabi olmaktan uzaklaşmaya başlamıştır. İspanyol ilahiyatçı Francisco de Vitoria ve Alman filozof Samuel Pufendorf konuya önemli katkılarda bulunmuştur. Bununla birlikte, bireycilik, liberalizm, bilimin gelişimi, dini hoşgörü ve bireysel haklar kültürünün ortaya çıkışı ile birlikte insanın merkeziliğini ortaya çıkaran Aydınlanma olmuştur. Akıl, bilgi ve özgürlük arayışı ancak o zaman, orta çağ toplumlarının etrafında inanç ve din manipülasyonunun inşa ettiği kalın otoriterlik, batıl inanç ve cehalet duvarını kırabilmiştir. Aydınlanmanın önde gelen temsilcilerinden biri olan Immanuel Kant²⁵, bunu "insanlığın kendi kendine empoze ettiği toyluğundan çıkışı" olarak tanımlamıştır²⁶.

İster ilahiyatçılar (Thomas Aquinas gibi) ister filozoflar (Immanuel Kant gibi) olsun²⁷, insan onuru ile ilgilenenler, anayasal haklar bildirgesinin bir parçası olarak insan onuru hakkının anayasal değeri ve hakkı ile ilgilenmediler. Bunun nedeni, o dönemde herhangi bir anayasal haklar bildirgesi olmaması ve insan haysiyetinin -ister bir değer olarak ister bir hak olarak- anayasal

23 Luis Roberto Barroso, "Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transitional Discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 35, 2012, 331-393, s. 335-336.

24 McCrudden, s. 658 vd.

25 Kant için bkz. Zeynep İspir, "İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2017, s. 73 vd.

26 Barroso, s. 336.

27 Ayrıca bkz. Gregory S. Alesander, "Property, Dignity, and Human Flourishing", *Cornell Law Review*, Cilt 104, 2019, 101-158, s. 102-103.

anlamının kesinlikle tartışılmamasıdır. Bu tartışma sadece kısa bir süredir devam etmekte olup hala çok erken aşamalarındadır. Elbette, anayasal değer ve anayasal hak konusundaki modern tartışma, insan onurunun uzun teolojik ve felsefi tarihine dayanmaktadır. Bununla birlikte, anayasa tartışması benzersizdir ve anayasal karakterinden kesin olarak etkilenir. Entelektüel tarihin anayasal söylem için hem öneminin hem de sınırlı uygulanabilirliğinin kaynağıdır. Bu anlam bolluğu, “insan onuru” kavramının karmaşıklığından kaynaklanmaktadır. Uzun tarihi boyunca, öncelikle sosyal bir değer olarak kullanılmıştır. İnsan onurunun anayasal bir değer ve anayasal bir hak olarak ortaya çıkışı yenidir²⁸; yalnızca modern anayasalar kadar eskidir. İnsan onuru, İkinci Dünya Savaşı sırasında meydana gelen ağır ihlallerin ışığında²⁹ özel gelişmeden yararlanmıştır.

III. İnsan Onurunun İnsan Hakları Bakımından Fonksiyonel Değeri

İnsan onuru, son birkaç on yılda anayasal ve insan hakları söyleminde önemli bir ilke haline gelmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne (İHEB) merkezi bir kurucu değer olarak dahil edildikten sonra, artan bir sıklıkla ulusal anayasalarda temel hakların temelini oluşturmuştur³⁰. Ancak İHEB, uzun bir sosyal ve dini geçmişi olan terimin kapsamı ve kesin hatlarıyla ilgili konuyu açık bırakmıştır. İnsanın dokunulmazlığı ve içsel değeri gibi genel ve soyut kavramlar üzerinde fikir birliğine varılmasına rağmen, ulusal yargılarda insan onurunun hukuki statüsü konusunda anlaşmazlık vardır. Böyle olmakla

28 Fikirler tarihindeki göreceli önemine rağmen, ancak 20. yüzyılın ilk yarısına kadar, onurun yasal ve özellikle anayasal ve uluslararası yasal söyleme özellikle sürdürülebilir bir şekilde girmeye başlaması söz konusu olmuştur. İnsan onuruna içkin olarak insan onuruna atıfta bulunmak anlamında hukuk metinlerinde insan onurunun kullanımı, 20. yüzyılın ilk otuz yılında ortaya çıkmıştır. Böyle olmakla Avrupa ve Amerika'daki bazı ülkeler, anayasalarına onur kavramını dahil etmişlerdir: 1917'de Meksika; 1919'da Weimar Almanya ve Finlandiya; 1933'te Portekiz; 1937'de İrlanda ve 1940'ta Küba. Aydınlanma, cumhuriyetçi, sosyalist/sosyal demokrat ve Katolik haysiyet kullanımlarının birlikte kombinasyonunun, her biri farklı ülkelerde az çok etkili olan bu gelişmelere önemli ölçüde katkıda bulunduğu açıktır. Yani örneğin Finlandiya'da sosyalist etki açıktır. İrlanda bağlamında, Portekiz ve İspanya'da olduğu gibi Katolik etkisi baskındır - 1945'te İspanya'nın Temel Yasası, insan onuruna atıfta bulunmuştur. Orta ve Güney Amerika bağlamında, sosyal demokrat/sosyalist ve Katolik etkilerin ikisi de önemli ölçüde mevcut olmuştur. Ayrıca 1946'da Japonya, 1948'de İtalya ve 1949'da Batı Almanya itibarı anayasal belgelere dahil etmiştir. Bkz. McCrudden, s. 664-665.

29 James Q. Whitman, “On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’”, *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism*, Ed. Christian Joerges ve Navraj S. Ghaleigh, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 243.

30 Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde insan onuru kavramı hakkında bkz. Elif Çelik, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2019, 282-310, s. 291 vd.

insan onuru Gelensy'nin de belirttiği üzere³¹, kavramının şekilsiz ve metafizik doğası, yargısal değer dayatması ve ilkesiz karar verme için iyi bir kaynak olarak tutarlı ve yasal uygulama standartlarını karşılamaması anlamında eleştiriye kapı açmıştır. Doktrin ayrıca, insan onuru kavramını diğer temel haklar bağlamında kullanmanın, her insan hakkıyla birlikte insan onurunu bir yandan önemsizleştirdiğini diğer yandan kavramı gereksiz hale getirdiğini savunmaktadır³².

Hukukçular, çatışan anayasal değerlerin ilkeli çözümü için insan onurunun kapsamı ve anlamı üzerinde odaklanırken, siyaset bilimciler, bu çok geniş ve zaman zaman belirsiz kavramın evrensel ortak çekirdeğini kavramsallaştırmaya ve bulmaya çalışmaktadırlar. Bu bakımdan Staffen ve Arshakyan'ın da belirttikleri üzere³³ böylece insan onurunun tüm insan haklarının temeli olup olmadığı, hukukun genel ilkesi olup olmadığı, doğrudan uygulanabilir sübjektif bir hak olup olmadığı veya yargıçların çabalarına yardımcı olan yorumlayıcı bir araç olup olmadığı, devam eden akademik tartışmaların konusu haline gelmiştir. Görünen o ki, olgusal bağlamların dışında kapsamlı bir saygınlık tanımı yapmak mantıksızdır. Kavramın kapsamını ve anlamını belirlemek için daha akıllıca bir yaklaşım, duruma göre analizi olacaktır. Ayrıca, sosyal, politik ve ekonomik koşullar, insan onurunun yargısal yorumu üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Hâkimlerin kavram hakkındaki anlayışları, onun farklı hukuki ve siyasi sistemlerdeki yorumunu şekillendirir.

İnsan onuru, küresel insan hakları rejiminin temel kavramıdır, “insan haklarına tutarlılık veren <nihai değer>dir”³⁴. Nitekim Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, “bu hakların insan kişiliğinin doğuştan gelen onurundan kaynaklandığını” beyan etmektedir³⁵. 1993 Dünya İnsan Hakları

31 Rex D. Gelensy, “The Right to Dignity”, *Columbia Human Rights Law Review*, Sayı 1, 2011, 65-142, s. 65.

32 Bkz. Adeno Addis, “The Role of Human Dignity in a World of Plural Values and Ethical Commitments”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 31, Sayı 1, 2013, s. 403-444.

33 Marcio Ricardo Staffen ve Mher Arshakyan, “About the Principle of Dignity: Philosophical Foundations and Legal Aspects”, *Seqüência (Florianópolis)*, Sayı 75, 2017, 43-62, s. 44-45.

34 Kevin J. Hasson, “Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cilt 27, Sayı 1, 2003, 81-92, s. 83.

35 Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ICESCR) ikinci giriş paragrafı ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR) ikinci giriş paragrafı buna örnek gösterilebilir. Ayrıca bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICESCR) ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICCPR), birinci giriş paragrafı (“insanlık ailesinin tüm üyelerinin doğuştan gelen onurunun ve eşit ve devredilemez haklarının tanınması, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelidir.”); ICESCR, Madde 13 (“eğitim, insan kişiliğinin ve insan onurunun duygusunun tam gelişimine yönelik olacaktır.”); ICCPR, Madde 10 (“Özgürlüklerinden yoksun bırakılan tüm kişilere insancıl bir şekilde ve insan kişiliğinin doğuştan gelen onuruna saygı gösterilerek muamele edilecektir.”)

Konferansı'nın Viyana Bildirgesi de benzer şekilde “bütün insan haklarının insan kişiliğinde var olan onur ve değerden kaynaklandığını” teyit etmektedir. Bu tür iddialar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (1948) açılış sözlerine dayanmaktadır: “İnsanlık ailesinin tüm üyelerinin doğuştan gelen onurunun ve eşit ve devredilemez haklarının tanınması, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelidir”. İşte tüm bunlar, Bildirgenin Önsözünün ikinci paragrafında belirtildiği gibi, Birleşmiş Milletler'in amacına kadar geriye götürülebilir: “Temel insan haklarına, insan kişiliğinin onuruna ve değerine olan inancı yeniden teyit etmek”. Öyle ki Arieli³⁶, Evrensel Bildirgenin ve insan onuru kavramının “Birleşmiş Milletler'in insan türünün ve genel olarak kamusal yaşamın gelecekteki uluslararası düzenini yeniden inşa etmeye çalıştığı temel taşı” olduğunu iddia edecek kadar ileri gitmektedir.

Ne var ki bu belgeler, yasal belgelerden bekleneceği gibi, insan onurunun tam anlamı ve insan haklarını nasıl doğurduğu veya temellendirdiği konusunda belirsizdir. Çünkü uluslararası belgelerde veya ulusal hukukta “insan onuru” ifadesinin açık bir tanımını bulamamaktayız. Böyle olunca haliyle içsel anlamı, büyük ölçüde kültürel faktörler tarafından koşullandırılan sezgisel anlayışa bırakılmıştır. Somut durumlarda başvurulduğunda, soyut terim tanımlanamasa bile, genellikle insan onurunun ihlalinin tanınabileceği varsayılmıştır³⁷. Gerçekten de uluslararası belgeleri hazırlayanlar insan onurunu tanımlamamaktadırlar. İnsan hakları ile insan onuru arasındaki ilişki konusunda da kesin değildir³⁸.

Biz burada, insan onurunun anlamını ve insan haklarının dayandığı, ses verdiği ve insan kişiliğinin onurunu ve değerini gerçekleştirmeye çalıştığı çeşitli yolları araştırmak istemekteyiz. Nihai odak çağdaş olmasına rağmen, yine de Batılı toplumların karşılaştırmalı tarihsel analizine özellikle dikkat çekmeye çalıştık. Ancak böyle bir karşılaştırmalı analiz yoluyla, Evrensel Bildiri'nin 1. maddesinde yer alan “Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar” iddiasının gerçekten radikal doğasını takdir edebiliriz³⁹. Ne var ki bu öncül ve vaat, hâlâ önde gelen zorlukların çerçevesini oluşturmaktadır.

Bu soruna rağmen, pozitif hukuk bağlamında yasal haklar, terimin

36 Yehoshua Arieli, “On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights”, içinde *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Ed. D. Kretzmer ve E. Klein, Kluwer Law International, The Hague 2002, s. 1.

37 Oscar Schachter, “Human Dignity as a Normative Concept”, *American Journal of International Law*, Cilt 77, 1983, 848-854, s. 849.

38 Louis Henkin, “Human Dignity and Constitutional Rights”, içinde *The Constitutional Rights: Human Dignity and American Values*, Ed. M. J. Myer ve W. A. Parent, Cornell University Press, Ithaca 1992, s. 211.

39 Donnelly, s. 4.

de belirttiği gibi, kaynak olarak yasadan ileri gelmektedir. Sözleşmeler, sözleşmeye dayalı haklar yaratır. İnsan hakları, kaynakları olarak insanlık veya insan doğasına sahip görünmektedir. Ancak yasal haklarla birlikte, hakkın yaratıldığı mekanizma olarak devlet kudreti ve bunun önemli bir operatörü olarak temelde yasama iradesine işaret edilebilmektedir. Donnelly'in belirttiği gibi, sözleşmeye dayalı haklar ile sözleşme yapma eylemine sahibiz. Peki “İnsan olmak” insana nasıl haklar verir⁴⁰? Daha önemlisi, bu hakların insan onuru bakımından fonksiyonel değeri nedir? İnsan hakları basitçe türün üyeleri olarak sahip olduğumuz haklarsa, bunlar eşit haklardır (hepimiz eşit olarak insanız ya da değiliz) ve devredilemez haklardır (kişi nasıl davranır veya acı çekerse çeksin, insan olmaktan vazgeçilemez). Dolayısıyla insan hakları, tüm insanların sahip olduğu anlamda evrensel haklardır. Yasal olarak, bu hakları koruma ve sağlama görevleri ise esas olarak egemen bölgesel devletlere verilmiştir.

Yine Donnelly'in belirttiği üzere⁴¹, geniş bir kültürler arası ve tarihsel perspektiften bakıldığında, insan hakları ve insan onuru ile ilgili iki gerçek göze çarpmaktadır. Birincisi, insan hakları fikri, her insanın sahip olduğu ve devlete ve topluma karşı kullanılabilecek eşit ve devredilemez haklar olarak varlık bulur. Ne var ki, bu tür haklara dayandığını iddia eden siyasi uygulama sistemlerinin izi 18. yüzyılın son çeyreğinden sonrasına kadar izlenemez. İkincisi, on yedinci ve on sekizinci yüzyılların sonlarından önce, ahlaki teori ve politik uygulama için bir temel olarak hizmet eden tüm insanların doğasında bulunan bir özellik olarak insan onuru (dignitas) fikrinin çok az izini bulabiliriz. Tipik olarak, onur, ya doğası gereği ya da yalnızca zor ve uzun süreli uygulama yoluyla gerçekleştirilebilecek bir erdem olarak kabul edildiğinden, azınlığın bir özelliği olarak var olmuştur. Başka bir deyişle, insan onuru, evrensel bir eşitlik ilkesinden ziyade, tarihin büyük bir bölümünde çoğu toplumda bunun yerine tikelci bir hiyerarşi ilkesi olarak işlev görmüştür. Modern insan onuru nosyonu ise, onur anlamındaki hiyerarşik unsurları bir kenara bırakır ve terimi, erdemleri, meziyetleri, gerçek sosyal ve politik durumları veya diğer olası özellikleri ne olursa olsun, tüm insanların eşit haysiyete sahip olması gerektiği şekilde kullanır⁴². Dolayısıyla bu değişen insan onuru kavramlarıyla bağlantılı olarak, Batı siyaseti, sonunda tam demokratikleşmeye, herkese (vatandaşlara) her türlü eşit hakkın verilmesine yol açan kademeli bir büyük ölçüde artan

40 Donnelly, s. 9.

41 Donnelly, s. 12.

42 Andrew Brennan ve Y. S. Lo, “Two Conceptions of Human Dignity: Honour and Self-Determination”, içinde *Perspective on Human Dignity: A Conversation*, Ed. J. Malpas ve N. Lickiss, Springer Netherlands, Dordrecht 2007, s. 47.

liberalleşme sürecinden geçmiştir.

Böyle olmakla insan onuru, uluslararası hukukta da her yerde bulunan bir fikir haline geldi. Gerçekten de bu terim, birçoğu uluslararası mahkemeler tarafından uygulanan çok çeşitli beyanname ve anlaşmalarda belirgin bir şekilde yer almaktadır. Dolayısıyla insan onurunun insan hakları bağlamında yargısal değerine de bakmak gerekir. Aslında, Avrupa Adalet Divanı (ECJ)⁴³, örneğin ne insan vücudunun ne de herhangi bir unsurunun patentlenebilir buluşlar oluşturmadığını ve bir işverenin cinsiyet değiştirme ameliyatı nedeniyle bir çalışanın işine son vermesini insan onuruna saygı bağlamında ihlal kabul etmiştir. Bununla birlikte Omega Spielhallen davasında⁴⁴, Avrupa Adalet Divanı'nın insan onurunun Avrupa Birliği'nin yerel yargı yetkisi içinde farklı anlam ve kapsamlara sahip olabileceğine karar verdiği karmaşık bir insan onuru tartışması meydana gelmiştir. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yorumlamasında sıklıkla insan onurunu önemli bir unsur olarak kullanmaktadır⁴⁵. Tyrer v. Birleşik Krallık davasında⁴⁶ AİHM, on beş yaşındaki bir çocuğa bedensel ceza verilmesinin onuruna bir saldırı olduğuna ve çocuğa, çocuğun yetkisi dahilindeki bir nesne olarak kabul edilemez bir muamele teşkil ettiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca, tecavüz suçlamasına karşı eşlerin dokunulmazlığının kaldırılması, rıza gösteren yetişkinler arasında özel eşcinsel davranışların cezai kovuşturulması ve yasal cinsiyet değişikliğine izin verilmemesi gibi davalarda insan onurunun ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁴⁷ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (IACHR) de⁴⁸, hapishanedeki mahkumlara karşı fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet, hücre hapsi veya insanlık dışı hapis koşulları, zorla kaybetmeler ve yargısız infazlarla ilgili davalarda da insan onuruna atıfta bulunmuştur.

Görüldüğü gibi insan onurunun eşitlik, özgürlük ve bütünlük gibi temel hakların özünü oluşturduğu ve bu hakların somut durumlarda anlamını tanımlamaya yardımcı olduğu iddia edilebilir. Dolayısıyla onur, özellikle hukuk sisteminde boşlukların olduğu veya çatışan temel hakların her iki yöne de yol açtığı durumlarda mahkemelerin çözüm bulmasına yardımcı

43 P. v. Cornwall Cnty. Council, 1996 E.C.R. I-2159.

44 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundestadt Bonn, 2004 E.C.R. I-9641.

45 S.W. v. United Kingdom, App. No. 21066/92, 1995.

46 Tyrer v. United Kingdom, App. No. 5856/72, 1978.

47 Goodwin v. United Kingdom, App. No. 28957/95, 2002.

48 Manuel Cepeda Vargas v. Colombia, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 216 (Inter-Am. Ct. H.R. May 26, 2006).

olur.⁴⁹ Bu bakımdan insan onuru, mahkemelerin muhakemesi için tüm temel hakların ve ahlaki gerekçelerin temeli olarak hizmet eder. Mahkemeler, farklı yargı alanlarında anayasal ilkelere farklı ağırlıklar verirken, genel anayasal ilkeler tüm yargı alanlarında somut davalarda daha spesifik kurallar ortaya koymaktadır. Daha genel olarak, mahkemeler, insan hakları kataloğunu insan onuru merceğinden yorumlayan⁵⁰ yorumlayıcı bir araç olarak buna başvururlar. Ek olarak, insan onuru, tüm hak temelli hukuk anlayışı için bir amaç veya en yüksek değer olarak hareket eder. Bu hedefler, uygulanması için somut talimatlar aramak ve yetkililere tüm eylemlerinde rehberlik etmek amacıyla belirli maddelerde insan onuruna atıfta bulunularak somutlaştırılır.

IV. Anayasa Mahkemesi Uygulamasında İnsan Onuru

Anayasa'nın “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: “Devletin temel amaç ve görevleri, ...Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” Burada kullanılan ifadelerin insan onuru ile yakından ilintili olduğunu söyleyebiliriz. Devletin insan onuruna yaraşır bir hukuk ortamı sağlaması her şeyden evvel zorunlu bir pozitif yükümlülüktür.

Söz konusu bu yükümlülük karşısında hukuk devleti ilkesi ile de ilintili olarak Anayasa Mahkemesi⁵¹, kişinin maddi ve manevi varlığına ve bunun korunup gerçekleştirilmesine vurgu yaparak hak temelli bir yaklaşımla insan onuruna saygı gösterilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Mahkeme, hak temelli hukukun operatör ilkesi hukuk devletin özünün insan onuru olduğunu ve bu bağlamda kişinin insan onuru ile uyuşmayan bir muameleye tabi tutulmaması gerekliliğini vurgulamaktadır. Gerçekten de insan onuru, kategorik bir hak merkezi değildir. İnsan onuru, doğal hukuk yaklaşımıyla kişinin sırf insan olmasından ileri gelmektedir. Şu halde, kişi hangi koşullara bağlı olursa olsun insan onurunun korunması ve gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, insan onurunu böylesi bir anlayışla haklar paketinin temellendirilmesinde kullanmaktadır.

49 Barroso, s. 331.

50 Staffen ve Arshakyan, s. 53.

51 E. 2014/122, K. 2015/123, K.T. 30.12.2015.

Bu doğrultuda Mahkeme⁵², Anayasanın 2. maddesinde mahiyeti belirlenen sosyal hukuk devletinden hareketle insan onurunu hakların merkezi kavramıyla ele alarak devletin yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. Buna göre devlet;

- a. İnsan haklarına dayanır,
- b. Hak ve özgürlükleri hak temelli hukuk çerçevesinde koruyup geliştirir,
- c. Kişilerin huzur, refah ve mutluluk içerisinde hayatlarını garanti altına alır,
- d. Kişi hakları ile kamu yararı kavramı arasında adil bir denge kurur,
- e. Sosyal adaletin sağlanması adına sosyal güvenlik hakkını tanır ve toplumsal dengeleri gözetir.

Gerçekten de⁵³ çağdaş devlet teorisi ve uygulaması bakımından devlet, hukuk devleti ve sosyal devletin ve çoğulcu demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla işletilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu Anayasanın özü ve ruhundan neşet etmektedir. Devlet kişinin kendisini gerçekleştirmesi için uygun zemin ve araçlar hazırlayarak kişilerin refah ve mutluluğunu sağlamalıdır. Ancak bu şekilde toplumsal dengeler gözetilebilir, sosyal ve hukuk güvenliği sağlanabilir; ekonomik ve fizyolojik yönden güçsüzler hukukun üstünlüğü çerçevesinde insanca hayat sürebilir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesine göre, insan onuru kavramında kişi herhangi bir koşullandırılmaya tabi tutulmadan ne halde ve hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı işlevsel değer tanınmasını ve gerçekleştirilmesini anlatır. Bu durum öylesi bir davranış ve yaklaşım çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru, anayasacılığın beraberinde getirdiği anayasal devletin bir gereğidir. Anayasadaki haklar şartının bir temellendirmesi olarak insan onuru, toplumsal göreceliliğe de tabi tutulamaz. Gelenek ve göreneklere şekillenen topluluk kurallarına bağlı olmadan, kişi saygıya değerdir⁵⁴. Tüm bu yaklaşımlarla Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında insan onuruna atıfta bulunduğunu gözlemlemekteyiz.

a. Mahkeme, insan onurunu hak arama ile yakından ilintili görmektedir. Çünkü hak arama, kişinin maddi ve manevi varlığını gerçekleştirebilmesi için zorunludur. Bu yüzden demokratik hukuk devleti anlayışında, hakların korunmasını ve bu şekilde ihlallerin giderilmesi için çeşitli hukuki yollar

52 E. 2016/141, K. 2018/27, K.T. 28.2.2018.

53 E. 2015/105, K. 2016/133, K.T. 14.7.2016.

54 E. 1962/132, K. 1966/29, K.T. 28.6.1966.

öngörülmalıdır. Böylece Mahkeme⁵⁵ içtihadında hak arama özgürlüğünü hukuk devleti ile mündemiç olarak görmekle ve demokratik devlete de atıfta bulunmakla insan onuru üzerinde bir temellendirme yapmaktadır. Somut olayda Mahkeme, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını, insan onurunun tanınması ve gerçekleştirilmesi doğrultusunda değerlendirmektedir.⁵⁶

b. AİHM'e göre⁵⁷, bir kişinin hukuka uygun olarak özgürlüğü kısıtlanabilir. Ancak kişi, bu durumda insan onuruna uygun tutukluluk şartlarını haiz olması gerekir. Böyle olunca geliştirilen tedbirler ve uygulanma koşulları, kişiyi tutukluluğa bağlı olarak ortaya çıkabilecek üzüntü seviyesini aşmaması gerektiği söylenmelidir. AİHM'e göre infazın usulü ve infaz sürecindeki muameleler buna göre geliştirilmelidir. Bu bakımdan mahpusların, sağlık ve esenlikleri korunmalı ve gerekli tıbbi yardım da sağlanmalıdır. Bunlar insan onuru kategorisinin gerekleridir⁵⁸. Anayasa Mahkemesi de, önüne gelen somut olaylarda insan onuruyla bağdaşmadığı gerekçesiyle pek çok ihlal kararı vermekte; yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayata ve aile hayatına saygı ve etkili başvuru haklarının korunmasına yönelik içtihat oluşturmaktadır ve değerlendirmeler yapmaktadır⁵⁹. Bu Anayasanın 17. maddesinin bir gereğidir⁶⁰. Çünkü burada insan onuru korunmak istemiştir. Şu halde Mahkeme, insan onurunu supra-pozitif bir kavramsallaştırma olarak görmemekte, pozitif hukuk dâhilinde görmektedir⁶¹. Mahkeme bu pozitif temeli sık sık kullanmaktadır⁶².

c. Öte yandan Mahkeme, başka kararında bilim özgürlüğü bağlamında değerlendirmiştir⁶³. Mahkeme burada insan onurunu, bilimsel özgürlüğün ve serbest düşüncenin bir gerekliliği olarak sunmuştur.

d. Bir diğer kararda ise karşıoy gerekçesinde Engin Yıldırım, insan onurunu eşitlik ilkesi bakımından önemine işaret etmiştir⁶⁴. Buna göre, Anayasanın 10. maddesinin son fıkrasında bulunan "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket*

55 E.1991/2, K.1991/30, 19.9.1991; E.2014/86, K.2015/109, 25.11.2015; E.2020/21, K.2020/53, 1.10.2020.

56 E. 2020/41, K. 2021/91, K.T. 16.12.2021.

57 Kudla v. Polonya, B. No: 30210/96, 26/10/2000, p. 94.

58 Piechowicz v. Polonya, B. No: 20071/07, 17/4/2012, p. 162.

59 Örnek için bkz. A. C. Başvurusu, B. No: 2017/24504, 6/10/2021, p. 19.

60 Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, p. 80.

61 Turan Günana, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, p. 39.

62 Fatih Hilmioğlu, B. No: 2014/648, 18/9/2014, p. 65-66.

63 Mutia Canan Karatay, B. No: 2018/6707, 31/3/2022, p. 34.

64 Bkz. E. 2015/68, K. 2017/166, K.T. 29.11.2017.

etmek zorundadırlar” hükmü açısından yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun muamele geliştirmekle yükümlüdürler. Ayrıca ilk fıkra da geçen “*herkes*” ibaresi kullanılmış ve böylelikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı bir sınırlandırılmaya tabi tutulmamış ve “*benzeri sebepler*”le de ayırım yapılamayacağı esası öngörülmüştür. Bu açıdan değerlendirilmelerini sürdüren Yıldırım anayasacılık açısından önemli tespitlerde bulunmaktadır. Buna göre anayasacılığın özü ve bu bakımdan geliştirilen anayasal ahlak çoğulculuk, eşitlik, hoşgörü ve insan haklarına saygı gibi anayasal ilkeleri esas alan öz ve ahlakıdır. Tüm bunlar da insan onurunu korumayı gaye edinir. Böyle olmakla, genel kamusal ahlak ile anayasal ahlak çatıştığında hak temelli bir yaklaşım sergilenmelidir. Nitekim hak temelli bir hukukun tamamlayıcı bir ilkeler manzumesi mahiyetindeki demokrasi de herkesi eşit değerinde kabul etmekte ve insan onuru ahlaki temelini kullanmaktadır.

Tüm bu kararlarda atıfta bulunulan insan hakları bağlamındaki insan onuru, devletin, hak temelli hukuk ve uygulama çerçevesinde bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olduğunu ve böylece insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre, yukarıda da değindiğimiz gibi, insan onuru hak temelli hukukun esaslarını teşkil etmektedir. İnsan onuru, kişinin özgür ve özerk bir varlık olarak hayatını sürdürmesi koşulunu içerir⁶⁵. Bu da, hak temelli bir hukuk düzeni içerisinde insan onurunun gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır.

Sonuç

İnsan onuru kategorisi, insan haklarının ontolojik temelini oluşturur ve meşruluk sağlar. Bu aynı zamanda insan haklarının ahlaki yükümlülüklerini de hatırlatır. Ne var ki bu çalışmada biz, kavramın yalnızca dilsel, ahlaki, politik, tarihsel ve felsefi anlamlarında bir analizini sunmakla kalmamayı, bunun yanında -ya da esas olarak demeliyiz- kavramın hak temelli hukukun özel bağlamındaki anlamını da ortaya koymayı amaçladık. Böyle olmakla hak temelli hukuk bağlamında insan onurunun devlet organları arasındaki ilişkiye bağlı olan özel bağlamı da dahil olmak üzere yatay etkilerinin de doğrudan alanını teşkil ettiğini belirttik.

Ancak hemen belirtelim ki, hak temelli hukukun ve bu doğrultudaki insan onuru hakkının anlamını anlamının entelektüel sürecinin bir yorumlama süreci olduğunu demekteyiz. Bununla birlikte insan onuruna saygı duyma emrinin neyi gerektirdiğini bilmek tarihten de ayrılmaz. İnsan onuruna neyin

65 Bkz. E. 2020/13, K. 2020/68, K.T. 12.11.2020.

tekabül ettiğine ilişkin bir yargı, ancak mevcut bilgi durumuna dayandırılabilir ve sonsuz geçerlilik iddiasında bulunulamaz. Çünkü önemli olan insan onuruna ilişkin iddiaların haklar ekseninde cisimleşmesidir.

Sonuç olarak, insan onurunun tüm anlamları -teolojik, felsefi ve anayasal anlamlar- insanın yüksek değerine işaret etmektedir. Bu da, devlete bağlı dikey ve toplumsal yatay etkileri olduğuna işaret eder. Gerçekten de insan onuru kavramı boşlukta mevcut değildir. İnsan onuru, belirli bir toplumdaki bir kişinin devlete ve topluma karşı korunan onurudur. Tek başına yaşayan Robinson Crusoe'nun insan onurunu çalışmanın dışında başka tartışmaları getirmekle birlikte bizim burada dikkat çekmeye çalıştığımız, bir kişinin başkalarıyla olan ilişkilerinde insan onurudur ki bu da, kavramın “ilişkisel” bir kavram olduğunu göstermektedir.

KAYNAKLAR

- Addis, Adeno, “The Role of Human Dignity in a World of Plural Values and Ethical Commitments”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 31, Sayı 1, 2013, 403-444.
- Alezander, Gregory S., “Property, Dignity, and Human Flourishing”, *Cornell Law Review*, Cilt 104, 2019, 101-158.
- Arieli, Yehoshua, “On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights”, içinde *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Ed. D. Kretzmer ve E. Klein, Kluwer Law International, The Hague 2002.
- Arslan, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 120, 2015, 155-172.
- Barroso, Luis Roberto, “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transitional Discourse”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 35, 2012, 331-393.
- Brennan, Andrew ve Y. S. Lo, “Two Conceptions of Human Dignity: Honour and Self-Determination”, içinde *Perspective on Human Dignity: A Conversation*, Ed. J. Malpas ve N. Lickiss, Springer Netherlands, Dordrecht 2007.
- Bulut, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, 1-12.
- Carozza, Paolo G., “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *The European Journal of International Law Review*, Cilt 19, Sayı 5, 2008, 931-944.
- Carozza, Paul G., “Human Dignity in Constitutional Adjudication”, *Notre Dame Law School*, Legal Studies Research Paper No. 11-17, 2011, 459-472.
- Çelik, Elif, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2019, 282-310.
- Çüçen, A. Kadir, “Felsefi Açından İnsan Haklarının Evrenselliği Sorunsalı”, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- II Sempozyumu*, 7-11 Eylül 2004, 1-12.
- Donnelly, Jack, “Human Dignity and Human Rights”, Commissioned by and Prepared for the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights in the framework of the Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, June 2009, 1-90.
- Englard, Izhak, “Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel’s Constitutional Framework”, *Cardozo Law Review*, Cilt 21, 1999, 1903-1927.
- Gelensy, Rex D., “The Right to Dignity”, *Columbia Human Rights Law Review*, Sayı 1, 2011, 65-142.
- Gilabert, Pablo, *Human Dignity and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Hasson, Kevin J., “Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cilt 27, Sayı 1, 2003, 81-92.
- Henkin, Louis, “Human Dignity and Constitutional Rights”, içinde *The Constitutional Rights: Human Dignity and American Values*, Ed. M. J. Myer ve W. A. Parent,

Cornell University Press, Ithaca 1992.

- Henry, Leslie Meltzer, “The Jurisprudence of Dignity”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 160, Sayı 1, 2011, 169-233.
- Kateb, George, *Human Dignity*, The Blknep Press of Harvard University Press, Cambridge 2011.
- McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 4, 2008, 655-624.
- Meyer, Michael J., “Dignity as a (Modern) Virtue”, içinde *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Ed. David Kretzmer ve Eckart Klein, Kluwer Law International, The Hague 2002.
- Neuman, Gerald L., “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Standfort Law Review*, Cilt 55, 2003, s. 1863-1900.
- İspir, Zeynep, “İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2017.
- Schachter, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, *American Journal of International Law*, Cilt 77, 1983, 848-854.
- Schopenhauer, Arthur, *On the Basis of Morality*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1965.
- Staffen, Marcio Ricardo ve Mher Arshakyan, “About the Principle of Dignity: Philosophical Foundations and Legal Aspects”, *Seqüência (Florianópolis)*, Sayı 75, 2017, 43-62.
- Tepe, Harun, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Ed. Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, 19-34.
- Tushnet, Mark, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *The Yale Law Journal*, Cilt 108, 1999, 1225-1309.
- Whitman, James Q., “On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’”, *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism*, Ed. Christian Joerges ve Navraj S. Ghaleigh, Hart Publishing, Oxford 2003.

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

La bonne administration dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında İyi Yönetişim Kavramı

Çağla TANSUĞ**

E. Eylem AKSOY RETORNAZ***

RESUME

La bonne administration figure parmi les concepts développés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour élargir la portée de la protection accordée par la Convention et ses protocoles. Alors que le droit de l'Union européenne mentionne explicitement le droit à une bonne administration et les droits nationaux contiennent des exigences similaires, la Cour a une approche réticente en la matière. Dans le but de garantir la célérité, la diligence, la légalité et l'efficacité de l'administration, elle fait son examen au regard de la régularité, la cohérence et la proportionnalité de l'action administrative constituant une ingérence dans les droits garantis par la Convention et ses protocoles y compris le droit de propriété ou le droit à un procès équitable. A cet égard, la Cour a trouvé le moyen d'adapter les garanties liées aux procédures judiciaires au champ administratif. Ce faisant, elle a clairement articulé un concept de bonne administration. Néanmoins, elle n'a toujours pas explicitement déterminé la portée et le contenu de celui-ci. La présente étude vise à systématiser, dans la mesure du possible, l'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le concept de bonne administration.

Mots-clés : Cour européenne des droits de l'Homme, bonne administration, droit à un procès équitable, erreur administratif.

* Makale Gönderim Tarihi : 29.08.2022. Makale Kabul Tarihi : 27.09.2022. Çağla Tansuğ, E. Eylem Aksoy-Retornaz, “ La *bonne administration* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 355-385, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.02>

** Professeur associée à l'Université Galatasaray au département du droit administratif. ctansug@gsu.edu.tr., 0000-0002-2243-7129.

*** Professeur ordinaire à l'Université Galatasaray au département du droit numérique. eaksoy@gsu.edu.tr., 0000-0002-4174-1775.

ABSTRACT

Good governance is one of the concepts developed in the case-law of European Court of Human Rights in order to broaden the scope of protection granted by the Convention and its protocols. As European Union law explicitly mentions right to good administration and national systems regulate similar requirements, European Court of Human Rights is more or less reluctant on the subject. In order to guarantee promptness, diligence, legality and effectiveness of the administration, the Court examines regularity, coherence and proportionality of administrative acts which constitute interference with the rights guaranteed by the Convention and its protocols, including the right to property or right to a fair trial. In this respect, the Court has found a way to treat judicial guaranties within the scope of administrative action and it has clearly established a general idea of good governance. Nevertheless, its scope and content have yet to be explicitly determined. This study aims to systematize Court's controversial approach on the concept of good governance as far as possible.

Keywords: European Court of Human Rights, good governance, right to a fair trial, administrative error.

ÖZ

İyi yönetim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının Sözleşme ve protokoller tarafından sağlanan korumayı genişletmek amacıyla geliştirdiği kavramlar arasında yer almaktadır. Avrupa Birliği Hukuku, iyi yönetim hakkını açıkça düzenlemiş ve bazı iç hukuk sistemleri de benzer güvenceler öngörmüşken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda çekingen bir yaklaşıma sahiptir. Mahkeme, idarenin faaliyetlerini hızlı, özenli, kanuni ve etkili bir şekilde yürütmesini güvence altına almak amacıyla; mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi Sözleşme ve protokollerde güvence altına alınan çeşitli haklara yapılan müdahalelerin hukuki, tutarlı ve orantılı olması bağlamında değerlendirmeler yapmaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adli yargılamalara uygulanan güvencelerin idari alana etki edebilmesinin bir yolunu bulmuş ve genel olarak iyi yönetim fikrini açıkça ortaya koymuştur. Fakat kavramın kapsamı ve içeriği henüz net olarak belirlenememiştir. Bu çalışma, Mahkemenin iyi yönetim kavramı üzerindeki belirsiz yaklaşımının sistematizasyonu olabildiğince oluşturmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iyi yönetim, adil yargılanma hakkı, idari hatalar.

Introduction

Depuis sa création, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu plus de vingt mille arrêts¹. Il n'est aujourd'hui plus possible de comprendre la portée de cette vaste jurisprudence en la rattachant directement au texte de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de ses protocoles additionnels. Un recours à des catégories intermédiaires est désormais nécessaire. Celles-ci permettent de regrouper un ensemble d'affaires autour d'une même problématique plus strictement délimitée. Elles sont parfois fournies par la Cour elle-même. Ainsi, s'agissant du droit à un procès équitable, la reconnaissance d'un « *droit d'accès à un tribunal* »² permet de systématiser toute une partie du contentieux européen concernant les difficultés rencontrées par un justiciable souhaitant porter une affaire devant un tribunal. Il en va de même, également, du concept de « *volet procédural* », développé au sujet de certaines dispositions de la CEDH, parmi lesquelles figurent au premier chef ses articles 2³ et 3⁴, ou encore celui d'« *obligation positive* »⁵.

Les notions que nous venons brièvement de présenter font l'objet d'études fouillées en doctrine⁶, ce qui renforce encore leur importance pour la bonne compréhension du système européen de protection des droits de l'Homme. D'autres, en revanche, ne sont pas pareillement exposées au feu des projecteurs. Elles se développent progressivement à partir d'autres concepts, jusqu'à prendre leur indépendance de manière presque imperceptible. Dans les deux cas, la jurisprudence cesse de s'orienter directement sur le texte conventionnel, la catégorie intermédiaire jouant désormais le rôle de port d'attache. Une différence de taille subsiste toutefois : l'absence d'incorporation consciente de

-
- 1 Une statistique officielle indique qu'entre 1959 et 2021, 24511 arrêts ont été adoptés (https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_FRA.pdf, (05.08.2022)). Depuis sa création, la Cour a terminé l'examen d'environ 957 300 requêtes, par un arrêt, une décision ou en rayant l'affaire du rôle.
 - 2 Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH), *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 36, arrêt du 21 février 1975.
 - 3 CourEDH [GC], *McCann et autres c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, §§ 161-163, arrêt du 27 septembre 1995.
 - 4 CourEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, n° 24760/94, § 102, arrêt du 28 octobre 1998.
 - 5 CourEDH (Plén.), *Marckx c. Belgique*, n° n° 6833/74, § 31, arrêt du 13 juin 1979.
 - 6 Pour la littérature en langue française, cf. Laure Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2006 ; Hélène Tran, *Les obligations de vigilance des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'Homme d'un concept de droit international général*, Coll. Jus Gentium, Bruylant, Bruxelles, 2013 ; Colombine Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2014.

la notion a pour conséquence que celle-ci demeure nimbée d'un halo d'incertitude⁷. Cette circonstance rend l'étude de tels passagers clandestins de la jurisprudence particulièrement intéressante à nos yeux. C'est pour cette raison que nous avons souhaité nous pencher sur le concept de *bonne administration*, encore appelé en anglais *good governance*⁸.

En droit administratif nationaux, l'idée n'est pas nouvelle. Elle est apparue lorsque les administrations nationales ont cessé d'être considérées comme de fidèles exécutants pour devenir de véritables gestionnaires de services publics devant offrir des prestations de qualité à leurs usagers. Cette transition de l'« éthique du service public »⁹, reposant sur un corps de fonctionnaires « *travailleurs, consciencieux et insensibles à la corruption* »¹⁰, vers une approche managériale, similaire à celle ayant cours dans le secteur privé¹¹, a favorisé l'émergence d'une tendance nouvelle selon laquelle désormais l'administration devait s'efforcer de maximiser la satisfaction de ses usagers tout en faisant preuve d'efficacité¹².

Cette évolution se reflète dans les dispositions constitutionnelles concernant les principes fondamentaux de l'activité administrative. Alors que la Constitution italienne de 1948 ne fait que mentionner le « *bon fonctionnement* » comme un principe devant guider l'organisation administrative, au côté de son impartialité politique¹³, la Constitution espagnole de 1978 mentionne déjà l'« *efficacité* » et la « *coordination* » parmi les principes cardinaux de l'activité administrative¹⁴. Au sommet de ce mouvement se trouvent deux textes adoptés dans les années quatre-vingt-dix. Le premier, la Constitution Sud-Africaine de 1996, consacre un droit à l'« *activité administrative juste* »¹⁵,

7 Incertitude qui peut aussi provenir du concept lui-même, la notion de bonne administration étant sujette à débats, cf. Bucura C. Mihaescu Evans, «The Right To Good Administration At The Crossroads Of The Various Sources Of Fundamental Rights In The EU Integrated Administrative System», *Luxembourg Legal Studies*, Vol. 7, Nomos, Baden Baden, 2015, p. 72-73.

8 Cf. la synthèse faite par Silvia Mirate, "The ECtHR Case Law as a Tool for Harmonization of Domestic Administrative Laws in Europe", *Review of Administrative Law*, Vol. 5, n° 2, 2012, p. 50.

9 Diana Woodhouse, *In pursuit of Good Administration – Ministers, Civil Servants and Judges*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 32 ss.

10 Woodhouse, p. 33.

11 Woodhouse, p. 46.

12 Woodhouse, p. 51.

13 Art. 97 al. 1 de la Constitution italienne de 1948 : « *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.* »

14 Art. 103 § 1 de la Constitution espagnole de 1978 : « *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.* »

15 Sec. 33 de la Constitution Sud-Africaine de 1996.

se traduisant par des actes « *légaux, raisonnables et équitables d'un point de vue procédural* »¹⁶ tout en respectant la nécessité, entre autre, de « *promouvoir une administration efficace* »¹⁷. Le second, la Constitution finlandaise de 1999, mentionne expressément la « *bonne administration* » parmi les garanties découlant du « *droit à la protection juridique* » garanti par son article 21¹⁸. La tendance n'est toutefois pas unanime. Ainsi, la Constitution suisse, adoptée la même année que le texte finlandais, se borne à mentionner « *l'organisation rationnelle* » de l'administration¹⁹. Dans la Constitution turque, la notion de bonne administration se traduit par les dispositions sur la création de l'institution de l'Ombudsman²⁰.

En sus des évolutions nationales que nous venons d'expliquer, c'est sans doute au niveau de l'Union européenne que la notion de bonne administration a été la plus traduite dans les actes²¹. L'idée se retrouve depuis longtemps dans la jurisprudence des communautés européennes²². Elle a finalement été codifiée à l'article 41 de la Charte des Droits fondamentaux de 2001 consacrant le « *droit à une bonne administration* », droit auquel plusieurs études d'importance ont déjà été consacrées²³. Ce document est complété le Code de bonne conduite ad-

16 Sec. 33(1) de la Constitution Sud-Africaine de 1996.

17 Sec. 33(3)(c) de la Constitution Sud-Africaine de 1996.

18 Nous avons consulté la traduction française « *quasi-officielle* » disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/fr19990731.pdf>, (05.08.2022). Une traduction anglaise de la disposition en question se trouve dans l'affaire *Marttinen c. Finlande*, n° 19235/03, § 25, arrêt du 21 avril 2009.

19 Art. 178 al. 1 de la Constitution fédérale suisse de 1999. La doctrine a d'ailleurs eu l'occasion de souligner que le droit suisse connaît certes un grand nombre d'institutions juridiques regroupées ailleurs sous le vocable « *bonne administration* », tout en demeurant en retrait sur certains points : Thierry Tanquerel, « Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe : quelle utilité pour la Suisse ? », Ed. François Bellanger, Jacques De Werra, *Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012*, Schulthess, Zurich, 2012, p. 203 ss, spécialement p. 210-211 (éléments de conformité) et p. 212-215 (divergences).

20 S'agissant des principes fondamentaux régissant l'organisation administrative, l'article 128 al. 1 de la Constitution de 1982 se lit ainsi : « *Les fonctions essentielles, permanentes et durables requises par les services publics que l'Etat, les entreprises économiques publiques et les autres personnes morales publiques sont tenus de fournir conformément aux principes généraux de l'administration sont exercées par les fonctionnaires et autres agents publics.* » Zehra Odyakmaz, « Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi », *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Vol. 4, n° 14, juillet, 2013, spécialement p. 26.

21 Cf. Mihaescu Evans, p. 33 ss.

22 Pour une brève présentation : Loïc Azoulay, Laure Clement-Witz, « La bonne administration », Ed. Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Emilie Chevalier, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 676-677.

23 Ralf Bauer, *Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – In-*

ministrative²⁴, dont le Médiateur européen est chargé de vérifier le respect²⁵. Le Conseil de l'Europe n'est pas demeuré en reste. En 2007, son Conseil des Ministres a adopté une Recommandation relative à une bonne administration²⁶.

Des zones d'ombre viennent toutefois ternir ce tableau d'une belle harmonie européenne. Ainsi, la nature légale du droit à une bonne administration au sein de l'Union européenne demeure controversée. Il a parfois été soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un véritable droit fondamental distinct au même titre que les autres garanties consacrées par la Charte des Droits fondamentaux²⁷. Cette controverse²⁸ repose essentiellement sur une *cause célèbre* où l'Office européen de lutte antifraude avait averti les autorités judiciaires belges et allemandes qu'un journaliste se serait procuré un rapport confidentiel moyennant la remise de pots-de-vin à des fonctionnaires. Le bureau bruxellois de l'intéressé avait été perquisitionné et il avait contesté la transmission d'information devant le Médiateur européen au motif qu'elle constituait un acte de

halt, Anwendungsbereich und Einschränkungsvoraussetzungen des Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Peter Lang, Frankfurt-am-Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New-York/Oxford/Wien, 2002 ; Rhita Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010 ; Emilie Chevalier, *Bonne administration et Union européenne*, Coll. Droit administratif/Administrative Law, Bruylant, Bruxelles, 2010 ; Kai-Dieter Classen, *Gute Verwaltung im Recht der europäischen Union – Eine Untersuchung zur Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtscharta*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2008 ; Julie Lassale, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, Thèse de doctorat : Université de Paris II, dactyl., 2008 ; Nicolas Marty, *La notion de bonne administration : à la confluence des droits européens et du droit administratif français*, Thèse de doctorat : Université de Montpellier I, dactyl., 2007 ; Mihaescu Evans ; Kristin Pfeffer, *Das Recht auf eine gute Verwaltung – Art. II-101 der Grundrechtscharta des des Vertrags über eine Verfassung für Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2006 ; Jill Wakefield, *The Right to Good Administration*, Coll. Kluwer Law International, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007. Notre liste n'a rien d'exhaustif. D'autres ouvrages dont nous n'aurions pas connaissance existent certainement.

24 Consultable à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/transparency/code/_docs/code_fr.pdf, (05.08.2022).

25 Sur l'importance du Médiateur européen dans le respect des exigences de la bonne administration : Imola Streho, « La bonne administration dans l'Union Européenne – Vers une culture de services pour les institutions européennes », *Revue de l'OFCE*, Vol. 134, n° 3, 2014, p. 75 ss, spécialement p. 80-81.

26 Comité des Ministres, Recommandation CM/Rec(2007)7, 20 juin 2007, consultable à l'adresse suivante : [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2007\)7F.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2007)7F.pdf) (05.08.2022). A ce sujet voir notamment, Marie-Clotilde Runavot, « La 'bonne administration' : consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, pp. 395-403.

27 Cf. Boust, *Essai*, p. 278 ss et surtout: Rhita Boust, "Who said there is a right to 'good administration' ? A Critical Analysis of art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Public Law*, Vol. 19, n° 3, p. 481-488. Pour une synthèse récente du débat : Mihaescu Evans, p. 62-63 et 111-144.

28 Mihaescu Evans, p. 76-78.

mauvaise administration. Fort d'un avis favorable de ce dernier, il avait tenté d'obtenir l'annulation de la dénonciation et l'octroi de dommages-intérêts devant les juridictions européennes. Ses prétentions furent rejetées au motif que « l'acte attaqué ne modifi[ait] pas de façon caractérisée la situation juridique du requérant »²⁹ et que le « principe de bonne administration [...] ne confère[ait] pas par lui-même de droits aux particuliers [...], sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques [...] au sens de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux »³⁰ si bien que « la qualification d'acte de mauvaise administration par le Médiateur ne signifie pas, par elle-même, que le comportement de l'OLAF constitue une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit au sens de la jurisprudence »³¹.

La position en retrait du Tribunal de première instance n'a toutefois pas empêché la Cour européenne des droits de l'Homme de conclure une année plus tard à la violation de l'article 10 CEDH en raison du caractère purement spéculatif des soupçons portés par l'Office européenne de lutte antifraude, soupçons qui étaient insuffisants à justifier une mesure aussi drastique qu'une perquisition³². Pris à la lettre, ces deux arrêts lus conjointement signifient que la légèreté coupable de l'Office de lutte antifraude n'était pas suffisamment grave pour engager la responsabilité patrimoniale de l'Union tout en étant assez manifeste pour obliger les autorités belges à procéder avec précaution, voir à ignorer les informations transmises. L'articulation³³ délicate des deux décisions européennes témoigne de toute la fluidité du concept de bonne administration au sein de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, tout en demeurant suffisamment claire pour induire un changement de la jurisprudence ultérieure de son homologue de Luxembourg³⁴.

A toutes ces controverses vient s'ajouter le fait que la Recommandation du Conseil de l'Europe n'a pas reçu un grand écho dans tous les pays³⁵. Cela étant, il serait erroné d'en déduire derechef que le concept de bonne administration demeurerait confiné à certains textes constitutionnels et aux réflexions doctrinales. Le Tribunal administratif fédéral suisse s'est ainsi explicitement référé

29 Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, *Hans-Martin Tillack c. Commission*, n° T-193/04, § 68, arrêt du 4 octobre 2006 (ECLI:EU:T:2006:292). Sur l'affaire et ses liens avec la notion de bonne administration : Bousta, Essai, p. 151-152; Mihaescu Evans, p. 99 ss.

30 *Tillack c. Commission*, précité, § 127.

31 *Tillack c. Commission*, précité, § 128.

32 CourEDH, *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, §§ 60-68, arrêt du 27 novembre 2007.

33 Pour un point de vue sceptique à ce sujet : Pierre Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, Peter Lang, Bruxelles, 2009, p. 459-460.

34 En substance, cf. Mihaescu Evans, p. 102.

35 V. concernant la Suisse : Tanquerel, p. 203.

à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, quand bien même la Suisse ne serait pas membre de l'Union européenne³⁶. Il nous paraît donc plus correct de parler de réception en demi-teinte du concept de bonne administration.

On l'aura donc compris, la notion de bonne administration fait partie du paysage européen du droit public depuis suffisamment de temps pour que chaque juriste en ait une plus ou moins vague connaissance, même si le droit administratif n'est pas son domaine de prédilection. Il est donc normal que l'idée vienne à l'esprit sitôt qu'un comportement discutable d'une autorité administrative est en cause, et cela avant même que la question de la qualification du problème sous l'angle de la CEDH se pose. Le concept de bonne administration n'y étant mentionné nulle part³⁷, il n'est pas question d'en faire un droit séparé, à l'instar de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux.

C'est uniquement dans les limites des griefs tirés de violation des droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels que la Cour peut se référer à ce concept pour fixer des règles de comportement à l'administration³⁸. Le raisonnement peut alors en substance être résumé de la manière suivante : un individu se plaint qu'un acte administratif constitue une ingérence disproportionnée, dépourvue de base légale ou ne poursuivant pas un intérêt public dans ses droits. Pour trancher la question de la proportionnalité, la Cour va se poser la question de savoir si le comportement de l'administration est conforme aux exigences d'une bonne administration. C'est ainsi que, petit-à-petit, le concept va prendre son importance en tant que valeur de référence à l'aune de laquelle est évaluée la proportionnalité d'une ingérence dans un droit fondamental. A notre connaissance, la question a été très peu étudiée³⁹ autant que cela n'est le cas pour le texte de la Charte des droits fondamentaux⁴⁰. L'appartenance à l'inconscient juridique collectif constituant la porte d'entrée dans la jurisprudence de la CEDH, il est naturel que nous nous intéressions en premier lieu au

36 Tribunal Administratif Fédéral suisse, arrêt du 27 avril 2010, *Publigroupe et consorts c. Commission fédérale de la concurrence*, n° B-2977/2007, cons. 7.5.3.

37 Mihaescu Evans, p. 32.

38 Cf. Patrick Wachsmann, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 2138 ss.

39 V. Ed. Ulrich Stelkens, Agnė Andrijauskaitė, *Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford University Press, 2020. Pour un aperçu en partant d'un seul arrêt : Juli Ponce Solé, "EU Law, Global Law and the Right to Good Administration", Ed. Edoardo Chiti, Bernardo Giorgio Mattarella, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New-York, 2011, p. 138.

40 En revanche, l'étude de Mihaescu Evans (p. 37-38, 42-44 et 110-151) expose en détail la délicate articulation entre l'approche subjective et objective de la bonne administration ainsi que la nature de droit subjectif de ce concept.

processus de réception jurisprudentielle (I). Ensuite, nous pencherons sur les caractéristiques d'une bonne administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (II), avant d'aborder quelques évolutions récentes problématiques à nos yeux et de conclure.

I. L'apparition progressive du concept de bonne administration

L'apparition progressive du concept de bonne administration au sein de la jurisprudence européenne peut être comparée à la naissance d'un fleuve à partir de petits cours d'eau. Les premières décisions ayant abordé la question ne l'ont fait d'ailleurs que de manière indirecte (A). Ce n'est qu'après un certain nombre d'arrêts que la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à mentionner ouvertement la bonne administration comme un des critères à prendre en compte pour juger de la conventionalité d'une ingérence dans un droit fondamental (B).

A. Les premières affaires : une mention indirecte

L'affaire *Beyeler*⁴¹, jugée en 2000, constitue, à notre avis, la première affaire où la Cour s'est penchée sur une question liée au concept de bonne administration. Le requérant, un célèbre marchand et collectionneur d'art suisse⁴², avait acquis un tableau de Van Gogh par l'intermédiaire d'un antiquaire italien⁴³. Pendant plusieurs années, l'administration italienne a adopté un comportement ambigu, refusant de déclarer ouvertement si elle entendait, ou non, exercer son droit de préemption légal, tout en interdisant l'exportation du tableau⁴⁴. Finalement, elle se prononça en faveur de la préemption près de onze ans après avoir été informée de la vente⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme a conclu à la violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1, l'ingérence étant disproportionnée, relevant que « *face à une question d'intérêt général, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence.* »⁴⁶.

Cinq ans après l'affaire *Beyeler*, les mêmes idées se retrouvent dans une autre affaire italienne, *Scordino* (n° 3), concernant toujours le droit au respect des biens, mais cette fois-ci dans le cadre d'une expropriation. La Cour

41 CourEDH [GC], *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, arrêt du 5 janvier 2000.

42 Sa collection a permis la création, à elle seule, d'un musée : https://fr.wikipedia.org/wiki/Ernst_Beyeler (05.08.2022).

43 *Beyeler c. Italie*, précité, §§ 9-11.

44 *Beyeler c. Italie*, précité, §§ 17-35.

45 *Beyeler c. Italie*, précité, §§ 36-37.

46 *Beyeler c. Italie*, précité, § 120. Cette formule se retrouve dans une affaire moldave concernant l'annulation de licences pour la fourniture d'accès à internet et aux services de téléphonie fixe : CourEDH, *Megadat.com SRL c. Moldavie*, n° 21151/04, § 72, arrêt du 8 avril 2008.

de Strasbourg reprocha à la Cour de cassation italienne d'avoir adopté jurisprudence qui « *n'est pas de nature à favoriser la bonne administration des procédures d'expropriation et à prévenir des épisodes d'illégalité.* »⁴⁷. Elle conclut à la violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 en raison d'une méconnaissance du principe de légalité. En substance, la juridiction suprême italienne avait élaboré une construction juridique surprenante, nommée « *expropriation indirecte* », selon laquelle l'occupation illégale d'un immeuble par une administration entraînait la caducité du droit de propriété privé, le propriétaire ne pouvant qu'exercer une action en dommages-intérêts soumise à un délai de prescription de cinq ans⁴⁸. Bien que l'expression « *bonne administration* » figure expressément dans l'arrêt, il est difficile de dire si la juridiction européenne avait en tête le concept que nous avons présenté précédemment, ou s'il ne s'agit que d'une manière d'exprimer sa réprobation. Quoi qu'il en soit, le concept se retrouve dans une affaire turque concernant exactement le même problème, et la même construction juridique surprenante, l'arrêt italien étant expressément cité⁴⁹. Cela est peut-être le signe que l'affaire en question avait une portée plus fondamentale qu'il n'y paraît de prime abord.

Dans ces quelques affaires, le grief était tiré de la violation du droit au respect des biens. Le raisonnement suivi par la Cour pour arriver au constat de violation est toutefois différent. Dans l'affaire *Beyeler*, la proportionnalité de l'ingérence a été contestée, alors que dans l'affaire *Scordino (n° 3)*, sa légalité était en cause. Le trait d'union entre ces deux affaires réside dans le fait que le comportement de l'administration ne correspondait pas à ce qu'on peut attendre dans un Etat correctement géré. Le fait que ce manque de réactivité et d'effectivité ait été approuvé par les juridictions nationales, parfois au prix de circonlocutions juridiques, n'était pas de nature à changer ce constat.

B. La consolidation de la jurisprudence : renvoi explicite au concept

Après les premiers pas dans le domaine, la jurisprudence européenne s'est peu-à-peu enrichie de références explicites à la bonne, et moins bonne, administration. Ainsi dans trois affaires turques, la juridiction européenne a expressément indiqué que les transferts des requérants d'un emploi à un autre étaient justifiés par une bonne administration des services publics dans des régions soumises à l'état d'urgence et ne constituaient ainsi pas une violation du droit à la liberté d'association⁵⁰. Par ailleurs, le concept se retrouve également,

47 CourEDH, *Scordino (n° 3) c. Italie*, n° 43662/98, § 96, arrêt du 17 mai 2005.

48 *Scordino (n° 3) c. Italie*, précité, §§ 92-95.

49 CourEDH, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, n° 11765/05, § 49, arrêt du 27 mai 2010.

50 CourEDH, *Ertas Aydın et autres c. Turquie*, n° 43672/98, § 52, arrêt du 20 septembre 2005 ;

à titre d'*obiter dictum* dans une affaire roumaine concernant la légalité des délits commis au préjudice de l'administration⁵¹ et dans une autre concernant la tenue d'élections libres en Géorgie⁵². Il est également mentionné au passage dans deux affaires bulgares concernant la restitution de terres agricoles qui avaient été confisquées par le régime communiste⁵³. Toutes ses affaires ont cependant ceci en commun, à savoir que la notion de bonne administration n'est pas expliquée de manière détaillée. On parvient relativement bien à comprendre de quoi il s'agit au regard des faits de la cause, sans toutefois que la Cour européenne des droits de l'Homme ne mentionne exactement le sens qu'il faut donner à cette notion.

À côté des apparitions sporadiques précitées, on rencontre un courant jurisprudentiel davantage établi où la Cour de Strasbourg trace plus clairement les contours de la notion de bonne administration. Ces affaires ont ceci en commun qu'elles concernent presque toutes la problématique des actes administratifs illégaux dont l'annulation est prononcée, ou demandée, par l'administration elle-même bien des années après leur adoption et leur exécution. Ainsi, dans *Moskal*, une affaire pilote⁵⁴ polonaise de 2009, la requérante s'était vue privée d'une pension de retraite anticipée, versée depuis plusieurs années en raison de la maladie de son fils⁵⁵, au motif qu'un réexamen d'office du dossier avait permis de conclure que la prestation avait été octroyée à tort⁵⁶. Saisie d'un grief tiré de la violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1, la Cour a réaffirmé le principe exprimé dans l'affaire *Beyeler*, soit la nécessité d'agir immédiatement et avec diligence, indiquant pour la première fois, que cette exi-

CourEDH, *Bulğa et autres c. Turquie*, n° 43974/98, § 74, arrêt du 20 septembre 2005 ; CourEDH, *Akat c. Turquie*, n° 45050/98, § 43, arrêt du 20 septembre 2005. L'affaire *Ertas Aydın* a été citée par Ponce Solé, p. 138, note de bas de page n° 11.

51 CourEDH, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, n° 77193/01 et 77196/01, § 42, arrêt du 24 mai 2007 : « La Cour est consciente que la corruption constitue une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société. »

52 CourEDH, *Parti travailliste géorgien c. Géorgie*, n° 9103/04, § 108, arrêt du 8 juillet 2008 : « En définitive, la raison d'être d'une commission électorale est de garantir la bonne administration d'élections libres et équitables de manière impartiale, ce qui, de l'avis de la Cour, est impossible à réaliser si la commission devient elle aussi le théâtre d'un combat politique entre les candidats à l'élection. »

53 CourEDH, *Mutishev c. Bulgarie*, n° 18967/03, § 142, arrêt du 3 décembre 2009 ; CourEDH, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, n° 30383/03, § 106, arrêt du 15 novembre 2011.

54 Un très grand nombre de requêtes concernant le même problème ont été soumises à la Cour européenne des droits de l'Homme, nous n'analyserons pas tous les arrêts qui ont été rendus.

55 CourEDH, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05, §§ 7-13, arrêt du 15 septembre 2009.

56 *Moskal c. Pologne*, précité, §§ 14-25.

gence découlait de la notion de bonne administration⁵⁷. Se penchant sur les circonstances particulières du cas d'espèce, elle a également précisé « *qu'à titre de règle générale, les autorités administratives ne doivent pas être privées de la possibilité de corriger leurs erreurs, y compris celles découlant de leur propre négligence* » et qu'« *un raisonnement en sens contraire serait contraire à la théorie de l'enrichissement illégitime [et] injuste vis-à-vis des personnes contribuant aux fonds de sécurité sociale, en particulier à l'égard de ceux dont la demande a été refusée parce qu'elle ne répondait pas aux exigences légales [tout en] approuvant une allocation inappropriée de ressources publiques rares qui s'avère en tant que telle contraire à l'intérêt public* »⁵⁸. Cette dernière explication nous montre que la Cour européenne des droits de l'Homme se soucie de l'efficacité de l'action administrative, tout en veillant à ce que les usagers des services publics ne soient pas trop prétérités.

L'affaire *Moskal* marque donc, à notre avis, l'arrivée à maturité du concept de bonne administration dans la jurisprudence européenne, même si elle est contemporaine d'autres arrêts où il est utilisé de manière moins précise⁵⁹. Plusieurs arrêts postérieurs viennent encore renforcer cette impression en expliquant de manière détaillée la notion de bonne administration. Dans l'affaire *Maksymenko et Gerasymenko*, la Cour s'est même longuement étendue sur le sens qu'elle entend lui donner. Après avoir rappelé, dans la droite ligne des affaires *Beyeler* et *Moskal*, que l'administration doit agir avec diligence dans les affaires intéressant l'intérêt public, la correction d'erreurs n'étant en soi pas interdite, elle a précisé que l'Etat n'était pas autorisé à tirer parti de ses propres manquements et qu'il devait supporter lui-même le risque d'erreur en allouant, en cas d'annulation d'un transfert de propriété, une juste indemnité⁶⁰. Il est intéressant de noter que le paragraphe en question comporte de nombreuses références à des précédents jurisprudentiels venant appuyer les principes mentionnés, sans toutefois que les arrêts auxquels il est fait référence ne mentionnent directement le concept de bonne administration⁶¹. Cela démontre que la notion est destinée, comme l'indiquions dans l'introduction à jouer un rôle fédérateur afin de mieux systématiser la vaste jurisprudence rendue en matière de droit au respect des biens.

57 "Good governance" en anglais dans le texte : *Moskal c. Pologne*, précité, § 51.

58 *Moskal c. Pologne*, précité, § 73.

59 Par exemple, l'affaire *Mutishev*, précitée.

60 CourEDH, *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, n° 49317/07, § 64, arrêt du 16 mai 2013.

61 Cf. par exemple les références à *Pincová et Pinc c. République tchèque*, n° 36548/97, § 58, arrêt du 5 novembre 2002 et *Gashi c. Croatie*, n° 32457/05, § 40, arrêt du 13 décembre 2007.

Cela étant, la réception du concept n'est pas parfaitement uniforme. Alors que l'affaire *Maksymenko et Gerasymenko*, décidée en 2013, aurait dû marquer un tournant supplémentaire vers une meilleure systématisation de la jurisprudence, l'arrêt n'a été cité qu'à deux reprises depuis lors⁶². Les principes qu'il consacre ont cependant été appliqués dans d'autres affaires⁶³. Un problème similaire existe avec l'affaire *Moskal*, décidée en 2009. Des arrêts postérieurs, portant sur le même problème de correction d'une erreur administrative, ne s'y réfèrent pas nécessairement⁶⁴. Cela nous montre que la notion de bonne administration dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas aussi importante que les concepts introduits de manière délibérée dans la jurisprudence, comme le droit d'accès à un tribunal ou les obligations procédurales.

II. Les caractéristiques d'une bonne administration

Jusqu'à présent nous avons examiné comment la notion administration avait peu-à-peu trouvé le chemin de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Maintenant, nous allons nous pencher sur le contenu que la juridiction européenne donne à cette notion. La tâche n'est guère aisée, car le concept s'avère d'une « *déroutante diversité* »⁶⁵. Force est de reconnaître que la jurisprudence tend à imposer à l'administration une obligation générale de faire « *attention aux individus concernés* »⁶⁶. Il nous⁶⁷ paraît important de distinguer entre les règles de procédure rattachées au concept (A) et les aspects matériels de celui-ci (B).

A. Les aspects formels

Pour bien comprendre comment la jurisprudence parvient à rattacher des règles de procédure au concept de bonne administration, il faut en premier lieu examiner les liens qui existent entre cette notion et la « *bonne administration de la justice* », notion à laquelle il est régulièrement fait mention en matière de droit à un procès équitable (1). Ensuite, nous verrons si les obligations procédurales formulées au titre de la bonne administration peuvent être considérées comme une sorte de droit à une procédure équitable en matière administrative (2).

62 Il s'agit des affaires *Bogdel c. Lituanie*, n° 41248/06, §§ 66-67, arrêt du 26 novembre 2013 et *Romankievič c. Lituanie*, n° 25747/07, § 37, arrêt du 2 décembre 2014.

63 Cf. par exemple : CourEDH, *Žilinskienė c. Lituanie*, n° 57675/09, arrêt du 1^{er} décembre 2015 ; CourEDH, *Tunaitis c. Lituanie*, n° 42927/08, arrêt du 24 novembre 2015.

64 Cf. CourEDH, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, n° 30383/03, arrêt du 15 novembre 2011 ou encore CourEDH, *Buică c. Roumanie*, n° 14001/06, arrêt du 30 mars 2010.

65 Boustă, Essai, p. 163. Pour une opinion similaire, v. Mihaescu Evans, p. 112-113.

66 Wachsmann, p. 2141-2142.

67 Une telle distinction se retrouve implicitement chez Boustă, Essai, entre « *l'adaptation des moyens* » (p. 170 ss), lequel correspondrait aux aspects matériels et les « *aspects formels* » (p. 206 ss) du concept.

1. De la bonne administration de la justice à la bonne administration « tout court »

Bien qu'ils ne soient expliqués nulle part dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, des liens évidents existent entre la bonne administration de la justice et la notion de bonne administration⁶⁸. Pour cela, il suffit de comparer la motivation de deux arrêts. La première affaire, *Radchikov*⁶⁹, portait sur la réouverture d'une procédure pénale à la demande du procureur général. Le litige portait, de manière typique, sur le respect dû à l'autorité de la chose jugée au titre du droit à un procès équitable⁷⁰. La demande de révision par voie de supervision⁷¹ reposait sur les mêmes arguments qu'un pourvoi en cassation précédemment rejeté⁷². Elle n'en fut pas moins acceptée⁷³ et le requérant était sur le point de subir un second procès quand il décéda dans un accident de voiture⁷⁴. Au moment de conclure à la violation de l'article 6 § 1 CEDH, la Cour européenne des droits de l'Homme relève que « *les erreurs ou omissions des autorités étatiques doivent profiter au défendeur* » et qu'« *en d'autres termes, le risque d'erreur commise par une autorité de poursuite pénale, ou un tribunal, doit être supporté par l'Etat et les erreurs ne doivent pas être corrigées au préjudice des particuliers* »⁷⁵. L'affaire en question n'a certes rien à voir avec la question qui nous occupe, mais il est particulièrement intéressant de noter que l'extrait que nous venons de citer se retrouve de manière presque identique dans l'arrêt rendu suite à l'affaire *Gashi*⁷⁶ qui, cette fois-ci, concerne bien une problématique en lien avec la bonne administration. La question soumise à la Cour était celle de l'annulation par décision de justice d'un contrat de privatisation d'un immeuble⁷⁷. Le grief invoqué par le requérant était tiré de la violation du droit au respect des biens, et non plus le droit

68 Ces liens ont déjà été entrevus par d'autres que nous, mais en dehors de toute référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Bousta, Essai, p. 231 ss.

69 CourEDH, *Radchikov c. Russie*, n° 65582/01, arrêt du 24 mai 2007.

70 Cf. l'affaire de principe CourEDH [GC], *Brumărescu c. Roumanie*, n° 28342/95, arrêt du 28 octobre 1999.

71 Il s'agit d'une procédure propre aux anciens pays communistes qui permettait au procureur général de demander en tout temps l'annulation d'un jugement qui lui paraissait illégal, indépendamment du fait que les voies de recours aient été épuisées, ou que les parties aient renoncé à recourir. L'institution a été jugée contraire à la sécurité juridique et, par là-même, contraire au droit à un procès équitable.

72 *Radchikov c. Russie*, précité, § 13.

73 *Radchikov c. Russie*, précité, §§ 14-17.

74 *Radchikov c. Russie*, précité, §§ 18-20.

75 *Radchikov c. Russie*, précité, § 50.

76 *Gashi c. Croatie*, précité.

77 *Gashi c. Croatie*, précité, §§ 9-10.

à un procès équitable. Cela n'a pas empêché la Cour, citant *mutatis mutandis* l'affaire *Radchikov*, de relever que « *les erreurs ou omissions de l'Etat doivent profiter aux personnes concernées, tout particulièrement lorsqu'il n'existe pas d'intérêt privé contraire en jeu* » et qu'« *en d'autres termes, le risque d'erreur commise par toute autorité étatique doit être supporté par l'Etat et les erreurs ne doivent pas être corrigées au préjudice des particuliers* »⁷⁸. Le renvoi à l'affaire *Radchikov* est suivi d'une courte citation de l'affaire *Beyeler* que nous avons déjà eu l'occasion de discuter.

Bien que l'affaire *Gashi* ne mentionne pas l'expression le concept de bonne administration, il s'agit bel et bien d'une affaire en lien avec cette notion. En effet, on retrouve un renvoi vers cette affaire dans *Maksymenko et Gerasymenko*⁷⁹. Le fait que l'affaire *Radchikov* ait été expressément citée nous indique qu'on ne se trouve pas en présence d'une pure coïncidence linguistique⁸⁰, ou d'une reprise de la motivation par pur gain de temps. La Cour entend faire un lien explicite entre la bonne administration de la justice et la bonne administration « tout court ». Il s'agit donc d'imposer à l'administration le respect de certains principes procéduraux réservés jusque-là au seul contentieux judiciaire, au motif, notamment, que les insuffisances du processus administratif sont susceptibles d'avoir un impact définitif sur la procédure judiciaire subséquente⁸¹. En l'espèce, il s'agissait de consacrer une forme d'autorité de la chose décidée, qu'on peut rapprocher de la chose jugée⁸², afin d'éviter que l'administration puisse librement revenir sur ses actes. La démarche suivie en l'espèce n'a rien d'étonnant.

Une approche similaire se retrouve à l'article 41 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, laquelle énumère un certain nombre de garanties procédurales, telles que « *le droit d'être entendu* »⁸³, le « *droit d'accès au dossier* »⁸⁴ et

78 *Gashi c. Croatie*, précité, § 40.

79 *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, précité, § 64.

80 Le glissement a déjà été évoqué par certains auteurs sans faire référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : cf. Bousta, Essai, p. 237 et l'auteur cité pour qui la bonne administration est limitée à la phase pré-contentieuse.

81 Cf. pour le droit de l'Union européenne : Mihaescu Evans, p. 80-81.

82 Il serait toutefois erroné d'aller jusqu'à une assimilation complète des deux concepts, car la chose décidée ne bénéficie pas de l'autorité matérielle, elle peut toujours être remise en cause. V. sur cette question : Roger Gérard Schwarzenberg, *L'autorité de chose décidée*, Coll. Bibliothèque de droit public : tome XCII, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 10-11 et 209 ss l'auteur n'hésitant pas à soutenir que l'assimilation « *serait parfaitement illégitime* » (Schwarzenberg, p. 11). Les différences s'expliqueraient par le fait que la chose décidée est un « *acte de magistrature* » alors que la chose jugée doit être assimilée à un « *acte de souveraineté* » (p. 278).

83 Art. 41 § 2 (a) de la Charte des droits fondamentaux.

84 Art. 41 § 2 (b) de la Charte des droits fondamentaux.

« l'obligation de motiver les décisions administratives »⁸⁵, qui sont similaires à celles consacrées par la Cour de Strasbourg au titre de l'article 6 § 1 CEDH⁸⁶, la similarité ne procédant pas du hasard⁸⁷.

2. Vers un droit à une procédure équitable en matière administrative?

Si l'existence d'obligations procédurales liées à la bonne administration ne fait pas de doute à la lecture des affaires *Gashi* et *Radchikov*, leur contenu est loin d'être aussi précis qu'en matière judiciaire. Une transposition pure et simple des garanties tirées du droit à un procès équitable n'est pas envisagée. La Cour européenne des droits de l'Homme refuse d'appliquer l'article 6 § 1 CEDH aux affaires purement administratives⁸⁸ et lorsque le litige présente une coloration pénale ou civile, elle se contente de la possibilité de saisir un tribunal répondant à toutes les garanties du procès équitable⁸⁹. Dans une ancienne affaire de principe, la juridiction européenne a d'ailleurs indiqué que le droit d'accès à un tribunal « n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions », car « des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions »⁹⁰. En d'autres termes, le déroulement de la procédure administrative préalable à la saisine du tribunal importe peu sous l'angle du droit à un procès équitable⁹¹. Récemment de timides ouvertures en sens contraire ont été certes faites, l'obligation de motiver un acte administratif a été considérée comme la condition de l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁹² et la procédure devant les autorités administratives est

85 Art. 41 § 2 (c) de la Charte des droits fondamentaux.

86 Sentiment partagé par Bousta, Essai, p. 235 et les auteurs cités ainsi que Mihaescu Evans, p. 79-80.

87 Lors de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, le droit à une bonne administration a été expressément considéré comme le prolongement du droit à un procès équitable : Mihaescu Evans, p. 84.

88 S'agissant de la matière fiscale : CourEDH [GC], *Ferrazzini c. Italie*, n° 44759/98, arrêt du 12 juillet 2001.

89 CourEDH (Plén.), *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79, § 56, arrêt du 21 février 1984.

90 CourEDH (Plén.), *Le Compte, van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n°s 6878/75 et 7238/75, § 51, arrêt du 23 juin 1981.

91 Une opinion similaire a été défendue concernant le droit européen, mais elle est en voie d'abandon : Mihaescu Evans, p. 86-87.

92 CourEDH, *K.M.C. c. Hongrie*, n° 19554/11, §§ 33-35, arrêt du 10 juillet 2012 ; CourEDH, *N.K.M. c. Hongrie*, n° 73743/11, §§ 7-10, arrêt du 26 novembre 2013.

également prise en considération dans le calcul du délai de procédure⁹³. Pour l'instant, les garanties de procédure liant les seules autorités administratives ne peuvent être rattachées qu'aux obligations procédurales découlant d'une disposition matérielle de la Convention. Nous allons brièvement passer en revue la jurisprudence en la matière.

S'agissant tout d'abord du droit de présenter sa défense avant que l'administration n'adopte une décision, il semble bien ancré dans la jurisprudence relative aux obligations procédurales tirées de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1. Dans l'affaire *Ryssovskyy*, la Cour européenne des droits de l'Homme a indiqué que la bonne administration sous-entendait l'obligation de « *mettre en place des procédures nationales qui amélioreraient la transparence et la clarté des opérations, réduisait au minimum le risque d'erreur [...] et renforçait la sécurité juridique des actes juridiques affectant les droits sur des choses* »⁹⁴. Cette remarque est d'autant plus intéressante qu'en l'espèce un grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 CEDH avait été également invoqué par le requérant, sans toutefois qu'il concerne l'équité de la procédure administrative⁹⁵. La possibilité de présenter sa défense avant qu'une décision ne soit adoptée constitue certainement le meilleur moyen d'atteindre le but évoqué par la juridiction européenne. Une autre affaire, toujours sous l'angle du droit au respect des biens, relève que « *l'identification et la correction des erreurs [administratives] ne peut se faire que dans le cadre d'un procès équitable*. »⁹⁶ Etant donné que l'affaire en question avait été portée devant les tribunaux, et que la motivation des jugements était en cause⁹⁷, il est difficile de dire si la portée de l'arrêt pourrait être étendue sans autre à des procédures purement administratives. Il nous paraît cependant erroné de penser que l'obligation de donner à l'administré la possibilité de présenter sa défense est limitée à cette configuration. Une autre affaire mentionne cette possibilité à propos du retrait d'une licence de fournisseur d'accès à internet à titre de sanction pour de prétendues irrégularités⁹⁸. Finalement, un arrêt en matière de confiscation pénale⁹⁹, mais repris dans une

93 Pour un exposé complet de la jurisprudence : Francesco De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, Naples, 2013, p. 118-119.

94 CourEDH, *Ryssovskyy c. Ukraine*, n° 29979/04, § 70, arrêt du 20 octobre 2011.

95 *Ryssovskyy c. Ukraine*, précité, §§ 50-56. La question en cause était la non-exécution d'un jugement favorable au requérant.

96 CourEDH, *Albergas et Arlauskas c. Lituanie*, n° 17978/05, § 59, arrêt du 27 mai 2014.

97 Les requérants avaient été déclarés de mauvaise foi, sans qu'aucune indication ne figure à cet égard : *Albergas et Arlauskas c. Lituanie*, précité, §§ 66-67.

98 *Megadat.com SRL c. Moldavie*, précité.

99 CourEDH, *Microintellect ODD c. Bulgarie*, § 44, n° 34129/03, arrêt du 4 mars 2014.

affaire administrative subséquente¹⁰⁰, indique clairement que « *bien que le second paragraphe de l'article 1 du protocole n° 1 ne contienne aucune obligation procédurale explicite, il a été interprété dans le sens qu'il exige que la personne affectée par la mesure constituant une ingérence dans ses biens doit avoir une possibilité raisonnable de présenter sa défense à l'autorité compétente dans le but de contester la mesure.* » Au vu de tous ces éléments, il nous paraît défendable de soutenir que la bonne administration comporte le droit de présenter sa défense devant les autorités administratives, indépendamment de toute possibilité de contestation de leurs décisions devant les tribunaux¹⁰¹.

Pour ce qui est du second aspect de la bonne administration, soit la motivation des décisions, nous avons vu que quelques arrêts ont examiné la question sous l'angle de l'article 6 § 1 CEDH, dans la mesure où l'absence de motif rendait inefficace le droit d'accès à un tribunal¹⁰². La question qui se pose n'est donc pas directement liée à la bonne administration, mais plutôt à l'utilisation des voies de recours. Cela étant, la jurisprudence admet qu'en matière de droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1, les autorités chargées de surveiller le déroulement de celles-ci doivent motiver leurs décisions lorsqu'elles sont saisies de contestations¹⁰³. La bonne administration n'est certes pas mentionnée à ce propos, mais nous avons vu qu'elle peut entrer en compte dans le type de contentieux¹⁰⁴.

En résumé, les garanties formelles liées à la bonne administration ne font pas l'objet d'une jurisprudence claire. Il semble que la question du droit d'être entendu par l'administration puisse être considérée comme acquise avec un degré élevé de certitude. En revanche, l'obligation de motiver les actes administratifs reste encore à préciser, même si des indices plaident en faveur de son acceptation peuvent être identifiés. On comprend dès lors pourquoi nous avons fait suivre le titre de cette partie de notre exposé d'un point d'interrogation.

B. Les aspects matériels

À la différence des obligations procédurales, qui demeurent imprécises dans la jurisprudence, cette dernière est bien plus fermement établie concernant les aspects matériels de la bonne administration. Sa systématisation est toutefois difficile à établir, vu la grande variété des cas d'espèce. On ne peut, en effet,

100 CourEDH, *Vékony c. Hongrie*, n° 65681/13, § 35, arrêt du 13 janvier 2015.

101 En droit européen, un résultat similaire a été atteint en érigeant le droit d'être entendu en principe général du droit avant qu'il ne soit repris à l'article 41 § 2 (a) de la Charte des droits fondamentaux. Cf. Mihaescu Evans, p. 156-157.

102 Cf. les affaires *K.M.C c. Hongrie*, précité, §§ 33-35 et *N.K.M. c. Hongrie*, précité, §§ 7-10.

103 CourEDH, *Namat Aliyev c. Azerbaïdjan*, n° 18705/06, § 90, arrêt du 8 avril 2010.

104 *Parti travailliste géorgien c. Géorgie*, précité, § 108.

s'empêcher d'y voir « *un agrégat de notions, de principes, de règles, de devoirs ou encore de droits déjà existants* »¹⁰⁵. Nous avons retenu, de manière un peu arbitraire à vrai dire, les catégories suivantes : les comportements irrationnels (1) ; l'application sélective de la législation (2) ; la correction inopportune d'erreurs administratives (3).

1. Comportement irrationnel

Un comportement irrationnel de la part d'une administration peut être défini, en parodiant un célèbre arrêt britannique¹⁰⁶, comme un agissement si absurde qu'aucune administration raisonnable ne pourrait l'envisager. Il existe un lien intellectuel entre la rationalité du comportement et la bonne administration, car cette dernière peut être déduite de l'idée de « *raisonnabilité* »¹⁰⁷, laquelle implique « *une bonne conciliation d'intérêts en conflits* »¹⁰⁸. Cette approche présente quelques accointances avec le concept de proportionnalité¹⁰⁹ qui se trouve au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. On peut également y voir la manifestation d'une obligation particulière de diligence et de cohérence¹¹⁰. Sans que les termes n'apparaissent explicitement, il existe quelques affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'Homme où la juridiction a dû se pencher sur des situations faisant apparaître un comportement irrationnel de l'administration. Le concept de bonne administration n'est jamais loin dans ce cas, soit parce qu'il est furtivement mentionné, soit parce que les précédentes cités s'y réfèrent.

A titre préliminaire, on rappellera brièvement l'affaire *Beyeler*, où la Cour a sanctionné le comportement attentiste et dilatoire des autorités italiennes¹¹¹. Un arrêt rendu est venu rappeler aux autorités russes qu'elles ne pouvaient pas indéfiniment refuser d'enregistrer la vente d'un véhicule automobile au motif que le numéro d'identification de son moteur avait à tort été inscrit sur la liste des véhicules volés¹¹². De manière similaire, la Cour a critiqué les autorités moldaves pour avoir annulé des licences en matière d'activités économiques

105 Boust, Essai, p. 165.

106 Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, Civ 1, *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, 10 novembre 1947.

107 Le néologisme est tiré de Boust, Essai, p. 195.

108 Boust, Essai, p. 199-202.

109 Boust, Essai, p. 171.

110 Wachsmann, p. 2143-2144 et les arrêts cités se rapportant à la « *léthargie administrative* ». Pour le droit européen, cf. également le « *principle of fairness* » mentionné par Mihaescu Evans, p. 427-434.

111 *Beyeler c. Italie*, précité, § 120. L'arrêt est d'ailleurs cité par Wachsmann (p. 2144) comme un exemple de violation de l'obligation de cohérence.

112 CourEDH, *Arutyunov c. Russie*, n° 5552/06, §§ 34-35, arrêt du 18 décembre 2018.

au motif que leur titulaire ne remplissait pas ses obligations légales, alors que les manquements reprochés étaient de moindre importance et n'avaient pas été invoqués plus tôt par l'administration¹¹³. Il arrive aussi que les motifs avancés par les autorités nationales ne soient pas considérés comme suffisamment convaincants aux yeux de la juridiction européenne. Dans l'affaire *Gashi*, l'annulation du contrat de privatisation reposait sur le fait que le requérant ne pouvait avoir acquis « *un bail protégé* » sous le régime communiste, si bien que la privatisation du bien était illégale¹¹⁴. La Cour a considéré que cet examen rétrospectif de la situation rendait difficile l'identification « *d'un possible intérêt légitime des autorités à l'annulation du contrat* », préférant toutefois se focaliser sur l'absence d'indemnisation¹¹⁵. Une pointe d'exaspération similaire se retrouve dans l'affaire *Krstić* où la Cour a relevé qu'une institution de sécurité sociale serbe chargée de l'exécution d'une décision octroyant une pension avait « *omis de procéder au paiement tout en prétendant, de manière remarquable, ne pas disposer du logiciel informatique permettant de calculer le montant de la pension en tenant compte de l'hyperinflation.* »¹¹⁶

Deux autres affaires intéressantes révèlent également le comportement irrationnel d'autorités administratives qui sont livrées à de véritables voies de fait sous prétexte de faire respecter la loi. Ce que la Cour vient sanctionner dans ce cas, ce n'est pas tant l'interprétation de la loi, comme dans les affaires *Gashi* ou *Krstić*, que la manière dont celle-ci est appliquée. On se trouve aussi aux antipodes de l'attitude attentiste dénoncée dans l'affaire *Beyeler*, car c'est un excès de zèle peu compréhensible qui est contesté en l'espèce. Dans les deux cas, le comportement des autorités administratives s'apparentait davantage à un coup de force tournant au fait accompli qu'à la mise en œuvre sereine de la législation.

La première affaire, *Saghinadze*¹¹⁷, concerne une famille de déplacés qui avaient été autorisée à séjourner durant dix ans dans une maison appartenant à l'Etat. L'autorisation avait pris la forme d'une lettre signée par un fonctionnaire¹¹⁸. Un jour, sans qu'aucun acte administratif ou décision de justice ne soit porté à la connaissance des intéressés, la police les avait expulsés manu militari, sous prétexte qu'elle avait reçu une instruction orale urgente du ministre

113 *Megadat.com SRL c. Moldavie*, précité, §§ 70-71 ; CourEDH, *Bercut s.r.l. c. Moldavie*, n° 32247/07, §§ 5-10 et 16, arrêt du 6 décembre 2011.

114 *Gashi c. Croatie*, précité, § 9.

115 *Gashi c. Croatie*, précité, § 43.

116 CourEDH, *Krstić c. Serbie*, n° 45394/06, § 85, arrêt du 10 décembre 2013.

117 CourEDH, *Saghinadze et autres c. Géorgie*, n° 18768/05, arrêt du 27 mai 2010.

118 *Saghinadze et autres c. Géorgie*, précité, §§ 8-10.

compétent¹¹⁹. Les tribunaux avaient rejeté tous leurs recours, considérant tantôt qu'« *une simple lettre [...] ne peut créer une relation juridique* »¹²⁰ ou que celle-ci avait été signée par une personne incompétente¹²¹. Pour conclure à la violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1, la Cour a relevé qu'« *elle ne parvenait pas comprendre pourquoi, après avoir y vécu plus de dix ans paisiblement avec sa famille, l'occupation par le requérant de la maison était devenue un problème à ce point lancinant* » que le ministre avait pris le soin de donner des instructions orales urgentes à la police en vue de l'évacuation, alors que cette procédure était réservée aux troubles graves à l'ordre public¹²².

Un problème similaire, peut être identifié dans l'affaire *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi*¹²³, même si les faits sont loin d'être aussi tragiques. Une décision de la préfecture d'Istanbul avait autorisé la société requérante à construire et exploiter une installation de production de béton prêt à l'emploi¹²⁴. Quelques jours après le début des travaux de constructions, des employés de l'autorité municipale chargée du réseau de distribution d'eau et des égouts firent irruptions sur le bien-fonds de la requérante et démolirent ce qui venait d'être construit, sous prétexte qu'une telle activité était contraire à la législation sur la protection de l'environnement¹²⁵. Après coup, la préfecture rétracta son autorisation à la demande de l'autorité municipale¹²⁶. La requérante fut déboutée de tous ses recours, y compris en ce qui concerne l'octroi de dommages-intérêts¹²⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme, conclut à la violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 en dénonçant une « *irrégularité manifeste* », car « *même à supposer que la décision de démolition fût légale, la façon de procéder était totalement illégale.* »¹²⁸, la société n'ayant jamais été en mesure de démontrer que la construction en question avait été dûment autorisée¹²⁹. A notre avis, il ne faut pas prendre cette motivation trop à la lettre. Le fait que des permis de construire puissent être révoqués alors que les travaux ont déjà débuté, voire même ont été achevés, est une question discutée

119 *Saghinadze et autres c. Géorgie*, précité, §§ 18-21.

120 *Saghinadze et autres c. Géorgie*, précité, § 35.

121 *Saghinadze et autres c. Géorgie*, précité, § 43.

122 *Saghinadze et autres c. Géorgie*, précité, § 112.

123 *Cour EDH, Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, n° 29825/03, arrêt du 1^{er} octobre 2013.

124 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 8.

125 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 10.

126 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 16.

127 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 17.

128 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 36.

129 *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi c. Turquie*, précité, § 38.

en droit turc¹³⁰. On ne saurait dès lors parler d'irrégularité manifeste, en ce sens que la seconde décision de la préfecture d'Istanbul aurait constitué une décision isolée *ad hominem* prise en violation de tous les principes fondamentaux du droit administratif turc. Il faut plutôt considérer comme problématique le comportement des autorités municipales qui ont agi sans se préoccuper du fait qu'elles intervenaient sur le domaine privé et sans même se donner la peine de prévenir la requérante. D'ailleurs, dans une affaire ultérieure, la Cour a laissé entendre que rien ne s'opposait en principe à la révocation d'un permis de construire, même vingt ans après l'achèvement des travaux, si la législation en matière d'environnement n'avait pas été respectée¹³¹. Cela confirme indirectement notre lecture essentiellement procédurale de l'affaire *Bil İnşaat Taahhüt Ticaret Limited Şirketi*.

Finalement, nous mentionnerons l'affaire *Rozenzweig et Bonded Warehouse Ltd*¹³², où les requérants se plaignaient de harcèlement de la part des autorités, car ils avaient refusé de verser des pots-de-vin à certains fonctionnaires¹³³. Leur autorisation d'exploiter un entrepôt en port-franc et leur permis d'exportation vers l'Allemagne avaient fait l'objet de plusieurs annulations pour des motifs à chaque fois différents. Premièrement, le permis d'exportation avait été subitement déclaré n'être que provisoire, et donc sujet à la déchéance en raison de l'écoulement du temps, même si cette circonstance n'avait pas été mentionnée lors de son octroi¹³⁴. Ensuite, les autorités douanières polonaises avaient déclaré que ledit permis était caduc faute d'avoir été utilisé durant trois

130 V. parmi tant d'autres : Sedat Çal, *Türk idare hukunda ruhsat*, 2^{ème} édition, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2012, p. 257-358 ; Cafer Ergen, *Danıştay İçtihatlarıyla İmar Hukuku*, 2^{ème} édition, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, p. 137-144 ; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10^{ème} édition, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, p. 175-178 ; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 2^{ème} édition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, p. 285-291 ; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul, 2009, p. 135. Certains arrêts considèrent que le début des travaux crée un droit acquis opposable à l'administration : Conseil d'État ture (CE), 6^{ème} chambre, 4 décembre 2012, affaire n° 2009/7458, arrêt n° 2012/7199 (*Danıştay Dergisi*, Vol. 132, p. 189-91) ; CE, Assemblée plénière des chambres administratives, 23 octobre 2008, affaire n° 2005/1721, arrêt n° 2008/1837 (*Danıştay Dergisi*, Vol. 121, p. 30-33) ; CE, 6^{ème} chambre, 5 avril 2005, affaire n° 2003/5866, arrêt n° 2005/2170 (*Danıştay Dergisi*, Vol. n° 110, p. 194-195) ; CE, 6^{ème} chambre, 15 mars 2005, affaire n° 2004/1556, arrêt n° 2005/1541 (*Danıştay Dergisi*, Vol. n° 110, p. 201-202). D'autres, en revanche, sont moins claires sur ce point : CE, 6^{ème} chambre, 26 février 2010, affaire n° 2009/11838, jugement n° 2010/1746 (*Danıştay Dergisi*, Vol. n° 124, p. 261-263) ; CE, 6^{ème} chambre, 15 juin 2009, affaire n° 2008/11432, arrêt n° 2009/7237 (*Danıştay Dergisi*, Vol. n° 122, p. 315-316) ; CE, 6^{ème} chambre, 17 septembre 2007, affaire n° 2005/3064, arrêt n° 2007/4899 (*Danıştay Dergisi*, Vol. n° 117, p. 171-173).

131 CourEDH, *Aktar c. Turquie*, n° 18988/11, §§ 33-35, décision d'irrecevabilité du 8 septembre 2015.

132 CourEDH, *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, n° 51728/99, arrêt du 28 juillet 2005

133 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, § 12.

134 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, § 17.

mois consécutifs, refusant de tenir compte du fait que l'impossibilité de l'utiliser découlait de la première décision¹³⁵. Ensuite, la validité de l'autorisation d'exploiter le port-franc avait été remise en cause¹³⁶, sans doute parce que les autorités s'étaient rendu compte qu'elles ne pouvaient annuler le permis d'exploitation. Il est intéressant de relever que dans tous les cas, les décisions administratives litigieuses avaient été soit annulées par les tribunaux polonais¹³⁷, soit révoquées d'office par voie hiérarchique¹³⁸. Les requérants n'étaient donc pas restés sans ressources face aux insuffisances de l'administration. Cela n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'Homme de constater une violation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 au motif qu'« *il n'avait pas été démontré que les autorités étaient mues par le souci de mettre en œuvre une véritable bonne pratique administrative cohérente au moment de révoquer ou de modifier leurs décisions concernant l'établissement commercial des requérants* »¹³⁹.

2. Application sélective de la législation

Les problèmes liés à l'application sélective de la législation sont parfaitement illustrés par deux affaires grecques concernant la protection de la célèbre tortue marine *caretta-caretta* sur l'île de Zakynthos/Zante¹⁴⁰ face au développement touristique de la région. Ces deux affaires révèlent qu'une législation restrictive, adoptée notamment suite à la pression européenne, est restée lettre morte pendant plusieurs années, avant d'être brusquement « ressuscitée » pour faire obstacle à certaines demandes, certes peu conformes au droit en vigueur, mais parfaitement légitimes au vu de l'inaction des autorités administratives dans d'autres cas. La Cour a systématiquement privilégié la position des propriétaires fonciers auxquels toutes les rigueurs de la loi avaient été opposées, alors que le laxisme le plus évident semblait avoir été de mise pendant plusieurs années.

Dans l'affaire *Z.A.N.T.E. – Marathonisi A.E.*, la société requérante s'était vue refuser le droit de construire un hôtel sur un îlot situé dans la baie de Laganas, l'une des baies de l'île de Zakythos, au motif que cet endroit était

135 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, §§ 32-33.

136 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, §§ 34-36.

137 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, §§ 29 et 37.

138 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, §§ 18 et 23.

139 *Rosenzweig et Bonded Warehouses Ltd. c. Pologne*, précité, § 63. Pour des raisons stylistiques, notre traduction ne suit pas mot-à-mot le texte original en anglais, lequel se lit ainsi : “*it has not been shown that the authorities followed any genuine and consistent policy considerations when revoking and changing their decisions concerning the applicants’ business operation*”.

140 Les deux noms, le premier étant grec, le second vénitien, ont été utilisés dans la jurisprudence.

habité par les tortues¹⁴¹. Cependant, des débats devant le Parlement européen avaient révélé que l'endroit était envahi durant l'été par des hordes de touriste avec les bénédictions d'organismes privés chargés de faire respecter la législation environnementale¹⁴². La Cour européenne a considéré, entre autre, qu'« *en l'occurrence, il serait déraisonnable que l'Etat exige de la requérante de se conformer aux restrictions sévères à la jouissance de sa propriété dans le but de préserver la tortue "caretta-caretta", quand l'autorité compétente omet en même temps de prendre les mesures nécessaires face à des activités qui mettent en danger la matérialisation du but précité.* »¹⁴³

Avec l'affaire *Theodoraki*, la Cour devait se pencher sur une limitation du droit de construire frappant une parcelle située en bordure de mer, toujours dans la baie de Laganas. Après une longue procédure, le Conseil d'Etat de Grèce considéra que les requérants devaient être indemnisés pour les restrictions qu'ils subissaient¹⁴⁴. Au lieu de calculer le montant de l'indemnité, les autorités administratives ont commencé alors à contester le droit de propriété, considérant que la parcelle en question appartenait au domaine public¹⁴⁵. Les requérants portèrent l'affaire devant les tribunaux en se plaignant et du changement de stratégie de l'administration et du fait que d'autres parcelles voisines avaient été incluses dans une zone spéciale où les constructions touristiques étaient autorisées¹⁴⁶. L'affaire finit devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui releva que « *cette attitude de la part des autorités compétentes aurait, aux yeux de la Cour, légitimement pu créer chez les requérants l'impression qu'il s'agissait plutôt d'une tentative d'esquiver la question de leur indemnisation éventuelle que de faire preuve de la volonté de leur offrir une réponse rapide et concrète sur ce sujet* »¹⁴⁷ et qu'« à trois cents mètres des terrains litigieux une agglomération importante s'est déjà développée, vouée principalement à l'hébergement des touristes qui visitent chaque année la baie de Laganas » si bien que « *vue sous cet angle, l'obligation de l'Etat de répondre à la demande d'indemnisation des requérants dev[enait] plus évidente, sauf à faire naître chez eux le sentiment que le coût des mesures légitimes et nécessaires prises pour la protection de l'environnement naturel*

141 CourEDH, *Z.A.N.T.E. – Marathonisi A.E. c. Grèce*, n° 14216/03, § 16, arrêt du 6 décembre 2007.

142 *Z.A.N.T.E. – Marathonisi A.E. c. Grèce*, précité, § 36.

143 *Z.A.N.T.E. – Marathonisi A.E. c. Grèce.*, précité, § 54.

144 CourEDH, *Theodoraki et autres c. Grèce*, n° 9368/06, § 19, arrêt du 11 décembre 2008.

145 *Theodoraki et autres*, précité, §§ 14 et 22.

146 *Theodoraki et autres*, précité, § 12-13.

147 *Theodoraki et autres*, précité, § 64.

dans la municipalité de Kalamaki leur incomb[ait] principalement ».¹⁴⁸ Au vu de tous ces éléments, la Cour a conclu sans grande difficulté à la violation du droit au respect des biens¹⁴⁹.

3. Correction d'erreurs administratives

Last but not the least, la correction d'erreurs administratives constitue certainement le domaine où la référence à la bonne administration est la plus fréquente. Le lien entre la bonne administration et la question de la correction d'erreurs administratives réside dans le fait que la protection de la bonne foi et de la confiance légitime est au centre du problème. Cette dernière question est étroitement liée à l'idée de bonne administration¹⁵⁰, que ce soit par le biais de l'« *obligation de cohérence* »¹⁵¹ imposée aux autorités administratives auxquelles incombent de respecter une « *obligation de loyauté* » vis-à-vis de leurs administrés¹⁵². Le lien entre les deux a été établi par la jurisprudence anglaise depuis longtemps¹⁵³. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce point¹⁵⁴ s'inscrit dans la continuité de cette perspective. La jurisprudence en la matière est rendue sous l'angle de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1¹⁵⁵.

Dans l'affaire *Moskal*, la Cour a affirmé le principe selon lequel la bonne administration n'empêchait pas la correction des erreurs administratives, à condition toutefois que cela ne se fasse pas au préjudice des individus amenés à supporter une charge disproportionnée¹⁵⁶. Il n'est désormais plus contesté que l'administration peut en principe intervenir dans le but de corriger ses propres

148 *Theodoraki et autres*, précité, § 65.

149 *Theodoraki et autres*, précité, § 66.

150 Boustia, Essai, p. 248 ss ; des différences existent toutefois (p. 253 ss)

151 Boustia, Essai, p. 249. Le concept de protection des attentes légitimes a toutefois été importé en droit anglais depuis le droit allemand en passant par le droit communautaire : Robert Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2000, p. 26.

152 Wachsmann, p. 2144-2145.

153 Cf. Comité judiciaire du Conseil privé britannique, *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Chu*, 2 WLR 735, All ER 346, 1983, per Lord Fraser of Tullybelton : “*The expectations may be based upon some statement or undertaking by, or on behalf of, the public authority which has the duty of making the decision, if the authority has, through its officers, acted in way that would make it unfair or inconsistent with good administration for him to be denied such an inquiry.*”

154 Les principes cardinaux concernant la correction des erreurs administratives dans le cadre de la bonne foi sont résumés dans l'affaire *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, précité, § 64.

155 A l'exception d'une affaire concernant l'article 8 CEDH que nous discuterons plus tard : CourEDH, *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, arrêt du 28 mai 2009.

156 CourEDH, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05, § 73, arrêt du 15 septembre 2009.

erreurs¹⁵⁷. La jurisprudence ultérieure est venue préciser la manière dont il faut entendre ce délicat équilibre rendu nécessaire en vertu d'un principe plus général de loyauté de l'administration envers ses usagers¹⁵⁸, principe lui-même lié à l'idée de protection de la bonne-foi¹⁵⁹. Tout d'abord, s'agissant des prestations d'assurance sociale, la jurisprudence accepte le retrait de celles-ci lorsque l'intéressé dispose d'autres sources de revenu¹⁶⁰, ou qu'il renonce délibérément à travailler pour d'autres raisons que l'octroi de la pension¹⁶¹. Dans la même veine, le fait que l'erreur soit corrigée peu après l'adoption de l'acte administratif litigieux a également pour conséquence d'adoucir les conséquences causées par le retour à la situation antérieure, surtout lorsque l'intéressé se voit privé de la propriété d'un immeuble qui ne constitue pas son seul logement¹⁶². Un changement législatif destiné à rectifier les conséquences exagérées d'une loi peut également justifier des mesures correctives sous l'angle de la bonne administration¹⁶³. Finalement, la mauvaise foi, dûment établie¹⁶⁴, de l'intéressé peut également plaider en faveur d'une correction sans tenir compte des conséquences attachées aux mesures qui seraient prises contre lui pour réta-

157 Cf. récemment concernant la mise en oeuvre d'une législation interdisant à des particuliers d'acquérir la propriété d'une forêt située en ville : CourEDH, *Beinarovič et autres c. Lituanie*, n° 70520/10 21920/10 et 41876/11, arrêt du 12 juin 2018, § 140.

158 La frontière entre l'obligation de loyauté et celle de cohérence n'est pas toujours facile à tracer. Cf. Wachsmann, p. 2144.

159 Sur cette question : Ana Beduschi-Ortiz, « La notion de loyauté en droit administratif », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2011, p. 944 ss, spécialement p. 945-946.

160 CourEDH, *Iwaskiewicz c. Pologne*, n° 30614/06, §§ 52-63, arrêt du 26 juillet 2011 ; CourEDH, *Grezybyk c. Pologne*, n° 14147/05, §§ 33-35, décision d'irrecevabilité du 10 septembre 2013 ; CourEDH, *Saj c. Pologne*, n° 10920/12, §§ 37-42, décision d'irrecevabilité du 16 juin 2015 ; CourEDH, *Džabiřov c. Macédoine*, n° 75328/12, § 21, décision d'irrecevabilité du 18 décembre 2018. Il existe encore bien d'autres décisions d'irrecevabilité allant dans le même sens dans des affaires polonaises similaires, nous ne les avons pas toutes reprises.

161 CourEDH, *Pieróg c. Pologne*, n° 502/05, §§ 33-37, décision d'irrecevabilité du 10 septembre 2013 ; CourEDH, *Skubel c. Pologne*, n° 43610/04, §§ 33-38, décision d'irrecevabilité du 11 mars 2014.

162 CourEDH, *Padalevicius c. Lituanie*, n° 12278/03, §§ 71-72, arrêt du 7 juillet 2009 ; CourEDH, *Bilozir et Rizova c. Ukraine*, n° 37863/05, décision d'irrecevabilité du 28 septembre 2010.

163 CourEDH, *Lawyers Partners A.S. c. Slovaquie*, n° 51550/07, §§ 85-88, décision d'irrecevabilité du 8 octobre 2013.

164 *Albergas et Arlauskas c. Lituanie*, précité, §§ 66-67. La simple présence d'irrégularités ne doit pas conduire automatiquement au constat que l'intéressé est de mauvaise foi : CourEDH, *Velikovi et autres c. Bulgarie*, n° 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01 et 194/02, § 190, arrêt du 15 mars 2007, confirmé récemment par CourEDH, *Tomov et Nikolova*, n° 50506/09, §§ 39-40, arrêt du 21 juillet 2016. Il n'en va pas autrement lorsque l'administré pouvait se rendre compte du fait qu'un problème était susceptible de se poser : Cour EDH, *Vukušić c. Croatie*, n° 69735/11, arrêt du 31 mai 2016, § 66. V. concernant la condamnation à restituer sans indemnisation un bien acquis sous le régime communiste grâce à un engagement politique supérieur à la moyenne : CourEDH, *Tesař et autres c. République tchèque*, n° 37400/06, §§ 70-74, arrêt du 9 juin 2011.

blir la légalité¹⁶⁵. De manière intéressante, un arrêt récent a appliqué en matière de correction d'une erreur administrative les standards jurisprudentiels développés à propos des restitutions de biens confisqués par les régimes totalitaires et ayant été cédés par ceux-ci à des tiers¹⁶⁶.

Lorsque la correction ne peut être justifiée autrement, le moyen le plus naturel pour s'assurer du fait qu'elle n'entraîne pas une charge disproportionnée consiste à indemniser les intéressés pour le préjudice qu'ils subissent¹⁶⁷. L'Etat ne peut y couper en invoquant la faute de tiers dont le comportement criminel aurait eu pour conséquence l'annulation d'une mesure de restitution¹⁶⁸. La compensation ne doit pas être ridiculement faible par rapport à la valeur réelle du bien dont l'intéressé a été privé¹⁶⁹, même s'il l'a acquis pour un prix dérisoire¹⁷⁰. Elle ne doit pas nécessairement correspondre au prix du marché¹⁷¹. L'indemnisation peut également se faire par la combinaison de plusieurs facteurs. Ainsi, dans l'affaire *Bogdel*, les requérants avaient été privés de la propriété acquise par leur mère et épouse suite à une privatisation irrégulière. Toutefois, le prix payé avait été restitué¹⁷² et ils avaient conservé la propriété de ce qu'ils avaient construit sur le bien-fonds, la municipalité acceptant de le leur louer pour une durée de quatre-vingt-sept ans. Ces éléments ont suffi à la Cour de Strasbourg pour conclure à la non-violation du droit au respect des biens¹⁷³. La restitution du prix de vente ne suffit toutefois pas à rendre l'annulation du contrat de privatisation admissible en toutes circonstances. Dans l'affaire *Digrytė Klibavičienė* la Cour a considéré que l'acquisition d'un terrain à un

165 CourEDH, *Bubic c. Croatie*, n° 23677/07, §§ 42-46, arrêt du 9 juillet 2009 (privatisation obtenue frauduleusement, le requérant n'ayant jamais occupé l'appartement en question) ; CourEDH, *Eleni and Mihai Toma c. Roumanie*, n° 16563/03, décision d'irrecevabilité du 12 janvier 2010 (mesure de restitution obtenue frauduleusement en gardant le silence sur certains faits) ; CourEDH, *Zahi c. Croatie*, n° 24546/09, décision d'irrecevabilité du 18 mars 2014 (octroi d'un droit de propriété suite à l'occupation illégitime d'un immeuble durant le conflit d'ex-Yougoslavie).

166 *Vukušić*, précité, §§ 65-69.

167 La jurisprudence est très abondante sur ce point, nous nous limiterons aux affaires les plus importantes : *Ryssovskyy c. Ukraine*, précité, § 71 ; CourEDH, *Yavashev c. Bulgarie*, n° 41661/05, §§ 66-70, arrêt du 6 novembre 2012 ; *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, précité, § 64 ; CourEDH, *Pyrantienė c. Lituanie*, n° 45092/07, § 40, arrêt du 12 novembre 2013 ; CourEDH, *S.C. Antares Transport S.A. et S.C. Transroby S.R.L. c. Roumanie*, n° 27227/08, § 48, arrêt du 15 décembre 2015.

168 *Žilinskienė c. Lituanie*, précité, § 54.

169 CourEDH, *Paukštis c. Lituanie*, n° 17467/07, § 75, arrêt du 24 novembre 2015.

170 CourEDH, *Noreikienė and Noreika c. Lituanie*, n° 17285/08, § 39, arrêt du 24 novembre 2015.

171 V. en dernier lieu, CourEDH, *Bykova et autres c. Lituanie*, n° 66042/10, § 56, arrêt du 18 décembre 2018.

172 *Bogdel c. Lituanie*, précité, §§ 26 et 31.

173 *Bogdel c. Lituanie*, précité, § 67.

prix préférentiel dans le but d'en faire un investissement à long terme, avec le projet de rénover une maison en ruine, devait être prise en compte dans le calcul de l'indemnisation¹⁷⁴.

De pareilles subtilités se retrouvent en matière d'indemnisation en nature, notamment par l'attribution de biens immobiliers similaires à ceux dont le requérant se voit priver. A titre de principe, lorsqu'une mesure de restitution d'un terrain agricole dans le cadre de la transition démocratique est annulée en raison d'un préjudice commis à un tiers, l'allocation d'un autre lopin de terre en compensation dans les deux ans constitue une compensation adéquate¹⁷⁵. La Cour admet donc que la compensation ne soit pas immédiate. Un délai de dix ans est en tout état de cause excessif¹⁷⁶. Si l'intéressé est âgé et que les incertitudes liées à l'annulation de son droit de propriété durent sept ans, la compensation en nature peut ne pas être considérée comme suffisante¹⁷⁷. Il en va de même lorsque plus de sept ans après l'annulation du titre de propriété la question d'une éventuelle compensation en nature n'a toujours pas été réglée¹⁷⁸, à moins que la durée excessive ne soit que la conséquence d'un refus de collaborer opposé par la partie privée concernée¹⁷⁹.

Conclusion

Parvenu à la fin de notre étude, nous pouvons affirmer sans grand risque que le concept de bonne administration est clairement ancré dans la jurisprudence européenne. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme s'inscrit parfaitement dans la tendance générale à la création de principes généraux du droit administratif au niveau supranational. Cela explique aussi pourquoi, à notre avis, le concept s'est introduit progressivement dans la jurisprudence, au fur et à mesure que s'imposait l'idée selon laquelle que les règles régissant les relations entre les individus et les autorités administratives ne devaient plus être limitées au droit national. Le mouvement permet aussi la création d'une forme de dialogue entre le droit administratif et les droits de l'Homme, tout en participant d'une certaine homogénéité du droit public¹⁸⁰.

174 CourEDH, *Digrytė Klėbavičienė c. Lituanie*, n° 34911/06, § 40, arrêt du 21 octobre 2014.

175 *Romankievič c. Lituanie*, précité, §§ 42-44.

176 CourEDH, *Lyubomir Popov c. Bulgarie*, n° 69855/01, §§ 122 et 129, arrêt du 7 janvier 2010.

177 CourEDH, *Paplauskienė c. Lituanie*, n° 31102/06, §§ 28-30 et 51-56, arrêt du 14 octobre 2014.

178 *Beinarovič et autres*, précité, §§ 154 et 159 ; CourEDH, *Truchanovič et autres c. Lithuanie*, n° 15708/10, 15874/10, 25117/10 et 28380/10, §§ 13-26, arrêt du 18 décembre 2018.

179 *Beinarovič et autres*, précité, § 163 ; CourEDH, *Černiak c. Lituanie*, n° 37723/11, §§ 31-35, arrêt du 18 décembre 2018. Une attitude attentiste ne suffit cependant pas : CourEDH, *Vasilevska et Bartoševič c. Lituanie*, n° 38206/11, 18054/12, §§ 43-44, arrêt du 18 décembre 2018.

180 Pour plus de précisions : Mirate, p. 52 ss.

Après le tournant caractérisé par l'affaire *Moskal*, on peut constater que la notion de bonne administration est devenue plus précise, même si de nombreuses zones d'ombre demeurent, notamment pour ce qui est de ses aspects formels. Etant donné que la compétence de la Cour de Strasbourg est limitée aux griefs tirés de la violation de la CEDH et de ses protocoles additionnels, il est normal que le concept ne soit pas au centre de la jurisprudence, faute de figurer dans les instruments conventionnels applicables. Cela étant, il nous paraîtrait préférable de tirer au clair les incertitudes qui demeurent, en particulier pour ce qui est de la portée du principe en dehors des affaires relatives au droit au respect des biens. La jurisprudence gagnerait en clarté si elle comportait des explications sur les raisons qui poussent à restreindre le champ d'application de la notion de bonne administration. Notre invitation tient d'ailleurs de la pure précaution rhétorique, car nous ne pensons pas qu'il soit possible de justifier une telle limitation. Cela dit, il est parfaitement justifié de considérer que la Cour européenne des droits de l'Homme impose désormais aux Etats membres du Conseil de l'Europe une sorte d'obligation de « *bonne gouvernance administrative* »¹⁸¹ par l'intermédiaire de sa jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE

- Azoulai, Loïc & Clement-Witz, Laure, « La bonne administration », Ed. Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Emilie Chevalier, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 671-697.
- Bauer, Ralf, *Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Inhalt, Anwendungsbereich und Einschränkungsvoraussetzungen des Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Peter Lang, Frankfurt-am-Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New-York/Oxford/Wien, 2002.
- Beduschi-Ortiz, Ana, « La notion de loyauté en droit administratif », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2011, p. 944 ss.
- Berthelet, Pierre, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, Peter Lang, Bruxelles, 2009.
- Boust, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010 ; Emilie Chevalier, *Bonne administration et Union européenne*, Coll. Droit administratif/Administrative Law, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- Çal, Sedat, *Türk idare hukunda ruhsat*, 2^{ème} édition, Seçkin Yayınevi, Istanbul, 2012.
- Classen, Kai-Dieter, *Gute Verwaltung im Recht der europäischen Union – Eine Untersuchung zur Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtscharta*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2008.

¹⁸¹ Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2009-février 2010) », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2010, p. 1000. L'auteur qualifiait ainsi la partie de sa chronique portant sur l'affaire *Moskal c. Pologne*, qu'il inscrivait dans la foulée de l'affaire *Beyeler c. Italie*. L'idée a été reprise par Wachsmann (p. 2139).

- De Santis di Nicola, Francesco, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, Naples, 2013.
- Ed. Stelkens, Ulrich & Andrijauskaitė, Agnė, *Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford University Press, 2020.
- Ergen, Cafer, *Danıştay İçtihatlarıyla İmar Hukuku*, 2^{ème} édition, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Flauss, Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2009-février 2010) », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2010.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10^{ème} édition, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Lassale, Julie, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, Thèse de doctorat : Université de Paris II, dactyl., 2008 ; Nicolas Marty, *La notion de bonne administration: à la confluence des droits européens et du droit administratif français*, Thèse de doctorat : Université de Montpellier I, dactyl., 2007.
- Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2014.
- Mihaescu Evans, Bucura C., «The Right To Good Administration At The Crossroads Of The Various Sources Of Fundamental Rights In The EU Integrated Administrative System », *Luxembourg Legal Studies*, Vol. 7, Nomos, Baden Baden, 2015.
- Milano, Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2006.
- Mirate, Silvia, "The ECtHR Case Law as a Tool for Harmonization of Domestic Administrative Laws in Europe", *Review of Administrative Law*, Vol. 5, n° 2, 2012, pp. 47-60.
- Odyakmaz, Zehra, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Vol. 4, n° 14, juillet, 2013, pp. 1-85.
- Pfeffer, Kristin, *Das Recht auf eine gute Verwaltung – Art. II-101 der Grundrechtskarta des des Vertrags über eine Verfassung für Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2006 ; Jill Wakefield, *The Right to Good Administration*, Coll. Kluwer Law International, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.
- Runavot, Marie-Clotilde, « La 'bonne administration' : consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, pp. 395-403.
- Schwarzenberg, Roger Gérard, *L'autorité de chose décidée*, Coll. Bibliothèque de droit public : tome XCII, L.G.D.J., Paris, 1969.
- Solé, Juli Ponce, "EU Law, Global Law and the Right to Good Administration", Ed. Chiti, Edoardo & Mattarella, Bernardo Giorgio, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New-York, 2011.
- Strehö, Imola, « La bonne administration dans l'Union Européenne – Vers une culture de services pour les institutions européennes », *Revue de l'OFCE*, Vol. 134, n° 3, 2014, pp. 75-88.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 2^{ème} édition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Tanquerel, Thierry, « Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe : quelle utilité pour la Suisse ? », Ed. Bellanger, François & De Werra, Jacques, *Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté*

de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012, Schulthess, Zurich, 2012, pp. 203-216.

- Thomas, Robert, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2000.
- Tran, Hélène, *Les obligations de vigilance des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'Homme d'un concept de droit international général*, Coll. Jus Gentium, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- Wachsmann, Patrick, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 2138 ss.
- Woodhouse, Diana, *In pursuit of Good Administration – Ministers, Civil Servants and Judges*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, Istanbul, 2009.

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenen Suçlarda Uzlaştırma*

Reconciliation of Criminal Disputes Arising From Medical Liability

Uğur AŞKIN**

ÖZ

Onarıcı adalet anlayışının ortaya çıkmasıyla uygulanmaya başlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri de uzlaştırmadır. Uzlaştırma, ülkemizde ilk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenerek uygulanmaya başlamıştır. Mağduru gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmak kaydıyla soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar, şikâyeteye tabi olup olmadığına bakılmaksızın CMK m. 253/1-b'de sayılan suçlar ile diğer kanunlarda düzenlenen suçlardan uzlaştırma kapsamında olduğu açıkça belirtilen suçlar uzlaştırma kapsamındadır.

Sağlık personelinin yapma veya yapmama şeklindeki eylemleri sonucu icrai veya ihmali iki türlü sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Sağlık mesleği mensuplarının bilerek ve isteyerek ortaya çıkan sonuca neden olması halinde kasta dayalı sorumluluktan; dikkatsizlik, tedbirsizlik, özensizlik veya ihmali sonucunda ortaya çıkan durumda ise taksire dayalı sorumluluktan bahsedilir. Bu cezai sorumluluk çerçevesinde işlenen suçların bir kısmı uzlaştırma kapsamında iken diğerleri bu kapsamda değildir. Uzlaştırma kapsamında olanların ise uzlaştırma süreci, uzlaştırma neticesinde verilebilecek kararlar ve uzlaştırmının sağlanması durumunda tazminat hukukuna ilişkin sonuçları önem arz etmektedir. Çalışmamızda bu hususlar açıklanarak, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan suçlardaki uzlaştırmının kapsamına ilişkin bazı önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar kelimeler: Tıp hukuku, tıbbi hata, suç, uzlaştırma, sağlık personeli.

ABSTRACT

One of the alternative dispute resolution methods that began to be applied with the advent of the concept of restorative justice is reconciliation. Reconciliation was first implemented in our country by regulating it in the Turkish Criminal Code No. 5237 and the Criminal Procedure Code No. 5271. Investigation and prosecution of the victim, provided that he is a natural or private legal entity, crimes related

* Makale gönderim tarihi: 18.02.2022. Makale kabul tarihi: 18.11.2022, Uğur Aşkın, "Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenen Suçlarda Uzlaştırma", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 385-416, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.07>

** Araştırma görevlisi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ugur.askin@inonu.edu.tr,  0000-0002-3842-8745

to the complaint, regardless of whether he is subject to a complaint, crimes listed in Article 253 of the CMK, as well as crimes that are clearly stated to be within the scope of reconciliation from crimes regulated by other laws, are within the scope of reconciliation.

As a result of the actions of medical personnel in the form of doing or not doing, executive or negligent responsibilities of two kinds arise. If members of the health profession knowingly and willingly cause the result, november-based responsibility is mentioned; in the case that occurs as a result of carelessness, imprudence, sloppiness or negligence, installment-based responsibility is mentioned. Some of the crimes committed within the framework of this criminal liability are covered by the settlement, while others are not covered by it. As for those covered by the settlement, the settlement process, the decisions that may be made as a result of the settlement, and the consequences of compensation law in the event that the settlement is reached are important. In our study, these issues will be explained and some suggestions will be made regarding the scope of reconciliation in crimes arising from medical responsibility.

Keywords: Medical Law, medical error, crime, reconciliation, medical personnel.

Giriş

Sağlık mesleği mensupları tıbbi müdahaleler veya hastayla olan ilişkiler dolayısıyla bazı suçları işleyebilir¹. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin² 4/g maddesinde tıbbi müdahale kavramı; “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder*” şeklinde tanımlanmaktadır. Hastayla olan ilişkiler ise sağlık mesleği mensubunun tıbbi müdahale haricinde hastayla kurulan iletişimden kaynaklanır.

Sağlık mesleği mensuplarınca işlenen suçlarda alternatif çözüm yöntemi olarak uzlaştırmaya başvurulabilmesi için işlenen suça, taraflara ve ceza muhakemesine ilişkin bazı şartların bulunması gerekir. Bunlar; uzlaştırma kapsamında bir suçun bulunması, mağdurun ya da suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması, muhakeme şartlarının gerçekleşmesi ve soruşturma evresinde yeterli delilin bulunmasıdır³. Bu şartların tamamının birlikte

1 Selahaddin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1978, s. 57; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 24. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 470- 471; Nejdet Şatır, *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 329.

2 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete.

3 Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 'fail ile mağdurun uzlaşması; zararın giderilmesi' başlıklı 46/a maddesinde düzenlenen uzlaştırmaların koşulları şunlardır: 1) İşlenen suçta uzlaştırma imkânının olması gerekir. Bu kapsamda öldürme suçları ve toplumun geneline karşı işlenen suçlarda uzlaştırma imkânı

bulunmasıyla sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki cezai uyumsuzluğa uzlaştırma hükümleri uygulanır.

5271 sayılı CMK'nın 253 ila 255'inci maddeleri arasında düzenlenen uzlaştırma ile 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁴ 'uzlaştırma prosedürü' başlıklı 24'üncü maddesindeki uzlaştırma usulü farklıdır⁵. Zira 663 sayılı KHK'da düzenlenen uzlaştırma prosedüründe, sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde yapacakları maddi ve manevi tazminat başvurularının Sağlık Bakanlığı tarafından uzlaşma yoluyla giderilmesi söz konusudur⁶. Burada 5271 sayılı CMK'daki uzlaş-

bulunmamaktadır. 2) Fiilin zarar göreni gerçek kişiler ile kamu veya özel hukuk tüzel kişileri olabilir. Çünkü tüzel kişiye zarar verildiği için failin daha kötü durumda olması haklı görülemez. 3) Failin, mağdurun zararının tamamını veya büyük bir kısmını tazmin etmiş olması gerekir. 4) Zararın tazmininin barış inşası etkisi geliştirebilmesi gerektiğinden, mağdurun işbirliği prensipte gereklidir. 5) Uzlaştırma süreci sonunda kararlaştırılan edimin mahkemece onaylanması gerekir. Bu, medeni hukuk anlamında tam tazminat anlamına gelmesi bile, 46a maddesinin uygulanması için mahkeme tazminatın suçun neden olduğu sonuçların kapsamlı bir şekilde tazmin edilmesini amaçlaması gerektiğini gözden kaçırmamalıdır. 6) Yargılamanın her aşamasında tarafların uzlaşmaları mümkündür. Ayrıca temyiz aşamasında veya mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra tazmin çabaları, uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaz. Bu hususların gerçekleşmesinden sonra mahkeme ceza aralığının düşürülmesi veya cezalardan feragat etme hususunu kendi takdirine bağlı olarak karar vermek zorundadır. Bkz. Bernd von Heintschel-Heinegg, *MüKo StGB*, 4. Auflage 2020, Band 2, § 46a kn. 3-10

4 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmi Gazete.

5 663 sayılı KHK'nın 24'üncü maddesine göre; "(1) Sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin dava açma süresi içerisinde bu madde kapsamında yapacakları maddi ve manevi tazminat başvuruları Bakanlık tarafından aşağıdaki şekilde uzlaşma yoluyla halledilir: a) Tazminat talebinde bulunan veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci, b) Zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubu veya bunların birden fazla olması hâlinde aralarından seçecekleri bir temsilci, c) Varsa ilgili meslek mensuplarının mesleki malî sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisi veya bunların birden fazla olması hâlinde ise aralarından seçecekleri bir temsilci, Bakanlık tarafından uzlaşmaya davet edilir. Tarafların uzlaşma yolunu kabul etmeleri hâlinde, üzerinde anlaştıkları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle uzlaşma süreci başlatılır. Uzlaşma en fazla üç ayda sonuçlandırılır. Bu süre bilirkişi görüşleri alınmadığı hallerde tarafların kabulü ile altı aya kadar uzatılabilir. Uzlaşma müracaatı dava açma süresini durdurur. Uzlaşma sağlanamaması hâlinde taraflarca tanzim edilecek tutanak veya taraflardan birinin talebi üzerine Bakanlık tarafından taraflara tebliğ edilerek verilecek belge tarihinden itibaren dava açma süresi yeniden başlar. Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, yerine getirilmesi gereken hususları içeren uzlaşma tutanağı tanzim edilir. Bu tutanak 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Uzlaştırma masrafları ve arabuluculuk ücreti taraflarca karşılanır. Uzlaşma neticesinde belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenir. Bakanlıkça bu madde kapsamında herhangi bir ödeme yapılmaz". Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 153 vd.

(2) Uzlaştırıcı, mesleki kusur bulunup bulunmadığı hususunda Yüksek Sağlık Şurasının belirlediği bilirkişilerin; uğranıldığı iddia edilen zarar miktarının hesaplanmasında adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan bilirkişilerin görüşüne başvurabilir".

6 Fransa'da ağır tıbbi yaralanmalarda benzer bir usul uygulanmaktadır. 4 Mart 2002 tarihli Yasayla (Kouchner Yasası) uygulanmaya başlanan bu usulde, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ağır ya-

tırmadan farklı olarak cezai yargılamanın alternatifi değil, tazminat istemine ilişkin hukuk yargılamasına alternatif oluşturulmuştur.

Uzlaştırmanın uygulanabilmesi için öncelikle işlenen suçun uzlaştırma kapsamında bulunması gerekir. İşlenen bir suçun uzlaştırma kapsamında olması yetişkinler ve suça sürüklenen çocuklar açısından farklılık arz eder. Yetişkinler bakımından uzlaşma kapsamındaki suçlar; şikâyeteye tabi olmasına, CMK m. 253'te sayılmasına veya özel kanunlarda uzlaşmaya ilişkin açık hüküm olmasına göre belirlenir. Suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırmaya tabi suçların kapsamı ise CMK m. 253/1-c' de düzenlenmektedir⁷.

Şikâyeteye tabi suçlar kural olarak uzlaştırma kapsamındadır. Ancak her şikâyeteye tabi suçun uzlaştırma kapsamında olduğu söylenemez. Zira CMK m. 253/3; “*soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, (...) (1) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez*” şeklindedir⁸. Buradan hareketle, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suç şikâyeteye tabi olsa bile, uzlaştırma hükümleri uygulanamaz⁹. Örneğin, hekimin muayene esnasında hastaya öpmek istediğini söylemesi şeklinde gerçekleşen TCK m. 105'teki cinsel taciz suçu şikâyeteye tabi olmasına rağmen CMK m. 253/3 uyarınca uzlaştırma hükümleri uygulanamaz. Benzer şekilde Yargıtay kararına konu olan bir olayda; muayenehanede refakatçi olarak bulunan mağdurenin belinden tutup kendisine çekerek “senin de dişlerin çürük, seni de tedavi edeyim”

ralanmalarda tazminat alabilmek için mahkemeye başvurmaya alternatif bir uygulama geliştirildi. Tıbbi kazalar, hastalıklar ve nozokomiyal enfeksiyonlardan kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüm süreci olarak ‘ADR’ oluşturuldu. Bu süreç yirmi beş Bölgesel Uzlaşma ve Tazminat Komisyonu (CRCI) tarafından denetlenmektedir. ‘ADR’ isteğe bağlı bir süreç olup, hastalar tazminat talebi için yargı yoluna başvurmadan önce veya sonra bundan yararlanabilir. Bu usulde, hastaların özel hastanelerde veya devlet hastanelerinde tedavi edilmiş olmasının önemi bulunmamaktadır. Bkz. Marc A. Rodwin, (Terc. Esra Hazal Öncel, Nur Kaldırım), “Fransa’daki Tıbbi Hata Yasasına Amerikan Bakış Açısı: Amerikan Hukukunun Kamusal ve Özel Yönleri Hakkında Yansıtıkları”, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- 14*, Ed.: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 129.

7 Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 160; Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser, Pakize Pelin Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 39-40; Berrin Akbulut, Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 83-84; Erdal Yerdelen, Şeyda Altuntaş, Özge Erdem, Mustafa Serdar Özbek, Burak Boz, Berna Ayşen Yılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 153; Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 470- 471; Mustafa Aydın Aşık, *6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 50.

8 CMK m. 253/3'teki ‘cinsel dokunulmazlığa karşı suç’ kavramı ile 5237 sayılı TCK’nın ikinci kısmının altıncı bölümünde ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ başlığı altında düzenlenen cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) ve cinsel taciz (TCK m. 105) suçları kastedilmektedir.

9 Değirmenci, s. 175; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 39; Akbulut, Aksan, s. 111-112; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 470; Aşık, s. 53.

biçiminde sözler sarf eden ve dış hekimi olan sanığın bu eylemi TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz¹⁰.

Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliği¹¹ m. 4/1-f’de sağlık mesleği mensuplarının kimlerden oluştuğu belirlenmiştir. Buna göre; “*hekim, dış hekimi, eczacı, hemşire, ebe, optisyen ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları, sağlık mesleği mensubu olarak kabul edilir*”¹². Bu kişilerin tıbbi müdahaleler ve hastayla olan ilişkiler çerçevesinde bazı suçları işlemesi mümkündür¹³. İşlenen bu suçlardan koşulları taşıyanlar hakkında uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁴.

Hasta ve yakınlarının uzun süren cezai yargılamalar neticesinde mağduriyetleri artmaktadır. Uğradıkları zararların tazmini için ayrıca hukuk mahkemelerinde dava açmaları gerekmekte kazandıkları tazminat miktarları da yetersiz kalmakta ve bunların kimden tahsil edileceği de sorun teşkil etmektedir. Bununla birlikte klasik ceza yargılamasında sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki ilişkiler olumsuz etkilenir. Yargılama sonrasında bile taraflar arasındaki husumetin devam etmesi söz konusu olabilir¹⁵.

10 Yarg. 14. CD., 2017/1382 E., 2017/2775 K., 22.5.2017 T.

11 14.12.2012 tarihli ve 28497 sayılı Resmi Gazete.

12 1219 sayılı Kanunun ek 13’üncü maddesinde tanımlanan diğer sağlık mensupları şu kişilerden oluşur; klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri/teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknikeri/teknisyeni, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknikeri/teknisyeni, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti, iş ve uğraşı teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı ve sağlık bakım teknisyenidir.

13 İlk çağlardan itibaren sağlık mesleğinin riskleri nedeniyle hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklı cezai sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu konuda bilinen ilk yasal düzenleme Babil İmparatoru Hammurabi tarafından oluşturulmuş olan ‘Hammurabi Kanunlarında’ görülmektedir. Burada hekimin cezai sorumluluğu ortaya çıkan sonuca göre belirlenmektedir. Hasta sağlığına kavuşursa herhangi bir cezai sorumluluk doğmazken, hasta hayatını kaybeder veya sağlığı tehlikeye girerse hekimin cezai sorumluluğu doğmaktadır. Nitekim bu Kanunun 218’inci maddesine göre; “*bir doktor operatör bıçağı ile derin bir yarık açarsa ve hastayı öldürürse ya da bıçak ile bir tümörü açıp gözü keserse doktorun elleri kesilir*”. Aynı şekilde bu Kanunun 219’uncu maddesine göre; “*bir doktor operatör bıçağı ile azat edilmiş bir adamın kölesinde derin bir yarık açarsa ve onu öldürürse o köleyi başka bir köle ile ikame etmelidir*”.

14 İslam ve Osmanlı hukukunda hekimin kasten gerçekleştirdiği haksız fiil neticesinde hastanın yaşamını kaybetmesi halinde uzlaştırma kurumunun uygulandığı görülmektedir. Söz konusu durumda hekimin cezai sorumluluğu öncelikle kısası gerektirmektedir. Ancak mağdur yakınlarının kısıstan vazgeçmesi halinde diyet hükümleri uygulanır. Hanefilere göre diyetin hukuki niteliği uzlaştırma edimi niteliğindedir. Bu uzlaştırma bedeli failden tahsil edildikten sonra tazir cezası da uygulanmaktadır. Bkz. Süleyman Emre Zorlu, *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 337.

15 Değirmenci, s. 83; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 95-96; Erdem, Eser,

Tıbbi sorumluluktan kaynaklanan cezai uyumsuzlukların dava yolu yerine uzlaştırmayla çözümlenmesi taraflar açısından daha işlevseldir. Öncelikle uzlaştırma kurumu, davaların sağlık mesleği mensupları üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri azaltabilir. Gerçekten süre gelen ceza yargılamaları yerine işbirliğine dayalı, cezalandırıcı olmayan ve iletişimi artıran uzlaştırma sayesinde tıbbi hataların tekrarlanması azaltılır. Böylelikle sağlık hizmetlerinin kalitesi artırılarak hasta güvenliği sağlanır¹⁶. Ayrıca taraflar arasında uzlaştırmının sağlanmasıyla, belirlenen edim sayesinde suçtan doğan maddi ve manevi zararlar giderilmeye çalışılır. Böylece mağdur hastanın ceza yargılaması haricinde ayrıca hukuk mahkemelerinde tazminat davası açması gerekmez¹⁷.

Alman hukukunda da sağlık çalışanlarının hastalara karşı işlediği bazı suçlarda uzlaştırma hükümleri uygulanmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun '*fail ile mağdurun uzlaşması; zararın giderilmesi*' başlıklı 46/a maddesine göre, hafif suçlarda mağdur ve fail arasında uzlaşmanın sağlanması halinde veya failin sebep olduğu zararları tazmin etmek için ciddi şekilde çaba göstermesi veya tazmin etmesiyle birlikte verilecek hapis cezası bir yıldan az veya para cezasının 360 günü geçmemesi halinde mahkeme ceza vermeyebilir¹⁸. Verilecek cezanın süre veya miktar itibarıyla belirtilen rakamların üzerinde olması halinde ise mahkeme Alman Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesine göre indirim uygulayabilir¹⁹.

Özşahinli, s. 29; Akbulut, Aksan, s. 13- 14; Çetintürk, s. 635; Aşık, s. 34- 35.

16 Veli Durmuş, *Sağlık Hukukunda Uzlaşma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 192.

17 Doktrindeki bir görüşe göre, tıbbi müdahaleler nedeniyle hastanın ortaya çıkan zararının hukuk mahkemelerinde tazminat davası açarak giderilmesi, ceza yargılamasına göre daha elverişli ve etkin koruma sağlar. Çünkü sağlık mesleği mensuplarının cezai sorumluluklarının bulunmadığı hallerde dahi tazminat ödenmesine ilişkin sorumlulukları söz konusu olabilir. Bkz. Sunay Akyıldız, Hasan Özkan, *Hasta- Hekim Hakları ve Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 301- 302.

18 "Fail ile mağdurun uzlaşması, suç mağdurlarının çıkarlarına daha fazla ağırlık verilmesini gerektirir. Mağdurun zihinsel stresini azaltıp hukuk sistemine olan güvenini yeniden kazanmasına fırsat verilmeli, faile ise yaptığı haksızlığı görmesi ve gidermesi sağlanarak suçtan uzaklaşmasına fırsat tanınmalıdır. Failin, mağdurla anlaşmaya varmak için, suçun tamamını veya büyük bölümünü kanunun lafzına uygun olarak düzeltmesi; failin bu amaç için ciddi bir çaba sarf etmesi de yeterlidir. Denkleştirme ve buna ilişkin çabaların kapsam ve yoğunluk bakımından suçlamanın ağırlığı ile orantılı olması gerekir. Örneğin tecavüzün, bedensel zarar veya hırsızlık gibi mağdurun kişisel bütünlüğünü ciddi şekilde ihlal etmesi durumlarında hakim tazminat ödemelerinin uygunluğuna özellikle dikkat etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde sanık, temel saiklerle adam öldürmeye teşebbüsten mahkumiyetini temyiz ederek 15 yıl hapis cezasına çarptırıldı. Elde edilen bulgulara göre sanık, mağdurun cinsel ilişkiye girmeyi reddetmesi üzerine öfkesinden dolayı önce boğarak, ardından ağır bir çekiçle vurarak öldürmeye çalışmıştır. Senato, suçtan sonra sanığın mağdura kendi kaynaklarından 15.000 DM tazminat ödemesini, StGB § 46/1'deki uzlaştırmının gerçekleştiğine karar vermiştir" (BGH, 9.12.1997, 1 StR 591/97, NStZ 2003, 410).

19 Alman Ceza Kanunu'nun 46/a maddesi için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, Erişim Tarihi: 16.02.2022.

I. Sağlık Mesleği Mensuplarının İşlediği Uzlaştırma Kapsamındaki Suçlar

A. Kasten Yaralama Suçu

Sağlık mesleği mensuplarının bilerek ve isteyerek hastanın vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması halinde 5237 sayılı TCK m. 86'daki kasten yaralama suçu oluşur. Bu suç, sağlık mesleği mensuplarının tıbbi müdahalesi sonucunda da işlenebilir²⁰. Özellikle tıbbi müdahalenin yetkisiz hekim tarafından gerçekleştirilmesi (1219 sayılı Kanun m. 1-4), endikasyon bulunmaması (Anayasa m. 17/2) ve tıbbi müdahalenin geçerli bir rıza olmaksızın (1219 sayılı Kanun m. 70, 2238 sayılı Kanun m. 6, Biyotıp Sözleşmesi m. 5, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5, 25) yapılması hallerinde sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilen fiiller kasten yaralama suçunu teşkil eder²¹. Örneğin, endikasyon bulunmadığı halde sırf ameliyat yapmak için hastanın vücudunun açılıp kapatılması kasten yaralama suçunu oluşturur. Aynı şekilde uçağa gecikmemek için ameliyatı terk ederek, diğer hekim gelene kadar hastanın narkoz etkisinde yarım saat bekletilmesi eylemi de bu suçu oluşturur.

Kasten yaralama suçunun TCK m. 86/1'de düzenlenen temel hali re'sen soruşturulurken, daha az cezayı gerektiren TCK m. 86/2'deki kasten yaralamanın etkisinin basit tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinin soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlıdır²². TCK m.

20 Hakeri, s. 473; Fatih Birtek, "Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı", *ERÜHFD*, Cilt 10, Sayı 1, 2015, s. 69; Şatır, *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 329- 330; Türkmen, s. 40; Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; tıbbi müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması, tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınması, hastanın tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilmesi (aydınlatılmış onam) ve hekimin tıbbi müdahaleyi dikkat ve özen yükümlülüğü ilkesine uygun gerçekleştirmesidir. Bkz. Ceyda Ümit, "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu", *TAAD*, Sayı 32, Ekim 2017, s. 204; Ş. Berfin Işık-Yılmaz, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *TBBT*, Sayı 98, Ocak 2012, s. 391- 392.

21 Yetkili sağlık mesleği mensubunun şartlara uygun şekilde hastaya tıbbi müdahalede bulunması, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni kapsamındadır. Bu nedenle hekimin, tıp biliminin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermesi, endikasyon şartının gerçekleşmesi ve hastanın rızası kapsamında yapılan müdahaleler dolayısıyla gerçekleşen neticelerden cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 290- 291; Hakeri, s. 466; Doktrindeki diğer bir görüşe göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine dayanır. Bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, "Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 349 vd.; Keyman, s. 68- 69.

22 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 258-259 (*Ceza Hukuku Özel Hükümler*); Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 310-311; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 238-239; Handan Yoş-Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 260-261; Tezcan, Erdem, Önok, s. 297.

86/1, CMK m. 253'te sayıldığı için; TCK m. 86/2 ise şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır²³. Örneğin, hekimin muayene esnasında hastaya tokat atması veya poliklinikten çıkartmak amacıyla sertçe itmesi halinde oluşan kasten yaralama suçu uzlaştırma kapsamındadır.

Sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen kasten yaralama suçu olası kastla da işlenebilir²⁴. Örneğin, Covid-19 olduğu bilinen serviste yatan hastanın yanına bu hastalığı taşımayan başka bir hastanın aynı odaya yatırılması nedeniyle, diğer hastaya da Covid-19 bulaşması halinde, aynı oda da yatırılmasına karar veren hekim olası kastla yaralama suçundan sorumludur. Bu durumda TCK m. 86/1'e göre tayin edilecek cezada TCK m. 21/2 gereği indirimle gidilerek ceza verilir. Söz konusu halde suç re'sen soruşturulmakla birlikte, CMK m. 253'te TCK m. 86/1 sayıldığı için uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Sağlık mesleği mensuplarının kasten yaralamaya ilişkin fiilleri TCK m. 86/3 kapsamında olması halinde uzlaştırma hükümleri uygulanmaz. Zira kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği üçüncü fıkra CMK m. 253/1-a'da uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle sağlık mesleği mensubunun kasten yaralamaya ilişkin fiili; üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, nüfuzunu kötüye kullanılmak suretiyle, silahla veya canavarca hisle gerçekleştirilmesi halinde uzlaştırma hükümleri tatbik edilmez.

Sağlık mesleği mensubunun hastaya karşı gerçekleştirdiği fiil neticesinde TCK m. 87'deki kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerin oluşması halinde uzlaştırma hükümleri uygulanmaz²⁵. Çünkü TCK m. 87'deki haller şikâyeteye

23 Değirmenci, s. 165; Akbulut, Aksan, s. 92; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 41; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 158; Çetintürk, s. 474; Aşık, 6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, s. 50.

24 Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 532; Hakeri, s. 472; Şatır, s. 331; Ümit, s. 219- 221.

25 TCK'nın "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama" başlıklı 87'nci maddesine göre; "(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya

tabi olmadığı gibi CMK m. 253'te katalog halinde sayılan suçlar arasında da olmadığı için uzlaştırma kapsamı dışındadır. Örneğin, hekimin muayene esnasında hastayla tartışıp yumruk atması nedeniyle, hastanın burnunun kırılması şeklinde gerçekleşen olayda kasten yaralamanın TCK m. 87/4'teki netice sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olup, uzlaştırma hükümleri uygulanmaz.

Sağlık mesleği mensuplarının, hastaya ilişkin koruyucu yükümlülüklerinin kaynağını 224 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 2219 sayılı Kanun'un 32. maddesi oluşturmaktadır²⁶. Ayrıca bu yükümlülük sözleşmeden veya ön gelen tehlikeli fiilden kaynaklanabilir²⁷. Bu tür koruyucu yükümlülüklere aykırı hareket eden sağlık mesleği mensupları ortaya çıkan yaralanmalardan TCK m. 88'deki kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçundan sorumludur. Esasında buradaki cezai sorumluluk belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünde olan sağlık çalışanlarının, buna aykırı davranışlarından kaynaklanır²⁸.

TCK m. 88'de düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun soruşturulması re'sen yapılıp, mağdurun şikâyetine bağlı değildir. Bu suç şikâyete tabi olmamasına rağmen CMK m. 253/1-b.1'de sayıldığı için uzlaştırma kapsamındadır²⁹. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının hastalara karşı bu suçu işlemeleri halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin, psikiyatri servisinde tedavi gören akıl hastasının pencereden atlamaya çalıştığını görmesine ve bunu önleme imkanı bulunmasına rağmen, bunu engellemeye çalışmadığı için hastanın düşüp yaralanması şeklinde gerçekleşen olayda sağlık mesleği mensuplarının TCK m. 88'den cezai sorumlulukları söz konusu olup, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi neticesinde TCK m. 87'deki netice sebebiyle ağırlaşmış hallerin oluşması halinde uzlaştırma hü-

çıkışına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

- 26 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun 12. maddesine göre; “Hastaneler, sağlık ocaklarından veya sağlık merkezlerinden veya diğer hastanelerden gönderilen veya durumları acil müdahaleyi icap ettiren veya 13 üncü madde hükümlerine göre mürracaat eden hastaları ayakta veya yatarak tedavi etmek ve uhdelere verilen koruyucu ve sosyal sağlık hizmetlerini yapmakla mükelleftirler. Hastanelerdeki sağlık personeli sağlık ocakları ve sağlık merkezleri personelinin mesleki tekamülüne de yardım ederler”.
- 27 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 175-176; Koca, Üzülmaz, s. 187-188; Tezcan, Erdem, Önok, s. 147; Sevük, s. 158; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 164.
- 28 Hakeri, s. 485; Gökcan, s. 647- 648; Şatır, s. 331- 332; Ümit, s. 219- 220.
- 29 Akbulut, Aksan, s. 84; Değirmenci, s. 167; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

kümüleri uygulanmaz. Örneğin, ortopedi uzmanı olan hekimin ameliyat etmek için hastaneye yatırdığı kolunda kırık olan hastanın babasından, hukuka aykırı menfaat sağlamak amacıyla para istemesi, hasta yakının parayı ertesi gün getirebileceğini söylemesi nedeniyle ameliyatı da parayı alana kadar bekletmesi, fakat ameliyata geç kalındığı için hastanın kolunun kesilmesi şeklinde oluşan kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunda TCK m. 87/2-b'deki hal olduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanmaz³⁰.

B. Taksirle Yaralama Suçu

Sağlık mesleği mensuplarının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdikleri davranışın neticesini öngörmeden hastanın vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması halinde 5237 sayılı TCK m. 89'daki taksirle yaralama suçu oluşur³¹. Esasında sağlık çalışanları açısından bu suçun kaynağı 'tıbbi hata' (*malpraktis*) kavramına dayanır³². Bu kişilerin ihmali, dikkatsizliği, bilgisizliği ve beceri eksikliği nedeniyle tıbbi müdahalenin yanlış veya başarısız yerine getirilmesi halinde tıbbi hataya dayalı taksirle yaralama suçu söz konusu olur³³. Örneğin, yanlış ilaç kullanımı veya yanlış tıbbi alet kullanımı nedeniyle hastanın sağlığının bozulması ya da dış hekiminin yanlışlıkla hastanın sağlam dişini çekmesi durumlarında taksirle yaralama suçu oluşur³⁴. Öte yandan sağlık mesleği mensuplarının neticeyi öngörmesine rağmen, gerçekleşmeyeceği inancıyla hareketlerini gerçekleştirmesi halinde ise bilinçli taksir söz konusudur (TCK m. 22/3)³⁵. Bu kişilerin taksirli fiillerinde hekimin pratisyen veya uzman olmasına, uzmanlık dalına, tecrübesine, çalışma koşullarına, tıbbi müdahalenin zamanına, gerçekleştirildiği mekana, hastanın ve hastalığının durumuna göre öngörme unsuru tespit edilir³⁶.

30 Gökcan, s. 630.

31 Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 294; Koca, Üzülmüş, s. 314; Sevük, s. 265.

32 Dünya Tabipler Birliği'nin, 1992 yılında gerçekleştirilen 44. Genel Kurul'da yayınladığı "Mal Practice" bildirisinin 2/a maddesinde 'tıbbi yanlış uygulama' kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar". Bkz. <https://www.ttb.org.tr/td/td59/597.html>, (17.02.2022).

33 Birtek, s. 96; Gökcan, s. 653; Şatır, s. 333- 334; Ümit, s. 225.

34 Sağlık mesleği mensubunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler nedeniyle taksirli cezai sorumluluğunun belirlenmesi bilirkişi incelemesi marifetiyle yerine getirilir. Nitekim uygulamada mahkemeler; adli tıp kurumu, üniversite hastanelerinin ilgili ana bilim dalı, Yüksek Sağlık Şurası gibi kurumlardan bilirkişi raporu isteyebilir. Ancak Yüksek Sağlık Şurası ile adli tıp ihtisas dairesinin bilirkişi raporları arasında çelişki olması halinde adli tıp genel kurulundan görüş alınmaktadır.

35 5237 sayılı TCK'nın 22'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Bu durumda verilecek ceza birinden yarısına kadar artırılır".

36 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 460- 461; Gökcan, s. 652; Birtek, s. 86; Şatır, s. 335.

Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlıdır. Ancak bu suç bilinçli taksirle işlenirse şikâyete tabi olmayıp, re'sen soruşturulur (TCK m.89/5)³⁷. CMK m. 253'te taksirle yaralama suçu sayıldığı için suçun hem basit taksirle hem de bilinçli taksirle işlenen hali uzlaştırma kapsamındadır³⁸. Örneğin, hekimin ameliyat esnasında hastanın vücudunda cisim unutması³⁹, diş hekiminin çekilen dişin kökünü çıkartmaması⁴⁰ veya yanlış ilacı reçete etmesi nedeniyle hastanın sağlığının bozulması olaylarında gerçekleşen basit taksirle yaralama suçu uzlaştırma kapsamındadır. Öte yandan hijyen kurallarına uyulmaması nedeniyle steril olmayan eldivenle yapılan ameliyat neticesinde hastanın enfeksiyon kaparak sağlığının bozulması veya hekimin ameliyata alkollü girmesi nedeniyle hastanın gereksiz kan kaybetmesi şeklinde gerçekleşen bilinçli taksirle yaralama suçu da uzlaştırma kapsamındadır⁴¹.

Sağlık mesleği mensubunun, hastaya karşı gerçekleştirdiği fiil neticesinde taksirle yaralama suçunun TCK m. 89'un ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış halleri veya dördüncü fıkradaki daha ağır ceza

37 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 326-327; Koca, Üzülmmez, s. 319; Tezcan, Erdem, Önok, s. 301; Sevik, s. 278-279; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 240.

38 Hakeri, s. 505-506; Akbulut, Aksan, s. 93; Değirmenci, s. 165; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 158; Çetintürk, s. 471; Aşık, s. 50.

39 "Devlet hastanesinde hemşire olan sanıkların, genel cerrahi uzmanı K'in mağdurun karnında unuttuğu iki adet pensi, ameliyat öncesi ve sonrasında sayarak kontrol etmemekten ibaret olan eylemlerinin taksirle yaralama olduğu..." (Yarg. 4. CD., 2008/16170 E., 2008/2316 K., 19.12.2008 T.).

40 "Katılan üst çene protezini yaptırmak maksadıyla 06.06.2012 tarihinde sanığa başvurduğu, sanık ve katılanın, alt çene protezinin de üst çene protezi ile birlikte yapılmasına karar vermeleri üzerine tedaviye başlanarak, aynı gün planlama neticesinde alt çeneden iki diş, 08.06.2012 tarihinde üç diş, 11.06.2012 tarihinde yapılan muayene neticesinde sol alt çenedeki üç numaralı dişin çürük olduğu ve çekilmesi gerektiği hususunda, sanık hekim tarafından katılan hastaya bilgi verildiği, bu çekim esnasında sol alt çenede üç numaralı dişe komşu dişler olan dört ve beş numaralı dişlerin sallandığı ve yapılacak proteze sıkıntı çıkarmaması maksadıyla çekildiği, yapılan çekim esnasında bu dört ve beş numaralı dişlerin kırılarak köklerinin çene kemiğinde bırakıldığı somut olayın Kurulca radyolojik grafiğin incelenmesinde sol alt dört ve beş numaralı dişlerin çekilmiş olduğu ve bu dişlere ait köklerin çıkartılmadığının tespit edildiği, diş hekimi olan sanığın kalan diş köklerinin çıkartmaması ve çıkartılması için Diş Hekimliği Fakültesi Cerrahi Kliniğine veya çene cerrahisi olan bir merkeze yönlendirmemesinin bir eksiklik olduğuna" (Yarg. 12. C.D., 2016/11906 E., 2018/12451 K., 19.12.2018 T.).

41 "TCK'nın 89/5. maddesine göre, bilinçli taksirle yaralama suçunun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının, aynı Kanunun 89/1. maddesindeki yaralanma hali hariç olmak üzere, şikâyete tabi olmadığı, ancak bu suçun şikâyete tabi olsun veya olmasın bütün hallerinin CMK'nın 253/1. maddesi gereğince uzlaşmaya tabi olduğu, soruşturma aşamasında usulüne uygun uzlaştırma işlemi yapılmadan kamu davasının açıldığı, mahkemenin de belirtilen eksikliği gidermediği anlaşılmakla, 5271 sayılı CMK'nın uzlaşma başlıklı 253 ve 254. maddelerinde düzenlenen uzlaşma hükümleri uygulanıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 12. CD., 2016/10273 E., 2018/6979 K., 21.06.2018 T.).

verilmesini gerektiren nitelikli hali oluşabilir⁴². Bu hallerde suç şikayete tabi olmamakla birlikte CMK m. 253/1-b.2'de taksirle yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 89'daki hallerin tamamı uzlaştırma kapsamında sayıldığı için taksirle yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri ile dördüncü fıkradaki nitelikli hali de uzlaştırma kapsamındadır⁴³. Örneğin, ortopedi uzmanı hekimin muayenede hastanın bacağındaki tendon kesisini fark etmemesi nedeniyle yarayı dikiş atarak kapatması sonucunda hasta sakat kalmıştır. Bu olayda taksirle yaralama suçunun TCK m. 89/3-b'deki netice sebebiyle ağırlaşmış hali işlenmiş olup, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁴.

C. Tehdit Suçu

Sağlık mesleği mensubunca, hastanın kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit edilmesi şeklinde gerçekleştirilen tehdit suçunun TCK m. 106/1'in birinci cümlesinde düzenlenen hali re'sen soruşturulur. Bu fıkra CMK m.253/1-b.3'de sayılan suçlardan olduğu için şikâyet tabi olmamasına rağmen uzlaştırma kapsamındadır⁴⁵. Örneğin, hekimin muayene esnasında tartıştığı hastasını öldüreceğini söylemesi şeklinde gerçekleşen tehdit suçunun TCK m. 106/1'in birinci cümlesindeki haline ilişkin dosyada uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Sağlık mesleği mensubunca tehdit suçunun TCK m. 106/1'in ikinci cümlesinde düzenlenen; hastayı malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağın-

42 5237 sayılı TCK m. 89/2-3'e göre; "(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır".

43 Akbulut, Aksan, s. 90; Değirmenci, s. 167; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

44 "Katılan ...'e olay günü Özel Medisina Hastanesi'nin plastik cerrahi bölümünde sanık doktor... tarafından burun estetiği ameliyatı yapıldığı, müdahale sonrası katılına sağ kalçadan sanık hemşire tarafından iğne yapıldığı, iğne yapılır yapılmaz bacağına ağrı ve güç kaybı oluştuğu, ertesi gün sanık doktor ...'e durumu anlattığında sanığın bu gibi durumlarda biraz ağrı sızı olur dediği, yürüyemez duruma gelince başka doktorlara gittiği, burada muayene sonucunda yanlış yapılan iğnenin sinirleri öldürdüğü, sakat kaldığı kendisine iğne yapan hemşire ve ilacı yazan doktorun gerekli dikkat ve ihtimamı göstermediği..." (Yarg. 12. C.D., 2019/6990 E., 2020/5135 K., 13.10.2020 T.). Yargıtay kararına konu olan bu olayda taksirle yaralama suçunun TCK m. 89/3-b'deki netice sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmiştir. Bu durumda CMK m. 253/1-b.2 uyarınca söz konusu olayda uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

45 Akbulut, Aksan, s. 93; Değirmenci, s. 427; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 471; Aşık, s. 50.

dan veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit etmesi şeklinde gerçekleştirilen halinin soruşturulması ve kovuşturulması ise şikâyeteye tabidir. Tehdit suçunun bu hali şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır. İfade edelim ki, tehdit suçunun bu hali şikâyeteye tabi olmasaydı bile TCK m. 106/1, CMK m. 253/1’de sayılan suçlardan olduğu için uzlaştırma hükümleri yine uygulanırdı. Örneğin, hastayla tartışan hemşirenin tartışma esnasında hastanın arabasını yakacağını söylemesi şeklinde gerçekleşen tehdit suçunun TCK m. 106/1’in ikinci cümlesindeki haline ilişkin dosyada uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Tehdit suçunun TCK m. 106/2’de düzenlenen daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri uzlaştırma kapsamında değildir⁴⁶. Zira bunlar, şikâyeteye tabi olmadığı gibi CMK m. 253’teki katalog suçlar arasında da sayılmamıştır. Bu nedenle sağlık mesleği mensubunca hastaya karşı gerçekleştirilen tehdit suçuna ilişkin fiiller, TCK m. 106/2 kapsamında ise uzlaştırma hükümleri uygulanmaz. Örneğin, hekimin silahla veya birden fazla hekimin bir araya gelerek hastayı tehdit etmesi halinde TCK m. 106/2’deki tehdit suçunun nitelikli hali olduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

D. Hakaret Suçu

Hastanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya bunu sövmek suretiyle gerçekleştiren sağlık mesleği mensubunun TCK m. 125’te düzenlenen hakaret suçundan cezai sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁷. Bu suçun birinci fıkrada düzenlenen temel halinin soruşturulması ve kovuşturulması TCK m. 131/1 gereği mağdurun şikâyetine bağlıdır. Suçun bu hali şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır⁴⁸. Örneğin, dış hekiminin muayene esnasında hastasına ‘akıl hastası’ şeklinde bağırmasıyla gerçekleşen hakaret suçunun temel haline ilişkin olayda uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁹.

46 5237 sayılı TCK m. 106/2’ye göre; “Tehdidin; a) Silahla, b) Kişinin kendisini tanınamayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak, işlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

47 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Özel Hükümler, s. 506; Koca, Üzülmüş, s. 544; Tezcan, Erdem, Önok, s. 641; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 498.

48 Akbulut, Aksan, s. 94; Değirmenci, s. 427; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Tezcan, Erdem, Önok, s. 684; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

49 “Olay günü adli bir olay nedeniyle doktor raporu alınarak üzere görevli polis memurları M.. Ç.. ve Ö.. D.. tarafından müşteki S.. A..’nın Divriği Devlet Hastanesi’ne getirildiği, görevli doktor olan sanığın müşteki Selami’den muayene amacıyla elbiselerini çıkarmasını istediği, müşteki Selami’nin soyunmak istememesi üzerine müştekinin ifadesine göre sanığın kendisine “ya bu polisler senin ...ne cop soktuysa” dediğini beyan etmiş ise de; dosya kapsamına göre iddia edilen sözlerin söylenmesinin doktorun görevini yapmasının gereği olduğu , suç

TCK m. 125/3'te düzenlenen suçun nitelikli hallerinden (a) bendindeki kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret haricindeki hallerin tamamı şikâyete tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret ise şikâyete tabi olmadığı gibi CMK m. 253'te katalog halde sayılan suçlardan da olmadığı için uzlaştırma kapsamında değildir⁵⁰. Sağlık mesleği mensubunun hastanede görev yapan diğer personele görevinden dolayı hakaret etmesi halinde TCK m. 125/3-a'daki hakaret suçunun nitelikli hali gerçekleşecek olup, uzlaştırma hükümleri uygulanamaz⁵¹. Öte yandan sağlık mesleği mensubunun hakaret suçunun diğer nitelikli hallerini işlemesi halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin, acil serviste görev yapan pratisyen hekimin hastanın mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret etmesi şeklinde gerçekleşen hakaret suçunun TCK m. 125/3-c'deki nitelikli hali şikâyete tabi olup, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Hakaret suçunun daha ağır cezayı gerektiren diğer bir nitelikli hali ise TCK m. 125/4'te düzenlenen hakaretin alenen işlenmesidir. Örneğin, hemşirenin

işlemek bilinç ve iradesiyle hareket etmediği, dolayısıyla sanığa atılı suçun yasal unsurları itibarıyla oluşmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 2. CD., 2011/2024 E., 2012/44125 K., 17.10.2012 T.). Kanaatimizce Yargıtay kararına konu olayda hastanın şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil isnadı gerçekleştiği için hakaret suçu oluşmuştur. Dosya kapsamına göre iddia edilen sözlerin söylenmesi doktorun görevi kapsamında değildir. Bu nedenle somut olayda hakaret suçu olduğu için uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

50 "TCK'nın 125/3-a maddesinin açık anlatımına göre hakaret suçundan verilecek cezanın artırılarak uygulanabilmesi için kamu görevlisine karşı ve görevinden dolayı işlenmesi zorunludur. Tokat Vali X1 Devlet Hastanesi Acil Servisinde acil servis hekimi olarak görev yapan mağdur K1 ve hemşire olarak görev yapan mağdur K2'nin kamu görevlisi olduklarına kuşku bulunmamaktadır ancak bu husus tek başına cezanın artırılması için yeterli olmayıp suçun mutlaka görevden dolayı işlenmesi gerekmektedir. Buna göre hakaretin salt kamu görevlisine yöneltilmesi yeterli değildir ayrıca eylem kamu görevlisinin kanun ve diğer mevzuattan kaynaklanan görevinin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi nedeniyle işlenmesi gerekir. Bu nedenle kamu görevlisinin görevi ile hakaret teşkil eden eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Aksi halde TCK'nın 125/3-a maddesi değil 125/1. madde fıkrası hükmü uygulanacaktır. Kamu görevlisinin görevi sırasında hakaret edilse bile görevinden dolayı hakaret edilmemiş ise bu artırım nedeni uygulanmayacaktır (Samsun BAM, 6. CD., 2018/1423 E., 2019/614 K., 07.03.2019 T.).

51 "Kahramanmaraş Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi başhekimisi olarak görev yapan katılanın, tayini çıkan ve aynı hastanede doktor olan sanığın tebliğ için odasına çağırıldığı ve sanığın katılanla görüşükten sonra odadan çıkıp sekreter odasına geçtiği sırada telefonuyla görüşürken hakaret içeren sözler sarf ettiği olayda, sanığın katılanı kast ederek hakarete bulunmadığını savunması, katılanın C. Savcılığında sanığın kimi kastettiğini bilmediğini ve olay tanıklarının da sanığın katılanın ismini zikretmediğini beyan etmeleri karşısında, sanığın hangi gerekçelerle katılana yönelik hakarete bulunduğu karar yerinde tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 2. CD., 2011/27229 E., 2013/8103 K., 15.04.2013 T.); Yargıtay kararına konu olan olayda hakaret suçunun oluştuğunun tespit edilmesi halinde, mağdur başhekime görevinden ötürü diğer bir hekim tarafından hakaret edildiği için TCK m. 125/3-a'daki nitelikli hal oluşur. Bu nedenle somut olayda uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir.

poliklinik önünde bekleyen diğer hastaların içinde bir hastaya hakaret etmesi şeklinde gerçekleşen TCK m. 125/4'teki hakaret suçunun alenen işlenmesine ilişkin hal şikâyeteye tabi olup, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Hakaret suçunun haksız fiil nedeniyle, kasten yaralama suçuna tepki olarak veya karşılıklı olarak işlenmesini düzenleyen TCK m. 129'daki halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilirliğini tespit etmek için ayırım yapılması gerekir. İlki, sağlık mesleği mensubunun haksız fiile veya kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret etmesi halleri şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir. İkincisi, hasta ile sağlık mesleği mensubunun karşılıklı olarak birbirine hakaret etmesi halinde, sağlık mesleği mensubunun hakareti açısından şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanabilir. Ancak hastanın hakaret fiilleri, kamu görevlisine görevinden dolayı gerçekleştirildiği için şikâyeteye tabi olmayıp uzlaştırma hükümleri uygulanamaz (TCK m. 131/1)⁵².

E. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu

Sağlık mesleği mensuplarının, hastaların özel hayatlarını ihlal etmeleri neticesinde TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşur. Örneğin, hekim tarafından hastanın özel hayatına ilişkin bilgilerin başkasına açıklanması halinde bu suç oluşur⁵³.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun soruşturulması ve kovuşturulması TCK m. 139 gereği mağdurun şikâyetine bağlıdır (TCK m. 134/1). Ayrıca sağlık mesleği mensubunun, hastanın özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kayda alması, bunları hukuka aykırı olarak ifşa etmesi veya ifşa edilen bu verileri basın ve yayın yoluyla yayımlanması suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturur (m. 134/1 ikinci cümle, m. 134/2). Belirtilen hallerinde soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine tabidir (m. 139). Bu suçun hem temel hali hem de daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır⁵⁴. Örneğin Yargıtay kararına yansıyan bir olayda, devlet hastanesindeki nöbetçi doktor, hastadan idrar tahlili yaptırmasını istedikten sonra peşinden giderek bayanlar için tahsis edilmiş tualete giren mağduru, yan tarafta bulunan erkek tuvalet kabini içindeki engelli tutunma demirine çıkarak telefonuyla kayıt alması şeklinde gerçekleşen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali uzlaştırma kapsamındadır⁵⁵. Ancak söz

52 Akbulut, Aksan, s. 94; Değirmenci, s. 431; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

53 Tezcan, Erdem, Önok, s. 512; Koca, Üzülmüş, s. 620.

54 Akbulut, Aksan, s. 95; Değirmenci, s. 427; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 42; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

55 Yarg. 12. C.D., 2015/2635 E., 2635/15992 K., 21.10.2015 T.

konusu olayda aynı zamanda cinsel taciz suçu işlenmiş olup, TCK m. 44 uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak yalnızca en ağır cezayı gerektiren özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ceza verilmiştir.

Kamuda çalışan sağlık mesleği mensupları cezai yargılama açısından TCK m. 6/1-c uyarınca kamu görevlisidir. Bu kimselerin, hastaların veya meslektaşlarının özel hayatlarına ilişkin bilgileri görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak ihlal etmeleri halinde TCK m. 137/1-a'daki, mesleklerinin verdiği kolaylıktan yararlanmak suretiyle ihlal etmeleri halinde ise TCK m. 137/1-b'deki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali oluşur. Söz konusu hallerde bile suçun soruşturulması TCK m. 139 gereğince şikâyeteye tabidir. Dolayısıyla kamuda çalışan sağlık mesleği mensubu görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak veya mesleklerinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle hastanın veya meslektaşlarının özel hayatını ihlal etmesi halinde oluşan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali uzlaştırma kapsamındadır⁵⁶. Örneğin, hastaya karşı işlenen bir suç dolayısıyla dosyaya bilirkişi olarak atanan hekimin, hastanın dosyada yer alan özel hayatına ilişkin görüntü ve ses kayıtlarını yayınlaması için basın mensubuna vermesi halinde gerçekleşen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali uzlaştırma kapsamındadır. Ayrıca özel kurumlarda çalışan sağlık mesleği mensuplarınca özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunun işlenmesi halinde, suçun temel hali oluşur. Bu halde şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır.

Hastaya ilişkin bilgilerin 6698 sayılı Kanunun m. 3/1-d kapsamında kişisel veri olması halinde, sağlık mesleği mensuplarınca bu tür bilgilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesiyle TCK m. 135'teki kişisel verilerin kaydedilmesi suçu; hukuka aykırı olarak bir başkasına vermesi, yayması veya ele geçirmesi

56 "Adnan Menderes Üniversitesi Kardiyoloji Servisinde faaliyet yürüten temizlik şirketinde temizlik elemanı olarak çalışan sanığın, mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak hemşire odasına yerleştirdiği cep telefonunun görüntü kaydetme özelliğini açarak şarj oluyor görüntüsü ile kıyafetini değiştiren kişileri kaydedebilecek şekilde odaya bıraktığı, soyunma odasına gelip kıyafetini değiştirmekte olan katılan mağdurenin görüntülerini bu şekilde kaydettiği, hastane personeli arasındaki duyurular üzerine sanığın cep telefonunu yine aynı odada inceleyen başka bir çalışanın görüntüleri izlemesi üzerine sanığın cep telefonunda mağdurenin görüntüleri bulunduğu tespit edildiği olayda, mağdurenin, çıplaklık gibi fiziksel mahremiyetini içeren görüntülerini kaydeden sanığın, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden sanık müdafinin, sanığın suçu kabul ettiğine, pişman olduğuna ve cezasının paraya çevrilmesi gerektiğine ilişkin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir" (Yarg. 12. CD., 2013/8861 E., 2014/156 K., 13.01.2014 T.). Yargıtay kararına konu olayda sanık, hemşire odasına yerleştirdiği telefon ile mağdurenin mahremiyetini ihlal eden görüntüleri kaydetmek suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemiştir. Mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu tür fiiller gerçekleştirildiği için suçun TCK m. 137/1-b'deki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşmuştur. Suçun nitelikli halleri TCK m. 139 uyarınca şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

halinde ise TCK m. 136'daki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu oluşur⁵⁷. Bu tür fiillerin kamuda çalışan sağlık mesleği mensuplarınınca gerçekleştirilmesi halinde, TCK m. 137/1-a uyarınca suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri oluşur. Kişisel verilere ilişkin suçların temel halleri ve nitelikli halleri TCK m. 139 uyarınca şikâyeteye tabi değildir. Aynı zamanda bu suçlar, CMK m. 253/1'de sayılan katalog suçlardan arasında da sayılmamaktadır⁵⁸. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarınınca gerçekleştirilen fiillerin kişisel verilere ilişkin suçları oluşturmaması halinde, uzlaştırma hükümleri uygulanmaz.

Bu suçun TCK m. 137/1-b'deki diğer nitelikli hali ise, suçun belli meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesidir. Sağlık mesleği mensuplarının görevlerinin verdiği kolaylıktan yararlanmak suretiyle kişilerin özel hayatını ihlal etmesi halinde bu nitelikli hal oluşur. Suçun bu hali de TCK m. 139 uyarınca şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır. Örneğin, sağlık ocağında hasta kabul görevlisi olarak çalışan sanığın hastaların kullandığı el yıkanan lavaboya kamera yerleştirerek hastaları kayıt altına almasını özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun TCK m. 137/1-b'deki nitelikli halini oluşturduğuna karar verilmiştir. Burada da hasta kabul görevlisi ile mağdur hasta arasında uzlaştırma işlemlerinin yapılması gerekir.

F. Güveni Kötüye Kullanma Suçu

Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden sağlık mesleği mensuplarının TCK m. 155'te dü-

57 “Bir devlet hastanesinin bilgi işlem biriminde çalışan sanık ...’nin, aynı hastanede tedavi gören ve kayıvalıdesi olan katılana ait hasta bilgi formu ile röntgen filmini, katılanı vücudunda kemik kırığı oluşacak şekilde kasten yaralayıp, onu tehdit ettiği iddiasıyla açılan ve Adana 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/442 esasına kayden görülmekte olan davanın 07.11.2013 tarihli duruşmasında, mahkemeye delil olarak sunduğu olayda; gerektiğinde ilgili hastaneden mahkemeye temin edilebilecek nitelikteki belge örneklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir delil bulunmayan sanığın, katılanın ayağında mevcut olan kırığın onu darp etmesinden kaynaklanmadığına, katılanın daha önce temizlik yaparken ayağının kırıldığına dair açıklamalarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında beraat kararı verilmesine ilişkin yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş; sanığın, katılanın sağlık durumuna ilişkin kişisel veri niteliğindeki tıbbi belgeleri ele geçirip mahkemeye sunmasından dolayı iddianamede TCK’nın 134/1. madde ve fıkrasındaki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak nitelendirilen eylemin, iddianame anlatımı gözetilerek TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir” (Yarg. 12. C.D., 2017/3928 E., 2018/3190 K., 21.03.2018 T.). Yargıtay kararına konu olan olayda TCK m. 136’daki verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçu oluşturduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

58 Akbulut, Aksan, s. 95; Değirmenci, s. 431; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 50; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474.

zenlenen güveni kötüye kullanma suçundan cezai sorumluluğu bulunmaktadır⁵⁹. Suçun temel hali şikâyeteye tabi olduğu için uzlaştırma kapsamındadır.

Sağlık mesleği mensuplarına meslekleri nedeniyle malın zilyetliğinin devredilmesi halinde güveni kötüye kullanma suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşur (TCK m. 155/2). Bu hal şikâyeteye tabi olmamasına rağmen CMK m. 253/1-b'de hariç tutulmadığı için uzlaştırma kapsamındadır⁶⁰. Örneğin, özel hastanede görev yapan uzman hekimin 368 adet hasta dosyasını, 100 adet kırmızı reçeteyi, 100 adet yeşil reçeteyi hastaneden ayrılırken bir koli içerisinde yanına alıp evine götürmesi şeklinde gerçekleşen olayda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşur⁶¹. Benzer şekilde böbreğinin kardeşine nakledilmesi için hekime teslim edilmesine rağmen, hekimin böbreği kendi babasına nakletmesi olayında da güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali gerçekleşir⁶². Her iki örnekte meslek ilişkisinden kaynaklanan güvenin kötüye kullanılmasından ötürü suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali söz konusudur. Ancak bu hal, CMK m. 253'te sayıldığı için uzlaştırma kapsamındadır.

II. Uzlaştırma Süreci

A. Genel Açıklamalar

Devlet kurumunda çalışan sağlık mesleği mensuplarının görevlerinin ifası nedeniyle işledikleri suçlardan kaynaklı dosyalarda uzlaştırma işlemlerine başlanabilmesi için 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince bağlı bulundukları kurumdan soruşturma izni alınması gerekir. İşlenen suç uzlaştırma kapsamında olsa bile, bu izin alınmadan dosya uzlaştırma bürosuna gönderilemez⁶³. Ancak burada görev nedeniyle işlenen suç ile görev sırasında işlenen suç ayrımına dikkat edilmesi gerekir. İlkinde soruşturma izni gerekirken, ikincisinde buna gerek olmadan soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. Örneğin,

59 Koca, Üzülmüş, s. 789; Tezcan, Erdem, Önok, s. 844; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 693.

60 Akbulut, Aksan, 127; Değirmenci, s. 203; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 44; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 50.

61 “Sanığın suç tarihinde ... Üniversitesi ... Hastanesinde uzman doktor olarak görev yaparken, 01/09/2005 tarihinde görevinden ayrıldığı, 368 adet hasta dosyası, 100 adet kırmızı reçete, 100 adet yeşil reçeteyi hastaneden ayrılırken bir koli içerisinde yanına alıp evine götürdüğü, katılan kurumun şikâyeti üzerine sanığın ev ve iş yerinde yapılan aramada söz konusu hasta dosyası ve reçetelerin ele geçtiği iddia edilen olayda, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir” (Yarg. 23. CD., 2015/2328 E., 2015/3233 K., 06.07.2015 T.).

62 Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Cilt 4, Ankara, 2010, s. 4519; Hasan Elmalıca, Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 122.

63 Akbulut, Aksan, s. 127; Değirmenci, s. 203; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 155; Çetintürk, s. 474; Aşık, s. 46.

devlet hastanesinde çalışma saatleri içerisinde bir doktorun, hastasına hakaret etmesi görevin ifası sebebiyle olmadığı için soruşturma izni alınması gerekmez. Bu durumda genel hükümlere göre soruşturma yürütülerek, dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekir. Buna karşılık hemşirenin hatalı iğne yapması nedeniyle hastanın fiziksel olarak zarar görmesi şeklinde görev nedeniyle işlenen suç olduğu için soruşturma izni alınması gerekir. Öte yandan özel kurumlarda çalışan sağlık mesleği mensuplarının görevleri nedeniyle işledikleri suçlar, 4483 sayılı Kanun'daki izin prosedürüne tabi değildir⁶⁴.

Uzlaştırmanın koşullarının gerçekleşmesiyle birlikte soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaştırma bürosunda otomatik tevzi esasına göre dosyaya uzlaştırmacı atanır. Uzlaştırmacı taraflara öncelikle uzlaştırma teklifinde bulunur. Tarafların uzlaştırma teklifini kabul etmeleri müzakere sürecini başlatma istekleri anlamına gelip, uzlaştırmanın sağlandığını göstermez. Uzlaştırma teklifinin kabul edilmemesi halinde ise uzlaştırma raporu hazırlanmayıp, dosyayla birlikte reddedilen uzlaştırma teklifi uzlaştırma bürosuna teslim edilir⁶⁵. Uzlaştırmacının, dosyanın örneği kendisine verildikten sonra en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırması gerekir. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir (CMK m. 253/12)⁶⁶.

Uzlaştırma teklifinin kabul edilmesinden sonra uzlaştırmacı, sağlık mesleği mensubu ve hastayla aynı anda veya farklı zamanlarda edimin belirlenmesi amacıyla görüşmeler yapar. Bunun neticesinde taraflar özgür iradeleriyle hukuka ve ahlaka uygun bir edim belirlerse, uzlaştırma raporu tarafların uzlaştıkları yönünde hazırlanır. Ancak tarafların edim üzerinde anlaşmaya varamaması halinde, uzlaştırma raporu tarafların uzlaşamadıkları yönünde hazırlanır. Bundan sonra dosya ve uzlaştırmaya ilişkin belgeler uzlaştırma bürosuna teslim edilir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının, kovuşturma evresinde ise mahkemenin raporu onaylamasıyla uzlaştırma işlemleri tamamlanır⁶⁷.

64 Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 439-440; Erdem, Tezcan, Önok, s. 1217; Gökcan, s. 598; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 12'nci maddesine göre; "Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılır".

65 Uzlaşma teklifinin reddedilmesinden sonra hüküm verilinceye kadar sanık ile mağdur, katılan veya suçtan zarar görenin kendi aralarında uzlaşma rapor örneğine uygun şekilde hazırlayacakları uzlaşma belgesiyle anlaşılabilir (CMUY m. 26).

66 Akbulut, Aksan, s. 45; Değirmenci, s. 252; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 91- 92; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 262- 263; Çetintürk, s. 498- 499.

67 Akbulut, Aksan, s. 220; Değirmenci, s. 298; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 291; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 262- 263; Çetintürk, s. 498- 499; Aşık, s. 89.

B. Uzlaştırma Teklifi ve Müzakerelerin Yapılması

Uzlaşma teklifi, soruşturmaya veya kovuşturmaya konu suçun uzlaştırma kapsamında olması ve dosyanın uzlaştırmacıya gönderilmesi halinde uzlaştırmacı tarafından şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören veya da kanuni temsilcilerine uzlaşmanın mahiyetinin, uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçlarının anlatılarak uzlaşmak isteyip istemediğinin sorulmasıdır⁶⁸.

Uzlaştırma teklifi, uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı tarafından yapılır. Teklifin yapılmasında taraflar arasında herhangi bir sıra bulunmamaktadır. Bu nedenle uzlaştırma teklifi öncelikle mağdur hastaya veya şüpheli/sanık sağlık mesleği mensubuna yapılabilir. Uzlaştırma teklifi kural olarak yüz yüze yapılır. Ancak tarafların başka yerde oturmaları veya uzlaştırmacının taraflara ulaşamaması halinde CMUY m. 29/3'teki imkânlardan yararlanılabilir⁶⁹. Buna göre, uzlaştırmacı uzlaştırma teklifini büro aracılığıyla açıklamalı tebligat, istinabe ve SEGBİS yöntemleriyle de yapabilir⁷⁰. Örneğin, olaydan sonra başka ile taşınan hemşireye yapılacak olan uzlaştırma teklifi açıklamalı tebligat yoluyla yapılabilir.

Taraflardan birinin uzlaşma teklifini reddetmesi halinde ayrıca diğerine uzlaşma teklifinde bulunulmaz⁷¹. Usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma hakkının ihlalini önlemek adına taraflardan birinin uzlaşma teklifini reddetmesi halinde vakit geçirmeksizin dosyanın uzlaştırma bürosuna teslim edilmesi ve soruşturmanın sonuçlandırılması gerekir. Örneğin, uzlaşma teklifini sağlık mesleği mensubunun reddetmesi halinde, ayrıca hastaya uzlaşma teklifinde bulunulması gerekmez. Ancak uygulamada taraflardan biri uzlaştırma

68 Akbulut, Aksan, s. 173; Değirmenci, s. 240; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 91; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 193; Çetintürk, s. 498; Aşık, s. 80.

69 "CMK'nın 253. maddesinin dördüncü fıkrasında, büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacının, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacağı, uzlaştırmacının, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabileceği düzenlenmiş, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde teklifi reddetmiş sayılacağı belirtilmiştir. Eğer uzlaştırmacı taraflara ulaşamamış ise ancak açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla uzlaşma teklifinde bulunabilecektir. Uzlaştırmacının tarafların bulunduğu yerdeki uzlaştırma bürosuna talimat yazma hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Uzlaştırmanın yargı işlemi niteliğinde olduğu nazara alındığında anılan fıkra söz konusu edilen açıklamalı tebligat, kazai mercilerce yapılacak tebligatı düzenleyen 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacak olan tebligattır ve normal posta yoluyla bu işlem gerçekleştirilemeyecektir. Açıklamalı tebligat ya da istinabe işlemi ancak uzlaştırmacıya görev veren uzlaştırma bürosu aracılığıyla yerine getirilebilecektir" (Yarg. 4. C.D., 2021/30882 E., 2021/30045 K., 22.12.2021 T.).

70 Değirmenci, s. 253; Akbulut, Aksan, s. 169; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 95; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 196; Çetintürk, s. 521- 522; Aşık, s. 79.

71 Akbulut, Aksan, s. 92; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 125; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 197; Çetintürk, s. 490.

teklifini reddetmesine rağmen diğer tarafa da uzlaştırma teklifinin yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷².

Uzlaştırmacı; şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Bu kişilerin reşit olmaması ya da kısıtlı olması hâli ile mağdur veya suçtan zarar görenin ayırt etme gücü bulunmaması durumunda, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır (CMK m. 253/4; Yönetmelik m. 29/1)⁷³. Örneğin, hemşirenin hakaret ettiği hastanın 18 yaşından küçük olması halinde, uzlaşma teklifi mağdur hastanın kanuni temsilcisine yapılır. Ayrıca gerçek kişilerde doğrudan avukata uzlaşma teklifi yapılamaz⁷⁴. Bu nedenle sağlık mesleği mensubunun veya hastanın avukatıyla uzlaştırma teklif işleminin yapılabilmesi mümkün değildir.

Uzlaştırma süreci taraflara uzlaşma teklifinin yapılmasıyla başlar ve tarafların özgür iradeleriyle bu teklifi kabul etmeleri halinde müzakere aşamasına geçilerek devam eder⁷⁵. CMK m. 253/13 uyarınca uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Esasen uzlaştırma doğrudan mağdur ile fail arasında olmakla birlikte taraflardan biri kendi menfaatlerini korumak adına avukat tayin etmişse uzlaştırma sürecine avukat da katılabilir. Böyle bir durumda müdafî/vekilin vekâletnamede uzlaşma konusunda yetkisinin olup olmadığına bakılmalıdır. Vekâletnamede uzlaşmaya ilişkin özel yetki bulunmamakta ise avukat müza-

72 “...6763 sayılı yasa, CMK’nın 253. maddesinde öngörülen uzlaşma usulünü bir adım daha öteye taşıyarak sıra gözetmeksizin tüm taraflara uzlaşma teklifinde bulunulmasını zorunlu hale getirmiştir. 6763 sayılı yasa özelinde konu incelendiğinde, yasa koyucu her iki tarafa da uzlaşmanın mahiyeti ve hukuki sonuçlarını anlatılmasını, her iki tarafın da uzlaştırma işlemlerinin yapılmakta olduğundan haberdar edilmesini, zorunlu şartlar dışında birbirleri ile görüşülerek müzakere ortamı yaratılmasını ve bunun sonrasında uzlaşmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmasını amaçlamış olup uzlaştırma işlemlerinin yapılmakta olduğunu haber alan sanığın, uzlaşmak istemeyen mağduru, tazminat veya sair edimlerle ikna etme imkânından; mağduru da suç nedeniyle uğradığı zarardan kısmen veya tamamen kurtulma imkânından yoksun bırakılmaları; dolayısıyla uyumsuzluğun barışçı yollarla giderilmesi yönteminden sarf-ı nazar edilmesi yasanın amacına ve ruhuna aykırıdır” (Bursa BAM 6. CD., 2017/151 E., 2017/152 K., 23.11.2017 T.).

73 Akbulut, Aksan, s. 159; Değirmenci, s. 216- 217; Çetintürk, s. 470; Aşık, s. 82.

74 “Uzlaştırma Yönetmeliğinin “Uzlaşma teklifi” başlıklı 29/1. maddesine göre de, büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacının bizzat sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacağı, bu kişilerin reşit olmaması ya da kısıtlı olması hâli ile mağdur veya suçtan zarar görenin ayırt etme gücü bulunmaması durumunda, uzlaşma teklifinin kanunî temsilcilerine yapılacağı hükmü karşısında uzlaşma teklifinin bizzat tarafa yapılmasından sonra uzlaştırma müzakerelerine vekilin katılabileceği gözetilmeden doğrudan vekili ile yapılan uzlaştırma teklifi ile yetinilip uzlaştırma prosedürü uygulanmadan karar verilmesi; keza katılan vekilinin vekaletnamesinde uzlaştırma işlemleri yapma yetkisi bulunmadığı gözetilmeden beyanı uzlaştırma raporuna esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Yarg. 11. CD., 2021/15949 E., 2021/9121 K., 25.10.2021 T.).

75 Değirmenci, s. 218; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 198; Çetintürk, s. 524.

kerelere katılamaz⁷⁶. Belirtilen kişilerin haricindeki kimselerin uzlaştırma müzakerelerine katılabilmesi mümkün değildir⁷⁷.

Sağlık mesleği mensubunun veya hastanın haklı bir mazereti olmaksızın müzakerelere katılmaktan imtina etmesi hâlinde, ilgili taraf uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır (CMUY m. 31/1). Örneğin, her iki tarafta uzlaşma teklifini kabul ettikten sonra yapılacak olan görüşmelere hastanın katılmaması halinde uzlaştırma teklifini reddettiği sonucuna varılır.

Müzakereler sağlık mensubu ve hastanın bir araya gelmesiyle gerçekleştirilebileceği gibi ayrı ayrı da gerçekleştirilebilir (CMUY. 31/3). Taraflar birbirleriyle ihtilaf yaşadığı için bir araya gelmek istemeyebilir. Bu nedenle müzakerelerin ayrı ayrı yapılmasında engel bulunmamaktadır. Ayrıca bu görüşmeler mesai saati içerisinde yapılabileceği gibi mesai saati dışında da yapılabilir. Örneğin, mesai saatleri içerisinde yoğun çalışan hekim ile mesai saatleri dışında uzlaştırma müzakeresi yapılabilir.

Uzlaştırma müzakerelerinin yapılabileceği yerler Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 35'inci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, *“uzlaştırma müzakereleri adliye binalarında uzlaştırma müzakereleri için oda tahsis edilmişse bu yerlerde, kamu kurum ve kuruluşlarında bu amaçla ayrılan yerlerde, tarafların kabul etmesi şartıyla uzlaştırmacının faaliyetlerini yürüttüğü büroda, tarafların menfaatlerine uygun, kendilerini huzurlu hissedecekleri güvenli bir ortamda veya taraflarca kabul edilen bu işe uygun başka yerlerde yapılabilir”*. Örneğin, hekimin görev yaptığı hastanede müzakere yapılabilir. Benzer şekilde hasta ile hastane odasında müzakere yapılabilmesi mümkündür.

C. Edimin Belirlenmesi ve Uzlaştırma Raporunun Hazırlanması

Uzlaştırmanın en önemli gereklerinden bir tanesi mağdur veya suçtan zarar görenin tatmin edilmesini sağlamaktır. Edim maddi zararın aynen veya nakden tazminine yönelik olabileceği gibi mağdur veya suçtan zarar görenin manevi yönden tatminine de yönelmiş olabilir⁷⁸. Bu itibarla uzlaştırmada kararlaştırılan edim, mağdurun maddi ve manevi zararını kapsar⁷⁹.

76 “Katılan vekilinin vekaletnamesinde uzlaştırma işlemleri yapma yetkisi bulunmadığı gözeltmeden beyanı uzlaştırma raporuna esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması yasaaya aykırıdır” (Yarg. 11. CD., 2021/15949 E., 2021/9121 K., 25.10.2021 T.).

77 Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 211; Akbulut, Aksan, s. 47-48; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 163; Değirmenci, s. 270.

78 Akbulut, Aksan, s. 228; Değirmenci, s. 277; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 234; Çetintürk, s. 72.

79 Mağdura, zararın tazmin etmek ve korkuları azaltmak için yeterli oranda maddi ve manevi destek verilmelidir. Aynı zamanda fail, uzlaştırmayla eylemlerinin kınanabilirliğini anlamalıdır. Geleneksel bir ceza usulünün barışı sağlama etkisi uzlaştırmayla tamamlanabilir. Bkz. Ursula Schneider, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2020, kn. 1

İşlenen suçtan doğan hastanın zararlarının, mutlak bir tatmine yeter nitelikte giderilmesi aranmaz. Önemli olan tarafların özgür iradeleriyle ortak bir edim üzerinde anlaşmalarıdır. Uzlaştırma yönetmeliğinde edim olarak nelerin belirlenebileceğine dair herhangi bir sınırlama söz konusu değildir⁸⁰. Nitekim CMUY m. 33/1’ de sayılan edimler örnek mukabilindendir⁸¹. Dolayısıyla edim hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla bunların dışında başka bir şey olarak da kararlaştırılabilir. Hatta taraflar CMUY m. 33/2’e göre edimsiz olarak veya birden fazla edim türü kararlaştırarak uzlaşabilir. Özetle edimin sınırı, tarafların özgür iradeyle kararlaştırması ile hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır. Örneğin, mağdur hasta ile şüpheli sağlık çalışanı arasında CMUY m. 33/1-e’de belirtilen özür dileme edim olarak kararlaştırılabileceği gibi, yönetmelikte sayılmayan 1 ay boyunca hastane bahçesinin günde bir defa süpürülmesi de edim olarak kararlaştırılabilir.

Edimin defaten veya taksitlerle ödenmesinin kararlaştırılabilmesi mümkündür. Doktrinde uzlaşma ediminin ifasının taksitde bağlanması halinde taksit süresinin ne kadar yıla yayılabileceği meselesi tartışmalıdır⁸². Kanaatimizce, gerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının özelliklerinden hareketle taksit süresinin 5 yılı aşmaması gerekir. Zira mağdurun hayatı boyunca sürecek bir ödeme sürecinin uzlaştırma bürosu tarafından takip edilmesi mümkün değildir.

Uzlaştırma müzakereleri sonucunda sağlık mesleği mensubu ile hastanın edim üzerinde anlaşma durumlarına göre uzlaştırma raporu düzenlenir. Uzlaştırmacı tarafların edimlerini ayrı ayrı, şüphe ve tereddüde yer vermeyecek ve mümkünse sıra numarası içerecek şekilde taraf sayısından bir fazla hazırladığı raporda belirtir⁸³.

80 “Ereğli ilçesinde özel bir hastanede hemşirelik yapan ... kendisine hakaret eden hasta yakınından şikayetçi oldu. Dosyanın uzlaşma bürosuna gönderilmesi üzerine ilçedeki Gönülden Hayvan Sevenler Derneğine bağışta bulunması edimiyle taraflar arasında uzlaşma sağlandı”. Bkz. <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/> (15.10.2022).

81 Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin 33’üncü maddesinin birinci fıkrasında örnek kabilinde şu edim türleri sayılmaktadır: “a) Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi, b) Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi, c) Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunulması, ç) Mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle yerine getirilmesi, d) Topluma faydalı birey olmayı sağlayacak bir programa katılımın sağlanması, e) Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi”.

82 Erdem, Eser, Özşahinli, s. 233.

83 Değirmenci, s. 294; Çetintürk, s. 577- 578; Aşık, s. 88- 89.

Uzlaştırma raporunun taraflarca imzalanmasının ardından uzlaştırmacı, uzlaştırma raporu ve kendisine verilen diğer evrakları uzlaştırma bürosuna teslim eder. Büro, soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısına gecikmeksizin sunar (Yönetmelik m. 18/3). Soruşturmada Cumhuriyet savcısının, kovuşturmada ise mahkemenin uzlaştırma raporunu onaylaması ile rapor İİK m. 38 kapsamında ilam mahiyetine haiz belge halini alır⁸⁴.

Cumhuriyet savcısı veya mahkeme raporu veya belgeyi, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanmaması, edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması nedeniyle onaylamadığı takdirde gerekçesini rapora yazar. Edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması nedeniyle raporu onaylamaması durumunda bu Yönetmeliğin 17 nci maddesindeki süreye uyulması koşuluyla edimin değiştirilmesini uzlaştırmacıdan isteyebilir. Ancak Cumhuriyet savcısı edimi tarafların özgür iradelerine dayanmadığı gerekçesiyle reddetmişse bu ihtimalde uzlaştırma neticesiz kalmış olur ve CMK'nın 253/24 hükmü gereğince soruşturma dosyası uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından sonuçlandırılır.

Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. Burada esasen tekrar uzlaştırmacı atanması yoluyla uzlaştırma sürecinin yeniden başlatılması yasaklamak istenmiştir. Örneğin, mağdur olan hastanın soruşturma evresinde uzlaştırma teklifini reddetmesinden sonra taraflar kovuşturma evresinde uzlaşmak istediklerini, önceki iradelerinden vazgeçtiklerini söyleseler bile artık dosyaya yeni bir uzlaştırmacı atanmaz. Ancak bu aşamada tarafların kendi aralarında uzlaşma belgesiyle uzlaşması mümkündür. Nitekim CMUY'nin 19'uncu ve 26'ncı maddeleri uyarınca soruşturmada iddianame düzenleninceye kadar, kovuşturmada ise hüküm verilinceye kadar tarafların kendi aralarında uzlaşma belgesiyle anlaşmaları mümkündür. Örneğin, soruşturmada uzlaştırma teklifini reddeden sağlık mesleği mensubu ile hastanın kovuşturmada hüküm verilinceye kadar uzlaşma belgesiyle anlaşmaları mümkündür. Edimin yerine getirilmemesi halinde tıpkı uzlaştırma raporunda olduğu gibi uzlaşma belgesi de İİK m. 38 uyarınca ilam mahiyetini haiz belgelerdendir.

D. Uzlaştırma Neticesinde Verilebilecek Kararlar ve Kanun Yolu Başvurusu

Soruşturmada uzlaştırma raporunun onaylanmasından sonra uzlaştırmaya ilişkin edimini şüpheli sağlık mesleği mensubu tarafından defaten yerine ge-

84 Erdem, Eser, Özşahinli, s. 294; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 265; Çetintürk, s. 580.

tirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli sağlık mesleği mensubu hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir (CMK m. 253/19).

CMK m. 253/23 uyarınca uzlaştırma neticesinde verilen kararlara karşı kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir⁸⁵. Bu itirazla birlikte uzlaşma raporunun onaylanmasına ilişkin hukuka aykırılıklar da ileri sürülebilir⁸⁶. Örneğin, mağdur hasta uzlaştırmada kararlaştırılan edimi tehdit sonucu kabul ettiğini, özgür iradeyle hareket etmediğini belirterek itirazda bulunabilir.

Soruşturmada uzlaştırma sağlanamazsa iddianame düzenlenir. İddianameye karşı itiraz mümkün olmadığı için kovuşturmada verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulur. Bu başvuruda uzlaştırma raporunun onaylanmasına ilişkin hukuka aykırılıklar da ileri sürülür.

Kovuşturmada uzlaştırma raporunun onaylanmasından sonra uzlaştırmaya ilişkin edimini sanık sağlık mesleği mensubunun def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında düşme kararı verilir. Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulur. İstinaf başvurusunda uzlaştırma raporunun onaylanmasına ilişkin hukuka aykırılıklar da ileri sürülür. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde ise; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir (CMK m. 254/2). Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde itiraz kanun yoluna başvurulur. İtiraz başvurusunda uzlaştırma raporunun onaylanmasına ilişkin hukuka aykırılıklar da belirtilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra uzlaştırmının gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin on birinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır. Açıklanan bu hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulur. İstinaf başvurusunda uzlaşma raporunun onaylanmasına ilişkin hukuka aykırılıklar da ifade edilir.

85 CMK m. 253/23'e göre; "Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir".

86 Akbulut, Aksan, s. 135- 136; Değirmenci, s. 297; Erdem, Eser, Özşahinli, s. 311; Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 86; Çetintürk, s. 582- 583.

Edimin yerine getirilmemesi halinde uzlaştırma raporu ilam mahiyetine haiz belgelerden olduğu için, mağdur ilamlı icraya başvurabilir. Zira CMK m. 253/19 uyarınca şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır. Bu nedenle mağdurun edimin yerine getirilmesini sağlayabilmek için tazminat davası açması veya ilamsız icra takibinde bulunması gerekmez.

Uzlaştırmada kararlaştırılan edimin ifa edilmesinden sonra mağdur hasta, suçtan kaynaklanan zararlarının tazminine ilişkin CMUY m. 7/6 uyarınca şüpheli/sanık sağlık mesleği mensubuna tazminat davası açamaz. Aynı şekilde uzlaştırmadan sağlanmasından önce suçtan kaynaklı zararların giderilmesine ilişkin tazminat davası açılmış ise, bunlardan feragat edilmiş sayılır.

Sigortalı olan hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların gerçekleştirdikleri tıbbi kötü uygulamalardan kaynaklanan uzlaştırma edimlerini, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 1-B.2-b'ye göre on gün içinde sigortacıya bildirmeleri gerekir. Sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren on beş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 1-B.3.4). Dolayısıyla bu tür bir durumda gerçekleşen uzlaştırma ediminin belirlenmesi, sigortacının da sunacağı şartlar dâhilinde olabilir. Aksi halde bu kişiler sigortacının onayını almadan uzlaştırma edimi kararlaştırırsa ve haklı sebeplerle sigortacı on beş gün içinde onay vermekten kaçınırsa, uzlaştırmada kararlaştırılan edimi sigortacının tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İfade etmek gerekir ki, uzlaştırma biçim itibariyle ceza muhakemesi hukuku kurumu iken fail ile devlet arasındaki cezalandırma ilişkisini sona erdirmesi itibariyle de maddi ceza hukuku kurumudur. Dolayısıyla karma yapıya sahip olan uzlaştırmayla ilgili lehe düzenlemenin, TCK m. 7/2 uyarınca infazına başlanmış veya infazı sonlanan kararlar açısından da uygulanması gerekir⁸⁷. Bu durumda kişinin hukuki durumunun yeniden tespit edilmesi ve derhal infazın durdurulması gerekir⁸⁸. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁸⁹. Örneğin,

87 Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, uzlaştırma bakımından lehe kanun uygulaması yalnızca infazın tamamlanmasına kadar mümkündür. Zira TCK m. 7'deki; "*failin lehine olan hüküm uygulanır ve infaz olunur*" ifadesinden hareketle bu sonuca ulaşılmaktadır. Bkz. Yerdelen, Altuntaş, Erdem, Özbek, Boz, Yılmaz, s. 338.

88 Erdem, Eser, Özşahinli, s. 320; Değirmenci, s. 302; Akbulut, Aksan, s. 114; Çetintürk, s. 163.

89 "5237 sayılı Kanun'un 7/2. maddesindeki; "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun

hastaya karşı tehdit suçunun temel halini işleyen hekime TCK m. 106 uyarınca verilen iki yıllık hapis cezasının infazına başlanmasından veya infazının sona ermesinden sonra 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı Kanunun 34'üncü maddesiyle tehdit suçunun temel halinin uzlaştırma kapsamına alınmasıyla, söz konusu dosyada uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Sonuç

Sağlık mesleği mensupları tıbbi müdahaleler veya hastayla olan ilişkiler dolayısıyla bazı suçları işleyebilir. Bu tür suçlarda koşulların gerçekleşmesiyle alternatif çözüm yöntemi olarak uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Ülkemizde sağlık mesleği mensupları ile hastalar arasında ortaya çıkan cezai uyuşmazlıklarda Alternatif Çözümler Daire Başkanlığının istatistiklerine göre uzlaştırmının olumlu sonuçlandırılma oranı oldukça düşüktür. Dolayısıyla bu tür cezai uyuşmazlıklarda uzlaştırma kurumunun işlerlik kazanması ve olumlu sonuçlanması için bazı önerilerde bulunulabilir.

İlk olarak bu tür suçlarda uzlaştırmacı görevini yerine getiren kimsenin sağlık alanında görev yapmış veya görev yapmakta olması sürecin daha etkin ilerlemesini sağlar. Zira bu alanda deneyimli kimselerin uzlaştırmacı olarak görev yapması sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişkilerin düzeltilmesi ve iletişimin artırılmasını sağlar.

İkincisi, uzlaştırma sürecinde il sağlık müdürlükleri daha aktif rol alabilir. Bu kurumlarda uzlaştırmaya ilişkin komisyonlar kurulup, uzlaştırma sürecinde teknik destek alınabilir.

Üçüncüsü, sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlar ile bu kimselerin hastaya karşı işlediği suçlarda uzlaştırmının kapsamı genişletilebilir. Örneğin, hastanın hekime karşı gerçekleştirdiği kasten yaralamaya ilişkin fiiller TCK m. 86/3-c kapsamında nitelikli hal oluşturmaktadır. Suçun bu nitelikli halleri şikayete tabi olmadığı gibi CMK m. 253'te de hariç tutulduğu için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz. Fakat şiddete maruz kalan sağlık çalışanlarının uzlaşmayı istemeleri halinde bunun mümkün olması, hem suçtan doğan zararların telafisi hem de tarafların iradelerine üstünlük tanınması açısından uygun olabilir. Öte yandan sağlık çalışanlarınca hastaya karşı işlenebilecek kişiyi hürriyetinden

ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklindeki hüküm uyarınca, kesinleşmiş kararlar bakımından da uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiği cihetle; hükmün infazının durdurularak, 5271 sayılı Kanunu'nun 253. maddesindeki esas ve usullere göre uzlaştırma işlemlerinin yerine getirilmesi için yargılamaya dosyasının uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK.nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu..." Yarg. 15 CD., 02.10.2017 T., 27722/19171. Benzer bir karar için bkz. Yarg. 4. CD., 08/03/2018 T.,1162/4745

yoksun kılma (TCK m. 109) ile verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yayma gibi suçların uzlaştırma kapsamına alınmasıyla taraflara uzlaşma imkanı tanınmalıdır.

Dördüncüsü, taraflar arasında iradi eşitlik ve güç dengesinin korunmasına özen gösterilmelidir. Özellikle hekimin tıbbi kötü uygulama hatalarında sigortacının da sürece dahil olmasıyla taraflar arasındaki eşitlik prensibini ihlal edilmemesi gerekir.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin; Aksan, Murat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Aşık, Mustafa Aydın, *6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Akyıldız, Sunay; Özkan, Hasan, *Hasta- Hekim Hakları ve Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Birtok, Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı”, *ERÜHFD*, Cilt 10, Sayı 1, 2015.
- Çetintürk, Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Değirmenci, Olgun, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Durmuş, Veli, *Sağlık Hukukunda Uzlaşma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Elmalıcı, Hasan, *Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yerdelen, Erdal; Altuntaş, Şeyda; Erdem, Özge; Özbek, Mustafa Serdar; Boz, Burak; Yılmaz, Berna Aysen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Erdem, Mustafa Ruhan; Eser, Ferda; Özşahinli, Pakize Pelin, *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat, “Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, Cilt 1, İstanbul, 2014.
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 24. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Heintschel- Heinegg, Bernd, *MüKo StGB*, 4. Auflage 2020.
- Işık-Yılmaz, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TBBD*, Sayı 98, Ocak 2012.
- Keyman, Selahaddin, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1978.
- Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2022.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Rodwin, Marc A., (Terc. Esra Hazal Öncel, Nur Kaldırım), “Fransa’daki Tıbbi Hata Yasasına Amerikan Bakış Açısı: Amerikan Hukukunun Kamusal ve Özel Yönleri Hak-

kinda Yansıttıkları”, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- 14*, Ed.: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

- Schneider, Ursula, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2020.
- Şatır, Nejdett, *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Rıfat Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Türkmen, Ali, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ümit, Ceyda, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *TAAD*, Sayı 32, Ekim 2017.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Cilt 4, Ankara, 2010.
- Yokuş-Sevük, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Zorlu, Süleyman Emre, *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

7346 Sayılı Kanunla Türkiye Futbol Federasyonuna Verilen İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Yetkisine Eleştirel Bakış*

Critical Overview On The Authority To Ban Access To Internet Sites Granted To The Turkish Football Federation By Law No. 7346

Şaban Cankat TAŞKIN**

ÖZ

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a 21.12.2021 günü ek madde eklenmiştir¹. Getirilen düzenleme ile Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu'na Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak erişimin engellenmesi yetkisi verilmiştir. Maddeyle, bu yetkinin Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından bünyesinde kurulacak olan idari birime devredilebileceği; erişimin engellenmesi kararlarına karşı da sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Verilen bu yetkinin idari bir kuruma yargısal yetki tanınması yönüyle Anayasa'ya, ceza ve idare hukukunun ana ilkelerine aykırılık taşıdığı düşünülmektedir. Bu çalışmada, verilen bu yetkinin Anayasa'ya aykırılığı, ceza hukukunun, idare hukukunun ve Anayasa'nın temel ilkeleri açısından, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da değerlendirilerek eleştirilmiştir.

Anahtar sözcükler: Türkiye Futbol Federasyonu, erişim yasağı, 5894 sayılı kanun, 5651 sayılı kanun, 7346 sayılı kanun değişikliği

ABSTRACT

An additional article was added to the Law No. 5894 on the Establishment and Duties of the Turkish Football Federation on 21.12.2021. With the brought regulation, the Board of Directors of the Turkish Football Federation has been authorized to block access to the broadcast, section, section in which the violation occurred, in case it is determined that the broadcasts related to football matches within the bor-

1 7346 sayılı 21.12.2021 tarihli "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" madde 29.

* Makale gönderim tarihi: 19.03.2022. Makale kabul tarihi: 01.09.2022, Şaban Cankat Taşkın, "7346 Sayılı Kanun'la Türkiye Futbol Federasyonuna Verilen İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Yetkisine Eleştirel Bakış", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 417-471, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.08>

** Öğretim Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cankattaskin@aydin.edu.tr; 0000-0001-6312-472X

ders of the Republic of Turkey are made available on the internet illegally. With this article, this authority can be transferred to the administrative unit to be established by the Turkish Football Federation Board of Directors; It has been stated that an objection can be made to the criminal judgeship of peace against the decisions to block access. It is thought that this authority is in violation of the Constitution and the main principles of criminal and administrative law in terms of granting judicial authority to an administrative institution. In this study, the unconstitutionality of this authority has been criticized in terms of the basic principles of criminal law, administrative law and the Constitution, by evaluating the jurisprudence of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Keywords: Turkish Football Federation, access ban, Law No. 5894, Law No. 5651, Law No. 7346

Giriş

Çağımızın en önemli kitle iletişim aracı olan internet, hayatımızın her anında bizlere pek çok kolaylık sağlamaktadır. Ancak ortaya çıkan yeni suç ve haksızlık türleri karşısında birtakım düzenlemelerin yapılması da gerekmektedir.

Türkiye, internete erişimin engellenmesi ile internet üzerinden yapılan yayınların düzenlenmesi konusunu ciddi ve geniş anlamda 2007 yılından sonra tartışmaya başlamıştır. Hukukumuzda internete erişimin engellenmesi ile ilgili temel düzenleme, 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun” (5651 sayılı Kanun) dur. Ancak bu kanun özel bir ceza kanunu veya ceza içeren bir özel kanun değildir². Kanun’un amacı internet ortamında yapılan yayınları düzenlemek, bu ortamda işlenen suçlarla mücadele etmek ve internet öznelerinin (süjeler) sorumluluklarını düzenlemektir³.

Ne var ki özellikle 2007 yılından sonra hukukumuzda erişimin engellenmesine ilişkin çok farklı ve dağınık mevzuatta düzenlemelere gidilmiştir⁴.

2 Olgun Değirmenci, “5651 sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 142, s. 141. (Erişimin Engellenmesi Kabahati)

3 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 141.

4 Erişimin engellenmesi tedbirini düzenleyen mevzuatın bazıları aşağıda tespit edebildiğimiz kadarıyla sunulmaktadır:

- 7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 5/4 maddesi,
- 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun’un 6/6-7’nci maddesi,
- 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 8’inci maddesi,
- 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun ek 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrası,
- 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 99/3, 109 ve 115/son maddeleri,

- (Dolaylı yoldan da olsa) 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 9/12'nci maddesi,
 - (Dolaylı yoldan da olsa) 2395 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11/1-f maddesi ,
 - 14.5.1928 T ve 1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 2/1/2014-6514/31 md ile değişik 18'inci maddesi ile aynı Kanun'un 19'uncu maddesi,
 - “Hizmet sunumunun engellenmesi ve işletmenin askıya alınması” başlıklı (Değişik başlık:RG-11/6/2016-29739). 28.05.2009 T- 27241 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 21’inci maddesindeki “ (1) Kurum, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerin tespiti halinde, şirketlerin elektronik haberleşme alanında faaliyete geçmelerini veya elektronik haberleşme sağlamlarını gerektiğinde Bakanlığın görüşünü de alarak engelleyebilir” şeklindeki düzenleme (Uygulamada zaman zaman bu düzenlemeye dayanılarak da erişim yasağı konduğu görülmektedir.)
 - 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 29/A maddesi, (madde ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’na (RTÜK) internet üzerinden yayın yapan platformlara müdahale etme, bu platformların yayınlarını durdurma yetkisi tanınmıştır.)
 - 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu’nun 6’ncı maddesine 27.12.2020 tarihinde 7262 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi ile fıkra eklenerek izinsiz yardım toplama faaliyetinin internet ortamında yapıldığının tespiti hâlinde ilgili valilik veya İçişleri Bakanlığına sulh ceza hakimine başvurarak bu nitelikteki internet siteleri hakkında İçişleri Bakanlığına erişimin engellenmesi kararı için hakimliğe başvurma yetkisi verilmiştir.
 - 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu’nun “izinsiz faaliyette bulunmak” başlıklı 46’ncı maddesine 4.3.2021 günü 7292 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle dördüncü fıkra eklenerek “Bu aykırılıkların internet ortamında gerçekleşmesi hâlinde Kurum tarafından içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar uygulanmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna gönderilir.” düzenlemesi,
 - 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 12’nci maddesinde 1.7.2022 tarihli 7416 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesi ile değişikliğe gidilmiş ve eklenen üçüncü fıkra ile “Bu Kanunun ek 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket eden elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcılar ile ek 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendine aykırı hareket eden elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya on milyon Türk lirası idari para cezası uygulanarak aykırılığın ortadan kaldırılması için altmış gün süre verilir. Bu süre içinde aykırılığın ortadan kaldırılmaması hâlinde yirmi milyon Türk lirası idari para cezası uygulanarak aykırılığın ortadan kaldırılması için otuz gün süre verilir. Verilen süre içinde aykırılığın ortadan kaldırılmaması hâlinde kırk milyon Türk lirası idari para cezası uygulanarak aykırılığın ortadan kaldırılması için on beş gün süre verilir. Bu sürenin verilmesine yönelik bildirimde, on beş günlük süre içinde aykırılığın ortadan kaldırılmaması hâlinde Bakanlıkça, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilir. Bu bildirimden itibaren yalnızca geçmiş siparişlere ilişkin iş ve işlemler yürütülür. Verilen süre içinde aykırılığın ortadan kaldırılmaması hâlinde, Bakanlık tarafından elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının ve/veya elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ilgili internet adreslerine içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu karar, Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcılara gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının gereği ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcılar tarafından derhal yerine getirilir. İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı sulh ceza hâkimliğine başvurulabilir. Sulh ceza hâkimliğince verilen karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir” düzenlemesi getirilmiştir.
 - Bu düzenlemelerin yanı sıra uygulamada Türk Medeni Kanunu’nun 24,25’teki “kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler”e, Türk Ticaret Kanunu’nun 58/4’teki “haksız rekabetin önlenmesine ilişkin düzenlemeler”ine dayanılarak da erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir.
- 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389/1 ve devamındaki “ihtiyati tedbirler” hakkındaki düzenlemelere dayanılarak da internete erişim yasağı konduğu görülmektedir. Geniş bilgi için bkz

Türkiye’de internet erişiminin engellenmesine ilişkin çok geniş yasal düzenlemelerin bulunması ve her mevzuatın kendine özgü farklı bir usulle erişim yasağı uygulatması bir usul ve esas karmaşasına yol açmaktadır⁵. Ancak buna rağmen yasa koyucu, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek halleri ve yasal düzenlemeleri daraltmak yerine genişletme yönünde bir eğilim içerisindedir. Bu eğilim hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik⁶ ve hukuka güven ilkelerini zedelemektedir.

Son süreçte, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’a (5894 sayılı Kanun) 21.12.2021 günü 7346 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesiyle⁷ ek madde 1 eklenerek⁸, Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim

Ş. Cankat Taşkın, İnternete Erişim Yasakları, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 380-404 (Erişim Yasakları); Bülent Kent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 72-126; Doğan Kılıç, İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.68-83; ayrıca bkz Burcu Görkemli, *Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku’nda İnternet Erişiminin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 91-108.

5 Ş.Cankat Taşkın; “Rtük’e 6112 Sayılı Yasa İle Verilen İnternet Yayınlarına Müdahale Etme Yetkisine İlişkin Değerlendirme”; https://www.academia.edu/36256264/6112_SK_29AileRT%C3%9CKe_verilen_eri%C5%9Fim_yasa%C4%9F%C4%B1_tedbirinin_de%C4%9Ferlendirilmesi.pdf (09.03.2022) (Rtük). ; aynı yönde bkz Taşkın, Erişim Yasakları, s.450

6 “Yasaların yorumlanmaları sakıncalıdır. Doğru olmayan bir başka şey de, yasaların yorumunu zorunlu kılacak biçimde kapalı dille kaleme alınmalıdır. Yasalar, halkın yabancısı olduğu bir dille kaleme alınrsa, sade ve açık bir dille yazılmazsa, bu sakınca çok daha büyük olacaktır.” (Cesare Beccaria, (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 41)

7 7346 sayılı Kanun “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” başlığını taşımaktadır. Bu değişiklik, son yıllarda Türkiye’de yasa koyucu tarafından alışkanlık haline getirilmiş olan ve “torba kanun” olarak da adlandırılan kanunla yapılmıştır. “Roma, sakıncasını ve ne tür siyasi yozlaşmalara yol açtığına göre torba kanunları MÖ 98’de yasaklamıştır; ancak torba kanunlar modern hukukların da tartışılan konularından biridir ve sorun olmaya devam etmektedir.” (Pervin Somer; “Leges Saturae E Lex Caecilia Et Didia (Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı)”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 28); “Roma’da geçerli olan Latince bir deyim varmış: “Lex didia et Caecilia”. Türkçesi “Her konu için tek bir yasa teklifi yapılmalı” ya da “Her konu tek bir yasa teklifi ile olur” (Atilla Sav, “Yasa Yapma Sanatının Ölümlü: Torba Yasalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 598); aynı yönde bkz Şeref İba, “Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2011, s.200.

Torba kanun şeklinde yapılan kanun değişikliklerinin hukuk devletindeki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesiyle örtüşmediği söylenebilir. Zira, torba kanun ile birbiriyle ilgisi olmayan çok farklı mevzuat bir araya getirilmekte ve tüm mevzuat aynı metnin içerisinde değiştirilmektedir. Şu halde, ilk olarak değişikliğin alışlagelmış kanun yapım tekniğine uygun olmadığı ifade edilebilir. Taşkın, Erişim Yasakları, s. 303.

8 Getirilen düzenleme şöyledir:

“EK MADDE 1 – (Ek:21/12/2021-7346/29 md.)

(1) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Yönetim Kurulu tarafından karar verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne

Kurulu'na (TFF-YK) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesi yetkisi verilmiştir⁹. Maddeyle, bu yetkinin TFF-YK tarafından bünyesinde kurulacak olan idari birime devredilebileceği; erişimin engellenmesi kararlarına karşı da sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda, bu düzenlemenin hukuka aykırılığı farklı yönleriyle ve anayasa hukuku, idare hukuku, kabahatler hukuku ile ceza hukuku disiplinlerinin kuralları bakımından incelenmektedir.

Getirilen düzenlemenin pek çok bakımdan Anayasa'nın, ceza hukukun ve idare hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Düzenlemenin özellikle yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin Anayasa'nın 9'uncu maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13'üncü maddesi karşısındaki durumu, ceza hukukundaki belirlilik ilkesi ile karşılaştırılması, getirilen düzenleme ile TFF-YK'na verilen yetkinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ve Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) karşısındaki görünümü çalışmada değerlendirilmiştir. Değerlendirmede, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) erişimin engellenmesine ilişkin kararlarındaki ölçütler de getirilen düzenlemenin hukuka uygunluğunun belirlenmesi bakımından incelenmiştir. Keza çalışmada TFF-YK'na verilen erişimin engellenmesi yetkisinin adli nitelikte mi yoksa idari nitelikte bir tedbir mi olduğu; yahut kabahat mi olduğu; bu bağlamda itirazın idari yargıya mı yapılacağı; yoksa itirazın sulh ceza hakimliğine yapılmasının Kabahatler Kanunu anlamında mı veya Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) anlamında bir itiraz mı olduğu tartışmasına girilmiştir.

Ayrıca çalışmamızda TFF-YK'na verilen erişimin engellenmesi kararının

yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı bir hafta içinde sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir. Erişimin engellenmesiyle ilgili iş ve işlemleri yapmak üzere TFF bünyesinde idari birim kurulur. Yönetim Kurulu, bu madde kapsamındaki yetkisini idari birimde görev alacak kişilere devredebilir.

(2) Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışındaki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, yayın hakkı sahibinin talebi üzerine birinci fıkra hükmü uygulanır. Şu kadar ki, talebin yapılabilmesi için yayın hakkına ilişkin sözleşmenin TFF'ye bildirilmesi ve hak sahipliğinin ispat edilmesi zorunludur.

(3) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Yönetim Kurulu tarafından çıkartılacak talimatla belirlenir."

- 9 25 Aralık 2021 tarih ve 31700 sayılı Resmî Gazete, 7346 sayılı 21.12.2021 tarihli "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" madde 29

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) Ek 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında 3/3/2004 tarihli 5101 sayılı Kanun'un 25'inci maddesiyle yapılan değişiklikle benzerlikleri ve farklılıkları üzerinde durularak, getirilen düzenlemenin FSEK Ek madde 4/3 karşısında gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmaya da girilmiştir.

Beş başlıktan oluşan çalışmanın ilk başlığında erişimin engellenmesi kavramı ve türleri incelenmiş, ikinci başlığında TFF'nun hukuki yetkileri ve yapılanması araştırma konumuzla bağdaştığı ölçüde değerlendirilmiş; üçüncü başlığında TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının hukuki niteliği üzerinde durularak bu karara itirazın mahiyeti değerlendirilmiştir. Dördüncü başlıkta ise erişimin engellenmesi ile ilişkili olan temel hak ve özgürlükler incelenmiştir. Beşinci başlıkta BTK, ESB ve TFF'nin erişimin engellenmesi yetkilerinin karşılaştırılmasına gidilmiştir. Çalışma, sonuç ve öneriler bölümüyle tamamlanmıştır.

I. Erişimin Engellenmesi Kavramı ve Türleri

Erişimin engellenmesi, kanunen yetkili kılınmış olan merciler tarafından hukuka aykırılık taşıyan internet içeriğine çeşitli teknik yöntemler kullanılarak kişilerin erişim sağlanmasının önlenmesi olarak ifade edilebilir¹⁰.

Erişimin engellenmesi kurumunun adli niteliği olduğu kadar idari niteliği de bulunmaktadır. Erişimin engellenmesine adli merciler tarafından karar verildiğinde kurumun koruma tedbiri, idari merciler tarafından karar verildiğinde ise idari tedbir olarak nitelendirilmesi mümkündür¹¹. Anayasa Mahkemesi de erişimin engellenmesinin idari yaptırım niteliğinde olmadığı, koruma tedbiri olduğu fikrindedir¹².

10 Yasin Söyler, *Kamu Hukuku Açısından İnternet İçeriğinin Düzenlenmesi ve Bu Alanda Devletin İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 215.

11 Söyler, s.216-217; Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 141; Kent, s. 58-72; Annette, Marberth Kubicki, "İnternet Sansürünün Başlangıcı: Erişim Sağlayıcılar Üzerinden Erişimin Engellenmesi"; (Terc: Serkan Meraklı), İnternet Hukuku (Der:Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 348

12 Anayasa Mahkemesi erişim yasaklarının koruma tedbirlerinin bir türü olduğunu Twitter hakkında verdiği 2.4.2014 T., 201473986 B kararında şu ifadelerle vurgulamıştır:

"47. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ilgili mevzuat hükümleri gereğince erişimin engellenmesine ilişkin kararının kural olarak bir yargı kararını gerektirdiği, bu konuda görevli mahkemelerin sulh ceza mahkemeleri olduğu ve mahkemelerce verilen kararın niteliği itibarıyla bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Buna göre TİB ancak mahkemeye bu konuda alınmış bir karara dayalı olarak ve bu kararda öngörülen tarzda engelleme kararının icrasını gerçekleştirebilecektir.", <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1> Anayasa Mahkemesi'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı (02.03.2022). Keza Anayasa

Erişimin engellenmesi için çeşitli teknik yöntemler kullanılabilir. Bunlardan en yaygın olanları IP ve protokol tabanlı engelleme, derin paket denetimi tabanlı engelleme, URL tabanlı engelleme, platform tabanlı engelleme ve DNS tabanlı engelleme tekniğidir¹³.

Bu yöntemleri geniş olarak incelemek çalışmamızın kapsamını oldukça genişletecektir. Bu nedenle Türkiye’de en yaygın şekilde uygulanan ve mevzuatın izin verdiği iki temel yönteme kısaca değinilecektir. Bunlardan ilki IP tabanlı, diğeri alan adı tabanlı engellemedir¹⁴. Ancak 5651 sayılı Kanun’un, 9 ve 9/A maddelerinde 6.2.2014 tarihinde yapılan değişikliklerle URL tabanlı erişim engelleme yöntemi de sisteme dahil edilmiştir¹⁵. Keza 5651 sayılı Kanun’un 2/o maddesinde erişimin engellenmesi “Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Öyleyse, Türk hukuk sisteminin esas olarak alan adlı, IP tabanlı ve URL tabanlı erişimin engellenmesine izin verdiği ifade edilebilir.

Alan adı (DNS) tabanlı erişimin engellenmesinde, erişilmek istenen internet sitesinin alan adına erişim tamamen engellendiği için, ana internet sitesinin altında bulunan tüm internet siteleri de engellenmektedir. Örneğin <https://www.blogger.com>’a konan erişim engeli bu alan adının altında barınan [abc.blogspot.com](https://www.abc.blogspot.com) adlı bloğa erişimi de engelleyecektir. Bu yöntemle alan adı sistemine müdahale edildiği için, o alan adını içeren e posta adreslerine Türkiye’den erişimin engellenmesi sonucuna da yol açmakta, bu durum da hukuka aykırı içerikle hiçbir ilgisi olmayan kişilerin (blog sahiplerinin/içerik sağlayıcıların) mağduriyetine yol açmaktadır. Bu yöntem, aynı iş hanında bulunan tüm işyerlerine girmenin yasaklanmasına benzer bir sonuç doğurmaktadır¹⁶.

Diğer erişimin engellenmesi yöntemlerinden birisi de IP numarasını yasak-

Mahkemesi, 2.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararında da erişim yasaklarının koruma tedbirlerinin bir türü olduğuna şu gerekçelerle işaret etmiştir: “Demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan “erişimin engellenmesi” tedbiri, yargı kararı ile yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanun’daki erişim engelleme kararları cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğindedir.” Anayasa Mahkemesi’nin 2.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/151?EsasNo=2014%2F149&KararAramaRaporu=1> (02.03.2022).

13 Yöntemler hakkında geniş ve detaylı bilgi için bkz Olgun Değirmenci, “Teknik Açından İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Türk Hukukunun Tercihi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 143, s. 183-185. (Türk Hukukunun Tercihi)

14 Mustafa Akgül, “İnternet Yasakları ve Hukuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 79, 2008, s.368.

15 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 312; Kent, s. 63

16 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 313.

lamaktır. Bu yöntem de Türkiye’de sıklıkla uygulanmaktadır. IP tabanlı engellemede engellenen IP adresine erişmek isteyen tüm talepler “çöpe” atıldığı için erişim sağlamak isteyen kimse karşısında “Bu siteye erişim engellenmiştir” benzeri bir uyarı ile karşılaşmaktadır¹⁷. Bu yöntemde, engellenmek istenen içeriği barındıran internet sitesiyle aynı IP’yi kullanan başka internet sitelerine de erişim engellendiği için, yöntem hakkaniyete uygun olmayan ve orantısız sonuçlara yol açabilmektedir¹⁸. Bir benzetmeyle anlatmak gerekirse, bir IP üzerindeki kocaman bir iş merkezinin içerisindeki küçük ofisler, sadece aynı IP (iş merkezi) üzerinde bulundukları için kapanmaktadır¹⁹. Bu durumda bir kütüphane içerisindeki hukuka aykırı içerik taşıyan bir kitap nedeniyle, o kitabı kütüphaneden çıkarmak yerine tüm kütüphane kapatılmaktadır²⁰.

Bir hukuka aykırı içerik nedeniyle tüm içeriğe erişimin engellenmesi aynı zamanda kişilerin Anayasa’nın 22’nci maddesi ile güvencelenen haberleşme özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır²¹. Bundan ötürü, teknik olarak olanak varsa, sadece ilgili içeriğe erişimin engellenmesi şeklinde bir uygulamaya gidilmesi daha doğru olacaktır.²² Nitekim teknik olarak bir internet sitesinin belli bir bölümüne (sadece sakıncalı içeriğe) erişimin engellenmesi mümkündür.²³ Bu yöntemlere başvurulduğunda Anayasa’nın 22’nci maddesi ile güvencelenen haberleşme hürriyeti de ihlal edilmemiş olacaktır²⁴. Keza orantısız şekilde ve

17 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 313.

18 Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, *İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*, İmaj Yayınevi, Ankara 2008, s.77 (Tehlikeli ve Yasaktır)

19 Akgül, s.368

20 Akgül, s.371; (www.wordpress.com alan adını bir iş merkezine benzetirsek, “www oradaki dükkanlardan sadece biri. “Alan adını yasaklama yöntemi” ile aynı iş merkezindeki milyonlarca dükkanı yasaklıyoruz.” (Akgül, s. 368)

21 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 91.

22 Sadece belli içeriğe erişimin engellenmesi mümkündür. (Geniş bilgi için bkz Mehmet Bedii Kaya, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi*, 5651 Sayılı Kanun ve Dünya Uygulamaları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.32 (5651 Sayılı Kanun)

23 URL engellemesi bu konuda temel hak ve hürriyetlere en az zarar veren yöntem olarak düşünülebilir. Geniş bilgi için bkz Kaya, 5651 Sayılı Kanun, s.21-39

24 Nitekim AYM de benzeri gerekçe ile ihlal kararı vermiştir:

“87. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlı ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki yol ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 72). Somut olayda Wikipedia’ya erişim Kanun’un 8/A maddesine dayanılarak engellenmiş, ancak idari makamlarca da derece mahkemelerince de anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar (bkz. § 78-81) değerlendirilmiştir. Erişimin engellenmesi kararına konu URL adreslerinde yer alan yayınların içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir.

doğrudan doğruya tüm içeriğe erişimin engellenmesi AİHM'in 7 ile 10/2 maddelerinin de ihlaline yol açabilir²⁵.

Bu nedenle, gerek IP tabanlı gerekse alan adı tabanlı erişimin engellenmesinde hukuka aykırı içerikle hiçbir ilişkisi olmayan başka alan adı sahiplerinin hakları da ihlal edilmektedir. Aynı şekilde, erişimi engellenen internet siteleriyle ilgisi olmadığı halde o alan adını veya IP'yi kullandığı için erişimi engellenen diğer internet sitelerine erişim sağlamak isteyen kullanıcıların da bilgiye erişim hakkı engellenmektedir²⁶.

Başka bir deyişle, alan adı veya IP tabanlı erişimin engellenmesinde aynı sunucu içerisinde barınan birden fazla internet sitesi, hukuka aykırı içerikle hiçbir ilgileri olmadığı halde, sadece aynı sunucu içerisinde barındıkları için, ilk konan erişimin engellenmesi kararı hukuka uygun olsa dahi, erişimin engellenmesi kararından etkilenmektedirler²⁷. Bu da cezaların kişiselliği ve orantılığı ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır²⁸. Nitekim Türkiye "Google Sites" üzerinden yayın yapan ve sadece bir blogda yayınlanan "Kemalizm'in Karın Ağrısı" adlı tek bir makale nedeniyle tüm blogların barındığı ana sayfaya erişimin engellenmesinden ötürü, 18 Aralık 2012 tarihli Ahmet Yıldırım-Türkiye

88. Diğer taraftan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden bilinmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014). Bununla birlikte anılan ibarelerin keyfi uygulamalara yol açacak şekilde ve geniş yorumlanması ifade özgürlüğünün ihlaline sebebiyet verebilecektir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 68). Başvuru konusu olaydaki erişimin engellenmesi kararında, iki URL adresinde yer alan içeriğe "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" kapsamında müdahale etmeyi haklı kılacak somut herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Dahası başvuruçunun erişimin engellenmesi kararına karşı yaptığı itiraz, içeriklerin "Devletin itibarını zedelemiş olması" gibi hangi sebeplerle "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" kapsamında ele alındığı anlaşılamayan bir gerekçeyle reddedilmiştir. Bu durum söz konusu kavramların geniş yorumlandığını düşündürmektedir.

89. Somut olayda olduğu gibi kanunun izin verdiği müdahale sebeplerinin somut bağlantılar kurulmadan keyfiliğe yol açıldığı izlenimi oluşturacak şekilde geniş yorumlanması, kişilerin hukuki durumlarını belirsizleştirir ve kuralı öngörülemez hâle getirir. Bu durumun oluşturacağı caydırıcı etki de başvuruçularla birlikte aynı özgürlüğü kullanmak isteyen geniş kitlelerin ifade özgürlüğü üzerinde yaygın ve ağır bir baskıya neden olur.

96. Mevcut durumda erişimin engellenmesi tedbiri sürekli hâle gelmiştir. Bu şekilde süresiz hale gelen kısıtlamaların -internet sitesinin tamamına erişimin engellendiği de dikkate alındığında- ifade özgürlüğü üzerinde oldukça orantısız bir müdahale teşkil edeceği açıktır." Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2019 T., 2017/22355 B. numaralı Wikimedia Foundation Inc. Ve Diğerleri Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22355> (3.8.2022)

25 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 289.

26 Akgül, s.371

27 Akgül, s.371

28 Artun Avcı, *Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 335

Kararı'nda AİHM nezdinde tazminata mahkum olmuştur²⁹.

AYM tarafından da Ahmet Yıldırım kararına benzeri yönde içtihat geliştirilmiştir. AYM, Youtube Kararı'nda, erişimin engellenmesinin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen URL'ler için uygulanması teknik olarak mümkünken tüm internet sitesine erişimin engellenmesi yoluyla hukuka aykırı içerikle hiçbir ilgisi olmayan başka kullanıcıların mağdur edilmesini kişisel ve orantılılık ilkelerine aykırı görerek ihlal kararı vermiştir³⁰.

Bu sakıncalar nesne temelli erişimin engellenmesi yönteminin uygulanmasıyla veya URL temelli erişimin engellenmesi yöntemiyle önemli ölçüde giderilebilir. Ne var ki nesne temelli erişimin engellenmesi yöntemi ciddi araştırma ve altyapı çalışması gerektirmektedir. Zira nesne temelli yöntemde erişimin engellenmesi kararı verilmesi istenen internet sitesinin tümüyle taranması ve yalnızca hukuka aykırılık taşıyan içeriklere erişimin engellenmesine karar verilmelidir³¹.

Yukarıda bahsedilen ve kullanılan tekniğe göre IP, DNS, URL, proxy, içerik engellemesi dışında yöntemlerinin dışında; erişimin engellenmesi teknikleri engellenmenin kapsamına göre internet omurgası, internet servis sağlayıcı temelli erişim engelleme; engellenmenin sürecine göre doğrudan engelleme, uyar-kaldır yöntemiyle engelleme; engelleme süresine göre geçici veya sürekli engelleme; engelleme sistemine göre ise otomatik veya bireysel engelleme olarak da gruplandırılabilir. DDOS saldırıları, alan adı terkin yöntemi, fiziksel sunucu müdahalesi, ağ saldırıları ve sosyal teknikler de kullanılan tekniğe göre erişimin engellenmesine verilebilecek diğer bazı örneklerdir³².

5651 sayılı Kanun'un 2/p maddesinde URL adresi "İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Keza

29 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı, 18.12.2012, <https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/> (22.7.2022). Kararla ilgili geniş yorum ve analizler için bkz Kılınc, s.370-377.

30 "61. Bu olgular ve ilkeler ışığında başvuru konusu olaya bakıldığında, TİB tarafından URL bazlı tesis edilmesi gerekli olan idari tedbirlerin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen içeriğe yönelik olarak uygulanabilecek ve daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgili olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır (benzer yönde bkz. Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18.12.2012, § 63)". Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 T., Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri kararı (başvuru no: 2014/4705) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=4705&KararBulteni=1> (24.06.2022)

31 Akgül, s.369

32 Geniş bilgi için bkz Kaya, 5651 Sayılı Kanun, s.21-41; Mehmet Bedii Kaya, İnternet Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul, 2021, s. 63-97 (İnternet Hukuku)

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik'in 15/1 maddesinin “ç” bendinde “URL adresi: <http://www.abcd.com/abcdefgh.htm>” şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi olarak ifade edilmiştir³³.

Şu halde, erişimin engellenmesi eğer teknik olarak URL adresi tabanlı gerçekleştirilebiliyorsa öncelikle bu şekilde uygulanmalı, eğer özellikle de 5651 sayılı Kanun'un 9/4 maddesinde ifade edildiği üzere³⁴, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirecek olursa, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak (alan adına) erişimin engellenmesine de karar verilebilir³⁵. Benzeri düzenleme 8'inci maddenin 17'nci fıkrası³⁶ ile 8/A maddesinin üçüncü fıkrasında³⁷ da ifade edilmiş ve erişimin engellenmesinde ana uygulamanın URL tabanlı engelleme olması gerektiğine kanun koyucu tarafından işaret edilmiştir. 5894 sayılı Kanun'un Ek-1'inci maddesine dayanılarak verilecek erişimin engellenmesi kararları da öncelikle URL temelli olarak verilmelidir. Nitekim maddede de bu durum açıkça zikredilmiştir³⁸.

Buna göre, hukukumuzda en yaygın uygulanan erişimin engellenmesi yönteminin URL tabanlı yöntem olduğu ifade edilebilir. Eğer URL tabanlı eri-

33 Geniş bilgi için bkz Kaya, İnternet Hukuku, s. 21,22.

34 “Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verilebilir.” (5651 sayılı Kanun madde 9/4)

35 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 314

36 “(Ek:17/10/2019-7188/36 md.) Bu maddenin ikinci, dördüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.” (5651 sayılı Kanun madde 8/17)

37 “Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.” (5651 sayılı Kanun madde 8/A-3)

38 5894 sayılı Kanun Ek madde 1 hükmü: “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Yönetim Kurulu tarafından karar verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.”

şimin engellenmesinden sonuç alınamayacak ise alan adlı temelli erişimin engellemesi yöntemi, son çare olarak uygulanacaktır. Bu yöndeki yasal düzenlemelerde de bu duruma işaret edilmektedir.

II. TFF'nin Yapılanması, Hukuki Yetkileri ve TFF'ye Verilen Erişimin Engellenmesi Yetkisinin Eleştirisi

Türkiye Futbol Federasyonu'nun (TFF) hukuki yetkilerini belirlemek, TFF'ye 5894 sayılı Kanun'un'a eklenen EK madde-1 ile getirilen erişimin engellenmesi yetkisinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Ancak hukuki yetkileri bütünüyle incelemek çalışma konumuzun sınırlarını çok fazla genişletecektir. Bu nedenle, aşağıda sadece çalışma konumuzla bağlantısı olduğu düşünülen yetkiler ele alınmıştır.

Hukuki yetkilerin belirlenmesinde 5894 sayılı Kanun'un yanı sıra "Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü"nün (Statü) bazı maddelerinin de nazara alınması gerekir ³⁹.

5894 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde, TFF'nin hukuki işleyişinin ilk derece hukuk kurulları⁴⁰, 6'ncı maddesinde ise Tahkim Kurulu aracılığıyla yürütüleceği ifade edilmiştir⁴¹.

39 <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf> (30.12.2021)

40 "İlk derece hukuk kurulları

MADDE 5 – (1) TFF'nin ilk derece hukuk kurulları özellikle aşağıdaki kurullardan oluşur:

a) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.
b) Disiplin kurulları.
c) Kulüp Lisans Kurulu.
ç) Etik Kurulu.

(2) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 18/1/2018 tarihli ve E.: 2017/136, K.: 2018/7 sayılı Kararı ile)

(3) TFF talimatları ilgili talimatın yayımından, ilk derece hukuk kurulları tarafından alınan kararlar ise ilgili kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşir. İlk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaz.

(4) İlk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir kurulun usul kuralları TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda düzenlenir.

(5) İlk derece hukuk kurullarının üyeleri TFF Statüsünde öngörülen şekilde belirlenir.

(6) İlk derece hukuk kurullarının hiçbir üyesi, TFF'nin başka kurul ve organlarında görev alamayacağı gibi TFF üyesi herhangi bir kulüp ya da diğer bir özel hukuk tüzel kişisi bünyesinde de görev alamaz. Bu üyeler tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde görevlerini icra etmek zorundadırlar."

41 "Tahkim Kurulu

MADDE 6 – (1) Tahkim Kurulu, bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kuruldur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir.

Statü’de TFF’nin özerk olduğu belirtilmiştir (madde 1/1)⁴². Statü’nün “Üyelerin Yükümlülükleri” başlıklı 13’üncü maddesinin “ç” bendinde “üyelik aidatlarını ve yıllık harçlarını ödemek”; denerek TFF’nin özerkliğine ve üyelerin birleşmesinden oluşan bir yapıya sahip olduğuna işaret edilmektedir⁴³.

5894 sayılı Kanun’un “amaç” başlıklı 1’inci maddesinde TFF’nun statüsü ve hukuki kişiliği belirtilmektedir⁴⁴. Buna göre maddede TFF’nun “özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip” bir kurum olduğuna işaret edilmektedir⁴⁵. Ancak bir kurumun özel hukuk hükümlerine tabi olan bir tüzel kişilik olması ile özel hukuk tüzel kişiliği olması farklı konulardır⁴⁶.

Bu hükümler gereğince, TFF’nun özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu öğretilde tartışılmıştır⁴⁷. Bir görüşe göre TFF’nun özel hukuk hükümlerine tabi olan bir kamu hukuku tüzel kişiliği olduğu ifade edilebilir⁴⁸. Zira bir kamu hukuku tüzel kişiliği ancak, kamu yararı adına, kanunla ve devlet tarafından kurulurlar; bu nedenle özel hukuk gerçek ve tüzel

(2) Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kuruluna başvuru süresi TFF talimatlarının yayımından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren yedi gündür.

(3) Tahkim Kurulunun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerinin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulunun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

(4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar (...) (1).

(5) Tahkim Kurulu üyeleri de bu Kanunun 5 inci maddesinin altıncı fıkrası hükümlerine tabidir.”

42 “Bu Statü’nün amacı, özerk Türkiye Futbol Federasyonunun genel ilkelerini, kuruluş, teşkilatlanma, görev ve yetkilerini münhasıran düzenlemektir. İşbu Statü, Türkiye’deki her türlü futbol faaliyetinin organizasyonunun ve gelişiminin ulusal ve uluslararası kurallara göre gerçekleştirilmesini kapsar.”

43 “Üyelik aidatlarını ve yıllık harçlarını ödemek;”

44 “Bu Kanunun amacı; her türlü futbol faaliyetlerini milli ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye’yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk Türkiye Futbol Federasyonunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir.”

45 Abdullah Uz, “Sporla İlgili Uyuşmazlıkları Çözümünde Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararların Hukuki Niteliği Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 13, Yıl 2011/1, s. 263, 264.

46 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt:1, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 590 (İdare Hukuku)

47 5894 sayılı Kanun öncesinde TFF idari teşkilat içinde kabul ediliyordu. Ancak yapılan kanun değişikliği neticesinde TFF’nin özel hukuk kurallarına tabi olan bir kurum olması, özel hukuk tüzel kişiliği mi yoksa kamu hukuku tüzel kişiliği mi olduğu; bu bağlamda medeni hukuk hükümlerinin mi yoksa idare hukuku hükümlerinin mi uygulanacağı yönünde bazı tartışmaların yapılmasına neden olmuştur. (Konu hakkında geniş bilgi, içtihat ve tartışmalar için bkz Uz, s.257-261). Bu kavramsal tartışmalara, çalışma konumuzun kapsamını genişletmemek adına sadece değiniyoruz.

48 Gözler, *İdare Hukuku*, s. 590

kişilerinden ayrı bir konumda olup birtakım hakları kullanıp yükümlülüklerle tabi olabilirler⁴⁹.

Başka bir görüşe göre ise TFF, “kendine özgü” bir yapısı olduğu yapısı olan, bir yönüyle “özel hukuk hükümlerine tabi”, diğer yönüyle özerk bir tüzel kişi, diğer taraftan da bütün faaliyetleri “idarenin (bakanın) gözetimine ve denetimine tabi” olan ve ne olduğu tam olarak anlaşılamayan bir kurumdur⁵⁰.

Sonuç olarak, TFF Statüsü’nün 25/son ile 5894 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesi birlikte yorumlandığında, kanaatimizce TFF’nun özel hukuk tüzel kişisi olduğu ifade edilebilir.

Ancak genel anlamda bir kurumun özel hukuk hükümlerine tabi olunması iş ve işlemler hakkında özel hukuk hükümlerinin uygulanması anlamına gelmez. Bu durumda dahi o kurum veya kuruluş eğer kamu yararı adına, kanunla kurulmuşsa ve kamusal ayrıcalıklar kullanabiliyorsa kamu hukuku tüzel kişiliği olarak düşünülmelidir⁵¹. Bu durumda yapılan işlem idari nitelik taşıyabileceği için, özel hukuk tüzel kişilerinin yaptığı işlemlere karşı da idari yargıya başvurulabilir⁵². Ne var ki biraz aşağıda belirtildiği üzere, TFF’nun erişimin engellenmesi yetkisi idari bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle, TFF’nun erişimin engellenmesine ilişkin kararlar için kanun koyucu idari yargı yerine sulh ceza hakimliğine başvurulacağını ifade etmiştir.

Çalışmamızla bağlantısı olduğu düşünüldüğünden Statü’nün 33’üncü maddenin bir ve ikinci fıkrasıyla beşinci fıkrasına değinilmiştir⁵³.

49 Gözler, İdare Hukuku, s. 161

50 Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 261,262. Yazar, Türkiye Futbol Federasyonu’nu “ne olduğu tam olarak anlaşılamayan bir hukuk garabeti” olarak tanımlamaktadır. (Akıncı, s. 262)

51 Gözler, İdare Hukuku, s. 590, s. 659

52 Gözler, İdare Hukuku, s.658

53 “1.Yönetim Kurulu, TFF Başkanı ile Genel Kurul’un seçeceği on dört üyeden oluşur.

2. Yönetim Kurulu, ilk toplantısında görev süreleri kendi görev süresiyle sınırlı olmak üzere kendi üyeleri arasından başkan vekillerini seçer. Başkan vekilliğinin boşalması halinde, boşalan başkan vekilliğine bir ay içinde yeni bir başkan vekili seçilir.

5. Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmek isteyenlerin aşağıdaki şartları (tamamını) taşıması zorunludur:

a) 25 yaşını doldurmuş ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak;
b) Seçim tarihinden önceki beş (5) yıl içinde TFF Statüsü’nü veya talimatlarını ihlal etmekten dolayı bir defada veya toplamda iki yıl ve daha fazla hak mahrumiyeti cezası almamış olmak;
c) Temerrüt halinde veya kesinleşmiş vergi veya sosyal sigorta prim borcu bulunmamak;
d) Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa dahi, kasten işlenen bir suçtan dolayı iki (2) yıldan fazla süreyle hapis cezasına veya Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye

Statü'nün 33'üncü maddesinin bir, iki ve beşinci fıkraları dikkatlice incelendiğinde, TFF-YK üyesi olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartı aranmadığı görülecektir. Hatta, üniversitelerin dört yıllık eğitim veren ve programlarında hukuk derslerine ağırlık veren siyasal bilgiler, kamu yönetimi, iktisat gibi bölümlerinden mezun olunması şartı dahi aranmamıştır. Hukuk fakültesi mezunu olmayan ve olması da gerekmeyen bir kurula, internet sitelerine erişimin engellenmesi yetkisi tanınması ise birtakım ciddi hukuki sorunlara yol açabilir.

Hukukçulardan oluşmayan ve hukuk fakültesi mezunu olma şartı bulunmayan TFF-YK'na, ancak hakimler tarafından kullanılabilecek bir yargısal yetki (erişimin engellenmesi kararı alabilme yetkisi) 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle tanınmıştır. Böylece, "hukuk fakültesi mezunu olmayan", hatta hukuk eğitimi dahi alma zorunluluğu olmayan bir kurula erişimin engellenmesi kararı vermesinin önü açılmıştır⁵⁴.

Bu düzenlemenin Anayasa'nın 9'uncu maddesine yargı yetkisinin devri bakımından aykırılık taşıdığı düşünülmektedir. Zira, idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı dışında esasen erişimin engellenmesi kararını hakimnin vermesi gerekir⁵⁵.

5894 sayılı Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle, hukuk kurullarına veya hukukçulardan oluşan Tahkim Kurulu'na değil⁵⁶, TFF-YK'na internet sitelerine erişimin engellenmesi yetkisi verilmiştir. Yetkinin TFF-YK tarafından devredilebileceğinin ifade edilmesi de yapılan düzenlemenin doğurabileceği olası hukuki sorunları gidermede yetersiz kalabilir. Zira getirilen düzenlemede açıkça "Yönetim Kurulu, bu madde kapsamındaki yetkisini idari birimde görev alacak kişilere devredebilir" denerek TFF-YK'na erişimin engellenmesi yönündeki yetkisini başka bir idari birimde görev alacak kişilere devredebileceği belirtilmiştir. Öyleyse, TFF-YK, devredecekse dahi, yetkisini yargısal bir merciye

kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak;

e) Yukarıda sayılan yüz kıztartıcı suçlardan biriyle hüküm giymiş kişilerin cezaları ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa bile Yönetim Kurulu üyesi olamazlar"

54 Erişim Sağlayıcıları Birliği'nde hukukçu olmayan üyelere de verilen benzerlik tespiti kararına benzer bir düzenlemeyi burada da görmekteyiz. ESB'ye verilen düzenlemenin eleştirisi için bkz Taşkın, Erişim Yasakları, s. 161

55 Konuyla ilgili tartışmalara, TFF'nin erişim yasağının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelere ilerleyen başlıklarda girilmiştir.

56 Tahkim Kurulu'nun yetkileri ve Yapılanması hakkında geniş bilgi için bkz Erkan Küçükgüngör, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 138. Selami Özsoy, "Spor Hukukunda Tahkim", *Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi*, Cil 3 Sayı1, 2008, s. 19

(örneğin Tahkim Kurulu'na veya buna benzer bir kurula) değil, esasen idari bir merciye devredecektir. Bu nedenle, bir görüşe göre, verilen bu karar idari bir karar olup ancak idare mahkemesinde iptal davasına konu edilebilmelidir⁵⁷. Ne var ki yasal düzenleme gereği TFF-YK tarafından verilecek olan erişimin engellenmesi kararına karşı idari yargıya değil, sulh ceza hakimliğine başvurulabilecektir.

Yetkinin devredileceği birimin de hukukçulardan oluşup oluşmayacağı da belirsizdir. Hukuki sonuçlar doğuracak bir kararın hukukçulardan oluşması şart olmayan birime bırakılması sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle kurulacak olan birimin hukukçulardan oluşan bir birim olması gerektiği fikrindeyiz. Maddede bu yönde bir düzenlemeye gidilmelidir.

TFF-YK, getirilen yeni düzenlemeye dayanarak yetkisini hukuk kurullarına veya Tahkim Kurulu'na devretse dahi, 5894 sayılı Kanun'un ve Statü'nün hukuk kurulları ile Tahkim Kurulu'na verdiği yetkiler incelendiğinde, internet sitelerine erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin bulunmadığı görülecektir. Zaten Tahkim Kurulu'nun görevleri kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Şu halde, getirilen düzenleme 5894 sayılı Kanun'un ve Statü'nün sistematığıyla de örtüşmemektedir.

Öte yandan, özel hukuk tüzel kişiliği vasfı daha ağır basan bir oluşumun, hukuka aykırılık taşıyan bir içerik hakkında erişimin engellenmesine karar verirken, hukukçular tarafından yorumlanması gereken hukuka aykırılık kavramını yorumlayarak, hangi internet sitelerinin hukuka aykırılık içerdiğine karar vermesinin Anayasa'nın 9'uncu maddesinde güvencelenen yargı yetkisi ve bu bağlamda güçler ayrılığı ilkesi ile bağdaşıklığını tartışmak gerekir⁵⁸.

Konu hakkında AYM ve AİHM tarafından daha önce verilmiş olan benzeri kararlar fikir verici olabilir. Örneğin 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda⁵⁹ AİHM, TİB'e 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) tanınan yetkilerin çok geniş olduğunda işaret etmiş ve 5651 sayılı Kanun'da TİB'e bu yönde bir yetki verilmesinin yapılan işlemlerin hukuka uygun şekilde yapıldığı anlamında yorumlanamayacağına işaret etmiştir. Kararın konuya ilişkin 59'uncu paragrafında⁶⁰

57 Gözler, İdare Hukuku, s. 658

58 ESB'nin benzeri yöndeki yetkisinin eleştirisi için bkz Taşkın, Erişim Yasakları, s. 161.

59 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı, 18.12.2012, [https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/\(22.7.2022\)](https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/(22.7.2022))

60 "59. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, bu koşullara uymak için, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından keyfi biçimde zarar verilmesi halinde iç hukukta şüphesiz bir koruma imkânı sunulmalıdır. Temel haklara zarar veren fiiller söz konusu olduğunda, şayet bu duruma iliş-

yasal düzenlemenin yanı sıra, yasanın TİB'in erişimin engellenmesine ilişkin yetkilerini keyfi kullanmayı engelleyecek açıklıkta olmadığına, TİB'in takdir hakkının sınırlarının yasal düzenleme ile açıkça çizilmediğine, bu durumun da, internet üzerinden düşüncüyü ifade özgürlüğü ile AİHM kapsamında korunan hukukun üstünlüğü ilkelerine aykırı olduğuna işaret etmiştir⁶¹.

Kararda ayrıca TİB'e geniş yetki verilmesi eleştirilmiş, bu cümleden olarak TİB'in tamamen kendi takdiriyle erişimin engellenmesine ilişkin kapsamı yargısal denetime tabi olmaksızın genişletebilmesi eleştirilerek ihlale hükmedilmiştir⁶².

AYM de AİHM içtihadının benzeri yönde içtihat geliştirmiştir. AYM, 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararında TİB'in erişimin engellenmesine ilişkin yetkisini tartışmış, bu yetkinin yasaya dayanmaması ve mahkeme kararının sınırını aşar şekilde kullanılmasını hukuka aykırı bularak ihlale karar vermiştir⁶³.

Öyleyse AİHM ve AYM içtihadı doğrultusunda internet erişiminin idari tedbir yoluyla engellenmesinin hukuk devletinin güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşık olmadığı söylenebilir⁶⁴. Bu gerekçeden yola çıkılarak, adli veya idari tedbir niteliği taşımayan ve uygulama sınırı yasayla belirlenmeyen bir kararla, TFF-

kin takdir yetkisi kullanmakta idare organları açısından bir sınır belirlenmemişse, kanun, Sözleşme ile korunan, demokratik toplumun temel ilkelerinden birini oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşmektedir. Dolayısıyla, kanunda böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli açıklıkla tanımlanması gerekmektedir (bkz, diğer birçok karar arasında, anılan Sunday Times, §49 ve Maestri v. İtalya [BD], no 39748/98, §30, AİHM 2004-I). ” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı, 18.12.2012, <https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/> (22.7.2022)

61 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 138.

62 “63. AİHM, aynı zamanda 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 3. ve 4. Paragrafları uyarınca, belirli bir site için başlangıçta kabul edilen kararın icrası çerçevesinde idari makam, TİB'in geniş bir yetki kullanmasına izin verildiğini gözlemlemektedir. Somut olaya ilişkin olay ve olgular; TİB'in, siteye veya ilgili web alanına ilişkin herhangi bir soruşturma yürütülmesizin ve özellikle tümünden erişimi engelleme gerekliliği haklı gösterilmeksizin, siteye erişimin engellenmesi yönündeki tedbir kararının genişletilmesi talebinde bulunabileceğini göstermektedir.” <https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/> (22.7.2022)

63 “(48).5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan Twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.” Anayasa Mahkemesi'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1> (02.03.2022).

64 Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s.161 (Bilişim Suçları); aynı yönde Taşkın, Erişim Yasakları, s. 138.

YK'na erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin de AİHS'in ihlali olduğu ifade edilebilecek, olası bir başvuruda AİHM'in benzeri yönde gerekçe geliştirebilir.

Ayrıca madde hükmü, daha önce değerlendirildiği üzere her şeyden önce belirlilik ilkesinden uzaktır. İkincisi, kararı verecek olan TFF-YK hukukçulardan oluşmayan bir yapılanmaya sahiptir ve TFF-YK erişimin engellenmesi yönündeki yetkisini devredebilecektir. Bu durumda Anayasa'nın 9'uncu maddesindeki yarı yetkisinin mahkemelerce kullanılacağına ilişkin hükmün yargısal nitelik taşımayan bir kurumun erişimin engellenmesi kararı vermesi bakımından da Anayasa'ya ve AİHS'e aykırılık oluşturacağı öne sürülebilir.

Getirilen düzenleme ile, lig maçlarını yayın hakkı almadan yayınlayan internet siteleri hakkında hızlı bir şekilde işlem yapılarak, ihlallerin engellenmesi amaçlanmıştır. Nitekim kanun kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 23.02.2022 tarihine kadar toplam 866 internet sitesi hakkında erişimin engellenmesine karar verilmiş, bunların 415'i hakkında sadece bir hafta içinde karar verilmiştir⁶⁵. Ancak, yayın haklarının hızlı ve etkin korunması adına Anayasal ilkelerin, idare ve ceza hukukunun temel ilkelerinin ihlal edilmesi hukuk devletinde olmaması gereken bir durumdur.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) Ek 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında 3/3/2004 tarihli -5101 sayılı Kanun'un 25'inci maddesiyle yapılan değişiklikle⁶⁶ fikri hak ihlalleri bakımından oldukça etkili bir erişim engeli yöntemi getirilmiştir⁶⁷.

FSEK ek madde 4 ile dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâlî halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâl konu eserler içerikten çıkarılır.

65 <https://odativ4.com/spor/tff-den-korsan-yayin-calismasi-rekor-kirildi-230603> (Erişim Tarihi: 23.02.2022)

66 5846 sayılı Kanun Ek madde 4: "Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâlî halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâl konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlî durdurulmasını ister. İhlâlî devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlî devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlî durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."

67 Geniş değerlendirme için bkz Taşkın, Erişim Yasakları, 340-344

Yöntemin işlemesi için hakları ihlal olan gerçek veya tüzel kişinin öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını istemesi gerekir. Eğer buna rağmen ihlal devam ederse, hak sahipleri, Cumhuriyet savcısına başvurarak, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâl devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulmasını talep edebilir. İhlal durdurulduğunda bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır.

Başka bir deyişle FSEK Ek madde 4 gereğince eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri, servis sağlayıcılara veya bilgi içerik sağlayıcılara uyarı yöntemiyle başvurarak, hukuka aykırılık taşıyan içeriğin kaldırılmasını talep edebilirler. Bu yöntemde hukuka aykırılık taşıyan içeriğin çıkarılması için hakim kararı aranmamaktadır. Yöntem, oldukça hızlı işleyen etkili bir yöntemdir.

Buna göre, FSEK Ek madde 4/3'teki usul, TFF'den futbol liglerinin yayın hakkını almış olan yayıncı kuruluş tarafından hukuka aykırı yayın yaparak telif haklarını ihlal eden internet siteleri bakımından da uygulanabilir. Zaten uygulamada da bunun örneklerine zaman zaman rastlanmaktadır. FSEK Ek madde 4/3'teki düzenleme varken TFF'ye de 5864 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesiyle erişimin engellenmesi kararı verme hakkı tanınması kanaatimizce gerekli bir yöntem değildir.

Getirilen Ek madde-1'in üçüncü fıkrasında "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Yönetim Kurulu tarafından çıkartılacak talimatla belirlenir" şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Talimat, idare hukuku anlamında ad-sız düzenleyici işlem hükmündedir⁶⁸. Maddenin nasıl uygulanacağına ilişkin esasların talimatla belirlenmesi belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı bir durum ortaya çıkarabilir.

Öte yandan maddede, hangi eylemlerin yaptırıma tabi tutulacağı madde (suç eylem ve türleri) metninde açıkça belirtilmiş değildir. Bu durumun da belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilebilir⁶⁹.

III. TFF-YK Tarafından Verilen Erişimin Engellenmesi Kararının Hukuki Niteliği ile Karara İtirazın Değerlendirilmesi

Erişimin engellenmesi kararlarına karşı başvurulacak olan hukuki çareler değerlendirilirken; adli nitelikteki erişimin engellenmesi kararlarına karşı CMK ve 5651 sayılı Kanun'daki öngörülen itiraz usulleri ile idari nitelikteki erişimin en-

68 Gözler, İdare Hukuku, s. 1260.

69 "Belirlilik ilkesi, ceza hukuku açısından suç oluşturan bir normun tipiklik unsuru ile suçun yaptırımının ceza kanunun uygulama alanında bulunan bireyler tarafından anlaşılabilir düzeyde açık ve iyi ifade edilmiş olduğu anlamına gelir. Açıklama öyle iyi yapılmalıdır ki bireyler neyi yapıp neyi yapamayacaklarını önceden bilmelidirler. Böylelikle kanun koyucu tarafından neyin haksızlık olarak düzenlendiği bilisine erişebilirler. Dolayısıyla bu ilke doğrudan hukuk güvenliği ilke ile bağlantılıdır." Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021, s.63(Genel Hükümler)

gellenmesi kararlarına karşı ise, işlemin idari nitelik taşıması durumunda idari yargıda iptal davası açılması yöntemleri hukuki çare olarak değerlendirilebilir. Aşağıda dört numaralı başlık altında genişçe değerlendirildiği üzere, TFF-YK'na verilen erişimin engellenmesi yetkisi adli nitelikte bir yetki değildir. Bu nedenle TFF-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararına karşı CMK hükümlerine göre itiraz edilebilmesi, karar adli nitelik taşımadığı ve ortada bir suç da olmadığı için, mümkün görünmemektedir.

Keza Ek madde 1 dikkatle incelendiğinde, bir suçun tanımlanmadığı görülecektir. Bu durumda, suça dayanmayan erişimin engellenmesi kararının adli nitelikte bir karar olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak ortada suç yoksa da hukuka aykırı bir durum olduğu ifade edilebilir. Şu halde, bu çıkarımdan hareketle, ortada suç olmadığına göre doğrudan doğruya CMK'nın itiraza ilişkin hükümlerinin uygulanması da mümkün görünmemektedir. Keza itirazı düzenleyen CMK 268/1 hükmü gereğince itirazın hükmü veren hakimliğe/mahkemeye yapılması gerekir. Hükmü veren hakimlik/mahkeme önce yerindelik bakımından bu hükmü değerlendirir ve kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir (CMK 268/2). Oysa, 5894 sayılı Kanun Ek madde 1 ile getirilen itirazda, itirazın CMK 268/1'de olduğu gibi önce kararı veren makamca görüşülmesi esası getirilmiş değildir. İtiraz doğrudan doğruya sulh ceza hakimliğine yapılacaktır. Bu nedenle, buradaki itirazın, TFF'nin kendine özgü yapılanması da gözetildiğinde, kendine özgü bir denetim yolu olarak yorumlanması daha doğrudur. Keza 5894 sayılı Kanun'da itiraz usulü bakımından 5651 sayılı Kanun'a veya CMK'ya bir göndermede de bulunulmuş değildir. Bu nedenle de buradaki itiraz kendine özgü bir usuldür.

Buradaki işlem sulh ceza hakimliğine itirazdan ibaret olup, sulh ceza hakiminin onayına sunma şeklinde değildir. Oysa, koruma tedbiri niteliğinde olan erişim engellenmenin hakim kararı ile verilmemesi durumunda yirmi dört saat içinde hakimnin onayına sunulması biraz da olsa karara hukuki güvence getirebilirdi. Bu olanak dahi sağlanmadan sadece bu karara itiraz olanağı tanınması koruma tedbirleri için olması gereken hakim güvencesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁷⁰. Her ne kadar 5894 sayılı Kanun Ek madde 1 ile getirilen usul, doğrudan doğruya koruma tedbiri olarak tanımlanamayan, kendine özgü bir usul olarak ifade edilebilirse de koruma tedbiri sebebiyle verilen erişimin engellenmesi kararına getirilen hakim onayı güvencesi TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı bakımından da getirilebilirdi.

70 Bahri Öztürk, Behiye Eker-Kazancı, Sesim Soyer-Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.36

Sulh ceza hakimliğine itiraz olanağı tanındığına göre itirazın verilen erişimin engellenmesi kararının infazına etki edip etmeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir.

İtirazın hükmün infazını engellemeyeceği CMK'nın 269/1 maddesinde "İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz" denerek ifade edilmiştir. Öyleyse, ana kural, itiraz kanun yoluna başvurulması durumunda itirazın o kararın infazına engel olmamasıdır. Ancak 269/2'de "Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir" hükmü gereğince, itirazı görüşecek olan merci veya sulh ceza hakimliği tarafından talep üzerine veya re'sen hükmün infazı durdurulabilir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararına itiraz edildiğinde, eğer hükmün infazının durdurulması da isteniyorsa dilekçede bu hususun açıkça talep edilmesinde yarar olduğu fikrindeyiz. Her ne kadar buradaki itiraz CMK kurallarının uygulanacağı bir itiraz olmayıp "kendine özgü" bir yol olarak kabul edilebilirse de infazın durdurulması bakımından CMK 269'daki kuralın "yol gösterici" olarak kabul edilebileceğini düşünüyoruz.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabilir (Kab. Kan md 27/1). Kabahatler Kanunu, sulh ceza hakimliğinin yetkisini ancak idari para cezalarına ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı tanımıştır. Şu halde, eğer bir yaptırım idari para cezası yahut mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı değilse, sulh ceza hakimliğinin yetkili olmadığı söylenebilir.

Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 28/1-b hükmü "Başvurunun süresi içinde yapılmadığının, başvuru konusu idari yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebileceği kararlardan olmadığı veya başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde, bu nedenlerle başvurunun reddine" kararı verileceğini ifade ederek, idari yaptırım niteliğinde olmayan kararların sulh ceza hakimliğinin denetiminde olmadığını belirtmiştir. Ancak ifade edilmeğidir ki kabahatler suç olarak kabul edilmez ve haksızlık içerikleri suçlara göre daha düşüktür⁷¹.

Şu halde, TFF-YK'na 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesi ile tanınan erişimin engellenmesi kararının idari yaptırım olup olmadığının belirlenmesi bu karara karşı sulh ceza hakimliğine bu gerekçe ile gidilip gidilemeyeceğinin ortaya konması bakımından önemlidir.

71 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 142.

Konunun daha iyi anlaşılması için kabahatin ne olduğunu incelemekte yarar görüyoruz. Kabahat, “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” olarak tanımlanmıştır (Kab. Kan md 2). Şu halde, eğer haksızlık içeriği taşıyan bir eylemin karşılığında idari yaptırım uygulanması gerekiyorsa o eylem kabahat olarak ifade edilecektir.

Kanunilik ilkesi gereğince, kabahat karşılığı olan yaptırımların türünün, süresinin ve miktarının ancak kanunla belirlenmesi gerekir (Kab. Kan md 4/2). Aynı şekilde, hangi eylemlerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça ifade edilebilir veya kanunun belirlemiş olduğu çerçeve içerisinde idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir (Kab. Kan md 4/1). Bu nedenle kabahatlerdeki kanunilik ilkesi cezalardaki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine göre daha esnek düzenlenmiştir ve o şekilde uygulanmaktadır⁷². Buna karşın yaptırımlar bakımından kabahatlerdeki kanunilik ilkesi, cezalardaki kanunilik ilkesi gibi oldukça sert düzenlenmiştir; öyle ki idareye çerçeve kanunla olsa dahi kabahat yaptırımının türünün, süresinin ve miktarının belirlenmesi yetkisi verilmemiştir⁷³.

İdari yaptırım kavramı Kabahatler Kanunu’nda açıkça tanımlanmış değildir. Buna karşın 16/1 maddesinde “kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir” denerek idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerle sınırlı olduğu ifade edilmiştir. İdari yaptırım, kanunların açıkça yetki verdiği durumlarda araya yargı mercinin kararı girmeden doğrudan doğruya idarenin idare hukukuna özgü kuralları uygulayarak hükmettiği yaptırımlar olarak tanımlanabilir⁷⁴.

Şu halde, kanunilik ilkesi gereğince kanunda tanımlanan veya çerçevesi kanunla tanımlanan eylemler (idarenin genel ve düzenleyici işlemleri ile açıklanmak kaydıyla) kabahat olarak belirlenecek; bunlara da ancak idari para cezası ve idari tedbir uygulanabilecektir. İdari para cezası ve idari tedbir yaptırımlarına karşı da sulh ceza hakimliğine itiraz edilebilecektir.

Yukarıdaki tespitlere göre, TFF-YK’na 5894 sayılı Kanun’un Ek-1 maddesi ile tanınan erişimin engellenmesi kararının idari yaptırım olup olmadığını bu tespitlere göre değerlendirecek olursak şunları söyleyebiliriz:

1) Kabahatler Kanunu’nda veya 5894 sayılı Kanun’da “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulması” şeklinde bir kabahat tanımlanmış

72 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 142.

73 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 143.

74 Zeynel Kangal, *Kabahatler Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 260

değildir. Bu eylem bir haksız eylem olmakla birlikte, kanunda açıkça tanımlanmadığı için kabahat olarak da ifade edilemez. Bir eylemin suç/kabahat olması farklı bir konudur; haksız eylem olması farklı bir konudur.

2) Araya yargı mercinin kararı girmeden doğrudan doğruya idarenin idare hukukuna özgü kuralları uygulayarak hükmettiği yaptırımlar idari yaptırım olarak tanımlanmaktadır. Ancak TFF-YK (araya yargı merci kararı girmeden) doğrudan doğruya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisine sahip olmakla birlikte, TFF idari teşkilat içerisinde yer alan ve idare hukuku kurallarını doğrudan doğruya uygulayabilen bir kurum değildir. TFF'nin hukuki statüsü incelendiğinde, özel hukuk tüzel kişiliğine daha yakın özellikler barındıran kendine özgü bir kurum olduğu görülecektir⁷⁵. Bu nedenle de TFF-YK'nun verdiği erişimin engellenmesi kararına karşı idari yargıya başvurulabilmesi mümkün görünmemektedir.

3) 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesi sadece erişimin engellenmesini ve bunun usulünü düzenlemektedir. Oysa maddede veya 5894 sayılı Kanun'da, 5651 sayılı Kanun'un aksine⁷⁶, erişimin engellenmesi kararının uygulanmaması durumunda, kararı uygulamayan erişim/yer sağlayıcıya idari yaptırım uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 16/1 maddesinde "kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir" denerek idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerle sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Yine Kabahatler Kanunu'nun yukarıda değindiğimiz 4'üncü maddesi gereğince, gerek kabahatlerde gerekse idari yaptırımlarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, kanunda sayılmayan (veya çerçevesi çizilmeyen) bir kabahat ve idari yaptırım ihdas edilemez. 5894 sayılı Kanun'da veya Kabahatler Kanunu'nda da "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulması" kabahati tanımlanmadığına, uygulanacak idari yaptırım da belirtilmediğine göre, TFF-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararına dayanak oluştan eylemlerin kabahat olarak tanımlanması hukuken mümkün görünmemektedir. Keza, 5894 sayılı Kanun'la kanunla idari yaptırım konmadığı için de TFF-YK'nun idari yaptırım uygulama yetkisi olmadığı ifade edilebilir.

⁷⁵ TFF'nin hukuki statüsü çalışmamızın 5 numaralı başlığında genişçe ele alınmıştır.

⁷⁶ 5651 sayılı Kanun'da BTK tarafından erişimin engellenmesi tedbirini uygulamayan servis sağlayıcıya on bin TL'den yüz bin TL'ye kadar idari para cezası ile yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir (5651 sayılı Kanun 8/13); Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 143.

Öte yandan 5651 sayılı Kanun'un 8/11 maddesiyle BTK'ya verilen idari yaptırım uygulama yetkisi⁷⁷ 5894 sayılı Kanun'la TFF-YK'na tanınmış değildir. 5651 sayılı Kanun'da BTK'ya verilen bu yöndeki yekinin iptali için idari yargıda iptal davası açılabilirken⁷⁸, TFF-YK'na kanunla bu yönde yetki verilmediği için TFF-YK'nun böyle bir yetkiyi kullanabilmesi hukuken mümkün değildir. Buna rağmen böyle bir yetkinin kullanılması durumunda, verilen idari yaptırım kararı yok hükmünde sayılmalıdır.

Aynı şekilde ESB'ye de 5651 sayılı Kanun'la idari yaptırım belirleme/uygulama yetkisi tanınmadığına göre, ESB'nin de 5894 sayılı Kanun'un Ek madde 1 hükmü gereğince uygulanması için kendisine gönderilen kararın erişim sağlayıcı tarafından uygulanmaması durumunda, idari yaptırım yetkisini kullanamaması gerekir.

5894 sayılı Kanun'un Ek 1'inci maddesinde 5651 sayılı Kanun'un 9/11 maddesindeki "Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" hükmüne benzeyen bir düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle düzenlemedeki "Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı bir hafta içinde sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir" şeklindeki kararın uygulanmaması durumunda yaptırımın ne olacağı belirsizdir. Zira ortada bir suç olmadığı ve kararı uygulamakla yükümlü olan kişi/kişiler de kamu görevlisi olmadığı için genel hükümlerin de (TCK 257) failler hakkında tatbik edilmesi mümkün değildir.

Ne var ki Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesi gereğince tüzel kişiler fail olabilir ve hakkında idari yaptırım uygulanabilir⁷⁹. Ancak idari yaptırımın tüzel kişi için uygulanabilmesi için, eylemin ve yaptırımının kanunda kabahat olarak tanımlanması gerekir. Oysa 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesine dayanılarak TFF-YK tarafından alınan karar kabahat olmadığı gibi, bu kararın uygulanması için ESB'nin vereceği kararın uygulanmamasının yaptırımı da 5894 sayılı Kanun'da belirtilmediğinden, kararı uygulamayan erişim sağlayıcı-

77 "(11) İdarî tedbir olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkan tarafından ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından kararın yerine getirilmemesi halinde (...) (2) Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir." (5651 sayılı Kanun md 8/11)

78 "(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla (...) (2) Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir." (5651 sayılı Kanun md 8/12); Kent, s.134.

79 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 144.

ciya idari yaptırım tatbik edilmesi hukuken mümkün görünmemektedir. Bu yönlerdeki yasal boşluğun giderilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

4) Tüm bu çıkarımlardan hareketle, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabileceği (Kab. Kan md 27/1) öngörüldüğü için sulh ceza hakimliğinin yetkisini ancak idari para cezalarına ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı tanımıştır. Şu halde, TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı niteliği itibarıyla idari yaptırım hükmünde olmadığı için Kabahatler Kanunu md 27 gereğince sulh ceza hakimliğine başvurulabilmesi mümkün değildir. Zaten başvurulsa da Kabahatler Kanunu 28/1-b hükmü gereğince bu başvuru sulh ceza hakimliği tarafından yetki yönünden reddedilmelidir.

IV. Erişimin Engellenmesi ile İlişkili Olan Temel Hak ve Özgürlükler

Erişimin engellenmesi kararlarının tam olarak anlaşılabilmesi için, internete erişim hakkıyla yakından bağlantısı olan hak ve özgürlüklerin de kısaca incelenmesinde yarar görüyoruz. İfade edelim ki internete erişim hakkı, düşünceyi açıklama ve yayma, basın, haberleşme, bilgi edinme, eğitim ve bilim ve sanat özgürlükleriyle yakın ilişki içerisinde⁸⁰.

İnternete erişim hakkının, birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün görünmeyen ve birbiriyle yakın bağlantı içinde bulunan pek çok temel hak ve özgürlükle olan bağlantısı, bu hakkı kendine özgü bir hak (sui generis) bir konuma getirmiştir⁸¹. Bu nedenle de hem internete erişim hakkının hem de erişimin engellenmesine ilişkin sınırlandırma nedenlerinin Anayasa’da bağımsız bir madde olarak düzenlenmesi, hakkın niteliği ile de bağdaşan bir yaklaşım olarak düşünülebilir⁸².

Anayasa Mahkemesi (AYM) Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararında da ifade özgürlüğünün niteliği gereği pek çok hak ile bağlantılı olduğuna işaret etmiş ve ifade özgürlüğünün basın özgürlüğü ile yakın bağlantısından ötürü Anayasa’da özel olarak düzenlendiğini kararın gerekçesinde ifade etmiştir⁸³.

80 Geniş bilgi için Taşkın, Erişim Yasakları, s. 38-114; Aynı yönde bkz Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s. 137.

81 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 38, 45.

82 Aynı yönde Taşkın, Erişim Yasakları, s. 44.

83 “37. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü-

Keza Mahkeme Ali Kılık kararında internet üzerinde gerçekleştirilen basın faaliyetlerinin de internet haberciliği kapsamında kabul edilebileceğine⁸⁴ hükmetmiştir⁸⁵.

İnternete erişim hakkının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (gelişme hakkı)⁸⁶ ile de yakın bağlantı içerisinde olduğu söylenebilir. Bilgiye erişim ve bilgiyi öğrenme hakları internete erişim hakkıyla yakın bağlantı içerisinde olduğundan, internete erişimin engellenmesi bilgiye erişim ve gelişme haklarını ihlal edebilecek sonuçlar ortaya çıkarabilir⁸⁷.

Düşünceyi ifade özgürlüğünün tanınması ve kullanımının sağlanması, bireyin gelişme hakkı bakımından da önemlidir. Bu bağlamda internete erişimin engellenmesi düşünceyi ifade özgürlüğüne de engel olacağı için, erişimin engellenmesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması adına olabildiğince dikkatli uygulanması önem taşımaktadır.

Yargıtay 8'inci CD, 22.06.2004 T., 2003/2930 E., 2004/5686 K. sayılı kararında düşünceyi ifade özgürlüğünün bireyin gelişme hakkı bakımından gerekli olduğuna işaret etmiştir⁸⁸.

nün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. Madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B.No:2013/2602, 23/1/2014, §44)." Anayasa Mahkemesi'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. Numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1> (Erişim Tarihi: 22.6.2022)

84 Değirmenci, Erişimin Engellenmesi Kabahati, s.140.

85 "43. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir.

44. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun, §§ 34-36). İfade ve basın özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi, bunlara ilişkin bir kanaat oluşturma için en iyi araçlardan birini sağladığı unutulmamalıdır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63)." Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2017 T., 2014/5552 B. Numaralı Ali Kılık kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552> (22.6.2022)

86 Gelişme hakkı hakkında geniş bilgi için bkz. Betül Aslan, *Devletin Temel Amaç ve Görevleri Işığında Özel Gelişme Hakkı*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009; Ayrıca bkz. İbrahim Ö Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 222 vd.; Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.22, 23

87 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 42

88 "Bunun yanında, ifade özgürlüğü her bireyin kendisini gerçekleştirmesinin de temel koşullarından

Öyleyse, internet bilgiye ulaşmada bir araç olduğuna göre, hangi internet sitesine hangi gerekçelerle erişimin engellendiği, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önemlidir. Zira ülkemizde bazı ideolojik veya siyasi nedenlerle internet sitelerine erişim yasağı konabildiği görülmektedir⁸⁹. Keyfi şekilde verilen erişimin engellenmesi kararları nedeniyle bireylerin Anayasa'nın 17/1 maddesi anlamında korunan gelişme hakkının da ihlal edilme tehlikesi ortaya çıkabilir⁹⁰.

İnternet erişiminin engellenmesi için AYM tarafından bazı ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler, AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. Sayılı Twitter⁹¹; 29.05.2014 T. ve 2014/4705 B. Sayılı "Youtube"⁹² ve 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un 127'nci maddesiyle değiştirilen 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine eklenen 16'ncı fıkranın iptali talebiyle açılan davaların⁹³ gerekçelerinden yola çıkılarak sistematize edilebilir. Buna göre AYM internet erişiminin engellenmesinde ifade özgürlüğünün korunması adına erişimin engellenmesinin son çare olmasını, kademelilik ilkesine uyulmasını, idari mercilerin internete olabildiğinde az müdahale etmesi gerektiğini; idari mercilerin müdahalesinin yargı denetimine açık, somut ve belirli olması gerektiğini; erişimin engellenmesi konusundaki kararın yalnızca idareye bırakılmaması gerektiğini; özellikle idari tedbir yoluyla verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı hızlı ve etkin bir yargısal denetim sistemi kurmanın, internetteki içerikleri güncelliğini çabuk yitirdiği için şart olduğunu belirtmektedir⁹⁴. AYM, bu kurallara

birini oluşturur. İnsan ifade özgürlüğü sayesinde kendisini tanımlar, başkalarını algılar ve yaşamını anlamlı hale sokar. Eğer demokratik bir süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa, anlatım özgürlüğünün korunması hayati önem taşır. Serbest bir kamuoyu oluşturmak, bütün seçeneklerin tartışılmasını sağlamak ve en geniş anlamda halkın yönetimine katılımını ve denetimini gerçekleştirmek ancak bu sayede mümkün olabilir." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (24.06.2022)

89 Muharrem Özen, İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.204

90 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 43

91 Anayasa Mahkemesi'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1> (02.03.2022)

92 Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 T. 2014/4705 B. numaralı Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=4705&KararBulteni=1> (24.06.2022)

93 Anayasa Mahkemesi'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/151> (02.03.2022)

94 Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 T, 2015/76 E, 2017/153 K sayılı kararı da aynı doğrultudadır. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/153?EsasNo=2015%2F76> (11.8.2022). Karar hakkında geniş analiz için bkz Melikşah Çırakoğlu, *5651 sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 59-69.

uyulurken internetin özgür doğası ile sosyal medya özgürlüğünün ve bu yolla düşüncenin farklı biçimlerdeki ifade tarzının korunması gerektiğine işaret etmekte; sosyal medyanın ve internete erişim özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralların konmasıyla uygulanmasında hassas davranılması gerektiğini de vurgulamaktadır⁹⁵.

AYM, internet erişiminin engellenmesinde ve özellikle erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında suçta ve cezada kişisel ilkesine dikkat edilmesine, hukuka aykırı içeriği paylaşmayan kişilerin erişim yasağından ötürü mağdur olmamasının sağlanması gerektiğine de ifade etmektedir. Keza düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hakkın özü, demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük, meşru amaca yönelme ve orantılılık ilkeleri, internet erişiminin engellenmesinde de temel hak ve özgürlüklerin hakkının korunması için titizlikle uygulanmalıdır. Zira, AYM'ye göre internete erişim hakkı, düşünceyi ifade hürriyetinden ayrı olarak yorumlanamaz. Son olarak AYM, erişimin engellenmesi kararlarına itirazı geniş yorumlamakta ve erişimin engellenmesi kararına karşı, o internet sitesinden yararlanan herkese itiraz hakkı tanınması gerektiğini belirtmektedir⁹⁶.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü Anayasa'nın 26'ncı maddesinde belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarından birine (ya da birkaçına) bağlı olarak sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir⁹⁷.

95 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 43

96 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 44

97 “63. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla yapılmış olması gerekir.

64. Başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin kararın amacını tespit etmek ise oldukça zor görünmektedir (bkz. § 60). Somut olayda müdahalenin meşru sebebi yönünden bir sorun olmadığı söylenemez. Bununla birlikte kanunilik yönünden yapılan değerlendirmede tespit edilenle bağlantılı olan bu mesele, yakından ilgili olduğu demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü yönünden yapılacak değerlendirmede ele alınacaktır.” Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2019 T., 2017/22355 B. numaralı Wikimedia Foundation Inc. Ve Diğerleri Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22355> (3.8.2022)

Bu bağlamda, devletin düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ancak Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen koşullarla ve Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtildiği üzere hakkın özüne dokunmayacak şekilde sınırlandırması gerekir⁹⁸.

Düzenlemenin Anayasa'nın 13'üncü maddesi ve 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlandırma nedenleri açısından da değerlendirilmesinde yarar görmekteyiz. Buna göre gerek 5651 Sayılı Kanun'la gerekse erişim yasağı içeren diğer özel kanunlarla konan erişim yasaklarının yasa ile düzenlenmiş olduğu gözetildiğinde, yasaya dayanarak internet erişimi engellendiği için erişimin engellenmesine ilişkin kararların Anayasa'nın 13'üncü maddesine uygun olduğu ifade edilebilir.

Ne var ki bir görüş, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” şeklindeki düzenlemenin bir çerçeve hüküm olduğunu belirtmektedir⁹⁹.

Bu görüşe göre “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” şeklindeki düzenlemeden, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için, (maddedeki “yalnızca” ifadesinden yola çıkılarak) öncelikle o temel hak ve özgürlüğün Anayasa'nın ilgili maddesinde tanımlanması, buna bağlı olarak yine Anayasa'nın ilgili maddesinde o temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılma nedenlerinin de belirtilmesi; bu koşul yerine geldikten sonra (maddede “ve bağlacı kullanıldığı için), Anayasa'nın ilgili temel hak ve özgürlüğünü düzenleyen ve sınırlandıran Anayasa normuna dayanılarak çıkarılan yasa ile temel hak ve özgürlüğün kullanımının veya sınırlandırılmasının detaylandırılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰.

Keza bu görüşe göre, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için, yasadan önce, Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlandırmaya ilişkin kuralların düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bundan ötürü, yasa ile düzenlense ve hatta yargıç kararına dayansa dahi, eğer bir temel hak ve özgürlük Anayasa'da tanınmamış; sınırlandırma nedenleri düzenlenmemişse, o temel hak ve özgürlüğün yasa ile sınırlandırılmış olması dahi bizatihi Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” şartını yerine getirmediği için dahi Anayasa'ya aykırı olacaktır¹⁰¹.

98 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 46

99 Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, s. 57 (Anayasa Değişikliği)

100 Gözler, Anayasa Değişikliği, s. 57

101 Gözler, Anayasa Değişikliği, s.63.

Öte yandan aynı görüşe göre, Anayasa'nın 13'üncü maddesi İkinci Kısım'daki "Temel Hak ve Ödevler", başlığında "Birinci Bölüm"de "Genel Hükümler" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin başlığı da "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" şeklindedir. Buna karşın Anayasa'nın 26'ncı, 27'nci ve 28'inci maddeleri ise "İkinci Bölüm"de "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlığı altında düzenlenmiş olan maddelerdir. Başka bir deyişle, Anayasa yapıcı, 13'üncü maddesi (ve keza "Genel Hükümler" başlığı altındaki 12,14,15 ve 16'ncı maddeleri) Anayasa'nın tüm normları bakımından "genel hüküm" olarak düzenlenirken, diğer maddeleri ise "İkinci Bölüm"de ilgili temel hak ve özgürlük bakımından "özel hüküm" olarak düzenlemiştir. Şu halde, birinci bölümdeki genel hükümlerin Anayasa'nın ikinci bölümündeki (ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde) diğer bölümlerdeki "özel düzenlemeler" için mutlaka uygulanması gerekir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, özel hükümler kısmındaki düzenlemeler, öncelikle genel hükümler kısmındaki düzenlemelere uygun olarak uygulanmalıdır. Buradan da yola çıkıldığında, internete erişim hakkı ile erişimin engellenmesinin "özel hükümler" başlıklı kısımda düzenlenmemiş olduğu gözetildiğinde, erişimin engellenmesine ilişkin tüm yasaların Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki "Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" şartını yerine getirmediği için dahi Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilebilir. Bunun en temel nedeni, 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 13'üncü maddesinden genel sınırlandırma nedenlerinin çıkarılmasıdır¹⁰².

Konunun erişimin engellenmesi ile ilişkisini kuran bir görüşe dikkat çekilmelidir. Bu görüş, erişimin engellenmesine ilişkin kararların Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki "yasa ile düzenleme" koşuluna uygun olduğu halde, Anayasa'da erişimin engellenmesine veya internete erişim hakkına ilişkin, ayrı bir düzenleme olmadığı bu nedenle Anayasa'nın 13'üncü maddesine veya 26,27 ya da 28'inci maddelerine dayanılarak internete erişimin engellenemeyeceğini; buna bağlı olarak da başta 5651 sayılı Kanun olmak üzere, internete erişimin engellenmesine ilişkin tüm mevzuatın Anayasa'ya bu gerekçe ile aykırı olduğunu öne sürmektedir¹⁰³.

Buna ek olarak aynı görüş, Anayasa'da internet erişiminin hangi koşullarda sınırlandırılacağını düzenleyen bir madde olmadığı gibi, internete erişim hakkını düzenleyen bir maddenin de ayrıca düzenlenmediğini, bundan ötürü, salt bu nedenle internete erişimin engellenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmektedir¹⁰⁴.

102 Gözler, Anayasa Değişikliği, s.64.

103 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 18.

104 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 18.

Bu görüşe katılıyoruz ve hali hazırdaki Anayasal düzenlemeler karşısında, başta 5651 sayılı Kanun ile düzenlenen erişimin engellenmesi kararlarının ve mevzuattaki bu yöndeki tüm düzenlemelerin sadece hakkın ve sınırlandırma nedenlerinin Anayasa’da ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle, Anayasa’nın 13’üncü veya 22,26,28’inci (yahut diğer maddelerine) aykırılık oluşturduğunu düşünüyoruz. Zira 22, 26 ve 28’inci maddelerin Anayasa’nın özel hükümleridir. Bu hükümlerde veya Anayasa’nın başka bir hükmünde internete erişim hakkı ile bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin nedenler düzenlenmediği için genel hüküm niteliğinde olan Anayasa’nın 13’üncü maddesi dayanak gösterilerek, yasa ile dahi olsa, erişimin engellenmesi kararı verilememelidir. Olması gereken, Anayasa’ya internete erişim hakkı ile erişimin engellenmesi koşullarını düzenleyen ayrı bir madde konmasıdır. Nitekim Kostarika, Estonya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan ve İspanya’da internete erişim hakkı (ve bu hakkın sınırlandırılma nedenleri) anayasal düzeyde tanınmış ve yargı kararlarıyla da tanınmıştır¹⁰⁵.

1982 Anayasası’nın 22’nci maddesinde haberleşme hürriyeti teminat altına alınmıştır¹⁰⁶. 2001 yılında Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yapılan değişiklik neticesinde genel sınırlandırma nedenlerinin maddeden çıkarılması üzerine, 22’nci maddeye altı alt başlık halinde milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde sınırlandırma nedenleri eklenmiştir. Değişiklik sonrasındaki 22’nci madde metni, değişiklik öncesindeki 22’nci madde metnine göre haberleşme hürriyetinin kapsamını daraltmıştır¹⁰⁷.

Anayasa’nın 22’nci maddesinde, maddede sayılan nedenler dışında haberleşme engellenemeyeceği ve haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı ifade

105 David Rotkoph, “Is Unrestricted Internet Access a Modern Human Right?” (2 February 2015), [https://foreignpolicy.com/2015/02/02/unrestricted-internet-access-human-rights-technology-constitution/\(29.06.2022\)](https://foreignpolicy.com/2015/02/02/unrestricted-internet-access-human-rights-technology-constitution/(29.06.2022)).

106 Anayasa md 22: “(1) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (2) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

107 H. Tahsin Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, No:19, s.118.

(Yazara göre, aynı durum 20’nci maddedeki özel hayatın gizliliği ile 21’inci maddedeki konut dokunulmazlığı hürriyetleri açısından da geçerlidir.) (Fendoğlu, s, 119)

edildiği için; maddedeki sınırlandırma hükümlerinin yalnızca haberleşmenin gizliliği hakkında değil, haberleşmenin engellenmesi hakkında da uygulanabilmesi mümkündür¹⁰⁸. Ancak, internetin yapısı gereği 22’nci maddedeki sınırlandırma nedenlerinin internet erişiminin engellenmesinde uygulanamaması gerektiğini düşünüyoruz.

Gerçekten de internet, niteliği gereği basılı ve görsel medyadan farklıdır¹⁰⁹. Bu nedenle de basılı ve görsel medyaya ilişkin düzenlemelerin internet için uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir.

İnternete erişim hakkı düşüncüyü ifade özgürlüğü ile yakın ilişki içerisindedir. Çünkü internete erişim hakkı ifade özgürlüğünün farklı şekle bürünmüş halidir. Durum böyle olmakla birlikte, bu durum Anayasa’nın 26’ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlandırma nedenlerinden özellikle konumuzla bağlantılı olan “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması” yahut “başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması” gerekçeleriyle, yasa ile öngörülmüş ve hakim kararına dayanılarak verilmiş olsa bile TFF-YK’na erişimin engellenmesi hakkı vermemelidir.

Devletin düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün sağlanması ve korunması için olumlu ve olumsuz görevleri olduğu ifade edilebilir. Bu görevlere AYM, Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararının 43’üncü paragrafında¹¹⁰ (ve AYM tarafından Youtube” hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararın 53 numaralı paragrafında) benzeri gerekçelerle bu duruma işaret etmiştir¹¹¹.

AYM’ye göre düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü pek çok özgürlükle bağlantılıdır. Bu açıdan bakıldığında, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlü-

108 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 89.

109 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 210.

110 Anayasa Mahkemesi’nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1> (02.03.2022)

111 “43. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. Özgür Gündem/Türkiye, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengeğin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B.No: 2013/2602, 23/1/2014, §56).” Anayasa Mahkemesi’nin 29.05.2014 T. 2014/4705 B. numaralı Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=4705&KararBulteni=1> (24.06.2022)

ğü adeta bir “eksen özgürlük” olarak yorumlanabilir¹¹². AYM internete erişim özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü birbiriyle yakın ilişki içerisinde olan özgürlükler olarak görmektedir. AYM’nin bu yöndeki yaklaşımı “Youtube” hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında da gerekçeye bağlanmıştır¹¹³.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü sınırlandırılırken diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması ile denge kurulması önemlidir. Bu nedenle, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile yakın ilişki içerisinde bulunan internete erişim özgürlüğünün sınırlandırılmasının aracı olan erişimin engellenmesi kararları uygulanırken; erişimin engellenmesi kararı ile elde edilmek istenen hukuki yararın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılması ile elde edilmek istenen hukuki yararlar karşılaştırılarak, kararın uygulanmasında insan hak ve özgürlüklerinin korunması ile gözetilmesi yararına bir tercihe gidilmelidir.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasını ölçüt almaktadır. Bu bağlamda AİHS madde 10/2 gereğince düşünceyi ifade özgürlüğü bireyi, genel yararı, yargı gücüyle bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaya yönelik sebeplerle sınırlandırılabilir¹¹⁴.

AİHM, düşünceyi ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlarını her somut olayın özelliğini de dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirme sürecinde AİHM, başvuru sahibi tarafından güdülen amaca, müdahale edilen ifadenin

112 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 49

113 “47. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece “düşünce ve kanaate sahip olma” özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan “düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma”, buna bağlı olarak “haber veya görüş alma ve verme” özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §40).

50. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS’de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa’nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44).” Anayasa Mahkemesi’nin 29.05.2014 T. 2014/4705 B. numaralı Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=4705&KararBulteni=1> (24.06.2022)

114 Kasım Karagöz, İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Sınırlandırılması Sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 4

içeriğine ve söz konusu ifadenin bağlamına göre sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Ayrıca AİHM, sınırlandırılması düşünülen ifadenin muhatabını (ifadenin kime yöneldiğini) de nazara almaktadır¹¹⁵.

AİHM bu değerlendirmeye giderken düşünceyi ifade özgürlüğünün AİHS madde 10/2 bağlamında sınırlandırılması için müdahalenin yasa ile öngörülüp öngörülmediğine, kısıtlamanın yasa ile öngörülen meşru amaçlardan bir veya birkaçına dayanıp dayanmadığına ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır¹¹⁶. AİHM, yasa ile öngörülmeden, yasal bir düzenlemenin varlığı anlaşılmakla birlikte, bu yasanın belirlilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Meşru amaç ise, yasadaki ulusal güvenlik, genel ahlak, genel sağlık gibi sınırlandırma nedenlerine uyulup uyulmadığı; demokratik toplumda gereklilik ise düşünceyi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil bir toplumsal gereksinimi karşılayıp karşılamadığı bakımından değerlendirilmektedir¹¹⁷.

Şu halde, internete erişim hakkı düşünceyi ifade özgürlüğünün önemli ve farklı bir görünümüdür ve düşünceyi ifade özgürlüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. O nedenle, düşünceyi ifade özgürlüğünü sınırlandıran AİHM içtihadının internete erişim özgürlüğünün sınırlandırılmasında (erişimin engellenmesinde) de uygulanması gerekir.

Ne var ki Türkiye'deki erişimin engellenmesi kararlarının bu ölçütlerle bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Nitekim AİHM, 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.57, p.67) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin yasallık ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığını belirterek Türkiye'yi Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalinden ötürü tazminata mahkum etmiştir¹¹⁸. 5894 sayılı Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle getirilen düzenleme de daha önce değinildiği üzere, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

V. BTK, ESB ve TFF'nin Erişimin Engellenmesi Yetkilerinin Karşılaştırılması

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) ve TFF'nin yapılanmaları birbirinden farklıdır. Bu kurumların yapılanma-

115 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 50

116 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 52

117 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 52

118 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı, 18.12.2012, [https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/\(22.7.2022\)](https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/(22.7.2022))

ları farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Çalışma konumuzun daha iyi anlaşılması ve TFF-YK'na verilen erişimin engellenmesi yetkisinin hukuki niteliğinin daha doğru kavranması adına her üç kurumun yapılanmasının ve üyelerinin atanma şeklinin ana hatlarıyla da olsa değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

BTK, 2813 sayılı “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun” ile kurulmuştur. Kuruluşu ve yapılanması da 2813 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde düzenlenmiştir. Seçim usulü ise 8’inci maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre;

Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuştur. Kurum, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu ile Başkanlık teşkilatından oluşur. (2813 sayılı Kanun md 5/1).

Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kuruma emir ve talimat veremez. (2813 sayılı Kanun md 5/2). Kurum’un ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığıdır. (2813 sayılı Kanun md 5/3).

Kurumun hizmet birimleri; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler şeklinde teşkilatlanan ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimleriyle bölge müdürlükleri şeklinde teşkilatlanan taşra teşkilatı birimlerinden oluşur. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve fonksiyonlara uygun olarak Kurumun teklifi ve Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir. (2813 sayılı Kanun md 5/4).

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Kurumun karar organıdır. Kurul, biri başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Kurul Başkanı Kurumun da başkanıdır. (2813 sayılı Kanun md 5/5). Kurul Başkanı Kurumun en üst idarî amiridir. Kurumun yönetim ve temsil yetkisi Başkana aittir. Başkan gerektiğinde temsil yetkisini yazılı olarak devredebilir. İkinci başkan izin, hastalık, yurt içi-yurt dışı görevlendirme, görevden alınma ve görevde bulunmadığı diğer hallerde Başkan’a vekalet eder (2813 sayılı Kanun md 5/6).

BTK başkan ve üyelerinin seçimi ise 2813 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

Kurul başkanı ve ikinci başkanı ile üyeler Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Kurul başkan ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri halinde Cumhurbaşkanınca süresi dolmadan görevden alınabilir (2813 sayılı Kanun md 8/1).

Öyleyse BTK, özerk nitelik taşıyan kamu hukuku tüzel kişiliğidir o nedenle idari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı verebilmektedir. Kaldı ki

BTK'nın (belli koşullar altında) idari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı verebileceği 5651 sayılı Kanun'un 8/4¹¹⁹ maddesinde (keza 8-A-1 maddesinde¹²⁰) açıkça ifade edilmiştir. Keza 5651 sayılı Kanun'un 8/11 hükmü ile¹²¹ BTK'ya idari yaptırım (idari para cezası veya yetkilendirme iptali) uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu kararlara karşı da idari yargıda iptal davası açılabilmesi mümkündür.

Oysa, biraz yukarıda da değerlendirildiği üzere, TFF-YK'na kanunla idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiş değildir. TFF-YK sadece belli koşullarla erişimin engellenmesine karar verebilir. Bu karar uygulanmazsa yaptırım tesis edemez. İkinci başlıkta detaylıca açıklandığı üzere TFF, "kendine özgü" bir yapısı olduğu yapısı olan, bir yönüyle "özel hukuk hükümlerine tabi", diğer yönüyle özerk bir tüzel kişi, diğer taraftan da bütün faaliyetleri "idarenin (bakanın) gözetimine ve denetimine tabi" olan kendine özgü bir kurumdur. TFF, özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna göre, kural olarak, işlem idari nitelikte olmadığı sürece, kararlarına karşı idari yargıya gidilememesi gerekir. Nitekim kanun koyucu da TFF-YK'nun erişimin engellenmesine ilişkin kararının idari nitelik taşımadığını düşünmüş olmalıdır ki TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştır.

ESB'nin yapılanması ile erişimin engellenmesine ilişkin yetkilerinin de kısaca değinilmesi, çalışma konumuz kapsamında TFF-YK'nun erişimin engellenmesi kararının hukuki niteliğinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

119 "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsan bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir. (Değişik cümle:29/7/2020-7253/4 md.) Bu karar, ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir." (5651 sayılı Kanun 8/4)

120 "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." (5651 sayılı Kanun 8/A-1)

121 "İdari tedbir olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkan tarafından ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. İdari para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından kararın yerine getirilmemesi halinde Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir." (5651 sayılı Kanun 8/11)

ESB, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi ile Geçici 3'üncü maddesine dayanarak kurulan, merkezi Ankara'da olan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur¹²². AYM'ye göre ise ESB kamu hukuku tüzel kişiliği sıfatını taşımayan, dernek veya vakıf statüsünde de olmayan "kendine özgü" bir tüzel kişiliktir¹²³. Ancak AYM, başka bir kararında ESB'yi "kamusal yönü ağır basan özel hukuk tüzel kişiliği" olarak kabul etmiştir¹²⁴.

Ancak 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi gereğince ESB'nin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olması, aynı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri gereğince ESB tarafından kullanılacak olan yetkilerle ESB tarafından alınacak olan kararlara karşı hangi yargı kolunda dava açılacağı sorunu tartışılmalıdır. Zira 5651 sa-

122 ESB'nin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının özelliklerine daha yakın olduğunu öne süren başka bir görüş ise ESB'nin kanunla kurulması, üyelik zorunluluğu olması, faaliyet başlaması için başka bir idari kuruluş olan BTK'nın onayının gerekmesi hususlarını görüşüne dayanak göstermektedir. (Çırakoğlu, s. 179). Buna karşın başka bir görüş ESB ile BTK arasında idare hukuku anlamında idari vesayet ilişkisi olmadığını, ESB'nin BTK'ya sadece tüzük onayı ile yönetim kurulu tarafından genel sekreter atanmasında BTK'dan görüş almakla sınırlı şekilde denetleyebilmekle birlikte, idare hukuku anlamında bir hiyerarşiden bahsedilemeyeceği, bu nedenle de ESB'nin kamu tüzel kişiliği olmadığını öne sürmektedir (Kent, s. 158).

123 "83. ESB, 19 Mayıs 2014 tarihinde faaliyete başlamıştır. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmelerin katılımıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyette bulunamazlar. Bu özelliklere bakıldığında, ESB dernek veya vakıf statüsünde değildir.

84. ... ESB'nin, kamu tüzel kişisi olmaması ve oluşturulma amacının, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmek olması göz önüne alındığında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında da değerlendirilemeyeceği açıktır.

85. İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ancak erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilenekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla ESB kurulmuştur. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır.

86. ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunu belirtilmesi ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğü'nün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğin zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yapının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir." Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2015 T., 2014/87 E., 2015/112 K sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/112> (30.07.2022).

124 "25. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantı kurarak erişimin engellenmesi ile ilgili kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurulmuş kamusal yönü ağır basan bir özel hukuk tüzel kişisidir." Anayasa Mahkemesi'nin , 07.09.2016 T., 2015/88 E., 2016/156 K sayılı karar <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/156> (03.08.2022)

yılı Kanun'un 6/A, 9 veya 9/A maddelerinde ESB'nin alacağı kararlara karşı hangi yargı koluna gidileceği ve nereye dava açılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. ESB özel hukuk tüzel kişiliği olduğuna göre idari yargıda değil, adli yargıda (asliye hukuk) dava açılması gerekir¹²⁵. ESB'nin kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine dava açılabilmesi de hukuken mümkün görünmemektedir; zira 5651 sayılı Kanun'un 6/A,9 veya 9/A maddelerinde bu yönde bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Şu durumda, ESB'nin kararlarına karşı başvurulabilecek bir yargı yolu olmadığı, bunun da ESB'nin olası haksız işlemine maruz kalacak olan bir kişinin hak arama hürriyetini ihlal edeceği; bu nedenle de bu durumun Anayasa'nın 36 ve AİHS'nin 6'ncı maddelerine aykırılık oluşturduğu ifade edilebilir¹²⁶.

ESB açısından kararlarına karşı hangi kanun yoluna başvurulacağı tartışmalı olmakla birlikte TFF'nin aldığı erişimin engellenmesi kararlarını 5894 sayılı Kanun'un EK-1 maddesi gereğince ESB uygulayacak; bu karara karşı ise sulh ceza hakimliğine itiraz edilecektir. Kanun koyucu, 5651 sayılı Kanun'da ESB'nin kararlarına karşı başvurulacak yargı mercini belirtmeyerek yol açtığı karmaşayı 5894 sayılı Kanun'un EK-1 maddesi ile tekrarlamamıştır. Bu durum sevindiricidir.

Öyleyse ESB'nin ise 5651 sayılı Kanun'un 6/A-2 maddesinde¹²⁷ ve AYM kararlarında özel hukuk tüzel kişiliği olarak tanımlandığı söylenebilir¹²⁸. TFF de "kendine özgü" bir yapısı olduğu yapısı olan, bir yönüyle "özel hukuk hükümlerine tabi", diğer yönüyle özerk bir tüzel kişi olduğuna göre, gerek hukuki nitelik olarak gerekse göreve geliş, seçim, görevden ayrılma usullerine bakıldığında ESB'ye daha yakın özellikler taşımaktadır. Zaten bu nedenle 5651 sayılı Kanun'un 8/14'üncü maddesi gereğince 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabileceği ve bu kararların uygulanmak üzere BTK'ya gönderileceği ifade edilmişken; kararları nitelik itibarıyla adli/idari karar vasfında olmayan, yapılanma ve seçim usulü ESB ile daha yakın özellikler taşıyan TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının uygulanmak üzere BTK'ya değil ESB'ye gönderileceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu dileseydi, 5894 sayılı Kanun

125 Aksi yönde Çırakoğlu, s. 175.

126 Geniş ve detaylı açıklamalar için bkz Taşkın, Erişim Yasakları, s. 156.

127 "Birlik özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir. Birliğin merkezi Ankara'dır." (5651 sayılı Kanun 6/A-2)

128 Benzeri görüş için Taşkın, Erişim Yasakları, s. 155; Aksi görüş için bkz Dülger, Bilişim Suçları, s. 706

Ek madde 1 gereğince TTK-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararının uygulanması için BTK'ya gönderileceğini düzenleyebilirdi. Bu durumda da BTK'nın uygulama işleminden doğan haksızlıklara karşı idari yargıda dava açılması mümkün olabilirdi. Ancak karar ESB'ye gönderildiği için ESB'nin uygulayacağı erişimin engellenmesi kararının idari yargı tarafından denetlenmesi kanaattimizce hukuken mümkün değildir. Zira ESB özel hukuk tüzel kişiliğidir¹²⁹.

Hükümdeki “Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı bir hafta içinde sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir*” şeklindeki düzenlemenin ESB'nin yapılması bakımından incelenmesinde yarar olduğu fikrindeyiz.

ESB, esasen 5651 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması amacıyla kurulmuştur¹³⁰. Bu nedenle, 5651 sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri gereğince alınan erişimin engellenmesi kararları ESB tarafından yerine getirilir. Her ne kadar 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde de “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” başlığıyla “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlı ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir” şeklinde erişimin engellenmesi düzenlenmişse de (5651 sayılı Kanun md 8/A-1¹³¹) bu

129 Aksi yöndeki görüş, ESB'nin işlevsel anlamda idare kapsamında idari işlemler geçekleştiren bir kurum olduğu görüşüne dayanarak veya ESB'nin kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yönleri gözetilerek verdiği erişimin engellenmesi kararlarının idari yargı tarafından denetlenebilmesinin mümkün olduğunu ve bu yönde 2577 sayılı İYUK hükümlerinin uygulanacağını öne sürmektedir. Çırakoğlu, s. 180.

130 “Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur.” (5651 sayılı Kanun 6/A-1)

131 “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlı ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi amından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” (5651 sayılı Kanun 8/A-1)

madde kapsamındaki kararların uygulanması esasen ESB'nin değil Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (BTK) yetkisindedir¹³².

Bu tespitler ışığında 5894 sayılı Kanun'a eklenen EK-1 maddesinin ilk fıkrasının üçüncü cümlesindeki *"Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir"* şeklindeki düzenlemenin, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-2 maddesindeki düzenlemeye uygun olmadığı ve 5651 sayılı Kanun'la öngörülen sistematığı bozduğu ifade edilebilir. ESB'nin özel hukuk tüzel kişiliği olmasından ötürü, yine niteliği itibarıyla özel hukuk tüzel kişisi özellikleri taşıyan TFF-YK'nun kararlarının uygulanmak üzere ESB'ye gönderilmesinin hukuk sistematığına uygun olduğu düşünülebilirse de ESB esasen 5651 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi dışındaki kararların uygulanması için yetkilendirilmiş olan bir yapılandırılmıştır¹³³. Bundan ötürü, 5894 sayılı Kanun'la verilen kararların uygulanması yönündeki yetkinin ESB'ye değil, BTK'ya verilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı fikrindeyiz. Yasada bu yönde değişikliğe gidilmelidir.

Sonuç ve Öneriler

Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a (5894 sayılı Kanun) 21.12.2021 günü 7346 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesiyle ek madde 1 eklenerek, Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu'na (TFF-YK) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulduğunun tespit edilmesi halinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesi yetkisi verilmiştir. Maddeyle, bu yetkinin TFF-YK tarafından bünyesinde kurulacak olan idari birime devredilebileceği; erişimin engellenmesi kararlarına karşı da sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Getirilen düzenlemenin pek çok bakımdan Anayasa'nın, ceza hukukun ve idare hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Düzenlemenin özellikle yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin Anayasa'nın 9'uncu maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırılıklar içerdiği ifade edilebilir.

Düzenlemedeki ilk sorun, kararı verecek olan kişilerin hukukçu olmamasıdır. TFF Statüsü'nün 33'üncü maddesinin bir, iki ve beşinci fıkraları dikkatlice

132 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 158

133 Taşkın, Erişim Yasakları, s. 158

incelendiğinde, TFF-YK üyesi olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartı aranmadığı görülecektir. Hatta, üniversitelerin dört yıllık eğitim veren ve programlarında hukuk derslerine ağırlık veren siyasal bilgiler, kamu yönetimi, iktisat gibi bölümlerinden mezun olunması şartı dahi aranmamıştır. Hukuk fakültesi mezunu olmayan ve olması da gerekmeyen bir kurula, internet sitelerine erişimin engellenmesi yetkisi tanınması ise birtakım ciddi hukuki sorunlara yol açabilir. Hukukçulardan oluşmayan ve hukuk fakültesi mezunu olma şartı bulunmayan TFF-YK'na, ancak hakimler tarafından kullanılabilir bir yargısal yetki 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle tanınmıştır. Böylece, "hukuk fakültesi mezunu olmayan", hatta hukuk eğitimi dahi alma zorunluluğu olmayan bir kurula erişimin engellenmesi kararı vermesinin önü açılmıştır.

Düzenlemenin Anayasa'nın 9'uncu maddesine yargı yetkisinin devri bakımından aykırılık taşıdığı düşünülmektedir. Zira, idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı dışında esasen erişimin engellenmesi kararını hakim vermesi gerekir. Ne var ki erişimin engellenmesi kararını hakim vermemektedir.

5894 sayılı Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle, hukuk kurullarına veya hukukçulardan oluşan Tahkim Kurulu'na değil, TFF-YK'na internet sitelerine erişimin engellenmesi yetkisi verilmiştir. Yetkinin TFF-YK tarafından devredilebileceğinin ifade edilmesi de yapılan düzenlemenin doğurabileceği olası hukuki sorunları gidermede yetersiz kalabilir. Zira getirilen düzenlemede açıkça "Yönetim Kurulu, bu madde kapsamındaki yetkisini idari birimde görev alacak kişilere devredebilir" denerek TFF-YK'na erişimin engellenmesi yönündeki yetkisini başka bir idari birimde görev alacak kişilere devredebileceği belirtilmiştir. Öyleyse, TFF-YK, devredecekse dahi, yetkisini yargısal bir merciye (örneğin Tahkim Kurulu'na veya buna benzer bir kurula) değil, esasen idari bir merciye devredecektir. Düzenleme gereği TFF-YK tarafından verilecek olan erişimin engellenmesi kararına karşı idari yargıya değil, sulh ceza hakimliğine başvurulabilecektir.

Yetkinin devredileceği birimin de hukukçulardan oluşup oluşmayacağı da belirsizdir. Hukuki sonuçlar doğuracak bir kararın hukukçulardan oluşması şart olmayan birime bırakılması sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle kurulacak olan birimin hukukçulardan oluşan bir birim olması gerektiği fikrindeyiz. Maddede bu yönde bir düzenlemeye gidilmelidir.

TFF-YK, getirilen yeni düzenlemeye dayanarak yetkisini hukuk kurullarına veya Tahkim Kurulu'na devretse dahi, 5894 sayılı Kanun'un ve Statü'nün hukuk kurulları ile Tahkim Kurulu'na verdiği yetkiler incelendiğinde, internet

sitelerine erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin bulunmadığı görülecektir. Zaten Tahkim Kurulu'nun görevleri kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Şu halde, getirilen düzenleme 5894 sayılı Kanun'un ve Statü'nün sistematığıyla de örtüşmemektedir.

TFF Statüsü'nün 25/son ile 5894 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi birlikte yorumlandığında, kanaatimizce TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu ifade edilebilir. Öte yandan, özel hukuk tüzel kişiliği vasfı daha ağır basan bir oluşumun, hukuka aykırılık taşıyan bir içerik hakkında erişimin engellenmesine karar verirken, hukukçular tarafından yorumlanması gereken hukuka aykırılık kavramını yorumlayarak, hangi internet sitelerinin hukuka aykırılık içerdiğine karar vermesinin Anayasa'nın 9'uncu maddesinde güvencelenen yargı yetkisi ve bu bağlamda güçler ayrılığı ilkesi ile bağdaşıklığını tartışmak gerekir.

18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda AİHM, TİB'e 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) tanınan yetkilerin çok geniş olduğunda işaret etmiş ve 5651 sayılı Kanun'da TİB'e bu yönde bir yetki verilmesinin yapılan işlemlerin hukuka uygun şekilde yapıldığı anlamında yorumlanamayacağına işaret etmiştir. Kararın konuya ilişkin 59'uncu paragrafında yasal düzenlemenin yanı sıra, yasanın TİB'in erişimin engellenmesine ilişkin yetkilerini keyfi kullanmayı engelleyecek açıklıkta olmadığına, TİB'in takdir hakkının sınırlarının yasal düzenleme ile açıkça çizilmediğine, bu durumun da, internet üzerinden düşüncüyü ifade özgürlüğü ile AİHS kapsamında korunan hukukun üstünlüğü ilkelerine aykırı olduğuna işaret etmiştir. AYM de 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararında TİB'in erişimin engellenmesine ilişkin yetkisini tartışmış, bu yetkinin yasaya dayanmaması ve mahkeme kararının sınırını aşar şekilde kullanılmasını hukuka aykırı bularak ihlale karar vermiştir.

İnternete erişim hakkı düşüncüyü ifade özgürlüğünün önemli ve farklı bir görünümüdür ve düşüncüyü ifade özgürlüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. O nedenle, düşüncüyü ifade özgürlüğünü sınırlandıran AİHM içtihadının internete erişim özgürlüğünün sınırlandırılmasında (erişimin engellenmesinde) de uygulanması gerekir.

Ne var ki Türkiye'deki erişimin engellenmesi kararlarının AİHM ölçütleriyle bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Nitekim AİHM, 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.57, p.67) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin yasallık ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığını belirterek Türkiye'yi Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalden ötürü tazminata mahkum etmiştir.

O nedenle Türkiye'nin 5894 sayılı Kanun'un'a eklenen EK madde-1 TFF-

YK'na tanınan erişimin engellenmesi kararından AİHM nezdinde mahkum olmasının ihtimal dahilinde olduğunu düşünüyoruz. Zira, madde hükmü, her şeyden önce belirlilik ilkesinden uzaktır. İkincisi, kararı verecek olan TFF-YK hukukçulardan oluşmayan bir yapılanmaya sahiptir ve TFF-YK erişimin engellenmesi yönündeki yetkisini devredebilecektir. Bu durumda Anayasa'nın 9'uncu maddesindeki yarı yetkisinin mahkemelerce kullanılacağına ilişkin hükmün yargısal nitelik taşımayan bir kurumun erişimin engellenmesi kararı vermesi bakımından da Anayasa'ya ve AİHS'e aykırılık oluşturacağı öne sürülebilir.

Bu belirlemelerden yola çıkılarak, adli veya idari tedbir niteliği taşımayan ve uygulama sınırı yasayla belirlenmeyen, belirlilik ilkesiyle bağdaşmayan bir kararlar, TFF-YK'na erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin de AİHS'in ihlali olduğu ifade edilebilecek, olası bir başvuruda AİHM'in benzeri yönde gerekçe geliştirebileceği söylenebilecektir.

Erişimin engellenmesi kararlarına karşı başvurulacak olan hukuki çareler değerlendirilirken; adli nitelikteki erişimin engellenmesi kararlarına karşı CMK ve 5651 sayılı Kanun'daki öngörülen itiraz usulleri ile idari nitelikteki erişimin engellenmesi kararlarına karşı ise, işlemin idari nitelik taşıması durumunda idari yargıda iptal davası açılması yöntemleri hukuki çare olarak değerlendirilebilir. Ancak, TFF-YK'na verilen erişimin engellenmesi yetkisi adli nitelikte bir yetki değildir. Bu nedenle TFF-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararına karşı CMK hükümlerine göre itiraz edilebilmesi, karar adli nitelik taşımadığı ve ortada bir suç da olmadığı için, mümkün görünmemektedir.

Keza Ek madde 1 dikkatle incelendiğinde, bir suçun tanımlanmadığı görülecektir. Bu durumda, suça dayanmayan erişimin engellenmesi kararının adli nitelikte bir karar olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak ortada suç yoksa da hukuka aykırı bir durum olduğu ifade edilebilir. Şu halde, bu çıkarımdan hareketle, ortada suç olmadığına göre doğrudan doğruya CMK'nın itiraza ilişkin hükümlerinin uygulanması da mümkün görünmemektedir. Keza itirazı düzenleyen CMK 268/1 hükmü gereğince itirazın hükmü veren hakimliğe/mahkemeye yapılması gerekir. Hükmü veren hakimlik/mahkeme önce yerindelik bakımından bu hükmü değerlendirir ve kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir (CMK 268/2). Oysa, ek madde 1 ile getirilen itirazda, itirazın CMK 268/1'de olduğu gibi önce kararı veren makamca görüşülmesi esası getirilmiş değildir. İtiraz doğrudan doğruya sulh ceza hakimliğine yapılacaktır. Bu nedenle, buradaki

itirazın, TFF'nin kendine özgü yapılanması da gözetildiğinde, kendine özgü bir denetim yolu olarak yorumlanması daha doğrudur. Keza 5894 sayılı Kanun'da itiraz usulü bakımından 5651 sayılı Kanun'a veya CMK'ya bir göndermede de bulunulmuş değildir. Bu nedenle de buradaki itiraz kendine özgü bir usuldür.

Koruma tedbiri niteliğinde olan erişim engellenmenin hakim kararı ile verilmemesi durumunda yirmi dört saat içinde hakimın onayına sunulması biraz da olsa karara hukuki güvence getirebilirdi. Bu olanak dahi sağlanmadan sadece bu karara itiraz olanağı tanınması koruma tedbirleri için olması gereken hakim güvencesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Her ne kadar Ek madde 1 ile getirilen usul, doğrudan doğruya koruma tedbiri olarak tanımlanamayan, kendine özgü bir usul olarak ifade edilebilirse de koruma tedbiri sebebiyle verilen erişimin engellenmesi kararına getirilen hakim onayı güvencesi TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı bakımından da getirilebilirdi.

Erişimin engellenmesi kararına itiraz edildiğinde, eğer hükmün infazının durdurulması da isteniyorsa dilekçede bu hususun açıkça talep edilmesinde yarar olduğu fikrindeyiz. Her ne kadar buradaki itiraz CMK kurallarının uygulanacağı bir itiraz olmayıp “kendine özgü” bir yol olarak kabul edilebilirse de infazın durdurulması bakımından CMK 269'daki kuralın “yol gösterici” olarak kabul edilebileceğini düşünüyörüz.

TFF-YK'na 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesi ile tanınan erişimin engellenmesi kararının idari yaptırım olup olmadığının belirlenmesi bu karara karşı sulh ceza hakimliğine bu gerekçe ile gidilip gidilemeyeceğinin ortaya konması bakımından önemlidir.

TFF-YK'na 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesi ile tanınan erişimin engellenmesi kararının idari yaptırım olup olmadığını değerlendirecek olursak şunları söyleyebiliriz:

1) Kabahatler Kanunu'nda veya 5894 sayılı Kanun'da “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulması” şeklinde bir kabahat tanımlanmış değildir. Bu eylem bir haksız eylem olmakla birlikte, kanunda açıkça tanımlanmadığı için kabahat olarak da ifade edilemez. Bir eylemin suç/kabahat olması farklı bir konudur; haksız eylem olması farklı bir konudur.

2) Araya yargı mercinin kararı girmeden doğrudan doğruya idarenin idare hukukuna özgü kuralları uygulayarak hükmettiği yaptırımlar idari yaptırım olarak tanımlanmaktadır. Ancak TFF-YK (araya yargı merci kararı girmeden) doğrudan doğruya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisine sahip olmakla birlikte, TFF idari teşkilat içerisinde yer alan ve idare hukuku kurallarını doğrudan doğruya uygulayabilen bir kurum değildir. TFF'nin hukuki statüsü in-

celendiğinde, özel hukuk tüzel kişiliğine daha yakın özellikler barındıran kendine özgü bir kurum olduğu görülecektir. Bu nedenle de TFF-YK'nun verdiği erişimin engellenmesi kararına karşı idari yargıya başvurulabilmesi mümkün görünmemektedir.

3) 5894 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesi sadece erişimin engellenmesini ve bunun usulünü düzenlemektedir. Oysa maddede veya 5894 sayılı Kanun'da, 5651 sayılı Kanun'un aksine, erişimin engellenmesi kararının uygulanmaması durumunda, kararı uygulamayan erişim/yer sağlayıcıya idari yaptırım uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 16/1 maddesinde "kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir" denerek idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerle sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Yine Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesi gereğince, gerek kabahatlerde gerekse idari yaptırımlarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, kanunda sayılmayan (veya çerçevesi çizilmeyen) bir kabahat ve idari yaptırım ihdas edilemez. 5894 sayılı Kanun'da veya Kabahatler Kanunu'nda da "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki futbol müsabakalarına ilişkin yayınların internet ortamında hukuka aykırı olarak kullanıma sunulması" kabahati tanımlanmadığına, uygulanacak idari yaptırım da belirtilmediğine göre, TFF-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararına dayanak oluştan eylemlerin kabahat olarak tanımlanması hukuken mümkün görünmemektedir. Keza, 5894 sayılı Kanun'la kanunla idari yaptırım konmadığı için de TFF-YK'nun idari yaptırım uygulama yetkisi olmadığı ifade edilebilir.

Öte yandan 5651 sayılı Kanun'un 8/11 maddesiyle BTK'ya verilen idari yaptırım uygulama yetkisi 5894 sayılı Kanun'la TFF-YK'na tanınmış değildir. 5651 sayılı Kanun'da BTK'ya verilen bu yöndeki yekinin iptali için idari yargıda iptal davası açılabilirken, TFF-YK'na kanunla bu yönde yetki verilmediği için TFF-YK'nun böyle bir yetkiyi kullanabilmesi hukuken mümkün değildir. Buna rağmen böyle bir yetkinin kullanılması, verilen idari yaptırım kararının yok hükmünde sayılmasını gerektirmelidir.

Aynı şekilde ESB'ye de 5651 sayılı Kanun'la idari yaptırım belirleme/uygulama yetkisi tanınmadığına göre, ESB'nin de 5894 sayılı Kanun'un Ek madde 1" hükmü gereğince uygulanması için kendisine gönderilen kararın erişim sağlayıcı tarafından uygulanmaması durumunda, idari yaptırım yetkisini kullanamaması gerekir.

5894 sayılı Kanun'un Ek 1'inci maddesinde 5651 sayılı Kanun'un 9/11 maddesindeki "Sulh ceza hâkiminin kararı bu maddede belirtilen şartlara uygun

olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” hükmüne benzeyen bir düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle düzenlemedeki “Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı bir hafta içinde sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir” şeklindeki kararın uygulanmaması durumunda yaptırımın ne olacağı belirsizdir. Zira ortada bir suç olmadığı ve kararı uygulamakla yükümlü olan kişi/kişiler de kamu görevlisi olmadığı için genel hükümlerin de (TCK 257) failler hakkında tatbik edilmesi mümkün değildir.

Ne var ki Kabahatler Kanunu’nun 8’inci maddesi gereğince tüzel kişiler fail olabilir ve hakkında idari yaptırım uygulanabilir. Ancak idari yaptırımın tüzel kişi için uygulanabilmesi için, eylemin ve yaptırımının kanunda kabahat olarak tanımlanması gerekir. Oysa 5894 sayılı Kanun’un Ek-1 maddesine dayanılarak TFF-YK tarafından alınan karar kabahat olmadığı gibi, bu kararın uygulanması için ESB’nin vereceği kararın uygulanmamasının yaptırımı da 5894 sayılı Kanun’da belirtilmediğinden, kararı uygulamayan erişim sağlayıcıya idari yaptırım tatbik edilmesi hukuken mümkün görünmemektedir. Bu yöndeki yasal boşluğun giderilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

4) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabileceği (Kab. Kan md 27/1) öngörüldüğü için sulh ceza hakimliğinin yetkisini ancak idari para cezalarına ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı tanımıştır. Şu halde, TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı niteliği itibarıyla idari yaptırım hükmünde olmadığı için Kabahatler Kanunu md 27 gereğince sulh ceza hakimliğine başvurulabilmesi mümkün değildir. Zaten başvurulsa da Kabahatler Kanunu 28/1-b hükmü gereğince bu başvuru sulh ceza hakimliği tarafından yetki yönünden reddedilmelidir.

İnternete erişim hakkının, birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün görünmeyen ve birbiriyle yakın bağlantı içinde bulunan pek çok temel hak ve özgürlükle olan bağlantısı, bu hakkı kendine özgü bir hak (sui generis) bir konuma getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) pek çok bireysel başvuru kararında da ifade özgürlüğünün niteliği gereği pek çok hak ile bağlantılı olduğuna işaret etmiş ve ifade özgürlüğünün basın özgürlüğü ile yakın bağlantısından ötürü Anayasa’da

özel olarak düzenlendiğini belirtmiştir.

İnternete erişim hakkının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (gelişme hakkı) ile de yakın bağlantı içerisinde olduğu söylenebilir. Bilgiye erişim ve bilgiyi öğrenme hakları internete erişim hakkıyla yakın bağlantı içerisinde olduğundan, internete erişimin engellenmesi bilgiye erişim ve gelişme haklarını ihlal edebilecek sonuçlar ortaya çıkarabilir.

Düzenlemenin Anayasa'nın 13'üncü maddesi ve 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlandırma nedenleri açısından da değerlendirilmesinde yarar görmektedir. Buna göre gerek 5651 Sayılı Kanun'la gerekse erişim yasağı içeren diğer özel kanunlarla konan erişim yasaklarının yasa ile düzenlenmiş olduğu gözetildiğinde, yasaya dayanarak internet erişimi engellendiği için erişimin engellenmesine ilişkin kararların Anayasa'nın 13'üncü maddesine uygun olduğu ifade edilebilir.

Ne var ki bir görüş, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” şeklindeki düzenlemenin bir çerçeve hüküm olduğunu belirtmektedir.

Bu görüşe göre “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” şeklindeki düzenlemeden, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için, (maddedeki “yalnızca” ifadesinden yola çıkılarak) öncelikle o temel hak ve özgürlüğün Anayasa'nın ilgili maddesinde tanımlanması, buna bağlı olarak yine Anayasa'nın ilgili maddesinde o temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılma nedenlerinin de belirtilmesi; bu koşul yerine geldikten sonra (maddede “ve bağlacı kullanıldığı için), Anayasa'nın ilgili temel hak ve özgürlüğünü düzenleyen ve sınırlandıran Anayasa normuna dayanılarak çıkarılan yasa ile temel hak ve özgürlüğün kullanımının veya sınırlandırılmasının detaylandırılması gerektiğini belirtmektedir. Keza bu görüşe göre, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için, yasadan önce, Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlandırmaya ilişkin kuralların düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bundan ötürü, yasa ile düzenlense ve hatta yargıç kararına dayansa dahi, eğer bir temel hak ve özgürlük Anayasa'da tanınmamış; sınırlandırma nedenleri düzenlenmemişse, o temel hak ve özgürlüğün yasa ile sınırlandırılmış olması dahi bizzat Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” şartını yerine getirmediği için dahi Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Öte yandan aynı görüşe göre, Anayasa'nın 13'üncü maddesi İkinci Kısım'daki “Temel Hak ve Ödevler”, başlığında “Birinci Bölüm”de “Genel Hükümler” başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin başlığı da “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” şeklindedir. Buna karşın Anayasa'nın 26'ncı, 27'nci ve 28'inci

maddeleri ise “İkinci Bölüm”de “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenmiş olan maddelerdir. Başka bir deyişle, Anayasa yapıcı, 13’üncü maddeyi (ve keza “Genel Hükümler” başlığı altındaki 12,14,15 ve 16’ncı maddeleri) Anayasa’nın tüm normları bakımından “genel hüküm” olarak düzenlerken, diğer maddeleri ise “İkinci Bölüm”de ilgili temel hak ve özgürlük bakımından “özel hüküm” olarak düzenlemiştir. Şu halde, birinci bölümdeki genel hükümlerin Anayasa’nın ikinci bölümündeki (ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde) diğer bölümlerdeki “özel düzenlemeler” için mutlaka uygulanması gerekir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, özel hükümler kısmındaki düzenlemeler, öncelikle genel hükümler kısmındaki düzenlemelere uygun olarak uygulanmalıdır. Buradan da yola çıkıldığında, internete erişim hakkı ile erişimin engellenmesinin “özel hükümler” başlıklı kısımda düzenlenmemiş olduğu gözetildiğinde, erişimin engellenmesine ilişkin tüm yasaların Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” şartını yerine getirmediği için dahi Anayasa’ya aykırı olacağı ifade edilebilir. Bunun en temel nedeni, 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 13’üncü maddesinden genel sınırlandırma nedenlerinin çıkarılmasıdır.

Konunun erişimin engellenmesi ile ilişkisini kuran bir görüşe dikkat çekilmelidir. Bu görüş, erişimin engellenmesine ilişkin kararların Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki “yasa ile düzenleme” koşuluna uygun olduğu halde, Anayasa’da erişimin engellenmesine veya internete erişim hakkına ilişkin, ayrı bir düzenleme olmadığı bu nedenle Anayasa’nın 13’üncü maddesine veya 26,27 ya da 28’inci maddelerine dayanılarak internete erişimin engellenemeyeceğini; buna bağlı olarak da başta 5651 sayılı Kanun olmak üzere, internete erişimin engellenmesine ilişkin tüm mevzuatın Anayasa’ya bu gerekçe ile aykırı olduğunu öne sürmektedir.

Buna ek olarak aynı görüş, Anayasa’da internet erişiminin hangi koşullarda sınırlandırılacağını düzenleyen bir madde olmadığı gibi, internete erişim hakkını düzenleyen bir maddenin de ayrıca düzenlenmediğini, bundan ötürü, salt bu nedenle internete erişimin engellenmesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu öne sürmektedir.

Bu görüşe katılıyoruz ve hali hazırdaki Anayasal düzenlemeler karşısında, başta 5651 sayılı Kanun ile düzenlenen erişimin engellenmesi kararlarının ve mevzuattaki bu yöndeki tüm düzenlemelerin sadece hakkın ve sınırlandırma nedenlerinin Anayasa’da ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle, Anayasa’nın 13’üncü veya 22,26,28’inci (yahut diğer maddelerine) aykırılık oluşturduğunu düşünüyoruz. Zira 22, 26 ve 28’inci maddelerin Anayasa’nın özel hükümleridir. Bu hükümlerde veya Anayasa’nın başka bir hükmünde internete erişim

hakkı ile bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin nedenler düzenlenmediği için genel hüküm niteliğinde olan Anayasa'nın 13'üncü maddesi dayanak gösterilerek, yasa ile dahi olsa, erişimin engellenmesi kararı verilememelidir. Olması gereken, Anayasa'ya internete erişim hakkı ile erişimin engellenmesi koşullarını düzenleyen ayrı bir madde konmasıdır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), özerk nitelik taşıyan kamu hukuku tüzel kişiliğidir o nedenle idari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı verebilmektedir. Kaldı ki BTK'nın (belli koşullar altında) idari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı verebileceği 5651 sayılı Kanun'un 8/4 maddesinde (keza 8-A-1 maddesinde) açıkça ifade edilmiştir. Keza 5651 sayılı Kanun'un 8/11 hükmü ile BTK'ya idari yaptırım (idari para cezası veya yetkilendirme iptali) uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu kararlara karşı da idari yargıda iptal davası açılabilmesi mümkündür.

Oysa TFF-YK'na kanunla idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiş değildir. TFF-YK sadece belli koşullarla erişimin engellenmesine karar verebilir. Bu karar uygulanmazsa yaptırım tesis edemez. TFF, "kendine özgü" bir yapısı olduğu yapısı olan, bir yönüyle "özel hukuk hükümlerine tabi", diğer yönüyle özerk bir tüzel kişi, diğer taraftan da bütün faaliyetleri "idarenin (bakanın) gözetimine ve denetimine tabi" olan kendine özgü bir kurumdur. TFF, özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna göre, kural olarak, işlem idari nitelikte olmadığı sürece, kararlarına karşı idari yargıya gidilememesi gerekir. Nitekim kanun koyucu da TFF-YK'nun erişimin engellenmesine ilişkin kararının idari nitelik taşımadığını düşünmüş olmalıdır ki TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB), 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi ile Geçici 3'üncü maddesine dayanarak kurulan, merkezi Ankara'da olan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur. AYM'ye göre ise ESB kamu hukuku tüzel kişiliği sıfatını taşımayan, dernek veya vakıf statüsünde de olmayan "kendine özgü" bir tüzel kişiliktir. Ancak AYM, başka bir kararında ESB'yi "kamusal yönü ağır basan özel hukuk tüzel kişiliği" olarak kabul etmiştir.

5651 sayılı Kanun'un 6/A, 9 veya 9/A maddesinde ESB'nin alacağı kararlara karşı hangi yargı koluna gidileceği ve nereye dava açılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. ESB özel hukuk tüzel kişiliği olduğuna göre idari yargıda değil, adli yargıda (asliye hukuk) dava açılması gerekir. ESB'nin kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine dava açılabilmesi de hukuken mümkün görünmektedir; zira 5651 sayılı Kanun'un 6/A,9 veya 9/A maddelerinde bu yönde bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Şu durumda, ESB'nin kararlarına karşı baş-

vurulabilecek bir yargı yolu olmadığı, bunun da ESB'nin olası haksız işlemine maruz kalacak olan bir kişinin hak arama hürriyetini ihlal edeceği; bu nedenle de bu durumun Anayasa'nın 36 ve AİHS'nin 6'ncı maddelerine aykırılık oluşturduğu ifade edilebilir.

ESB ise 5651 sayılı Kanun'un 6/A-2 maddesinde ve AYM kararlarında özel hukuk tüzel kişiliği olarak tanımlanmıştır. TFF de "kendine özgü" bir yapısı olduğu yapısı olan, bir yönüyle "özel hukuk hükümlerine tabi", diğer yönüyle özerk bir tüzel kişi olduğuna göre gerek hukuki nitelik olarak gerekse göreve geliş, seçim, görevden ayrılma usullerine bakıldığında ESB'ye daha yakın özellikler taşımaktadır.

ESB açısından kararlarına karşı hangi kanun yoluna başvurulacağı tartışmalı olmakla birlikte TFF'nin aldığı erişimin engellenmesi kararlarını 5894 sayılı Kanun'un EK-1 maddesi gereğince ESB uygulayacak; bu karara karşı ise sulh ceza hakimliğine itiraz edilecektir. Kanun koyucu, 5651 sayılı Kanun'da ESB'nin kararlarına karşı başvurulacak yargı mercini belirtmeyerek yol açtığı karmaşayı 5894 sayılı Kanun'un EK-1 maddesi ile tekrarlamamıştır. Bu durum sevindiricidir.

Zaten bu nedenle 5651 sayılı Kanun'un 8/14'üncü maddesi gereğince 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabileceği ve bu kararların uygulanmak üzere BTK'ya gönderileceği ifade edilmişken; kararları nitelik itibarıyla adli/idari karar vasfında olmayan, yapılanma ve seçim usulü ESB ile daha yakın özellikler taşıyan TFF-YK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının uygulanmak üzere BTK'ya değil ESB'ye gönderileceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu dileyseydi, 5894 sayılı Kanun Ek madde 1 gereğince TTK-YK tarafından alınan erişimin engellenmesi kararının uygulanması için BTK'ya gönderileceğini düzenleyebilirdi. Bu durumda da BTK'nın uygulama işleminden doğan haksızlıklara karşı idari yargıda dava açılması mümkün olabilirdi. Ancak karar ESB'ye gönderildiği için ESB'nin uygulayacağı erişimin engellenmesi kararının idari yargı tarafından denetlenmesi kanaattimizce hukuken mümkün değildir. Zira ESB özel hukuk tüzel kişiliğidir.

Bu nedenle, 5894 sayılı Kanun'a eklenen EK-1 maddesinin ilk fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi

gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir” şeklindeki düzenlemenin, 5651 sayılı Kanun’un 6/A-2 maddesindeki düzenlemeye uygun olmadığı ve 5651 sayılı Kanun’la öngörülen sistematığı bozduğu ifade edilebilir. ESB’nin özel hukuk tüzel kişiliği olmasından ötürü, yine niteliği itibarıyla özel hukuk tüzel kişisi özellikleri taşıyan TFF-YK’nun kararlarının uygulanmak üzere ESB’ye gönderilmesinin hukuk sistematığına uygun olduğu düşünülebilirse de ESB esasen 5651 sayılı Kanun’un 8’inci maddesi dışındaki kararların uygulanması için yetkilendirilmiş olan bir yapılanmadır. Bundan ötürü, yetkinin ESB’ye değil, BTK’ya verilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı fikrindeyiz.

Getirilen düzenleme ile, lig maçlarını yayın hakkı almadan yayınlayan internet siteleri hakkında hızlı bir şekilde işlem yapılarak, ihlallerin engellenmesi amaçlanmıştır. Nitekim kanun kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 23.02.2022 tarihine kadar toplam 866 internet sitesi hakkında erişimin engellenmesine karar verilmiş, bunların 415’i hakkında sadece bir hafta içinde karar verilmiştir. Ancak, yayın haklarının hızlı ve etkin korunması adına Anayasal ilkelerin, idare ve ceza hukukunun temel ilkelerinin ihlal edilmesi hukuk devletinde olmaması gereken bir durumdur.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK) Ek 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında 3/3/2004 tarihli, 5101 sayılı Kanun’un 25’inci maddesiyle yapılan değişiklikle fikri hak ihlalleri bakımından oldukça etkili bir erişim engeli yöntemi getirilmiştir.

FSEK ek madde 4 ile dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılması öngörülmüştür.

Yöntemin işlemesi için hakları ihlal olan gerçek veya tüzel kişinin öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını istemesi gerekir. Eğer buna rağmen ihlal devam ederse, hak sahipleri, Cumhuriyet savcısına başvurarak, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulmasını talep edebilir. İhlal durdurulduğunda bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır.

Başka bir deyişle FSEK Ek madde 4 gereğince eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri, servis sağlayıcılara veya bilgi içerik sağlayıcılara uyarı yöntemiyle başvurarak, hukuka aykırılık taşıyan içeriğin kaldırılmasını talep edebilirler. Bu yöntemde hukuka aykırılık taşıyan içeriğin çıkarılması için hâkim kararı aranmamaktadır. Yöntem, oldukça hızlı işleyen etkili bir yöntemdir.

Buna göre, FSEK Ek madde 4/3’teki usul, TFF’den futbol liglerinin yayın

hakkını almış olan yayıncı kuruluş tarafından hukuka aykırı yayın yaparak telif haklarını ihlal eden internet siteleri bakımından da uygulanabilir. Zaten uygulamada da bunun örneklerine zaman zaman rastlanmaktadır. FSEK Ek madde 4/3'teki düzenleme varken TFF'ye de 5864 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesiyle erişimin engellenmesi kararı verme hakkı tanınması kanaatimizce gerekli bir yöntem değildir.

Getirilen Ek madde-1'in üçüncü fıkrasında "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Yönetim Kurulu tarafından çıkartılacak talimatla belirlenir" şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Talimat, idare hukuku anlamında adsız düzenleyici işlem hükmündedir. Maddenin nasıl uygulanacağına ilişkin esasların talimatla belirlenmesi belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı bir durum ortaya çıkarabilir.

Özetle, 5984 sayılı Kanun'un Ek-1'inci maddesiyle TFF-YK'na tanınan erişimin engellenmesi kararı alabilme yetkisi hukuken ciddi sorunlara yol açabilecek ve Türkiye'nin gereke AYM gerekse AİHM nezdinde tazminat ve ihlal yaptırımlarına tabi tutulması tehlikesine yol açabilecektir. FSEK Ek madde 4/3'teki düzenleme varken TFF'ye de 5864 sayılı Kanun'un Ek-1 maddesiyle erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınması gerekli olmadığı için Ek madde-1 ilga edilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akdeniz, Yaman; Altıparmak, Kerem, İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, *Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*, İmaj Yayınları, Ankara, 2008 (Tehlikeli ve Yasaktır)
- Akgül, Mustafa, “İnternet Yasakları ve Hukuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2008, Sayı 78, (s.352-377)
- Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yay., İstanbul, 1999
- Aslan, Betül, Devletin Temel Amaç ve Görevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009
- Avcı, Artun, *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Terc. Sami Selçuk), 3. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2013
- Çırakoğlu, Melikşah, *5651 sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Değirmenci, Olgun, “5651 sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 142, (s. 137-147) (Erişimin Engellenmesi Kabahati)
- Değirmenci, Olgun, “Teknik Açısından İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Türk Hukukunun Tercihi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 143, (s. 182-188) (Türk Hukukunun Tercihi)
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021, (Genel Hükümler)
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yay, İstanbul, 2020 (Bilişim Suçları)
- Fendoğlu, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 19, 2002, (s.112-149)
- Görkemli, Burcu, *Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku’nda İnternet Erişiminin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, Cilt:1*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009 (İdare Hukuku)
- Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, (s.53-67) (Anayasa Değişikliği)
- İba, Şeref, “Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2011, (s.197-202)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Karagöz, Kasım, *İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Sınırlandırılması Sorunu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004
- Kangal, Zeynel, *Kabahatler Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019
- Kaya, Mehmet Bedii, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, 5651 Sayılı Kanun ve Dünya Uygulamaları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010,

(5651 Sayılı Kanun)

- Kaya, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (İnternet Hukuku)
- Kent, Bülent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kılınç, Doğan, *İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Küçükgüngör, Erkan, “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 2, 2001, (s. 138-146)
- Marberth-Kubicki, Annette, “İnternet Sansürünün Başlangıcı: Erişim Sağlayıcılar Üzerinden Erişimin Engellenmesi”; (Terc: Serkan Meraklı), *İnternet Hukuku* (Der:Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, (s.347-359)
- Özsoy, Selami, “Spor Hukukunda Tahkim”, *Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi*, Cilt 3, Sayı1, 2008, (s. 19-29)
- Özen, Muharrem; Baştürk, İhsan, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Öztürk, Bahri; Eker-Kazancı, Behiye; Güleç-Soyer, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021
- Rotkoph, David, “Is Unrestricted Internet Access a Modern Human Right?” (2 February 2015), <https://foreignpolicy.com/2015/02/02/unrestricted-internet-access-human-rights-technology-constitution/> (29.06.2022).
- Sav, Atilla, “Yasa Yapma Sanatının Ölümü: Torba Yasalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2014 (s.596-606)
- Somer, Pervin, “Leges Saturae E Lex Caecilia Et Didia (Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı)”, *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010 (s.23-30)
- Söyler, Yasin, *Kamu Hukuku Açısından İnternet İçeriğinin Düzenlenmesi ve Bu Alanda Devletin İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013
- Taşkın, Ş.Cankat, “Rtük’e 6112 Sayılı Yasa İle Verilen İnternet Yayınlarına Müdahale Etme Yetkisine İlişkin Değerlendirme”; 2018, (Rtük). https://www.academia.edu/36256264/6112_SK_29AileRT%C3%9CKe_verilen_eri%C5%9Fim_yasa%C4%9F%C4%B1_tedbirinin_de%C4%9Ferlendirilmesi.pdf (09.03.2022)
- Taşkın, Ş.Cankat, *İnternete Erişim Yasakları*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Erişim Yasakları)
- Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008 (Bilişim Suçları)
- Uz, Abdullah, “Sporla İlgili Uyuşmazlıkları Çözümünde Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararların Hukuki Niteliği Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl 2011/1, Sayı13, s. 241-296

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi’nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı Yaman Akdeniz ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=201>

4&BasvuruNoSayi=3986&KararBulteni=1 (02.03.2022)

- Anayasa Mahkemesi'nin, 2.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/151?EsasNo=2014%2F149&KararAramaRaporu=1> . (02.03.2022).
- Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2015 T., 2014/87 E., 2015/112 K sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/112> (30.07.2022)
- Anayasa Mahkemesi'nin , 07.09.2016 T., 2015/88 E., 2016/156 K sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/156> (03.08.2022)
- Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 T, 2015/76 E, 2017/153 K sayılı kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/153?EsasNo=2015%2F76> (11.8.2022)
- Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2019 T., 2017/22355 B. numaralı Wikimedia Foundation Inc. Ve Diğerleri Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22355> (3.8.2022)
- Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2017 T., 2014/5552 B. Numaralı Ali Kızık kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552> (22.6.2022)
- Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 T. 2014/4705 B. numaralı Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri kararı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=4705&KararBulteni=1> (24.06.2022)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı, 18.12.2012, <https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/> (22.7.2022)
- Yargıtay 8'inci CD, 22.06.2004 T., 2003/2930 E., 2004/5686 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (24.06.2022)

Online Kaynaklar

- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5894&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (30.12.2021)
- <https://odatv4.com/spor/tff-den-korsan-yayin-calismasi-rekor-kirildi-230603> (23.02.2022)
- <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=236> (01.02.2022)
- <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf> (30.12.2021)

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Suç İşleme Kararı Taşıyan Faili Başka Bir Fiile İkna Etme*

Persuading the Perpetrator to Commit a Crime When He or She Has Already Decided to Commit Another Criminal Act

Burak BOZ**

Gül Yağmur YAVAŞOĞLU***

ÖZ

Azmettirme, şerikliğin bir türü olarak, suç işleme kararına sahip olmayan bir kimseyi suça ikna etmeyi ifade eder. Failin hâlihazırda zaten bu suçu işleme kararı söz konusu ise (*omnimodo facturus*) bu durumda artık failin azmettirilebilmesi mümkün değildir. Ancak yardım etmenin koşulları araştırılmalıdır. Çalışmada hâlihazırda bir suç işlemeye karar vermiş kimseyi, ilk suçun temel veya nitelikli hâline ya da tamamen farklı bir suça ikna etme hâlinde hukukî sorumluluğun ne olacağı incelenmiştir. Bu çerçevede *nitelikli hâl teorisi* esas alınarak, yeni fiilin, failin ilk karar kıldığından farklı bir tipiklik unsuru içerip içermemesi kriteri çerçevesinde ulaşılan sonuçlara yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Azmettirme, *Omnimodo Facturus*, Yardım Etme, Suç İşleme Kararı, İştirak

ABSTRACT

As a sort of complicity, instigation refers to persuading someone who does not have the decision yet to commit the crime. If the perpetrator has already determined to commit the crime (*omnimodo facturus*), (s)he cannot be instigated to conduct this same crime. However, the conditions of abetting (mental assisting) must be investigated. The legal responsibility of convincing someone who has already decided to commit a crime to the basic or qualified form of the original crime or to an entirely new crime was investigated in this study. Based on the qualified components theory, the findings have been reported that reached within the context of the criteria of whether the typicality of the new conduct contains any distinguishing element other than the perpetrator's original decision.

* Makale Gönderim Tarihi: 17.09.2022. Makale Kabul Tarihi: 28.11.2022. Burak Boz, Gül Yağmur Yavaşoğlu, "Suç İşleme Kararı Taşıyan Faili Başka Bir Fiile İkna Etme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9 Sayı 2, s. 473-480, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.09>

** Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı; İletişim: burak.boz@asbu.edu.tr; 0000-0002-8282-3523.

*** Hukuk Fakültesi Dördüncü Sınıf Öğrencisi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İletişim: 21898028@mail.baskent.edu.tr; 0000-0002-0824-4275,

Keywords: Instigation, *Omnimodo Facturus*, Aiding and Abetting, Decision to Commit the Crime, Complicity

Giriş

Türk Ceza Kanunu’nun 38. maddesinin 1. fıkrası, başkasını suç işlemeye azmettiren kişinin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağını öngörüşmüşse de ‘azmettirme’ olarak nitelendirilen davranışın ne olduğunu tanımlamamıştır. Azmettiren, suç işleme düşüncesine sahip olmayan failin suç işlemesine neden olduğu fikrinden¹ hareketle doktrindeki bir görüşe göre azmettirme, “suçun ilk ve etkili sebebini yaratmak” anlamına gelir.² Azmettirme davranışı olmasaydı failin suçu işlemeyecektir ve bu illiyet bağının neticesi olarak, zaten suçu işlemeye karar kılmış bir kimsenin azmettirilmesi mümkün değildir.³ 765 sayılı TCK döneminde de bu illiyet bağından ötürü azmettiren, ‘aslı manevî fail’ olarak nitelendirilmekteydi.⁴ Ancak bu görüş, azmettirenin suç bakımından illi bir davranışının bulunmadığı, illi olan davranışın kendi hür iradesine sahip faille izafe edilecek olması dolayısıyla azmettirmenin, aslı faillik olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁵ Nitekim 5237 sayılı TCK m. 37/1 hükmü failin suçun kanunî tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kimse olduğunu kabul etmiş ve TCK m. 38 ve 39 ile de azmettirme ve yardım etme birer ‘şeriklik’ türü olarak düzenlenmiştir. TCK m. 40’ta şeriklerin cezalandırılmasının esası bakımından ‘bağlılık kuralı’ öğretisi benimsenmiştir. Böylece şeriklerin failin fiilinden sorumlu oldukları ve bu sorumluluğun bağlılık kuralı ile sağlanacağı kabul edilmiş olup şeriklerin sorumluluğunun doğması için aranan kriterler ise ‘sınırlı bağlılık kuralı’ anlayışı çerçevesinde belirlenmiştir.⁶ Bu çerçevede kasten ve hukuka aykırı işlenmiş (suçu en azından teşebbüs aşamasına eriştiren) bir fiilin varlığı yeterli görülmüş, iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte yeni kanun dönemindeki kimi eserlerde azmettir-

1 Kayıhan İçel, A. Hakan Evik, İÇEL Ceza Hukuku Genel Hükümler II: Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, 4. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2007, s. 276.

2 Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 415.

3 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt II, 5. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974, para. 1290; Erem, s. 415.

4 Erem, s. 415; Dönmezer, Erman, para. 1289.

5 Söz konusu eleştiri ve eleştiriye cevaplar için bkz. Dönmezer ve Erman, para. 1289.

6 Mahmut Koca, İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 477-478; Ali Rıza Töngür, Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 323-326; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 650.

menin suçun ilk ve etkin sebebi olduğu fikri ileri sürülmeye⁷, azmettirme olmasaydı failin suç işlemeyecek olması kriteri benimsenmeye⁸ devam etmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise azmettirme, failin ‘suç işleme kararının oluşması’ bakımından illîdir.⁹ Başka bir ifadeyle azmettirme, suç işleme fikri bulunmayan faili suç işlemeye ikna etmektir.¹⁰ Elbette ki bu durumda da azmettirmenin söz konusu olabilmesi için failde o fiili işleme kararının bulunmaması gerekir; aksi durumda somut olayın koşullarına göre azmettirmeye teşebbüs¹¹ veya yardım etme tartışılır.¹²

Diğer taraftan, suç niteliğindeki bir fiili işlemeye azmettirilen kişi hâlihazırda, suç sayılan başka bir fiili işleme kararını taşıyor olabilir. Çalışmada, kişiye bu fiil yerine başka bir fiili işleme kararının aldırılması hâlinde azmettirenin cezaî sorumluluğunun nasıl belirleneceği, gerçekleşebilecek alternatifler gözetilerek değerlendirilecektir.

I. Faili Karar Kıldığı Suçun Nitelikli Hâline Azmettirmek

Bir suç tipinin temel şekline daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının eklenmesi nitelikli hâl olarak adlandırılır.¹³ TCK’da, itiyadî suçluluk açısından suçun temel şekliyle beraber daha az veya ağır cezayı gerektiren nitelikli hâller bir tutulmuş (TCK m. 6/1-h), aynı neviden fikrî içtima ve zincirleme suç bakımından da suçun nitelikli hâlleriyle temel şekli aynı suç sayılmıştır (TCK m. 43/1 ve 43/2).

Fail suçun temel şeklini veya bir nitelikli hâlini işlemeye niyetli iken, aynı suçun failin karar kıldığından daha ağır bir nitelikli hâline ikna edilmesi muhtemeldir. Örneğin, TCK m. 106/1 hükmünün ilk cümlesinin tipikliğini oluşturacak biçimde bir kimseyi canıyla tehdit etme niyetindeki A’yı tehdidin daha

7 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2020, s. 503; Töngür ve Çetintürk, s. 327.

8 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 541.

9 Koca, Üzülmüş, s. 485; *Hakeri*, her ne kadar failin ‘suç işleme kararının’ azmettirenin eseri olduğunu ifade etse de azmettirmeyi ‘suçun’ ilk ve etkin sebebi kabul etmektedir. *Bkz.* Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 16. Baskı, Ankara, Astana Yayınları 2018, s. 421.

10 Walter Gropp, Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Berlin, Springer, 2020, §10, para. 264.

11 StGB §30 hükmünde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı bir düzenleme söz konusuyken benzer bir genel hüküm Türk mevzuatında yer almamaktadır.

12 Koca, Üzülmüş, s. 485; Urs Kindhäuser, Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Baskı, Baden, Nomos, 2022, §41, para. 10; Johannes Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Baden, Nomos, 2020, §6 para. 78.

13 Özgenç, s. 226.

etkili olabilmesi için silah da kullanmaya ikna eden B, aslında A'yı TCK m. 106/2-a hükmü çerçevesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli olan silahla tehdide yönlendirmiştir. Alman doktrininde hâkim görüşe göre failde başlangıçta karar kılınandan daha ağır dereceli bir haksızlık fikri oluşturulması hâlinde bu azmettirme olarak değerlendirilmeliyken aksi görüşe göre ise burada yalnızca suçun işleniş biçimine ilişkin bir değişiklik söz konusu olduğundan yardım etme fiilinden söz edilir.¹⁴ Söz konusu sonuçlara varan görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

Nitelikli hâl teorisi, bir nitelikli hâlin varlığında fiilin niteliği değiştiği ve suçun temel şekli olmaktan çıktığı fikrine dayanmakta olup bu gerekçeyle nitelikli hâle ikna etmenin azmettirme olarak nitelendirilmesini gerekli kılar.¹⁵

Değersizliğin artırılması teorisi, Alman içtihatlarında da benimsenmekte olup failin niyet ettiği suçun temel şeklinin değersizliğinin nitelikli hâlin işlenmesine ikna edilmek suretiyle artırılması esasına dayanmakta olup bu görüş de söz konusu ikna etmeyi azmettirme olarak niteler.¹⁶

Esaslılık teorisi, failin işleme niyetinde olduğu fiil ile ikna edildiği nitelikli hâl arasında esaslı bir fark olması kriterini benimsemekte olup esaslı fark durumunda azmettirme, aksi hâlde yardım etme söz konusu olur.¹⁷

Farklılık teorisi, failin ikna edildiği yeni fiil, asıl karar kılınan fiilin nitelikli hâli olduğu sürece yani farklı bir suç söz konusu olmadıkça yardım etmenin söz konusu olacağını öngörmektedir.¹⁸

‘Sandalye Ayağı Vakası’ olarak bilinen olayda, Bayan M’nin dairesinden para çalma niyetindeki O ve S, kendilerini görmesi olası olan Bayan M’ye vurarak onu etkisiz hâle getirmeyi düşünmüş ve A da onlara yanlarına bir sopa alarak Bayan M’nin kafasının arkasına hafifçe vurarak bilincini kaybetmesini sağlamalarını önermiştir. O ve S bir sandalye ayağı ile Bayan M’nin kafasına konuşulduğu gibi vurmuş ancak 80 yaşındaki kadın hayatını kaybetmiştir. Alman Federal Mahkemesi, işlenen fiilin şiddetinin önemli ölçüde artırıldığına işaret ederek azmettirme yönünde hüküm kurmuşken¹⁹, karşı yöndeki yazarlara göre ise burada *omnimodo factur*²⁰ söz konusudur ve bu kimselerin

14 Eric Hilgendorf, Brian Valerius (Terc. Salih Oktar), *Alman Ceza Hukuku: Genel Kısım*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021, s. 234–236, para. 126–131.

15 Bernd Heinrich (Terc. Hakan Hakeri vd.), *Ceza Hukuku: Genel Kısım*, Cilt II, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 324ff., para. 1299.

16 Heinrich, s. 325ff., para. 1300.

17 Heinrich, s. 326ff., para. 1301.

18 Heinrich, s. 327ff., para. 1302.

19 BGH 2 StR 14/64 BGHSt 19, 339.

20 Bu Latince kavram, her halükârda fiili işlemeye karar kılmış kimseyi ifade eder. *Bkz.* Dennis

azmettirilmesi mümkün değildir meğerki nitelikli hâlde ilişkin koşulların kendileri cezalandırılabilir olmasın.²¹ *Freund & Rostalski*, basit bir fiziksel tehdit kullanarak soygun yapma niyetindeki failin bunun yerine mağdura sopa ile vurmaya ikna edildiği benzer bir örnekte *omnimodo facturus* nedeniyle soygunun ağır hâli bakımından en fazla yardım etmeden söz edilebileceği, diğer taraftan en başta planlanan fiilin sonucu olabilecek yaralamanın ötesine geçen yaralama nedeniyle azmettirmenin değerlendirilebileceği kanaatindelerdir.²²

Kanaatimizce, bu görüşlerden tutarlı olan nitelikli hâl teorisidir. Gerçekten nitelikli hâlin tipikliği, suçun temel şeklinden ve hatta diğer nitelikli hâllerden farklıdır. TCK m. 44/1 hükmünde geçen “Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.” ifadesinden de nitelikli hâllerin farklı tipiklikler oluşturduğunu, ancak bu fiillerin TCK m. 44 anlamında aynı suç ‘sayıldığı’ anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ister daha az ister daha ağır cezayı gerektirsin, kişiyi karar kıldığı bir suçun nitelikli hâline ikna etmek de kanaatimizce azmettirmedir. Bunun istisnasını ise *omnimodo facturus* niteliğindeki durumlar oluşturmaktadır. Bu çerçevede, eğer fail karar kıldığı nitelikli hâlden daha az bir nitelikli hâlde veya suçun temel şekline ikna edilmişse ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğer bu yeni nitelikli hâl veya suçun temel hâli, tamamen failin önceki karar kıldığı fiilin içerisinde yer alıyorsa *omnimodo facturus* söz konusu olur ve suça yardım etme tartışılır. Bu yeni nitelikli hâl veya suçun temel hâli, daha az cezayı gerektirse dahi, önceki karar kılınandan farklı unsurlar barındırıyor ise bu defa azmettirmeden söz edilir. Kanaatimiz teorik temel olarak nitelikli hâl teorisine dayansa da sonuçlar bakımından esaslılık teorisine de yakınsamakta ve fakat esaslılık teorisindeki esaslı değişiklik kriteri üzerindeki belirsizlikten kurtulmaktadır.

II. Faili Karar Kıldığı Suçtan Farklı Bir Suça İkna Etmek

Doktrinde işlenen fiilin, failin ilk başta karar kıldığından farklı bir suç olması -örneğin, eşyayı çalmaya (hırsızlık) karar veren failin eşyayı hileyle almaya (dolandırıcılık) ikna edilmesi- durumunda azmettirmenin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.²³ Failin karar kıldığından farklı suç, farklı bir suçun tipikliğinin yanında bir başka eşyaya ve bir başka kimse ya da başka kimsenin malına zarar verilmesinde olduğu gibi bir suçun unsurunun somut olayda de-

Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Heidelberg, Springer, 2021, §13, para. 13.

21 Bu doğrultudaki görüş için bkz. Gropp, Sinn, §10, para. 267.

22 Georg Freund, Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Berlin, Springer 2019, §10, para. 121, 122; Benzer görüş için bkz. Kindhäuser, Zimmermann, §41 para. 12, 13.

23 Freund, Rostalski, §10, para. 123.

ğiştirilmesini de kapsar.²⁴ Ancak aynı fiilin sadece varyasyonundan ibaret olan -örneğin, o suçun unsuru olmaması kaydıyla suçun işleneceği yer ve zamanda değişikliğin meydana geldiği- yeni fiil aynı suç sayılır ve azmettirmeden değil, yardım etmeden söz edilir.²⁵

Faili karar kıldığı fiilin nitelikli veya temel hâline ikna etmek ile tamamen farklı bir suç tipine ikna etmek durumu açısından teoride bir fark bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira bu durumda da failin işlemeye niyetlendiğinden farklı bir tipikliği gerçekleştirmeye ikna edilmesi söz konusudur. Kişinin tamamen farklı bir suça ikna edilmesinin azmettirme niteliğinde olduğu açıktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus geçitli suç niteliğindeki suçlar bakımından *omnimodo facturus* durumunun ortaya çıkması ihtimâlidir.

Failin işlemeye karar kıldığı suç bakımından geçitli suç arz eden bir fiile ikna edilmesi hâlinde detaylı bir inceleme yapılması gerekir. Eğer ikna edilen bu yeni fiilin meydana getirdiği tipiklik, ilk karar kılınan fiilin içeriğine tamamen dâhilse *omnimodo facturus* söz konusu olur ve azmettirme değil yardım etmeden söz edilir. Ancak yeni suçun tipikliğinde, ilk karar kılınandan farklı bir tipiklik unsuru bulunması durumunda azmettirme gündeme gelir.

Örneğin A, B'yi öldürmeye karar kılmış ve C, A'yı B'yi öldürmek yerine B'nin evini yakmaya ikna etmişse burada tamamen farklı bir tipikliğe ikna söz konusu olduğundan azmettirme oluşur. Bu olayda C, A'yı B'nin öldürülmesi yerine yaralanmasına ikna etmiş olsaydı yaralama suçu öldürme suçu bakımından geçitli suç niteliğinde olduğundan *omnimodo facturus* hususunda detaylı inceleme yapılması gerekir. Örneğin A, B'yi elleriyle boğarak öldürmeyi planlamışsa ve C, A'yı B'yi yumruklama konusunda ikna etmişse C azmettirmeden değil suç işleme kararını kuvvetlendirdiği söylenebiliyorsa yardım etmeden sorumlu tutulur. Ancak aynı durumda C, A'yı B'ye sopayla vurma konusunda ikna etmişse bu durumda C, azmettirendir. Zira TCK m. 86/3-e hükmü çerçevesinde silah kasten yaralama suçunun nitelikli hâlini oluşturmaktadır ve bu nitelikli hâl, failin ilk başta karar kıldığı fiilin içerisinde olmayan, yeni bir unsur ihtiva etmektedir.

III. Mağduru Kurtarma Amacının Etkisi

Kimi durumda, failin işlemeye karar kıldığı suçtan mağduru kurtarmak için belki de tek yol faili başka bir kötülüğe yönlendirmektir. Örneğin, A, B'yi öldürmek üzere yola çıkmış ve bunu engellemek isteyen C'nin, fikrinden tamamen

24 Kindhäuser, Zimmermann, §41 para. 11.

25 Kindhäuser, Zimmermann, §41 para. 11.

vazgeçirmenin mümkün olmadığı A'yı o sırada kolluk kuvvetlerinin yetişebileceği yeterli zaman olmaması nedeniyle telefonla arayarak B'yi öldürmek yerine B'yi ateşli silahla topuğundan vurmaya ikna etmesi bu şekildedir. Burada C'nin mağduru kurtarma amacıyla hareket etmesinin C'nin cezaî sorumluluğuna etkisi, yukarıda bahsettiğimiz, azmettirmenin suçun ilk ve etken sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunuyla bağlantılıdır. Eğer azmettirme, suçun sebebi olarak kabul edilir ve hatta 765 sayılı TCK'nın esas aldığı kabulle aslı manevî faillik olarak nitelendirirse kanaatimizce riskin azaltılması dolayısıyla objektif isnadiyetin kalkması tartışılmalıdır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre azmettirme failin suç işleme kararının sebebinden ibaret olduğundan burada C'nin cezaî sorumluluğu zorunluluk hâli hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir.

Sonuç

Azmettirme suç işleme kararı içerisinde olmayan kimseyi suça ikna etmektir. Bu yönüyle azmettirme, suçun sebebi değil, failin suç işleme kararının sebebidir.

Başlangıçta bir suç işleme kararı bulunan faili, aynı suçun temel veya nitelikli hâline ya da tamamen farklı bir suç tipine ikna etmenin hukukî sonucu doktrinde tartışılmalıdır. Kanaatimizce ister daha az ya da fazla cezayı gerektiren bir nitelikli ya da temel hâle ikna söz konusu olsun isterse farklı bir suça iknadın söz edilsin dikkat edilmesi gereken husus, failin ilk karar kıldığından farklı bir tipikliğin var olup olmadığıdır. Eğer failin ikna edildiği yeni fiil, zaten failin zihninde yer alan fiilin tamamen içerisinde mevcutsa bu durumda *omni-modo facturus* gündeme gelecek ve failin azmettirilmesi mümkün olmayacak ancak yardım etmeden söz edilebilecektir. Bu durum, suçun temel veya nitelikli hâline iknanın söz konusu olduğu hâllerin yanında, geçitli suç teşkil eden başka bir suça ikna hâlinde de gerçekleşebilir. Diğer taraftan failin tasavvurunda bulunmayan yeni bir tipik unsurun yer aldığı bir nitelikli ya da temel hâle veya başkaca bir suça ikna edilmesi durumunda azmettirme gerçekleşecektir.

Failin daha azına ikna edilmesinin mağduru kurtarma amacına yönelik olduğu kimi durumlar ortaya çıkabilir. Bu hâlde zorunluluk hâline ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

KAYNAKLAR

- BGH 2 StR 14/64 BGHSt 19, 339.
- Bock, Dennis, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Heidelberg, Springer, 2021.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2020.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt II, 5. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Freund, Georg; Rostalski, Frauke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Berlin, Springer, 2019.
- Gropp, Walter; Sinn, Arndt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Berlin, Springer, 2020.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 16. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2018.
- Heinrich, Bernd (Terc. Hakan Hakeri vd.), *Ceza Hukuku: Genel Kısım*, Cilt II, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Hilgendorf, Eric; Valerius, Brian (Terc. Salih Oktar), *Alman Ceza Hukuku: Genel Kısım*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021.
- İçel, Kayıhan; Evik, A. Hakan, *İÇEL Ceza Hukuku Genel Hükümler II: Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri*, 4. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.
- Kaspar, Johannes, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Baden, Nomos, 2020.
- Kindhäuser, Urs; Zimmermann, Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Baskı, Baden, Nomos, 2022.
- Koca, Mahmut; Üzülmmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021. Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Töngür, Ali Rıza; Çetintürk, Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19 ve *MG v Dublin City Council* C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler*

The Approach of the European Court of Justice on the Qualification of Stand-by Time: An Evaluation As Part of Judgments of *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19, and *MG v Dublin City Council* C-214/20

Dilek DULAY YANGIN**

Merve KUTLU MUTLUER***

ÖZ

2003/88 sayılı Avrupa Birliği Direktifi çalışma süresini ulusal hukuka göre çalışanın işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman dilimi olarak tanımlamıştır. Çağrıya hazır bekleme süresi ise çalışanın işverence yapılacak bir çağrı sonucu işe dönmeye hazır beklediği zaman kesitidir. Anılan Direktif çalışma süresi ve dinlenme süresi dışında ara bir kategori öngörmediğinden, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma yahut dinlenme süresi olarak sınıflandırılması gerekmektedir. Avrupa Adalet Divanı *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19 ve *MG v Dublin City Council* C-214/20 kararlarında çağrıya hazır bekleme süresinin nitelendirilmesine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Belirtilen üç kararda da tartışılan temel hukuki sorun çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinin söze konu Direktif md.2 kapsamında “çalışma süresi” olarak kabul edilip

* Makale gönderim tarihi: 30.06.2022. Makale kabul tarihi: 11.10.2022. Dilek Dulay-Yangın, Merve Kutlu-Mutluer, “Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19 ve *MG v Dublin City Council* C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 481-512, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.03>

** Doç. Dr. Dilek Dulay-Yangın, Manisa Celal Bayar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, dilek.yangin@cbu.edu.tr, 0000-0003-4702-5371.

*** Dr. Öğr. Üyesi Merve Kutlu-Mutluer, Anadolu Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, mervekutlu@anadolu.edu.tr, 0000-0002-8327-6496.

edilmeyeceğidir. Çalışmamızda kararlarda belirtilen çağrıya hazır bekleme süresinin hangi hallerde çalışma süresi olarak kabul edileceğine ilişkin Divan tarafından geliştirilen ölçütler incelenecek ve işverenin psikososyal risklere karşı işçiyi koruma yükümlülüğü bağlamında tespitlerde bulunmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte Adalet Divanı'nın kararları esas alınarak çağrıya hazır bekleme sisteminin oluşturulmasında işverenlerin dikkate alması gereken hususlara ilişkin de önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çağrıya hazır bekleme süresi, Çalışma süresi, Dinlenme süresi, Psikososyal riskler, İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğü.

ABSTRACT

Directive 2003/88/EC of the European Union defines working time as any period during which the worker is working at the disposal of the employer and carrying out his activity or duties, in accordance with the national laws. Stand-by time can be defined as the period when the employee is ready to return to work as a result of a call made by the employer. Since Directive 2003/88 does not provide for any intermediate category, the stand-by periods of a worker must be classified as either working time or a resting period. European Court of Justice in the judgments of *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19, and *MG v Dublin City Council* C-214/20 has made some important evaluations on the stand-by period. The main legal question discussed in all three judgments is whether the stand-by time of the employees can be considered as “working time” within the scope of art.2 of the Directive. In our study, criteria developed by the European Court of Justice on whether stand-by time can be considered as working time will be discussed and evaluations will be made in the context of the obligation of employers to protect employees from psychosocial risks. In addition, suggestions will be made that employers should take into account the creation of a stand-by system according to the European Court of Justice.

Keywords: Stand-by time, Working time, Rest period, Psychosocial risks, Employers' obligation to protect employees.

Giriş

İşverence yapılacak bir çağrı sonucu çalışanın işe dönmeye hazır beklediği zaman dilimi olarak tanımlanabilecek çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi sayılıp sayılmayacağı önemli bir sorundur. 2003/88 sayılı AB Direktifi çalışma süresini ulusal hukuka göre çalışanın işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman dilimi olarak tanımlamakla birlikte çalışma süresi ve dinlenme süresi dışında ara bir kategori öngörmediğinden, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma yahut dinlenme süresi olarak sınıflandırılması gerekmektedir.

Avrupa Adalet Divanı'nın çağrıya hazır bekleme süresinin nitelendirilmesi bakımından önüne gelen somut uyuşmazlıklarda çeşitli ölçütler geliştirerek meseleye yaklaştığı, bahse konu süre içerisinde çalışanın işyerinde ya da işverence belirlenmiş bir yerde beklemesi zorunluluğunun öngörüldüğü hallerde bu sürenin çalışma süresi olduğu yönünde yaklaşım geliştirdiği görülmektedir¹. Çalışmamıza esas teşkil eden Adalet Divanı'nın yeni tarihli *D.J. v Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main* C-580/19 ve *MG v Dublin City Council* C-214/20 kararları çağrıya hazır bekleme süresinin hangi hallerde çalışma süresi sayılacağına ilişkin önemli tespitleri içermekte olup anılan kararlarda değinilen kavramlar çalışanların sağlığı ve güvenliğinin korunması, çalışma süresi ve bu bağlamda çağrıya hazır bekleme süresinin sınıflandırılması, çağrıya hazır bekletilme sistemi ve psikososyal riskler olarak sıralanabilir. Biz incelememizde öncelikle Divan'ın anılan kararlarını açıklayarak irdelenmesi gereken hukuki meseleleri içtihatları bütünsel olarak değerlendirmek suretiyle ortaya koymaya çalışacağız. Devamında ise çağrıya hazır bekleme süresinin sınıflandırılması meselesinin ne şekilde ele alındığını geçmiş yıllarda Divan'ın verdiği kararlara da değinmek suretiyle tespit edip bir iş sağlığı ve güvenliği sorunu olarak uzun çağrıya hazır bekleme sürelerini psikososyal riskler bağlamında irdeleyerek önerilerde bulunmaya çalışacağız.

I. İnceleme Konusu Kararlar ve Divan'ın Tespitleri

A. *D.J. v Radiotelevizija Slovenija*, *RJ v Stadt Offenbach am Main* ve *MG v Dublin City Council* Kararları

1. *D.J. v Radiotelevizija Slovenija*

Divan'ın 2021 yılında verdiği *D.J. v Radiotelevizija Slovenija*² kararına konu olan olayda D.J., Pohorje (Slovenya), ardından Krvavec (Slovenya) televizyon iletim merkezlerinde uzman teknisyen olarak görev yapmıştır. Bu merkezler ile evi arasındaki mesafe ve işin yapılacağı yerin merkeze ulaşımının zorluğu, çalışanın işyeri yakınında kalmasını gerekli kılmıştır. Çalışanın iş gördüğü iletim merkezi en uygun hava koşullarında bile oraya günlük olarak seya-

- 1 C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECJ, 2000, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303> (16.06.2022).; C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, par 63, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> (16.06.2022).; C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022).
- 2 C-344/19, *D.J. v Radiotelevizija Slovenija*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0580&from=EN>, (09.06.2022).

hat etmesini imkansız hale getirecek kadar evinden uzakta yer almaktadır. Bu sebeple işveren, çalışan D.J ve başka bir uzman teknisyene iki iletim merkezinin binalarında kalacak yer tahsis etmiştir. Belirlenen çalışma süreleri dışında iki teknisyenin de oturma odasında dinlenebilmesi veya çevrede bulunan aktivitelere katılması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır (par 10). İki teknisyen, biri 06.00-18.00 diğeri 12.00-00.00 arası vardiyalı olarak çalışmıştır. İnceleme konusu kararda D.J. genellikle 12.00-00.00 arası çalışmıştır ve belirlenen bu sürede çalışanın işyerinde bulunması zorunludur. Gece yarısından sabah 06.00'a kadar geçen süre ise dinlenme süresi olarak kabul edilmiş ve geriye kalan altı saat de işveren tarafından çağrıya hazır bekleme süresi olarak tayin edilmiştir (par 11, 12) Somut olayda çalışanın çağrıya hazır bekleme süresi içinde işyeri olan iletim merkezinde bulunma zorunluluğu yoktur. Ancak bu süre zarfında ulaşılabilir olmak ve çağrı geldiğinde gerekli ise bir saat içinde işyerine dönmek zorundadır. Çalışana uygulanan İş İlişkileri Yasası ("*Law on Employment Relationships*") md.142/2'ye göre çalışma süresi, çalışanın iş sözleşmesi ile işverenin emir ve talimatlarına göre iş gördüğü süredir. Kararda gönderme yapılan Kamu Kesimi Toplu İş Sözleşmesi'ne ("*Collective Agreement for the Public Sector*") göre de, çağrıya hazır bekleme sistemine göre çalışan işçilere aylık ücretinin %20'si ek olarak ödenmektedir (par 13). Bu düzenlemede çağrıya hazır bekleme sürelerinin çalışma süresinden sayılmayacağına ilişkin bir hüküm de yer almaktadır. Çalışan D.J ise çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olduğunu ve kendisine bu sürede fiilen çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğini savunmaktadır. D.J ayrıca işin görüldüğü merkezde yaşadığını bu sebeple esasen tüm gününü işyerinde geçirdiğini, çağrı geldiğinde bir saat içinde işyerine dönmesi gerektiğini, iletim merkezinin yer aldığı dağ çevresinde boş zamanını değerlendirebileceği oldukça az sayıda aktivite olduğunu bu sebeple zamanının büyük çoğunluğunu burada geçirmek zorunda kaldığını ve dinlenme süresini özgürce planlayamadığını ileri sürmüştür (par 14).

2. RJ v Stadt Offenbach am Main

Divan'ın 2021 yılında verdiği **RJ v Stadt Offenbach am Main**³ kararında RJ, Offenbach am Main itfaiye teşkilatında kamu görevlisi olarak çalışan bir itfaiye eridir ve itfaiye teşkilatına ilişkin düzenlemelere göre belirlenen çalışma süreleri dışında "*BvE*" hizmeti olarak adlandırılan çağrıya hazır bekleme sisteminde görev almak zorundadır (par 11). Bu sisteme göre çalışan, çağrıya hazır bekleme süresince sürekli ulaşılabilir olma ve görevde kullanacağı araç

3 C-580/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0580>, (16.06.2022).

gereçler ile üniformasını yanında bulundurma zorunluluğundadır. Bununla birlikte kendisine çağrı geldiğinde belirli durumlarda işyerine veya kaza mahalline gitmekle yükümlüdür. Çalışan R.J, “BuE” hizmeti süresini istediği yerde geçirebilmekle birlikte “BuE” süresinde çağrıldığında trafikte kendisine tanınan ayrıcalık ve haklarını kullanarak yirmi dakika içinde Offenbach am Main şehri sınırlarında üniforması ve araç ve gereçleri ile hazır bulunmak zorundadır (par 12). “BuE” hizmeti hafta içi 17.00-07.00 saatleri arasında uygulanmaktadır. Hafta sonu cuma günü saat 17.00’de başlayarak pazartesi 07.00’da sona ermektedir. Somut olayda çalışan ortalama on-on beş hafta sonu “BuE” sistemine göre çağrıya hazır beklemiştir. 1 Ocak 2013 ve 31 Aralık 2015 tarihleri arasında da yüz yirmi altı “BuE” hizmeti yürütmüş, yirmi kez işyeri veya kaza mahalline gelerek fiilen çalışmıştır (par 13). Çalışan RJ, “BuE” hizmetinde geçen sürenin çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve buna göre ücret hesaplaması yapılmasını talep etmiştir. Çağrıya hazır bekleme sisteminde geçen sürelerde belirli bir yerde bulunması gerekmiyorsa da RJ, çağrı geldiğinde yirmi dakika gibi oldukça kısa bir süre içinde işe dönmesinin gerekmesinin kendisinin dinlenme süresine önemli bir kısıtlama getirdiğini savunmuştur.

3. MG v Dublin City Council

Divan’ın *MG v Dublin City Council*⁴ kararına konu olan olayda MG, Dublin Şehir Konseyi’nde çağrı üzerine iş gören ve kısmi süreli çalışan bir itfaiye eridir. Kendisine gelen çağrılarının yüzde yetmiş beşine cevap vererek çalışmak zorundadır, geri kalan yüzde yirmi beşini reddedebilme hakkına sahiptir. Çalışanın önceden işverenin bilgisine sunulmuş yıllık izin süreleri hariç çağrıya hazır bekleme süresi yedi gün yirmi dört saattir (par 14). Bu süre içinde acil durum çağrısı geldiğinde itfaiye merkezine veya kaza mahalline arama geldiği andan itibaren beş dakika içinde ve her halükarda azami on dakika içinde ulaşmak zorundadır (par 13). Çalışan aylık ücretine ek olarak çağrı üzerine çalışma süresinde fiilen çalıştığı saatler için ek bir ücret almaktadır (par 15). Dava konusu olayda çalışanın haftalık 48 saati aşmamak koşulu ile çalışma süresi dışında taksi şöförü olarak çalışmasına da izin verilmiştir. Buna göre MG’nin haftada ortalama 48 saati geçmemek kaydıyla, kendi hesabına veya başka bir işveren adına mesleki faaliyette bulunması mümkündür. Bununla birlikte çalışma süreleri içerisinde başka bir mesleki faaliyette bulunması yasak olup bu sürelerle eğitimde geçen süreler de dahildir. (par 16). MG’nin çağrı geldiğinde azami on dakika içinde işyerine dönebilmesi için, işyerine makul bir mesafede ikamet etmesi ve mesleki faaliyetlerini bu mesafede sürdürmesi zorunludur (par 17)

4 C-214/20, *MG v Dublin City Council*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0214>, (16.06.2022).

Karara konu olayda MG, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini, hem taksi şoförü olarak yürüttüğü mesleği hem de ailesi ve sosyal aktivitelerine özgürce zaman ayıramadığını savunmaktadır. Çalışana göre işveren Dublin Şehir Konseyi haftada yedi gün yirmi dört saat çağrıya hazır bekleme sistemi kurarak, günlük ve haftalık dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemeleri ihlal etmektedir (par 20). Ayrıca MG, Dublin Şehir Konseyi'ne karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesinin disiplin cezasına ve hatta işten çıkarılmaya yol açabileceğini de belirtmektedir. Dublin Şehir Konseyi ise çağrıya hazır bekleme süresinde çalışanların belirli bir yerde kalmalarına ilişkin bir zorunluluk öngörmediklerini, bu sebeple bu sürenin çalışma süresi olarak sayılamayacağını ileri sürmektedir. Ayrıca çalışanın itfaiye istasyonuna beklenen azami süresi içinde gelmemesi sadece kendisine herhangi bir ücret ödenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple Dublin Şehir Konseyi'ne göre söze konusu çağrıya hazır bekleme sisteminin esnekliği göz önüne alındığında, bu sürelerin çalışma süresi olarak kabulü için bir gerekçe yoktur (par 21).

B. Divan'ın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Belirlenmesinde Kullandığı Ölçütler

1. Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Tespiti

Çağrıya hazır bekleme süresi çalışanın işverence yapılacak bir çağrı sonucu işe dönmeye hazır beklediği zaman dilimi olarak tanımlanabilir. İnceleme konusu yaptığımız üç kararda da tartışılan temel hukuki sorun çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinin 2003/88 sayılı Direktif, md.2 kapsamında "çalışma süresi" olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. D.J. kararına konu olayda işverence çalışana çağrıya hazır bulunma süresinde (günlük altı saat) işyerinde bulunma zorunluluğu getirilmemesine rağmen, çalışanın çağrı üzerine bir saat içinde çalıştığı işyerine dönmesi gerekmekte olup bu sürenin 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi olup olmadığının tespiti önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tespit yapılırken karşımıza çıkan önemli sorular da çalışanın evi ile işyeri arasında gün içerisinde gidilemeyecek bir mesafenin bulunmasının, çalışana konaklama imkanı sağlanması ve işyerinin olduğu dağ çevresinde boş zamanlarında katılabileceği az sayıda aktivite olmasının çalışma süresi nitelemesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. RJ kararında, işverence çağrı üzerine hazır bulunma süresinde çalışana belirli bir yerde bulunma zorunluluğu getirilmemekle birlikte çalışan çağrı geldiğinde yirmi dakika içinde çalıştığı şehirde araç gereç ve üniforması ile hazır olmak zorundadır. Bu durumun çalışanın istediği yerde bulunabilme özgürlüğü ve kişisel ve sosyal ilgilerine zaman ayırmasını önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığının ortaya konulması gereklidir. Ayrıca çağrıya hazır bekleme süresi içinde çağrı sonucu çalış-

şanın işine geri dönme sıklığının da bir ölçüt olarak dikkate alınıp alınmayacağı belirlenmelidir. RJ kararında da benzer bir biçimde işverence çağrıya hazır bulunma süresinde çalışana işyerinde bulunma zorunluluğu getirilmemesine rağmen, çalışanın çağrı üzerine beş dakika içinde ve her halükarda azami on dakika içinde belirlenen kaza mahalline gelmesi gerekmekte olup bu sürenin 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi olup olmadığının tespiti zorunludur. Bu tespit yapılırken bir başka önemli soru da çalışana bir başka mesleki faaliyeti sürdürme imkânı tanınmasının çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak nitelendirilmesinde belirleyici bir ölçüt olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Divan somut uyuşmazlıkların 2003/88 sayılı Direktif kapsamında inceleneceğine, çağrıya hazır bekleme süresinin Direktif kapsamında düzenlenmediğine ancak uyuşmazlıklarda bahse konu bu sürelerin 2003/88 sayılı Direktif md.2/1 anlamında “çalışma süresi” olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Divan öncelikle somut uyuşmazlıkta olguları değerlendirmeye yetkisi bulunmadığını, ulusal mahkemelerin bu değerlendirmeyi yapması gerektiğini, kendisinin sadece bu değerlendirmenin yapılmasını kolaylaştıracak Avrupa Birliği (AB) hukuk kurallarını yorumlayabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, 2003/88 sayılı Direktif md.2’de “ulusal hukuk ve/veya uygulamalara” atıfta bulunulmasına rağmen, Üye Devletler, “çalışma süresi” ve “dinlenme süresi” kavramlarının kapsamını tek taraflı olarak belirleyemezler. Aksinin kabulü 2003/88 sayılı Direktif’in varlık amacına aykırılık teşkil eder (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 31.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 32; MG v Dublin City Council par 36)⁵. Karara göre 2003/88 sayılı Direktif’in amacı özellikle çalışanların çalışma sürelerine ilişkin asgari gereklilikleri belirleyerek çalışma koşullarını iyileştirmek olup AB mevzuatının uyumlaştırılması ile çalışanların sağlığının ve güvenliğinin korunmasıdır. 2003/88 sayılı Direktif ile öngörülen azami çalışma süresi ve asgari dinlenme sürelerine ilişkin yükümlülükler her çalışan için uygulanacak olan Avrupa Birliği’nin önemli sosyal hukuk kurallarıdır (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 25, 26.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 26,27). 2003/88 sayılı Direktif tüm çalışanlar için azami çalışma süresini günlük ve haftalık dinlenme sürelerini belirleyerek AB Temel Haklar Bildirgesi md.31/2’de belirtilen çalışanların temel haklarını özel olarak düzen-

5 C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, par 59, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> (16.06.2022); C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, par 45, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022); C-437/05, *Jan Vorel v Nemocnice Český Krumlov*, ECJ, 2007, par 26, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CO0437>, (16.06.2022).

lemektedir. Bu sebeple, 2003/88 sayılı Direktif'in hükümleri, çalışanların AB Temel Haklar Bildirgesi ile elde ettikleri haklara zarar verecek şekilde kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanamaz (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 27.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 28). 2003/88 sayılı Direktif çalışma süresi kavramını ulusal hukuka göre çalışanın işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman dilimi olarak belirlemiştir. Dinlenme süresi ise çalışma süresi sayılmayan zaman kesitidir. Divan, 2003/88 sayılı Direktif'e göre çalışma süresi ve dinlenme süresinin birbirini dışlayan iki ayrı kavram olduğunu ifade etmiştir. Bahse konu Direktif ara bir kategori öngörmediğinden, çağrıya hazır bekleme süresi çalışma süresi ya da dinlenme süresi olarak sınıflandırılmak zorundadır. (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 29; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 30; MG v Dublin City Council par 35). Divan'a göre, çalışma süresine ilişkin tespitler yapılırken somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekir. Divan çalışana çağrıya hazır bekleme süresini işverence belirlenen bir yerde geçirmesi zorunluluğu öngörülmesi veya çalışanın bu süreyi dilediği yerde geçirebilmesinin farklı sonuçlar doğurabileceğine kararında değinmiş olup çalışana çağrıya hazır bekleme süresini işverence belirlenen bir yerde geçirmesi zorunluluğunun öngörülmemiş olmasının da bu sürenin çalışma süresi olarak kabulüne engel olmayacağını ifade etmiştir. Kararda ayrıca çalışanın istediği yerde bulunabilme ve dinlenme süresini dilediği gibi organize edebilme özgürlüğüne ilişkin önemli kısıtlamalar bulunmasının da değerlendirilebileceği belirtilmiştir (RJ v Stadt Offenbach Am Main, par 19). Özellikle çalışanın çağrı üzerine oldukça kısa bir süre içinde işyerine dönme zorunluluğu bulunması, dolaylı olarak belirli bir yerde bulunma yükümlülüğü anlamına gelmekte olup özel yaşamını ve dinlenme süresini organize edebilme özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlamaktadır (RJ v Stadt Offenbach Am Main, par 20; MG v Dublin City Council par 24).

İçtihatlar bütünsel olarak değerlendirildiğinde Divan'ın öncelikle çalışana çağrıya hazır bekleme süresi boyunca işyerinde kalma zorunluluğu öngörülüp öngörülmemesine göre bir ayırım yaptığı görülmektedir. Çalışana çağrıya hazır bekleme süresi boyunca işyerinde kalma zorunluluğu öngörülmemesi halinde, ulusal mahkemelerin bu süre içinde çalışanın zamanını özgürce planlama imkânına sahip olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği kararlarda belirtilmektedir (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 45.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 44). Divan'ın çalışanın dinlenme süresini özgürce belirleyebildiği, kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırmasının objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmadığı hallerde çağrıya hazır bekleme süresini çalışma süresi olarak kabul etmediği söylenebilir (MG v Dublin City Council par 39). Çalışanın dinlenme süresini özgürce tayin edip etmediği, kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırmasının objektif ve önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının belirlenmesinde

ise Divan birden fazla ölçütü birlikte değerlendirmektedir. Buna göre çalışana çağrı geldiğinde bu çağrıya cevap vererek işyerine dönmesi için tanınan süre bu ölçütlerden biri olarak dikkate alınmalıdır. Çağrıya hazır bekleme süresinde çağrı geldiğinde çalışanın işyerine dönmesi için makul bir süre belirlenmiş, bu sürede kendisine ayracağı kişisel zaman ve sosyal aktivitelerini planlama imkânı tanınmışsa çağrıya hazır bekleme süresi 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi sayılmamalıdır. Buna karşılık, çağrıya hazır bekleme süresinde çağrı sonucu çalışanın işe dönmesi için gereken süre makul değilse örneğin birkaç dakika içinde işyerine dönmesi gerekiyorsa bu durumda anılan sürenin çalışma süresi olarak kabulü gerekir. Çünkü bu halde çalışanın kendisine zaman ayırması imkanı sınırlıdır ve bu kısıtlama iş dışı herhangi bir etkinliğe katılımını planlamaktan vazgeçirecek niteliktedir (RJ v Stadt Offenbach am Main, par 47). Aynı şekilde çalışana çağrıya hazır bekleme süresinde sağlanan bütün imkanlar ve kısıtlamalar değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Burada çalışanın serbestçe hareket edebilme özgürlüğü olup olmadığı, çağrı geldiğinde araç ve gereçlerinin yanında bulunmasının gerekip gerekmediği, çalışana belirli sürede işyerine ulaşması için tanınan araç imkanı veya trafikte sağlanacak ayrıcalıklar ile çalışanın bulunduğu yerden ayrılmadan işvereninden gelen çağrıya cevap verme imkanının varlığı bir arada değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 49.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 49).

Divan'a göre ulusal mahkemelerin değerlendirmesi gereken bir başka konu da çağrıya hazır bekleme süresi içinde çağrı geldiğinde çalışanın hangi sıklıkta işyerine dönerek fiilen çalıştığıdır. Çalışanın çağrıya hazır bekleme süresi içinde çağrı geldiğinde sıklıkla işyerine dönerek fiilen çalışması, boş zamanını dilediğince düzenleme bakımından daha az imkana sahip olduğunu ifade eder. Çalışan sıklıkla bekleme süresi içinde işyerine dönerek fiilen çalışıyorsa ve bu çalışma kısa süreli de değilse, bu sürelerin tamamı ilke olarak, 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresidir (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 51.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 52; MG v Dublin City Council par 40). Divan aynı zamanda çağrıya hazır bekleme süresi içinde çağrı geldiğinde çalışanın nadiren işyerine dönerek fiilen çalışmasının bu sürenin kendiliğinden dinlenme süresi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağını da kararında vurgulamaktadır. Buna göre, çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünün profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanması bu sürenin dinlenme süresi olarak kabulüne engel olur. O halde Adalet Divanı ulusal mahkemelerden, çalışanın çağrı üzerine işyerine dönmesi gereken hallerde, tanınan sürenin kısalığının çalışanın serbest zamanını dilediğince yönetme özgürlüğüne ilişkin sonuçlarını da dikkate alarak detaylı bir değerlendirme yapmasını beklemektedir. (RJ v Stadt Offenbach am Main, par 46, 53).

2. Divan'ın . D.J. v Radiotelevizija Slovenija Kararında Çağrıya Hazır Bekleme Süresine İlişkin Tespitleri

D.J. kararına konu olayda işverence çağrıya hazır bulunma süresinde (günlük altı saat) çalışana işyerinde bulunma zorunluluğu getirilmemesine rağmen, çağrı üzerine bir saat içinde çalıştığı işyerine dönmesini zorunluluğu getirilmiştir. Çağrıya hazır bekleme süresinin 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu tespit yapılırken önemli bir soru da çalışanın evi ile işyeri arasında gün içinde gidilemeyecek bir mesafenin bulunmasının, çalışana konaklama imkânı sağlanması ve işyerinin bulunduğu dağ çevresinde boş zamanlarında katılabileceği az sayıda aktivite olmasının değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir (par 21). Divan'a göre, çalışanın yakın çevresinde boş zaman etkinliklerini sürdürme fırsatlarının sınırlı olması veya çağrı üzerine çalışanın doğal koşullar sebebi ile işyerine ulaşmada zorluk yaşaması, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olup olmadığının belirlenmesi ile ilgili ölçütler değildir (par 42). Kararda Divan, işyeri çalışanın ikametgahını içeriyorsa veya ikamet yerinden ayırt edilemiyorsa, çağrıya hazır bekleme süresi boyunca, gerektiğinde ikamet edebilmek için işyerinde kalması gerekliliğinin bu sürenin kendiliğinden 2003/88 sayılı Direktif anlamında "çalışma süresi" olarak sınıflandırılması için yeterli olmayacağını da vurgulamıştır (par 43). Buna göre işverenin, işyerinin doğal konumu gereği çalışana o işyerinde veya yakın çevresinde konaklama imkânı sağlaması, tek başına bu sürenin çalışma süresi olarak kabul edilmesinde belirleyici bir unsur teşkil etmez. Çağrıya hazır bekleme süresinde çalışanın dinlenme süresini özgürce belirleyerek kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırması objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmamıştır (par 50). Divan'a göre doğal konumu sebebi ile çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinde işyerinden ayrılması, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olup olmadığının belirlenmesi ile ilgili bir ölçüt değildir. Burada işverence çalışana çağrıya hazır bekleme süresini işyerinde geçirme zorunluluğu öngörülmemiştir. Bununla birlikte Divan'ın bir ayrıma giderek, işverence çağrı üzerine çalışanın işyerine gelmesi için çok kısa bir zaman tanındığı durumlarda işyerinin coğrafi konumunun da dikkate alınabileceğine kararında yer verdiği görülmektedir (par 44). Karara konu olan olayda D.J.'in çağrıya hazır bekleme süresinde ulaşılabilir olması ve gerektiğinde işyerine bir saat içinde dönmesi beklenmektedir. Çalışana başka bir kısıtlama getirildiği veya çağrı üzerine işyerine sıklıkla dönmesi gerektiğine ilişkin de herhangi bilgi yoktur. Ayrıca çalışana konut sağlanmış ancak çağrıya hazır bekleme süresini bu konuda geçirmesi zorunlu kılınmamıştır. Ulusal mahkemeler, çalışana uygulanan kısıtlamaların çağrıya hazır bekleme süresini dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde

objektif ve önemli ölçüde etkileyecek yoğunluğa ulaşmış ulaşmadığını değerlendirmelidir. İlgili iletim merkezinin yakın çevresinde boş zaman etkinliklerini sürdürme fırsatlarının sınırlı olması “çalışma süresi” nin belirlenmesinde ayırıcı bir ölçüt değildir. Aynı şekilde Divan’a göre, işverence işyerinde kendisine konaklama alanı tahsis edilmesi çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi kabul edilmesini gerektirmez (par 66).

3. Divan’ın RJ v Stadt Offenbach am Main Kararında Çağrıya Hazır Bekleme Süresine İlişkin Tespitleri

RJ kararında çalışan çağrıya hazır bekleme sistemi olan “BuE” ile yılda ortalama 40 kez hafta içi gece ve hafta sonu olmak üzere çağrıya hazır beklemiştir. Çağrıya hazır bekleme sisteminde çalışan fiziken işyerinde bulunmak zorunda değildir. Ancak çalışan çağrıya hazır bekleme süresinde üniforması ve araç gereçlerini yanında bulundurmak ve çağrıya derhal cevap vererek gerektiğinde trafikte işi gereği sahip olduğu ayrıcalıklarının da kullanarak yirmi dakika içinde Offenbach am Main şehri sınırında olmak zorundadır (par 24). Divan öncelikle çalışanın ikamet ettiği yerin çalışma yeri olan Offenbach am Main şehrine olan mesafesinin değerlendirmede dikkate alınmayacağını belirtmiştir (par 54). Kararda ayrıca ortalama olarak çağrı üzerine fiilen çalışmanın oldukça az sayıda olduğu, işverence çalışana araç sağlanması ve trafikte özel ve öncelikli hakları kullanarak yirmi dakika içinde çalışanın işyerine ulaşmasının beklenmesinin makul olduğu belirtilmiştir. Divan ayrıca “çağrıya cevap verme süresi ve olası sonuçları”, “ortalama olarak çağrıya bekleme süresi içinde gelen çağrı sayısı ve bu sürenin bölünme sıklığı” ve “çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanması” ölçütlerinin bir arada değerlendirilerek bu sonuca ulaşıldığına kararında yer vermiştir (par 61). Kararda işverenlerin çalışanların sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak ölçüde uzun ve sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceği de vurgulanmaktadır. İşveren çalışanların sağlığı ve güvenliğini korumak ve riskleri önlemek için gerekli önlemleri almak zorundadır (D.J. v Radiotelevizija Slovenija par 61,62.; RJ v Stadt Offenbach am Main, par 60). Bunlar stres, burn-out (tükenmişlik) gibi psikososyal riskleri de kapsamaktadır⁶. Çağrı üzerine hazır bekleme

6 Anılan hususun zikredildiği diğer kararlar için bkz. C-49/00, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, ECJ, 2001, par 12-13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62000CJ0049> (16.06.2022); C-127/0, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern*, ECJ, 2007, par 41, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A61999CJ0069>, (16.06.2022).

sürelerinin ara vermeksizin uzun sürelerle uygulanması çalışanın işyerinden uzaklaşarak kendini nötralize etmesini engelleyerek ruhsal sağlığı açısından risk oluşturabilmektedir. Bu sebeple işverenler psikososyal risklere karşı çalışanları koruma yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak, çalışanların güvenlik veya sağlığı için risk oluşturacak kadar uzun veya sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemezler (RJ v Stadt Offenbach am Main, par 64-65). Bununla birlikte Divan'ın her iki kararında da bu ölçüte ilişkin somut değerlendirmeler yapmamış olması dikkat çekici niteliktedir.

4. Divan'ın MG v Dublin City Council Kararında Çağrıya Hazır Bekleme Süresine İlişkin Tespitleri

Divan **MG** kararında ileride değinilecek olan Matzak kararına atıf yapmış ancak MG kararında somut olayın farklı olduğunu vurgulamıştır. Divan'a göre, somut olayda Dublin Şehir Konseyi çalışan MG'nin çağrıya hazır bekleme süresini işyeri veya işverence belirlenmiş başka bir yerde geçirmesini zorunlu kılmamış ve hatta kendisi veya başka bir işveren hesabına çalışmasına da izin vermiştir (par 24). İlgili ulusal mevzuat ve iş sözleşmesine göre çalışan MG'nin kendisi hesabına başka bir mesleki faaliyette bulunabilmesinin, çağrıya hazır bekleme süresini dilediğince belirlene özgürlüğüne sahip olduğunun ve mesleki ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasının objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmadığının göstergesi olduğu Divan tarafından tespit edilen önemli bir noktadır (par 43). Divan'a göre MG, çağrıya hazır bekleme süresini belirli bir yerde geçirmek zorunda olmadığı gibi gelen tüm çağrılara cevap vermek zorunda da değildir. Somut olayda çalışanın gelen çağrıların dörtte birini reddetme imkanı vardır. Çalışana haftalık 48 aşmamak kaydıyla başka bir mesleki faaliyette bulunma izni verilmesi, çalışanın kendisine ait zamanını özgürce yönetebileceğinin göstergesidir. Buna karşılık Divan, gelen çağrıların sıklığı ve çağrı sonucu çalışılan zamanın çalışanın başka bir mesleki faaliyette bulunmasını engelleyecek yoğunlukta olması halinde farklı karar verilebileceğini ancak anılan durumu değerlendirecek makamın ulusal mahkemeler olduğunu da belirtmiştir (par 44). RJ kararına atıf yapan Divan, çalışanın çağrı geldiğinde bu çağrıya cevap verebilmesi için işyerine yakın bir yerde ikamet etmesine ilişkin zorunluluğun çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde dikkate alınmayacağına da kararında yer vermiştir (par 45). Divan inceleme konusu diğer kararlara benzer bir biçimde 89/391 sayılı Direktif m.5 ve 6 gereği işverenlerin çalışanların sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak ölçüde uzun ve sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceğini de kararda ayrıca vurgulamış ancak bu ölçüte ilişkin herhangi bir değerlendirmeye yer vermemiştir (par 47). Divan'a göre çalışan çağrıya hazır bekleme süresinde kendi

ad ve hesabına mesleki bir faaliyette bulunabilmekte ve sadece acil durum çağrısı geldiğinde kaza mahalline on dakika içinde gelmesi beklenmektedir. Ayrıca, somut olayda çalışan çağrılarının tümüne dönüş yapmak zorunda değildir. Bu da diğer mesleki faaliyetini geliştirebilecek konumda olduğu sonucunu doğurmaktadır. Kararda, çağrılarının sıklığının ve çağrı üzerine ortalama çalışma süresinin, itfaiyeci göreviyle birleştirilebilecek başka bir mesleki faaliyetin yürütülmesini engelleyip engellemediğinin de değerlendirmesi gerektiği belirtilmekle birlikte bu görev ulusal mahkemelere bırakılmıştır (par 36). Özellikle başka bir mesleki faaliyet sürdürebilmesi ve tüm çağrılara cevap vermesinin gerekmediği değerlendirildiğinde Divan, bu olayda çalışanın çağrıya hazır bekleme süresini dilediğince belirleme özgürlüğü olduğuna ve mesleki ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasının objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmadığına karar vermiştir (par 48). Son tahlilde somut olayda çağrıya hazır bekleme süresinin 2003/88 sayılı Direktif, md.2 anlamında çalışma süresi olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.

II. Başlıca Hukuki Kaynak ve Referanslar

Divan'ın kararlara esas teşkil eden hukuki kaynaklara geniş bir biçimde yer verdiği görülmektedir. Bu çerçevede gönderme yapılan ve incelenmesi gereken temel hukuki kaynaklar Çalışma Süresine İlişkin 2003/88/EC Sayılı AB Direktifi ile Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 89/391/EEC sayılı Direktif olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma süresine ilişkin 2003/88/EC sayılı Direktif⁷ konuya ilişkin ilk direktif olan 93/104/EC sayılı Direktif'in revize edilmesi ihtiyacından doğmuş olup asgari çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin temel ilkeleri işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması bağlamında düzenlemekte, esnek çalışma olanaklarına yer vermektedir. Direktif, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde işçilerin sağlığının ve güvenliğinin korunmasıyla ilgili asgari kuralları içermekte olup günlük, haftalık, yıllık asgari dinlenme sürelerini, ara dinlenmelerini, haftalık azami çalışma süresini, postalar halinde (vardiyalı) yapılan çalışmaları, gece çalışmalarını ve çalışma biçimlerini düzenlemektedir (md.1). Direktif'in 2. maddesine göre çalışma zamanı ulusal mevzuat ve/veya uygulamalar doğrultusunda, işverenin tasarrufunda olmak kaydıyla ve kendi faaliyetleri ve görevleri için işçinin çalıştığı herhangi bir süreyi, dinlenme zamanı ise çalışma zamanı olmayan bir süreyi ifade etmektedir. "Günlük dinlenme" kenar başlıklı 3.maddeye göre üye devletler her işçinin 24 saatlik süre dâhilinde birbirini izleyen 11 saatlik bir

7 Council Directive Directive 2003/88/EC of 4 November 2003 Concerning Certain Aspects of the Organisation of Working Time, 2003, OJ L 299/9.

asgari dinlenme süresine sahip olmalarını temin etmek üzere gerekli tedbirleri alacaktır. “*Haftalık dinlenme süresi*” kenar başlıklı 5.maddeye göre de üye devletler, her işçinin 3. maddede belirtilen 11 saatlik günlük dinlenme süresine ek olarak her bir 7 günlük sürede kesintisiz asgari 24 saatlik dinlenme süresini sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. 6.maddede ise azami haftalık çalışma süresinin fazla çalışmalar dâhil olmak üzere 48 saati aşamayacağı hükmü getirilirken 7.maddede yıllık ücretli izin hakkı kurala bağlanmıştır. İlgili madde hükmü uyarınca, üye devletler, her işçiye en az dört haftalık ücretli yıllık izin verilmesiyle yükümlü olup minimum yıllık ücretli izin süresi, iş akdinin feshi dışında herhangi bir ödenekle ikame edilemez.

Kararlarda değinilen diğer düzenleme Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 89/391/EEC sayılı Direktif⁸ olup anılan düzenlemenin amacı işçilerin sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler alarak mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlık ve güvenliğin korunması, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma, işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri ortaya koymaktır. AB hukukunda iş sağlığı ve güvenliğinin temeli olarak kabul edilen ve genel bir uygulama alanına sahip olan bu düzenlemeyle iş sağlığı ve güvenliği bakımından uygulanması gereken temel kurallar ortaya konmuş, işverenin yükümlülükleri sayılmıştır⁹. İşçilerin çalışma süresi ve çağrıya hazır bekleme süresine ilişkin tespitler inceleme konusu kararlarda iş sağlığı ve güvenliği bağlamında ele alınmış olup gönderme yapılan 5.maddenin 1.fikrasına göre işveren, işle ilgili her konuda işçilerin sağlığını ve güvenliğini koruyacaktır. Kararlarda değinilen diğer düzenleme olan ve işverenlerin genel yükümlülüklerini ortaya koyan 6.maddenin 1. fıkrasına göre de işveren, sorumlulukları çerçevesinde çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak, mesleki tehlikeleri önlemek, bilgilendirme, eğitim ve kurumsal gereklilikler için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Anılan maddenin 2. fıkrasında bahsi geçen önlemler şu şekilde somutlaştırılmıştır: “...(a) *Tehlikelerin önüne geçmek, (b) Önüne geçilemeyen kaçınılmaz tehlikeleri değerlendirmek, (c) Tehlikelerle kaynağında mücadele etmek, (d) İşleri kişilere uygun hale getirme, özellikle işyeri tasarımı, iş makinesi, çalışma ve üretim yöntemi seçimlerinde, üretim temposunun sağlığa etkilerini düşünmek ve monotonluğunu azaltmak, (e) Teknik gelişmeleri adapte etmek, (f) Tehlikelerin yerine tehlikesizleri veya daha az tehlikelileri ikame etmek, (g) Çalışma ortamına ilişkin tüm koşulları, teknolojiyi, iş organizasyonunu,*

8 Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety and Health of Workers at Work, 1989, OJ L 183/1.

9 Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 56.

çalışma koşullarını ve sosyal ilişkilerini bir arada değerlendirerek birbirini destekler mahiyette tedbirler politikası geliştirmek, (h) Toplu korunma önlemlerine kişisel korunma önlemlerinden daha çok öncelik vermek.” Madenin 3. fıkrasında ise işverenlerin bu yükümlülüklerini yerine getirirken göz önünde tutması gereken hususlar şu şekilde sıralanmaktadır: “...(a) Kullanılan kimyasal maddeler veya terkipler, iş makineleri seçimi, işyerlerinin uygunluğu yönünden işçi sağlığı iş güvenliği tehlike değerlendirmesi yapacak; bu değerlendirme sonucunda uygulanan önlemler ve üretim metotları: - İş sağlığı iş güvenliği koruma düzeyini yükseltmelidir, - İşletmenin tüm hiyerarşik düzenine entegre olması gereklidir. (b) Bir işçiye sağlık ve güvenlik yönünden bir görev verilirken onun yetenekleri göz önüne alınmalıdır. (c) Yeni teknolojinin planlanması ve kullanımında, araç gereç seçiminde, çalışma ortamı ve koşulları konusunda işçiler ve/veya temsilcileri ile istişarede bulunulmalıdır. (d) Ciddi tehlikelerin olduğu yerlere sadece yeterli talimatı almış işçilerin girmesi için uygun önlemler alınmalıdır.”

Kararlarda ayrıca her işçinin azami çalışma süresinin sınırlandırılması hakkı ile günlük ve haftalık dinlenme izni ve yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğunu ortaya koyan AB Temel Haklar Şartı¹⁰ md.31 (2)’ye atıf yapılmak suretiyle anılan hakların bir temel hak vasfına büründürüldüğü görülmekte olup 89/391/EEC sayılı Direktif’e yer verilmiş olması meselenin bir iş sağlığı ve güvenliği sorunu olarak da değerlendirildiğini göstermektedir. Nitekim Divan, işverenlerin psikososyal risklere karşı çalışanları koruma yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak, çalışanların güvenlik veya sağlığı için risk oluşturacak kadar uzun veya sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceklerini ortaya koymuştur.

Kararlarda doğrudan değinilmemekle birlikte işverenlerce oluşturulacak çağrıya hazır bekleme sistemi bakımından göz önünde tutulabilecek diğer hukuki kaynak 2019/1152 sayılı Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi¹¹ olup anılan düzenleme işçilerin çalışma zaman çizelgeleri konusundaki netliği sağlamaya çalışmaktadır. Anılan Direktif’in 2.maddesine göre iş yahut çalışma programı işçinin performansının gün içerisinde başladığı ve bittiği saatleri ifade etmektedir. 21.maddeye göre ise çağrı üzerine çalışma gibi günlük çalışma süresinin bitiş ve başlangıç sürelerinin işin doğası gereği tayin edilemediği hallerde işverenler çalışılacak olan zaman aralıklarının tayini konusunda işçileri bilgilendirmekle yükümlü olacaktır.

10 Charter of Fundamental Rights of the European Union of 26 October 2012, 2012, OJ C 326/391.

11 Directive of 20 June 2019 of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union , 1989, OJ L 186/105.

III. Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Sınıflandırılmasına Yönelik Ölçütler Bağlamında Değerlendirmeler

2003/88 sayılı Direktif, çalışma süresini ulusal hukuka göre çalışanın işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman dilimi olarak tanımlamakta olup çalışma süresi ve dinlenme süresi dışında ara bir kategori öngörmediğinden, çağrıya hazır bekleme süresinin sınıflandırılması bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Avrupa Adalet Divanı da çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak kabulü bakımından önüne gelen somut uyumsuzluklarda çeşitli ölçütler geliştirerek meseleye yaklaşmaktadır. Divan çağrıya hazır bekleme süresi içinde çalışanın işyerinde ya da işverence belirlenmiş bir yerde beklemesi zorunluluğunun öngörüldüğü hallerde bu sürenin çalışma süresi olduğunu kabul etmektedir¹². Böyle bir zorunluluğun öngörülmediği hallerde ise, çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünün ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasının profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda Divan'ın geliştirdiği bu yaklaşım çerçevesinde alt başlıklar açmak suretiyle inceleme konusu kararlarda geliştirilen ölçütleri değerlendirmeye çalışacağız.

A. İşçinin Çağrıya Hazır Bekleme Süresini Geçireceği Yerin İşveren Tarafından Tayin Edilmesi

İşçinin çağrıya hazır bir biçimde bekleme süresini işyerinde yahut işveren tarafından belirlenen işyeri dışında bir yerde bekleyerek geçirdiği ve ihtiyaç duyulduğunda gecikmeksizin iş görme edimini ifa etmesinin söz konusu olduğu hallerde işçinin bu zaman dilimi üzerinde gerçek bir hâkimiyetinden bahsetmek mümkün değildir. Talep üzerine doğrudan işinin başında olmak zorunda olan işçinin bekleme süresini geçireceği yer işveren tarafından tayin edildiğinden anılan zaman diliminin işverenin tasarrufunda ve egemenliğinde olduğunun kabul edilmesi uygun bir yaklaşım olacaktır¹³. Dinlenme süresi, çalışarak

12 C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECJ, 2000, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303> (16.06.2022); C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, par 63, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> (16.06.2022); C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022).

13 Gülsevil Alpagut, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Alacaklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik”, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, *Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 329; Muhittin Astarlı, “Avrupa Birliği Adalet Divanının Doktorların Nöbet Hizmetinde (Bereitschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin “Vorel” Kararının İncelenmesi”, *Kamu-İş*, Cilt 9, Sayı 3, 2007, s. 19-27; Asiye Şahin-Emir,

yorulan işçinin hem bedensel hem de ruhsal bakımdan bu yorgunluğunu atması için tanınan süre olup işveren tarafından belirlenen yerde talep üzerine derhal çalışmaya hazır halde bekleyen işçi zihinsel ve fiziksel bir faaliyet içerisinde olduğundan bu sürenin dinlenme süresi olarak sınıflandırılması mümkün olmayacaktır¹⁴. Kişinin belirli bir zaman dilimi içerisinde dilediğini yapabilecek şartlara sahip olması ve çalışma açısından bir taleple karşılaşma ihtimalinin bulunmaması hâlinde dinlenme süresinden bahsedilebilecektir¹⁵.

Adalet Divanı'nın meseleyi özellikle doktor ve hemşire gibi nöbet usulü çalışan personel bakımından ele alarak çeşitli ölçütler geliştirdiği görülmektedir. **Simap**¹⁶ kararında, temel sağlık hizmetlerini yürüten doktorların çağrıya hazır bekleme sürelerini sağlık merkezinde geçirmesi zorunluluğunun bulunması halinde bu sürenin “çalışma süresi” olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilmiştir. Kararda çalışanın çağrıya hazır bekleme süresini dilediği yerde, işyerinde veya işverence belirlenen bir yerde geçirilmesi zorunluluğunun bulunmasının farklı hukuki sonuçlara yol açacağı belirtilmiştir (par 49-50). Buna göre çalışana çağrıya hazır bekleme süresinin işyerinde geçirilmesi zorunluluğu öngörülmesi halinde, bahse konu sürenin tamamı çalışma süresi olarak kabul edilmelidir¹⁷. Kararda, sağlık merkezinde bulunmak koşulu ile aktif çalışma dışında göreve hazır bekleme sürelerinin de çalışma süresi sayılacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık, çalışanın bu süreyi bizzat işyerinde bulunarak değil de her an ulaşılabilir olma yükümlülüğü altında olarak kendisinin belirlediği bir yerde geçirebilmesi mümkün ise zamanını belirleme özgürlüğünden bahsedilebilecektir. Nöbet hizmetinin çağrı halinde her zaman ulaşılabilir olmak şartıyla sağlık merkezi dışında yerine getirilmesi halinde yalnızca fiili olarak çalışılan süreler çalışma süresi olarak değerlendirilmelidir. Kararda bu durumun gerekli asgari dinlenme süresi ve uygun dinlenme araları verilerek işçinin güvenlik ve sağlığının korunması amacını güden 93/104 Sayılı Direktif'e uygun bir yaklaşım olacağı ifade edilmiştir (par 50).

“İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 1, 2022, s. 335 vd.

- 14 Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 421 vd.
- 15 Polat Soyer, “Sürekliliğe Fazla Çalışma- Çözüm İçin Bir Öneri”, *İktisat ve Maliye*, 1, 1987, s. 39.
- 16 C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECJ, 2000, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303>, (16.06.2022).
- 17 Şeyda Aktekin, “ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin “SIMAP Kararı”nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 1, 2006, s. 227; Cavit Demiral “Avrupa Adalet Divanı'nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı, -SIMAP Kararı-”, *A. Can Tuncay'a Armağan*, Legal, İstanbul, 2005, s. 155.

Divan benzer bir uyumsuzluk olan **Jaeger**¹⁸ kararında da çalışanın çağrıya hazır bekleme süresini işyerinde geçirmesi zorunluluğunun öngörülmesi halinde zamanını değerlendirme konusunda oldukça sınırlı bir karar özgürlüğüne sahip olduğu gerekçesiyle bahse konu sürenin tamamını çalışma süresi olarak kabul etmiştir. Jaeger kararına konu olan olayda doktorun nöbet süresinde hastanede kalması zorunluluğu öngörülmüş ancak bu süreyi dinlenerek geçirebilmesi için kendisine bir oda tahsis edilmiştir. Somut olayda çalışan ortalama olarak zamanının 49%'unu çağrıya hazır bekleyerek geçirmektedir. İşveren, bu süre içinde çalışan fiilen iş görme borcu ifa etmediği için anılan süreyi dinlenme süresi kabul etmiş ve buna göre ücret hesaplaması yapmıştır. Çalışan ise nöbet süresinin tümünü işyerinde geçirdiğini ve bu sürenin tamamının çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Avrupa Adalet Divanı nöbet boyunca çalışanın işyerinde kalmasının zorunlu kılınması halinde -çalışan bu süreyi dinlenerek geçirme imkânına sahip olsa bile- anılan sürenin tamamının çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Divan'a göre, somut olayda çalışan ailesi ve sosyal çevresinden uzak kalmaya zorlanarak zamanını değerlendirme konusunda oldukça sınırlı bir karar özgürlüğüne sahiptir¹⁹. Çalışanın çağrıya hazır bekleme süresini işyerinde geçirme zorunluluğu, zamanını belirleyebilme özgürlüğünü oldukça kısıtladığından çalışma süresi olarak sınıflandırılmaktadır (par 65). Fiilen çalıştığı sürelerle ek olarak içerisinde yatak da bulunan bir oda tahsis edilen ve aktif olarak sağlık hizmeti yapmadığı zamanlarda dinlenmesine izin verilen Dr. Jaeger'ın, fiziksel olarak ihtiyaç olduğunda çalışmak üzere hazır beklediği sürelerin çalışma süresinden sayılacağı ifade edildiği kararda işçinin çalışmadığı sürelerde uyumasına izin verilmesinin sonuca etkili olmayacağı da ortaya konulmuştur (par 30).

1 Aralık 2005 tarihinde vermiş olduğu **Dellas**²⁰ kararında Divan daha önce değindiğimiz Simap ve Jaeger kararlarına atıf yaparak, işçinin aktif olarak çalışmamasına rağmen çağrıya hazır bir biçimde nöbet tutarak geçirdiği sürelerin çalışma süresi olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Fransız hukukunda yer alan düzenlemelerin ele alındığı kararda Divan, üye ülkelerin

18 C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, par 63, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151>, (16.06.2022).

19 Karar hakkında detaylı değerlendirme için bkz. Seçkin Nazlı, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* (Case C-151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 5, 2005, s. 100-102.

20 C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022). Konuya ilişkin Fransız hukukunda yer alan düzenlemeler için bkz. Sezgi Öktem-Songu, *İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 166 vd.

çalışma süresini tayin etmede tamamen serbest olmadığını ve aksi durumun kabulünün Direktif'in işçi sağlığını koruma ve iş güvenliğini sağlamaya yönelik amacının yanlış değerlendirilmesine ve etkinliğinin azalmasına neden olacağını ifade etmiştir (par 39, 41). **Vorel**²¹ kararında da Divan, işyerinde geçirilen nöbet sürelerinin tamamının çalışma süresi sayılması gerektiğine ilişkin yerleşmiş içtihadını tekrar etmiştir. Nöbet hizmeti içerisinde aktif olarak fiilen çalışılmayan dönemlerin bulunması, durumun nitelendirilmesi bakımından bir öneme sahip değildir (par 28). Bununla birlikte nöbet süresi içinde işçinin aktif olarak fiilen çalıştığı süreler ile fiili olarak çalışmadığı sürelerin farklı şekilde ücretlendirilmesi 2003/88 sayılı Direktif'e aykırı sayılmayacaktır.

Bahsi geçen bu kararların ortak noktası; çalışanın işveren tarafından belirlenen bir yerde bulunmak yahut kalmak zorunda bırakılarak çıkacak yeni iş için çağrıya hazır olarak beklediği süreler diğer bir deyimle nöbet süreleri üzerinde gerçek anlamda egemenliğinin söz konusu olmamasıdır. İşçinin fiilen aktif olarak çalışarak geçirdiği süreler dışında işverenin emrinde olmakla birlikte çalışmadan geçirdiği süreler de 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi olarak kabul edilecektir²². Bu durumda işçinin işyeri içerisinde yahut işyeri dışında işveren tarafından belirlenen bir yerde beklemesi ve gerekli olduğunda gecikmeksizin iş görme edimini sunmak üzere hazır bulunması söz konusu olup Divan'a göre, hizmetini sunmak üzere çağrıya hazır bir biçimde beklenen bu süreler fiilen çalışma olup olmadığına bakılmaksızın çalışma süresi kabul edilmelidir²³. Çağrıya hazır bekleme süresini işyerinde ya da işverence belirlenen bir yerde geçirme zorunluluğu öngörülmesi halinde çalışanın bu süre boyunca işverenin egemenliğinde olduğunun kabulü gerekeceği de haklı olarak belirtilmiştir²⁴.

B. İşçinin Çağrıya Hazır Bekleme Süresini Geçireceği Yerin Seçimi Konusunda Serbest Olması

İşçinin çağrıya hazır bekleme süresini geçireceği yerin seçimi konusunda serbestiye sahip olduğu hallerde çağrıya hazır bekleme süresinin sınıflandırıl-

21 C-437/05, *Jan Vorel v Nemocnice Český Krumlov*, ECJ, 2007, par 31, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CO0437>, (16.06.2022).

22 Astarlı, Vorel Kararı, s. 25.

23 C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECJ, 2000, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303>, (16.06.2022); C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, par 63, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> (16.06.2022); C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, par 48, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022).

24 Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 19 vd.

ması önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda işçi evinde yahut işverene bildireceği başka bir yerde bulunur ve çağrıldığı zaman iş görme borcunu ifa etmek üzere ulaşılabilir olmak zorundadır²⁵.

Adalet Divanı konuyu 2018 yılında verdiği öncü kararı **Matzak**²⁶ ile ele alarak çeşitli ölçütler geliştirmeye çalışmıştır. Karara konu olayda Matzak özel bir şirkette istihdam edilen ve aynı zamanda Nivelles itfaiye teşkilatında gönüllü olarak çalışan bir itfaiye eridir. Nivelles itfaiye teşkilatı hem gönüllü hem de profesyonel çalışanlardan meydana gelmektedir (par 15). Gönüllü itfaiye erleri hem operasyonlara katılmakta hem de daha önceden belirlenen nöbet sistemine göre belirli sürelerle çağrıya hazır beklemektedir (par 16). Nivelles İtfaiye Teşkilatı Yönetmeliği'ne göre çalışan çağrı geldiğinde normal trafik koşullarında 8 dakika içinde itfaiye istasyona geri dönebilecek bir yerde ikamet etmek zorundadır (par 12). Anılan Yönetmelik md.40'a göre çalışana çalıştığı süre ile orantılı bir ücret ve çağrıya hazır bekleme süresi içinde de yıllık belirli bir miktar ücret ödenmektedir (par 14). Çalışan özellikle çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi sayılması ve kendisine ödeme yapılması gerektiğine ilişkin talebi ile yargı yoluna başvurmuştur. Nivelles Yüksek Mahkemesi, Adalet Divanı'ndan somut olayda kamu hizmetinde görev alan belirli kategorilerdeki itfaiye çalışanlarının 2003/88 sayılı Direktif, özellikle de çalışma ve dinlenme sürelerini belirleyen md.2 kapsamı dışında tutulup tutulmayacağını belirlenmesini istemiştir. Bununla birlikte, çalışana çağrıya hazır bekleme süresini belirli bir yerde geçirmesi zorunluluğu getirilmemesi halinde bu sürede işçiye uygulanan kısıtlamaların, özellikle 8 dakika içinde işyerine dönmesi zorunluluğunun, işçinin bu sürede başka aktivitelerle uğraşmasını önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı da somut olayda diğer önemli sorudur (par 22). Adalet Divanı somut olayda sadece operasyonlara katılmakla görevli olsa dahi Matzak'ın 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışan olarak sınıflandırıldığını ve hukuki sorunun Direktif

25 Alman hukukunda bu durum "*Rufbereitschaft (çağrıya hazır olma)*" olarak nitelendirilmektedir. Çalışma sürelerine ilişkin mevzuatta ("*Arbeitszeitgesetz*") işçinin çağrıya hazır hâlde beklediği sürelerin tamamı çalışma süresi olarak değerlendirilmeyip işçinin sadece yapılan çağrı üzerine işyerine gelip fiilen aktif olarak çalıştığı süreler çalışma süresi kavramına dahil edilmektedir. Kavram ve değerlendirmeler için bkz. Frank Bayreuther, "*Rufbereitschaft als Arbeitszeit?*" NZA, 2018, s. 348 vd.; Bununla birlikte Alman Federal İş Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda davacı işçinin işveren tarafından çağırılması halinde 20 dakika içinde işyerinde olmasının gerekli olduğu durumda işçinin nöbet süresi boyunca konaklayacağı mekânı özgürce seçme serbestisinin aşırı derecede sınırlandırıldığını, çağrıya hazır olma şeklinde çalışmanın varlığından değil, nöbet hizmetinden bahsedileceğini ortaya koymuştur. BAG, 31. 01. 2002 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926. Mahkeme 2004 yılında verdiği bir başka kararda ise 45 dakikalık erişim süresinin çalışanın ikamet yerini tayin serbestisini önemli ölçüde kısıtlamadığını ifade etmiştir. BAG 22.1.2004 6 AZR 543/02, BeckRS 2004, 30080072.

26 C-518/15, *Ville de Nivelles v Rudy Matzak* ECJ, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518>, (09.06.2022).

md.2'nin yorumlanması ile çözümleneceğini belirtmiştir (par 27, 28). Divan ayrıca üye devletlerin, kamuda istihdam edilen belirli kategorilerdeki itfaiyecilerin 2003/88 sayılı Direktif'te belirlenen haklarını kısıtlamayacağını özellikle de "çalışma süresi" ve "dinlenme süresine" ilişkin düzenlemelerden istisna tutulamayacaklarını belirtmiştir (par 39). Adalet Divanı'na göre Direktif'te yer alan bu düzenlemelerin amacı, çalışanların sağlığının ve güvenliğinin korunması için asgari standartların belirlenmesidir (par 43). Divan'a göre işverence çalışana çağrıya hazır bekleme süresince belirli bir yerde bulunma zorunluluğu getirilmese de çağrı geldiğinde 8 dakika içinde işyerine dönme zorunluluğu öngörülmesi, bu süreyi özgürce belirleyerek başka etkinliklere zaman ayırmasını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Çalışanın başka etkinliklere zaman ayırmasını önemli ölçüde sınırlandırıldığı bu hallerde de çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerekir (par 63). Direktif'in kabul ettiği çalışma süresi ile serbest zaman kavramları iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantılı olup çalışanın sağlığının korunması için dinlenme süresinde kişisel ve sosyal uğraşlarına zaman ayırmasına imkan tanınması gerekir (par 58, 63). Bununla birlikte çağrıya hazır bekleme süresine ilişkin belirtilen kısıtlamalar bu yoğunluğa ulaşmamışsa, bir başka ifade ile çalışanın bu süreyi özgürce belirlemesi sağlanmış ve kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırması objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmamışsa, sadece bu çağrı sonucu fiilen çalışılan zaman dilimi 2003/88 sayılı Direktif anlamında çalışma süresi olarak kabul edilecektir (par 64, 66). Kararda ayrıca çalışanlar lehine hüküm getirilebilmesine imkân veren md. 15 hükmünün çalışma süresi kavramı bakımından geçerli olmayacağı da belirtilmiştir (par 42).

İncelememize konu olan kararlarda da Divan işçinin bekleme süresinin geçirileceği yer konusunda özerkliğe sahip olduğu hallerde bu sürenin ne şekilde nitelendirileceği hususunda önemli ölçütler geliştirmekle birlikte ulaşılan sonuçların 2003/88 sayılı Direktif'in amacı göz önünde tutulduğunda yetersiz nitelikte olduğu söylenebilir. Divan'a göre ulusal mahkemelerin çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünün ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasının profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanıp-kısıtlanmadığını belirlemesi gerekmektedir. Divan bekleme süresinin bir bütün olarak çalışma süresi oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirme ölçütlerinin ilkinin çalışanın çağrı üzerine işyerine dönüş süresi olduğunu belirtmiştir. Ancak bu ölçüt değerlendirilirken bekleme süresi boyunca getirilen diğer sınırlamaların ve kolaylıkların da dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. **RJ** kararında, çalışanın üniforması, araç ve gereçleri ile çağrı üzerine işyerine dönmesi diğer kısıtlamalara örnek olarak gösterilirken, çalışanın emrinde trafikte özel ve öncelikli hakları bulunan bir araca sahip olması ayrıcalıklarına örnek gösterilmiştir.

Divan'a göre, yalnızca hukuki düzenlemeler, toplu iş sözleşmeleri veya işveren tarafından çalışana çağrıya hazır bekleme süresi için getirilen kısıtlamalar değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Çağrıya hazır bekleme süresinde çalışanın bu süreyi değerlendirmede karşılaştığı zorluklar “*doğal sebepler veya kendi özgür seçimi*” sonucu doğmuşsa artık dikkate alınmayacaktır. **DJ** davasında, çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinde kaldığı yeri terk edememesi ve bu alanda boş zamanını değerlendirebileceği çok fazla aktivite olmaması bu alana ilişkin doğal sebeplerden ötürüdür. Yine çalışanın ikamet ettiği konutunun işyerinden uzak olması da ilgili bir ölçüt olarak öngörülmemiştir. Kararda ayrıca çalışanın fiziksel olarak işverence belirlenmiş bir yerde bulunma zorunluluğu olmadığı ve çağrı üzerine işyerine dönme süresinin makul olarak belirlendiği vurgulanmıştır. Divan ayrıca çalışanın ailesi ve sosyal çevresi ile birlikte olmasının ve zamanını dilediğince yönetme özgürlüğünün sınırlı nitelikte olmadığını da belirtmiştir. Kararda her ne kadar işverenlerin psikososyal risklere karşı çalışanları koruma yükümlülükleri göz önünde tutularak çalışanların güvenlik veya sağlığı için risk oluşturacak kadar uzun veya sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceği belirtilmiş olsa da somut uyumsuzluklar bakımından bu ölçüt değerlendirilmemiştir. Kanaatimizce çalışanın işyerinin dağ çevresinde bulunması ve çağrı geldiğinde bir saat içinde bu yere dönemeyecek olması, bu sebeple de işyerinden uzaklaşmaması çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinde dikkate alınması gereken bir ölçüttür. Çalışanın işyerinin konumu sebebi ile işyerinin çevresinde bulunmak zorunda kalması dinlenme süresini dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Çalışana işverence işyeri çevresinde bulunma zorunluluğu öngörülme de işyerinin konumu ve çağrı geldiğinde işyerine dönme süresi dolaylı olarak böyle bir sonuç doğurmaktadır. Çalışan DJ'nin kişisel ilgi alanlarına ayıracağı zaman oldukça kısıtlanmıştır ve bu durum işverenlerin çalışanları psikososyal risklere karşı koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmelidir. Dinlenme sürelerinin temel amacı, çalışana işyerinden uzaklaşarak kendisine ait bir zaman dilimi yaratılmasıdır. Çağrıya hazır bekleme süresi belirli meslekler için öngörülebilse de, çalışanın kişisel ilgi alanlarına ayıracağı zamanı kısıtlayacak yoğunlukta belirlenemez. Divan'ın bu konudaki öncü kararı Matzak'da da belirtildiği gibi işverence çalışana çağrıya hazır bekleme süresince belirli bir yerde bulunma zorunluluğu getirilmese de çalışanın dinlenme süresini özgürce belirlemesi ve kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırması objektif ve önemli ölçüde sınırlandırılmış ise çağrıya hazır bekleme süresi çalışma süresi olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple DJ kararında belirtilen “*işyerinin doğal konumunun*” çağrıya hazır bekleme süresinin ça-

hışma süresi sayılıp sayılmayacağına belirlenmesinde dikkate alınmayacağına ilişkin görüşüne katılmıyoruz. İşyerinin doğal konumu, çağrıya cevap verme süresi, çağrıların sıklığı ölçütleri işverenlerin çalışanları psikososyal risklere karşı koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilerek çalışanların bu süreleri dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli boyutta kısıtlayıp kısıtlamadığının belirlenmesinde dikkate alınmak zorundadır. Aksinin kabulü hem işverenin çalışanın sağlığı koruma borcuna hem de 2003/88 sayılı Direktif'in amacına aykırı olur.

RJ kararında da Divan işverenlerin psikososyal risklere karşı çalışanları koruma yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak, çalışanların güvenlik veya sağlığı için risk oluşturacak kadar uzun veya sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceğini vurgulamışsa da somut olayda buna ilişkin bir değerlendirme yapmaktan imtina etmiştir. RJ kararında çalışan çağrıya hazır bekleme süresince sürekli ulaşılabilir olma ve görevde kullanacağı araç gereçler ve üniformasını yanında bulundurma zorunluluğundadır. Bununla beraber, “BuE” hizmeti hafta içi 17.00-07.00 saatleri arasında uygulanmaktadır. Hafta sonu cuma günü saat 17.00’de başlayarak pazartesi 07.00’da sona ermektedir. Somut olayda çalışan ortalama on-on beş hafta sonu “BuE” sistemine göre çağrıya hazır beklemiş; 1 Ocak 2013 ve 31 Aralık 2015 tarihleri arasında yüz yirmi altı “BuE” hizmeti yürütmüş, yirmi kez işyeri veya kaza mahalline gelerek fiilen çalışmıştır. Çalışanın çağrıya hazır bekleme süresince sürekli ulaşılabilir olma ve görevde kullanacağı araç ve gereçler ile üniformasını yanında bulundurma zorunluluğu ile çağrıya hazır beklediği nöbetlerin sayısı ve sıklığı işverenin çalışanların sağlığını koruma yükümlülüğü bakımından değerlendirilmelidir. İşçinin işyerinden fiziken ayrılrsa da sürekli çağrıya hazır beklemesi stres, burn-out (tükenmişlik) gibi psikososyal riskleri de beraberinde getirmektedir. Bir başka ifade ile çağrıya hazır beklemenin uzun sürelerle uygulanması, getirilen kısıtlamalar veya sıklığı çalışanın işyerinden uzaklaşarak kendini nötralize etmesini engelleyerek ruhsal sağlığı açısından risk oluşturmaktadır.

Divan 2021 yılında verdiği **MG** kararında da, çalışanın başka bir mesleki faaliyetinde bulunma imkânına sahip olmasının, çağrıya hazır bekleme sisteminin çalışanın zamanını yönetmesini önemli ölçüde kısıtlamadığının bir göstergesi olduğunu belirtmiştir. Somut olayda yıllık izin süreleri hariç çağrıya hazır bekleme süresinin yedi gün yirmi dört saat olarak belirlenmiş olması ve çalışanın bu süre içinde acil durum çağrısı geldiğinde itfaiye merkezine on dakika içinde ulaşmak zorunda olması değerlendirilmemiştir. Oysa çağrıya hazır bekleme süresinin uzun sürelerle uygulanması, sıklığı ve on dakika içinde işyerine dönme

zorunluluğu çalışanın, çağrıya hazır bekleme sisteminde zamanını yönetmesini önemli ölçüde kısıtladığının bir göstergesidir. Aynı zamanda somut olayın özellikleri, çağrıya hazır bekleme süresinin işverenin çalışanın sağlığını koruma yükümlülüğü bakımından da ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Belirtilen gerekçelerle Adalet Divanının **DJ**, **RJ** ve **MG** kararlarında yapılan değerlendirmelerin yetersiz ve sınırlı olduğu kanaatinde olup hukuki sonuçlarını Matzak kararından sonra bir geri adım olarak görmekteyiz. Divan anılan kararlarda adeta karar vermekte gönülsüz davranmış ve sadece belirli ölçütlere ilişkin sınırlı değerlendirme yapmıştır. 2003/88 sayılı Direktif'te yer alan çalışanın işverenin emrine hazır halde beklemesi ve çalışma süresi kavramını ilerleyici bir yaklaşımla yorumlamak yerine 2018 yılında verdiği Matzak kararından oldukça farklı bir tutum sergilemiş; açık ve tereddüitten uzak değerlendirmelerde bulunmamıştır. Divan'ın bu yaklaşımı 2003/88 sayılı Direktif'in uygulanmasında daha dar bir yaklaşıma gidilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Bu sonuç aynı zamanda iş hukukunun günümüzdeki en büyük problemlerinden biri olan ve COVID-19 pandemisi ile ivmelenen çalışma süresi ve dinlenme süresi arasındaki sınırın belirsizleşmesi sorununu daha karmaşık hale getirmektedir²⁷. Kanaatimizce Divan'ın çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak kabul edilip edilmeyeceği bakımından değerlendirmesi gereken temel ölçüt işverenin çalışanların sağlığını koruma yükümlülüğü özelinde çalışana getirilen sınırlamaların zamanını yönetme özerkliğini profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı olmalıdır²⁸. Bu bağlamda işverenlerin de, çalışanın sağlığının korunması yükümlülüğü bağlamında, dinlenme hakkının etkin bir biçimde kullanımını sağlayacak şekilde uygun bir çağrıya hazır bekleme sistemi kurma sorumluluğu bulunduğu kabul edilmesi uygun bir yaklaşım olacaktır.

Uluslararası Çalışma Örgütü 2022 yılında gerçekleşen 110. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda dönüm noktası niteliğinde bir karar almıştır. Buna göre, Örgüt'e üye tüm devletler, ilgili sözleşmelere taraf olup olmamaları önem taşımaksızın çalışanların sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamına sahip olma hakkına saygı duymak ve teşvik etmek yükümlülüğü altındadır. 1998 sayılı Çalışma Yaşa-

27 Mario Eylert, Michael Meyer, "Rufbereitschaft am Ende-Jaeger Reloaded", *NZA* 2022, 232.; Rebecca Zahn, "Does Stand-by Time Count as Working Time? The Court of Justice Gives Guidance in DJ v Radiotelevizija Slovenija and RJ v Stadt Offenbach am Main" *European Papers*, 6(1), 2021, s. 124, https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2021_H_002_Rebecca_Zahn_00456.pdf, (23.05.2022).

28 Çalışanların kişisel ve sosyal ilgi alanlarına zaman ayırması ölçütünün işverenin sorumluluğunda olmadığından isabetli olmadığı ve yalnızca hukuki düzenlemeler, toplu iş sözleşmeleri veya işveren tarafından çalışana çağrıya hazır bekleme süresi için getirilen kısıtlamaların dikkate alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Eva Kocher, "Bereitschaftszeit und Rufbereitschaftszeit: eine europarechtliche Dogmatik", *RdA*, 2022, s. 53.; Eylert, Meyer, s. 231 vd.

mında Temel İlkeler ve Haklar Bildirisi ile Örgüt dört temel hakka (çocuk işçiliğinin yasaklanması, her türlü ayrımcılığın önlenmesi, zorla çalıştırma yasağı ve örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının tanınması) çekirdek hak statüsü tanımıştır. Çalışma yaşamından doğan hakların temeli olduğu belirtilen bu çekirdek hakları tanıyan sekiz sözleşmeyi taraf olmasa dahi üye ülkelerin gerçekleştirme yükümlülüğü söz konusudur²⁹. İşte bu dört temel hakka 110. Uluslararası Çalışma Konferansı çalışanların sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamına sahip olma temel hakkını da eklemiştir. Uluslararası iş hukukunda bu önemli gelişmeler yaşanırken Avrupa Birliği Adalet Divanının DJ, RJ ve MG kararları çalışanların sağlığının korunması bakımından eksik değerlendirmeler içermektedir. Her ne kadar Divan 89/391 sayılı Direktif md. 5 ve 6 hükümleri gereği işverenlerin çalışanların sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak ölçüde uzun ve sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenleyemeyeceğine soyut olarak yer verse de, somut olaylarda çalışanların sağlığının özellikle psikososyal risklere karşı korunması bağlamında değerlendirme yapmaması kanaatimizce eksik bir yaklaşım olmuştur. Divan'ın çağrıya hazır bekleme süresinin sınıflandırılmasında dengeyi kararlarda referans norm olarak yer verdiği Çalışma Süresine İlişkin 2003/88 Sayılı Direktiften, 89/391 Sayılı Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Direktife doğru kaydırıp kaydırmayacağı önüne gelecek olan uyumsuzluklarda vereceği kararlara göre şekillenecektir³⁰.

IV. İşverenin Psikososyal Risklere Karşı İşçiyi Koruma Yükümlülüğü Bağlamında Değerlendirmeler

Yeni teknolojiler ve dijitalleşme çalışma sürelerinin en üst düzeyde esneklemesine olanak sağlamakta, işin herhangi bir zamanda yahut ve herhangi bir yerde ifasını mümkün kılmaktadır. Bu durum işverenler bakımından değişen üretim taleplerine ve küreselleşmeye uyum sağlama, tam zamanında üretim ilkelerini içeren yüksek performanslı iş organizasyonları oluşturma, müşteri sorunlarına etkin biçimde yanıtlar verebilme, işin herhangi bir zaman diliminde kısa süre-

29 Brian Langille, "Core Labour Rights The True Story (Reply to Alston)" *The European Journal of International Law*, 16(3), 2005, s. 409-437. Aksi yönde görüş ise, haklar arasında bir hiyerarşi yaratılması eleştirilmektedir. Bu görüşe göre haklara temel, çekirdek hak statüsü tanınmamalıdır. Bkz. Philip Alston, "Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime" *European Journal of International Law*, Cilt 15, Sayı 3, 2004, s.457-521; Çekirdek haklara ilişkin detaylı bilgi için bkz.; Merve Kutlu, "81 Sayılı Sanayi ve Ticarete İş Teftişi Hakkındaki Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Türkiye'de İş Denetimi" *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ceren Damar'a Armağan*, Cilt 5, Sayı 1, 2020, s. 2310; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeidon, Ankara, 2022, s. 103-104.

30 Kocher, s. 55.

de gördürülmesi gibi yararlar sağlamaktadır³¹. İşçiler bakımından ise iş ve aile yaşantılarını şekillendirme bakımından özerklik tanıyarak esnek çalışma süreleri ile işçilerin kişisel yaşantısını da serbestçe tayin edebilme imkanı getirebilmektedir³². Yeni teknolojilerin iş ilişkisinde anılan yararların yanısıra iş ve özel yaşam arasındaki çizgiyi bulanıklaştırdığı, lap-top, akıllı telefon gibi araçlarla sürekli yahut daimi olarak ulaşılabilirliği artırdığı ve dolayısıyla çalışma sürelerinde tipik iş sözleşmelerine kıyasla uzama meydana getirdiği madalyonun diğer yüzü olarak karşımıza çıkmaktadır. İletişim teknolojileri kullanılarak sürekli iş ile meşgul olma, e-postalara, aramalara cevap verme, işçinin dinlenmesini engellemekte ve çalışanlarda psikososyal risk olarak nitelendirilen stres, kaygı bozuklukları, yorgunluk ve hatta tükenmişlik sendromu sıklıkla görülmektedir³³. Bilindiği üzere çalışma sürelerinin yasalarda emredici bir biçimde düzenlenmesinin temel amacı işçilerin sağlığının korunması, serbest zaman yaratılarak dinlenme hakkının temin edilmesidir. Teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan her zaman her yerde çalışabilme imkanı işverenin taleplerine hazır bir biçimde beklenen süreyi genişletirken çalışma süresi ile dinlenme süresi arasındaki ayırım ortadan kalkmakta, çalışma sürelerine ilişkin getirilen emredici düzenlemeler anlamını yitirmektedir³⁴. Unutulmamalıdır ki devletin emredici hükümler yoluyla çalışma sürelerine müdahale etmesinin nedeni işçinin dinlenmesinin sağlanması ve işçiye tamamen kendisine ait boş zaman tanınmasıdır. İşçinin ne şekilde geçireceğine tamamen kendisinin karar verdiği özel alanı ve zamanı olmaksızın dinlenme hakkının etkin bir biçimde kullanılmasından söz edilemez³⁵.

31 Murat Kandemir, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla PsikoSosyal Riskler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 10-11.

32 Matthias Jacobs, "Reformbedarf im Arbeitszeitrecht", *NZA*, 2016, s. 734 vd.

33 EUROFOUND and ILO, "Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work", *Joint ILO and Eurofound Report*, 2017, s. 33.

34 Deniz Ugan-Çatakkaya, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence "Ulaşılabilir Olmama" Hakkı" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 74, 2016, s. 744; Yeni teknolojiler emredici hükümlerin bertaraf edilerek işçilere her an her yerde ulaşılabilmesini sağladığından çalışma ve dinlenme sürelerine yönelik hükümlerin etkin bir biçimde uygulanması ve işçilerin sağlığının korunabilmesi bakımından yeni çözüm arayışların beraberinde getirmiştir. Avrupa Komisyonu 2021 yılı Ocak ayında "ulaşılamama hakkı"nın temel bir hak olarak işçiye tanınması ve uzaktan çalışmanın sınırlarının net olarak çizilmesi gerektiğini, daimi olarak ulaşılabilir olmanın stres ve tükenmişlik yarattığını ifade ederek düzenleme yapılması gerekliliğini ortaya koymuştur. "Right to disconnect should be an EU-wide fundamental right", *News European Parliament*, 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210114IPR95618/right-to-disconnect-should-be-an-eu-wide-fundamental-right-meps-say>, (17. 06. 2022); Bağlantıyı kesme hakkına ilişkin olarak bkz. Ufuk Aydın, Merve Kutlu, "The Right to Disconnect: Lessons From Europe and Turkish Labour Law" *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2020, s. 261-280; Yiğitcan Çankaya, *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği*, Beta, İstanbul, 2021, s. 246 vd.; Sevil Doğan, "Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılamama Hakkı", Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Güneş Emrağ, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV*, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 110 vd.

35 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 34.

İnceleme konusu kararlarda Divan, işverenlerin psikososyal risklere karşı çalışanları koruma yükümlülüklerini göz önünde tutarak çalışanların güvenlik veya sağlığı için risk oluşturacak kadar uzun veya sık çağrıya hazır bekleme süreleri düzenlemeyeceğini belirtmiş olmakla birlikte somut uyuşmazlıklar bakımından bu ölçütü değerlendirmemiştir. Gerçekten bu durumda işçinin her an çağrılabilmesi mümkün olduğundan özel yaşamını buna göre organize etmektedir. Anılan sürelerde işçinin alkol almasının mümkün olmaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁶. Ayrıca çağrı üzerine hazır bekleme sürelerinin uzun sürelerle uygulanması çalışanın işten uzaklaşarak kendisine ve ailesine zaman ayırmasını, sosyal ve kültürel aktivitelerle uğraşarak kendisini nötraliye etmesini engellediğinden ruhsal sağlığı açısından risk oluşturabilmektedir. İşverenlerce oluşturulacak olan çağrıya hazır bekletilme sistemlerinin işçinin sağlığının korunması amacı göz önünde tutularak organize edilmesi ve yapılandırılması bu konuda akla gelebilecek ilk çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Avrupa Adalet Divanı, 26 Temmuz 2019 tarihinde verdiği **CCOO v Deutsche Bank**³⁷ kararında günlük çalışma süresinin kaydını tutan objektif, güvenilir ve erişilebilir bir sistemin oluşturulmaması halinde işçilerin 2003/88 sayılı Direktifte öngörülen haklardan yararlanmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir. Divan'a göre günlük ve haftalık çalışma süresinin takibini mümkün kılan bir sistemin oluşturulması her şeyden evvel 2003/88 sayılı Direktif md.6 çerçevesinde öngörülen azami haftalık çalışma süresine uygun davranılıp davranılmadığı, bu süreyi aşan bir çalışmanın söz konusu olup olmadığı ve Direktifte öngörülen dinlenme sürelerine uygun bir çalışma düzeni oluşturulup oluşturulmadığının tespiti ile ilgilidir. Devletlerin Direktifte öngörülen çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin güvenceleri etkin bir biçimde iç hukukta uygulayabilmesi, işverenlere günlük çalışma sürelerinin kaydını tutan bir sistem oluşturma yükümlülüğü ile mümkün olabilecektir ve AB Temel Haklar Şartı md.31 (2) hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde işçilerin sağlık ve güvenliğinin daha etkin bir biçimde korunması buna bağlıdır (par 42). Divan'ın kararda ifade ettiği ve çalışma ve dinlenme sürelerine yönelik hükümlerin etkin bir biçimde uygulanmasını sağlayacak günlük kayıt sistemi her şeyden evvel objektif ve güvenilir olmalı, gerek işçiler gerekse sosyal taraflar ve yetkili makamlarca erişilebilir olma niteliği taşımalıdır. Divan bu sistemin oluşturulmasında

Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 773 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 1261, 1264; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 800.

36 Alpagut, s. 330.

37 C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE*, ECJ, 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0055&from=EN>, (16.06.2022).

devletlere takdir yetkisi tanımış ve devletlerin bu sistemlerin uygulanmasında işverenlerin faaliyet gösterdikleri sektörler, işletme büyüklüğü, işin niteliği gibi faktörleri göz önünde tutarak iç hukukta düzenlemeler getirebileceğine hükmetmiştir (par 63). Bu bağlamda işverenin işçiye psikososyal risklere karşı koruma yükümlülüğü kapsamında çağrıya hazır bekleme sistemlerini organize ederken Divan'ın CCOO kararında belirttiği ölçütlerin dikkate alınabilir nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç

Çağrıya hazır bekleme süresi çalışanın işverence yapılacak bir çağrı sonucu işe dönmeye hazır beklediği zaman dilimi olarak tanımlanabilir. Söze konu zaman diliminin çalışma süresi sayılıp sayılmayacağı önemli bir sorundur. 2003/88 sayılı AB Direktifi çalışma süresini ulusal hukuka göre çalışanın işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman dilimi olarak tanımlamıştır. Anılan Direktif çalışma süresi ve dinlenme süresi dışında ara bir kategori öngörmediğinden, çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma yahut dinlenme süresi olarak sınıflandırılması gerekmektedir. Adalet Divanı'nın *D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20* kararları çağrıya hazır bekleme süresinin hangi hallerde çalışma süresi sayılacağına ilişkin önemli tespitleri içermektedir. Divan öncelikle somut uyumsuzluklarda olguları değerlendirme yetkisi bulunmadığını, ulusal mahkemelerin bu değerlendirmeyi yapması gerektiğini, kendisinin sadece bu değerlendirmenin yapılmasını kolaylaştıracak Avrupa Birliği hukuk kurallarını yorumlayabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, 2003/88 sayılı Direktif md.2'de "*ulusal hukuk ve/veya uygulamalara*" atıfta bulunulmasına rağmen, Üye Devletlerin, "*çalışma süresi*" ve "*dinlenme süresi*" kavramlarının kapsamını tek taraflı olarak belirleyemeyeceklerini, aksinin kabulünün 2003/88 sayılı Direktif'in varlık amacına aykırılık teşkil edeceğini de belirtmiştir. İnceleme konusu yaptığımız üç kararda da tartışılan temel hukuki sorun çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinin 2003/88 sayılı Direktif, md.2 kapsamında "*çalışma süresi*" olarak kabul ediliş edilmeyeceğidir.

Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları bütünsel olarak değerlendirildiğinde çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak kabulü bakımından önüne gelen somut uyumsuzluklarda bir ayrıma gittiği görülmektedir. Divan, çağrıya hazır bekleme süresi içinde çalışanın işyerinde ya da işverence belirlenmiş bir yerde beklemesi zorunluluğunun öngörüldüğü hallerde bu sürenin çalışma süresi olduğunu kabul etmektedir. Böyle bir zorunluluğun öngörülmediği hallerde ise, çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünün ve kişisel ilgi

alanlarına zaman ayırmasının profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Burada da Divan “çağrıya cevap verme süresi ve olası sonuçları”, “ortalama olarak çağrıya bekleme süresi içinde gelen çağrı sayısı ve bu sürenin bölünme sıklığı” ve “çalışanın bu süreyi dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlanması” ölçütlerini bir arada değerlendirmektedir. Divan, D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19 ve RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 kararlarında çağrıya bekleme süresinde çalışanın bu süreyi değerlendirmede karşılaştığı zorlukların “doğal sebepler veya kendi özgür seçimi” sonucu doğmuşsa artık dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, MG v Dublin City Council C-214/20 kararında çalışanın kendisi hesabına başka bir mesleki faaliyette bulunabilmesinin, çağrıya hazır bekleme süresini dilediğince belirleme özgürlüğüne sahip olduğunun ve mesleki ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasının objektif ve önemli ölçüde kısıtlanmadığının bir göstergesi olduğunu kabul etmiştir.

Yeni teknolojiler ve dijitalleşme ile ivme kazanan esnek çalışma süreleri bir yandan işçilerin kişisel yaşantısını serbestçe tayin edebilmesine olanak tanımaktadır bir yandan da sürekli ulaşılabilir olma baskısına maruz kalmalarına yol açmaktadır. İletişim teknolojileri kullanılarak sürekli iş ile meşgul olma, e-postalara ve aramalara cevap verme, işçinin dinlenmesini engelleyerek psikososyal risk olarak nitelendirilen stres, kaygı bozuklukları, yorgunluk ve hatta tükenmişlik sendromunu ortaya çıkarmaktadır. Anılan gelişmeler Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 2022 yılında gerçekleşen 110. Uluslararası Çalışma Konferansı’nda dönüm noktası niteliğinde bir karar olarak çekirdek haklara çalışanların sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamına sahip olma temel hakkını eklemesi sonucunu doğurmuştur. Uluslararası düzeyde bu önemli gelişmeler yaşanırken Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın **DJ, RJ ve MG** kararları çalışanların sağlığının korunması bakımından eksik değerlendirmeler içermektedir. Divan’ın somut olaylarda işverenin çalışanların sağlığını koruma yükümlülüğü bağlamında değerlendirme yapmaksızın çağrıya bekleme süresinin nitelendirilmesi bakımından dikkate aldığı ölçütler eski içtihatları göz önünde tutulduğunda geri adım olarak nitelendirilebilecektir. Son tahlilde Divan’ın **DJ, RJ ve MG** kararlarında yapılan değerlendirmelerin yetersiz ve sınırlı olduğu kanaatinde olup hukuki sonuçlarını eski içtihatlarından sonra bir geri adım olarak görmekteyiz.

KAYNAKLAR

- Aktekin, Şeyda, “ATAD’ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin “SIMAP Kararı”nın Çalışma Süresi Yönergesi’ne Etkileri Bakımından İncelenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 1, 2006, s. 222-228.
- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Alston, Philip, “Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime” *European Journal of International Law*, Cilt 15, Sayı 3, 2004, s. 457-521.
- Alpagut, Gülsevil, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Alacaklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik” *Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 317-338.
- Astarlı, Muhittin, “Avrupa Birliği Adalet Divanının Doktorların Nöbet Hizmetinde (Beretschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin “Vorel” Kararının İncelenmesi”, *Kamu-İş*, Cilt 9, Sayı 3, 2007, s. 19-29. (Vorel Kararı)
- Astarlı, Muhittin, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Aydın, Ufuk; Kutlu, Merve, “The Right to Disconnect: Lessons From Europe and Turkish Labour Law” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2020, s. 261-280.
- Bayreuther, Frank, “Rufbereitschaft als Arbeitszeit?” *NZA*, 2018.
- Çankaya, Yiğitcan, *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği*, Beta, İstanbul, 2021.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat; Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, 34. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Demiral, Cavit, “Avrupa Adalet Divanı’nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı, -SIMAP Kararı-”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal, İstanbul, 2005, s. 153-165.
- Doğan, Sevil, “Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılamama Hakkı”, Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Güneş Emrağ, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV*, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 109-144.
- EUROFOUND; ILO, “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”, *Joint ILO and Eurofound Report*, 2017.
- Eylert, Mario; Meyer, Michael, “Rufbereitschaft am Ende-Jaeger Reloaded”, *NZA* 232, 2022.
- Jacobs, Matthias, “Reformbedarf im Arbeitszeitrecht”, *NZA*, 2016.
- Kandemir, Murat, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla PsikoSosyal Riskler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Kocher, Eva, “Bereitschaftszeit und Rufbereitschaftszeit: eine europarechtliche Dogmatik”, *RdA*, 2022.
- Kutlu, Merve, “81 Sayılı Sanayi ve Ticarette İş Teftişi Hakkındaki Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Türkiye’de İş Denetimi” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ceren Damar’a Armağan*, Cilt 5, Sayı 1, 2020, s. 2307-2333.
- Langille, Brian, “Core Labour Rights The True Story (Reply to Alston)” *The European Journal of International Law*, 16(3), 2005, s. 409-437.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeidon, Ankara, 2022.
- Nazlı, Seçkin, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* (Case C-151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 5, 2005, s. 84-102.
- Öktem-Songu, Sezgi, *İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Özdemir, Erdem, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Soyer, Polat, “Sürekli Fazla Çalışma- Çözüm İçin Bir Öneri”, *İktisat ve Maliye*, 1, 1987, s. 37-41.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Şahin-Emir, Asiye, “İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 17.09.2020 Tarihli Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 1, 2022, s. 329-348.
- Ugan-Çatalkaya, Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama” Hakkı” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 74, 2016, s. 733-751.
- Zahn, Rebecca, “Does Stand-by Time Count as Working Time? The Court of Justice Gives Guidance in *DJ v Radiotelevizija Slovenija* and *RJ v Stadt Offenbach am Main*” *European Papers*, 6(1), 2021, https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2021_H_002_Rebecca_Zahn_00456.pdf, (23.05.2022).

Çevrimiçi Kaynaklar

- C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECJ, 2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303>, (16.06.2022).
- C-49/00, *Commission of the European Communities v Italian Republic* ECJ, 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62000CJ0049>, (16.06.2022).
- C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECJ, 2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151>, (16.06.2022).
- C-14/04, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECJ, 2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>, (16.06.2022).
- C-127/0, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern*, ECJ, 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A61999CJ0069>, (16.06.2022).
- C-437/05, *Jan Vorel v Nemocnice Český Krumlov*, ECJ, 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0437>, (16.06.2022).
- C-518/15, *Ville de Nivelles v Rudy Matzak* ECJ, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518>, (09.06.2022).
- C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE*, ECJ, 2019 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0055&from=EN>, (16.06.2022).
- C-344/19, *D.J. v Radiotelevizija Slovenija*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0580&from=EN>, (09.06.2022).

- C-580/19, *RJ v Stadt Offenbach am Main*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0580>, (16.06.2022).
- C-214/20, *MG v Dublin City Council*, ECJ, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0214>, (16.06.2022).
- “Right to disconnect should be an EU-wide fundamental right”, News European Parliament, 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210114IPR95618/right-to-disconnect-should-be-an-eu-wide-fundamental-right-meps-say>, (17. 06. 2022).

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Hizmet Sözleşmesi*

Home Service Contract Under the Turkish Code of Obligations

Buğra Kaan ÇAKIROĞLU**

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu m. 461 vd. hükümlerinde evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Evde hizmet sözleşmesi, klasik hizmet sözleşmesinden farklı olarak bağımlılık unsurunun daha zayıf olduğu; fakat işçinin daha rahat ve geniş çalışma imkanına sahip olduğu bir sözleşme türüdür. Özellikle işin görülmesi borcunun yalnızca işçi tarafından değil, aile fertleri ile birlikte yerine getirilmesi mümkün olan bu sözleşmenin hukuki niteliği, tanımı ve unsurlarını ele alıp tarafların karşılıklı borçlarını ve yükümlülüklerini değerlendireceğiz. Bu kapsamda tartışmalı olan hususlarda kanaatlerimize de yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Evde Hizmet Sözleşmesi, Esnek Çalışma, Bağımlılık Unsuru, Ücret, Ayıp.

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations Article (Art.) 461 et seq. (et sequens) in its provisions, a home worker employment contract is regulated. A home worker employment contract is a type of contract in which, unlike a classic service contract, the dependency element is weaker, but the worker has a more comfortable and wide working opportunity. In particular, we will consider the legal nature, definition and elements of this contract, which can be fulfilled not only by the employee but also with family members, and evaluate the mutual debts and obligations of the parties. In this context, our opinions will also be included in the controversial issues.

Keywords: Home Worker Employment Contract, Flexible Working, The Element of Dependency, Salary, Defect.

* Makale gönderim tarihi: 17.02.2022. Makale kabul tarihi: 09.06.2022. Buğra Kaan Çakiroğlu, "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Hizmet Sözleşmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 513-541, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.10>

** Araştırma görevlisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Medipol Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, bkcakiroglu@medipol.edu.tr; 0000-0003-3323-3233

Giriş

Bilindiği üzere son yıllarda gerçekleşen teknolojik ve sosyolojik gelişmeler, iş hayatına da yansımıştır. Bu doğrultuda daha da ön plana çıkan¹ evde hizmet sözleşmesi, klasik istihdam modelinden ayrılan; işçinin kendi evinde veya bulunduğu başka bir yerde işverenin işlerini görebileceği bir sözleşme türü olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir.

Gerçekten de TBK'nın m. 461 ve m. 469 hükümleri arasında yer alan evde hizmet sözleşmesi, klasik iş sözleşmelerinden farklı olarak işverene karşı bağımlılık unsurunun biraz daha zayıfladığı; işçinin işi kendi aile bireyleri ile de görebilme imkanına sahip olduğu ve bu niteliği ile ailesine ve/veya evine daha fazla zaman ayırabildiği, işverenin de bir işyeri temin etmekten kurtulmak suretiyle maliyetlerini düşürdüğü bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Biz de çalışmamızda TBK kapsamında evde hizmet sözleşmesini inceleyip, bu sözleşmenin tanımı, hukuki niteliği ve bu sözleşme kapsamında tarafların borçlarını konu edineceğiz. Nitekim çalışmamızda, evde hizmet sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu (İK) kapsamında değerlendirilip değerlendirilememesi ni tartışıp, çalışmamızı sonlandıracağız.

I. Evde Hizmet Sözleşmesi Kavramı ve Evde Hizmet Sözleşmesinin Tanımı

Evde hizmet sözleşmesi dendiğinde aklımıza, hizmet sözleşmesinin işçi bakımından işin “evde” ifa edileceği yönünde bir kanaat oluşur. Ancak evde çalışma çok farklı şekillerde gerçekleşebilir². Örneğin bir başkasının evinde çeşitli işlerin yapılması, kişinin kendi evinde bir yaşlının veya bir kişinin bakımını üstlenmesi de evde çalışma olarak düşünülebilecektir. Ancak bizim evde hizmet sözleşmesi olarak ifade ettiğimiz evde çalışma bunlardan farklıdır. Gerçekten

1 Evde çalışma modelinin 14. ve 15. yüzyıllarda ortaya çıktığı ve özellikle 17. yüzyılda İngiltere'nin tekstil endüstrisinde sıklıkla uygulanan bir model olduğuna ilişkin ve evde çalışma modelinin tarihçesi için Bakınız (Bkz.): Dilek Dulay-Yangın, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, s. 7, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=8yt4uPoIhq2-g3clU1Vc1A&no=a0OUB6C55mQmgZozTzuv-w>, (12.10.2021)

2 Evde çalışmanın içerisinde çok fazla çalışma şekli barındırdığına ilişkin olarak Bkz.: Oğuz Karadeniz, “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 2, Yıl 2011, s. 105 ve devamı (vd.); Örneğin kendi evinde başkasının çocuklarına bakıcılık yapmak, işin teslimi gibi bir unsuru tesis edemediğinden evde hizmet sözleşmesi kapsamına girmeyecektir. Bkz.: Ender Gülver, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 2, Yıl 2014, s. 106; Murat Kandemir, “Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 2, Yıl 2014, s. 144.

de evde hizmet sözleşmesi niteliğindeki evde çalışma, işçinin kendi evinde veya belirlediği başka bir yerde işverenin siparişlerini alma ve bu işleri ifa etme şeklindeki çalışma yöntemidir³. Nitekim TBK m. 461 hükmü gereğince evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmedir. Mevzuat kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun m. 351 hükmünde de aynı düzenlemenin yer aldığı belirtilmekle beraber, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesinde⁴ de aynı tanım⁵ yer almaktadır. Yine evde hizmet sözleşmesine ilişkin öğretide birçok tanımlamada bulunulmuş, evde hizmet sözleşmesi; “ev çalışması”, “ev sanayi”, “eve iş verme sistemi” şeklinde ifade olunmuştur⁶. Bununla beraber evde hizmet sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin bir türü olduğunu söylemek gerekir⁷. Gerçekten de evde hizmet sözleşmesi TBK'nın “Hizmet Sözleşmeleri” adlı altıncı bölümünün üçüncü ayrımında düzenlenmiştir. Bu yönüyle evde hizmet sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğunu da ifade etmek gerekir.

Evde çalışma kavramı, klasik istihdam modelinden farklı olarak işin, işverene ait olan işyeri dışında yapılmasını sağlayan bir çalışma modelidir⁸. Klasik istihdam modelinde çalışmalar işverene ait işyerinde gerçekleştirilir⁹. Gerçekten de İK m. 2 hükmünde işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimi şeklinde ifade edilmiştir. Bununla beraber İK m. 2/2 hükmüne göre işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım alanları ile beden ve mesleki eğitim ve avlu

3 Kandemir, s. 144.

4 (Terc. Elif Alp, Alev Sönmez), “ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 23, Sayı 5-6, 2011, s. 16 vd.

5 Esra Şen, “Evde Hizmet Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 10, Aralık 2017, s. 479.

6 Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, Ankara, 2012, Turhan Kitabevi s. 419; Kandemir, s. 145, özellikle Dn. 5; “Fason iş” ve “eve iş verme” şeklindeki adlandırmalar için Bkz.: Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, *TİSK Akademi*, Cilt 6, Sayı 12, Ankara, 2011, s. 16 ; “Evde çalışma”, “eve iş verme” ve “ev eksensli çalışma” şeklindeki adlandırmalar için Bkz.: Gülver, s. 103.

7 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2019, Turhan Kitabevi, s. 438; Aydın Zevkililer, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Ankara, 2016, Turhan Kitabevi, s. 485; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2014, Yetkin Yayınları, s. 567.

8 Ayrıca “Klasik istihdam modeli” tanımı için Bkz.: Kandemir, s. 144; Zevkililer, Gökyayla, s. 485; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014, Beta, s. 975.

9 Kandemir, s. 144.

gibi diğer alanlar, eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

Evde hizmet sözleşmesinde ise, işçi, işi evinde veya dilediği başka bir yerde görebilir¹⁰. Bu yönüyle evde çalışma modern bir çalışma şekli gibi gözükse de eskiden beri uygulanan klasik bir çalışma şeklidir¹¹.

Evde çalışma genellikle basit el becerisine dayanan¹² paketleme, kutulama, dokuma, el işi ve terzilik gibi işlerde ve bir işverenin gözetimi altında yapılma ihtiyacı hissedilmeyen redaksiyon, çeviri gibi işlerde yaygındır¹³.

- 10 Evde hizmet sözleşmesinde işin görüldüğü yerin, işverenin merkezinden tamamen bağımsız bir şekilde örgütlenmesi sebebiyle bağımsız bir işyeri olarak kabul edilmesi gerekeceğine ilişkin olarak Bkz.: Yavuz, Acar, Özen, s. 977, özellikle Dn.: 15.
- 11 Evde çalışmanın ortaya çıkışının sanayi devriminden bile öncelere dayandığını belirtmekle beraber, işverene bağlı olup, onun denetimi olmaksızın gerçekleşen bugünkü manada evde çalışma sanayi devrimi ile ortaya çıkmıştır. Bu yöndeki detaylı açıklamalar için Bkz.: Kandemir, s. 145.
- 12 Klasik evde çalışmanın çok fazla nitelik gerektirmeyen, el becerisi gerektiren işler bakımından yapıldığına ilişkin olarak Bkz.: Arif Yavuz, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, Ankara, 1995, s. 60 vd.
- 13 Mehmet Ali Noyan, Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi, <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/12397/205338.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (10.12.2019); Yusuf Güleşçi, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Evde Hizmet Sözleşmesi”, *Melikşah Law Journal*, Cilt 2, Sayı 1, Haziran 2013, s. 100 ; Ev eksenli çalışmaya konu olan işlerin neler olduğuna ilişkin olarak Bkz.: “*Kilim-halı-battanîye-kumaş dokumacılığı, elde ya da makinede çorap örme, örgü ‘dantel-tığ’ ya da iğne oyası yapma, kanaviçe işleme, piko, makine ve el nakışı, terzilik, yorgan diki- minin ön hazırlıkları, çiçekçilik, kuru çiçek boyama, cüzdan örme, kilim heybe dikimi, yüz alma (iple epilasyon), kuaförlük, yöresel peynir yapımı, yoğurt yapımı, erişte kesme, lokantalara ev yemekleri yapma, firmalara/dükkanlara turşu yapımı, yufka açma, süper marketlere elle ya da makine ile mantı-sigara böreği hazırlama, mezeler hazırlama gibi gıda sektöründeki işler, evde çocuk bakımı, galoş dikimi, çeşitli konfeksiyon işleri, Trabzon hasır gibi bazı altın-gümüş işçilikleri, bazı sayacılık işleri, kese-kağıdı yapımı, kağıt katlama, sakız paketleme, çeşitli ambalaj işleri, çuvaldan kiloluğa şeker paketleme, çamaşır ipi hazırlama, hastanelere laboratuvar tüpü hazırlama, tampon-gaz bezi-hastalar için ped hazırlama, mikroskopla yağ filtrelerinin kalite kontrolü; motor montajı, dosya teli takma, konfeksiyon satış mağazalarının paça bastırma, daraltma vb. düzeltme işleri, pastaneye tatlı-pasta-kurabiye vb hazırlama, bilgisayar üzerinden ya da telefonla satış, bilgisayar üzerinden yapılan yazı yazma vb işler, fiş-priz gibi elektrik aksamının montajı, tül kesme, kalem montajı, otomobil camı sileceklerinin montajı, eşarp-mendil kenarı dikimi, kravat dikiminin çeşitli işleri, etiket basma ve dikme, kumaştan düğme basma, çitçit-agraf-düğme dikme, nikah şekeri hazırlama, salça, tekstil-konfeksiyon bağlantılı kesim ve temizleme işleri, düğme basma, timberland ayakkabı dikimi, saten bluz-kot parçası-kazak üzerine boncuk veya iple nakış işleme, kot dikişi, gelinlik ve abiye kıyafet işleme, takı yapımı, toka yapımı, hediyeelik eşya, oyuncak, çeyiz eşyası yapımı, çeşitli bitkilerin toplanması-kurutulması ve paketlenmesi (kekik, mantar, oğul otu vb), bahçecilik, balcılık, şarapçılık, çamaşır yıkama, bıçak-makas üretimi, leblebi üretimi ve paketlenmesi, kuru yemiş ayıklama, şam fıstığı ayıklama, pestil- sucuk yapımı, kumaş boyama, ahşap boyama, ev pansiyonculuğu, parafin üzerine değerli taş montürü gibi kuyumculuk işleri vs.” DİSK Metal İşçileri Sendikası, “*Ev Eksenli Çalışanlar Ve Örgütlenmeleri*”, İstanbul 2003, s. 18 vd.; Zevkliler, Gökyayla, s. 485; Yavuz, Acar, Özen, s. 975; Kandemir, s. 145; Dulay-Yangın, s. 152; Evde hizmet sözleşmesi ile ev hizmetleri arasındaki en büyük ayırım da buradan çıkmaktadır. Nitekim ev hizmetlerinde, işverenin evinde çalışma durumu mevcutken, evde hizmet sözleşmesinde işçi, kendi evinde veya kendi belirlediği başka bir yerde bu işi görebilecektir. Bu yöndeki görüşler için Bkz.: Gülver, s. 106; Dulay-Yangın, s. 153.*

Evde hizmet sözleşmesi hem işçi hem de işveren taraflar bakımından müspet bir durum oluşturabilir. Zira işçi, işe gitmek ve gelmek bakımından zamandan ve masraftan tasarruf eder, evinde veya belirlediği başka bir yerde çalışması hasebiyle bakmakla yükümlü olduğu kişilere bakar veya aile bireyleri ile daha fazla zaman geçirebilir¹⁴. Bununla birlikte işveren, evde çalışan işçi bakımından işyeri temin etmez ve evde hizmet sözleşmesinde çalışanın aile bireylerinin çalışmaya katılmasıyla, birden fazla kişinin iş görmesi halinde tek bir ücret ödeyerek ve işin yapılması için gereken işletmenin ısıtma, aydınlatma, kira, yol ücretleri gibi maliyetlerini azaltmaktadır¹⁵.

II. Evde Hizmet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

TBK m. 461 düzenlemesi öncesinde öğretide, evde çalışanların hukuki durumlarına, daha doğrusu evde çalışmanın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ortaya atılmıştı¹⁶.

İlk görüşe göre, evde çalışanların hukuki statüsü eser sözleşmesine dayanmakta ve bu niteliği ile evde çalışma sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğu ifade edilmekte idi¹⁷. Bu görüşe göre evde hizmet sözleşmesi bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir¹⁸.

Diğer görüşe göre ise, evde hizmet sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olduğunun tam olarak kabul edilmemesi ile 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m. 322 hükmünün iş sözleşmesini işaret ettiği, yine bu hükmün iş sözleşmesine ilişkin tüm unsurları taşımamakla beraber, niteliği itibarıyla iş sözleşmesine yaklaştığı ifade edilmiştir¹⁹. eBK m. 322 hükmü “İşçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur.” şeklindedir. Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunanlar madde hükmünde eser sözleşmesinin kıyasen uygulanacağını

14 Dulay-Yangın, s. 17 vd.; Kılıçoğlu, s. 438.

15 Kılıçoğlu, s. 438; Dulay-Yangın, s. 21 vd.

16 Gülver, s. 105.

17 A. Can Tuncay, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Mayıs – Ağustos, 2001, s. 29 vd.; Gülver, s. 105; İşin yapılması sırasında bir bağımlılık ilişkisinin olduğundan açıkça bahsedilirse hizmet, işin yapılması sırasında işverenin zaman hususunda bir tasarrufu yoksa ve özellikle parça başına çalışılıyorsa burada eser sözleşmesi olduğunun kabulü gerekeceğine ilişkin olarak Bkz.: M. Kemal Oğuzman, “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul, 1988, s. 59.

18 Tuncay, s. 29; Gülver, s. 105.

19 Murat Engin, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*, Ankara, 2000, s. 275 vd.

belirtilmesinden yola çıkarak, eğer bu sözleşmenin niteliği eser sözleşmesi ise madde hükmü neden kıyasen uygulanıyor şeklindeki bir soru ile görüşlerini desteklemeye çalışmışlardır²⁰. Sonuç olarak bu görüşe göre eBK m. 322 hükmünün temel uygulama alanının evde çalışma olduğu kabul edilmiştir²¹.

TBK m. 461 hükmü ile bu tartışma son bulmuş, evde hizmet sözleşmesinin hukuki niteliği çok açık olmasa da, düzenlenmiştir²². Buna göre Evde hizmet sözleşmesi, iş akdine dayanan bir hukuki ilişkidir²³. Nitekim iş ilişkisinin mevcut olması bakımından işin mutlak surette işverenin işyerinde görülmesi gerekmez. Zira işçi, evinde çalışarak da sıkı bir bağımlılık mevcut olmasa dahi iş organizasyonu içerisinde yer alabilecektir²⁴. Zaten bu durumda dahi işveren, evde çalışana talimat verebilmekte, işin nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda ona direktiflerde bulunabilmektedir²⁵. Bununla beraber bağımlılık unsuru zayıflamış olsa da işçinin işverene karşı ekonomik bağımlılığı da devam etmektedir²⁶. Bu yönüyle evde çalışan, işverenin iş organizasyonu içerisinde ona bağlı bir şekilde yer almaktadır²⁷. Gerçekten de evde hizmet sözleşmesi

20 Gülver, s. 105.

21 Başka bir görüşe göre ise, işin, işvereni organizasyonu içerisinde gerçekleştirildiği hallerde sıkı sıkıya bir bağımlılık ilişkisi olmaksızın iş hukukunun uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Bu yöndeki görüşler için Bkz.: Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul, 2013, s. 271 vd.

22 TBK hükümlerinin evde hizmet sözleşmesine ilişkin olarak hukuki niteliğinin açıkça iş sözleşmesi olarak belirtildiğine ilişkin görüşler için Bkz.: Gülver, s. 106.

23 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 421; Güleşçi, s. 105. Buna karşın evde hizmet sözleşmesinde işçinin, işverenin iş organizasyonu içerisinde yer almayacağına ilişkin karşı görüş için Bkz.: Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 756.

24 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 421 vd.; Süzek, s. 271 vd.; Kılıçoğlu, s. 439.

25 İşverenin emir ve talimat verebilmesinin bağımlılık unsurunun bir ölçütü olduğuna ilişkin olarak Bkz.: Yavuz, Acar, Özen, s. 976; Yargıtay (Yarg.) 9. Hukuk Dairesi (HD.), Esas (E.) 2008/10530, Karar (K.) 2010/4617, Tarih (T.) 22.2.2010, www.kazanci.com, 10.12.2020, “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbirini tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.”

26 Yavuz, Acar, Özen, s. 976.

27 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 421, 422; İşin görülmesini işveren denetleyemeyeceğinden, işçi iş saatlerini istediği şekilde tayin edebilecektir. Bu yöndeki görüşler için Bkz.: Gülver, s. 104; Yarg. 21. HD., E. 2000/4584, K. 2000/4611, T. 8.6.2000, www.kazanci.com, 10.12.2020, “Hizmet akdinin unsurları ise belirli bir işverene “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarına göre çalışma esasına göre belirlenmiştir. “Bağımlılık’tan amaç bir işverenin göstereceği işi, emir

bakımından evde çalışan işçinin, işverene sıkı sıkıya olmasa da bağlı olduğu TBK m. 462 gereğince de kabul edilebilecek bir durumdur. TBK m. 462’de yer alan hüküm gereğince işveren, işçisine iş bakımından genel çalışma koşullarını ve o işe özgü koşulları²⁸ bildirir²⁹. Bu durumda işveren bakımından, evde çalışma sözleşmesi için de işveren üzerinde bir tahakküm olduğundan bahsedilebilecek, işverenin yönetim hakkından ve işçinin işverene klasik iş sözleşmeleri kadar olmasa da bağımlılığından bahsedilebilecektir.

Bu yönüyle evde hizmet sözleşmesinde işverenin, işçi üzerinde bir denetimi ve gözetimi olmadığı da iddia edilebilecektir. Ancak işverenin bu sözleşme türündeki denetimi işin görüldüğü sırada değil, işin teslimi sırasında gerçekleşir ki; bu durumda denetim sadece zamansal olarak klasik iş sözleşmesinden farklı olarak ileri bir tarihte gerçekleşmiş olur³⁰.

III. Evde Hizmet Sözleşmesinin Kurulması

Bilindiği üzere evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler TBK m. 461 ila m. 469 arasında düzenlenmiştir. Ancak bu hükümler arasında evde hizmet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber TBK m. 469 hükmünde, evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre evde hizmet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin şartlar, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri vasıtası ile çözüme kavuşacaktır.

Gerçekten de TBK m. 394 hükmünde hizmet sözleşmesinin ne şekilde kurulacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda işçi, durumun gereklerine göre ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için yapar ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, taraflar arasında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

ve talimatına göre yerine getirmek ve onun buyruğu altında bulunmaktır. Bu işin belli bir zaman kesidi içerisinde yerine getirilmesi ve yerine getirmek üzere hazır vaziyette beklemek; hizmet akdinin zaman unsurunu oluşturur. Ücretin varlığı ve biçimi hizmet akdinin zorunlu unsuru olarak kabul edilemez. Ancak, akdin kanıtlanması yönünden rol oynayabilir. Dava konusu olayda; Davacının; konfeksiyon işyerinin; zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu dinlenen davacı ve davalı tanıklarca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödenmesi için hizmet akdi niteliğini etkilemez.”

28 İşçiye teslim edilen araçlara ilişkin kullanım talimatının ve güvenlik kurallarının da işçiye bildirilmesi gerektiğine ilişkin olarak Bkz.: Gülver, s. 109.

29 Çalışma koşullarına ilişkin bildirimde, çalışma sürelerinin yer alamayacağını açıkça ortaya koymak gerekir. Nitekim evde çalışan, ara dinlenmeleri, mesai saatlerini vb. kendisi belirleyebilecek, işveren bu bakımdan ona talimat veremeyecektir. Çünkü evde hizmet sözleşmesinin, klasik iş sözleşmelerinden ayrıldığı en önemli noktalardan biri de budur. Bu yöndeki görüşler için Bkz.: Yavuz, Acar, Özen, s. 978; Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 363; Süzek, s. 286 vd.; Kandemir, s. 149.

30 Gülver, s. 104.

lır. Belirtmek gerekir ki, kanun lafzı gereği, hizmet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin açık irade beyanlarının bulunması gerekmemekte, işin fiili olarak yapılması ve işverenin bunu beğenmesi halinde irade beyanlarının örtülü olarak uyuşacağı ortaya koyularak, sözleşmenin bu şekilde de kurulabileceği belirtilmektedir³¹.

Evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, bu sözleşmenin ne şekilde kurulacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Bununla beraber yukarıda da bahsettiğimiz üzere TBK m. 394 hükmü bu konu bakımından da genel hüküm niteliğinde olduğundan, TBK m. 394/1 düzenlemesi evde hizmet sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığını ortaya koymaktadır³².

Buna karşın TBK m. 462 hükmünde evde hizmet sözleşmesinin çalışma koşullarının işçiye bildirilmesi bakımından yazılılık şartı aranmıştır. Buna göre TBK m. 462 hükmü şu şekildedir; *“İşveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak bildirir.”* Bu düzenleme kapsamında yazılı bildirim tabi olan hususları ayrıca belirtmek gerekir. Zira madde metni dikkatlice okunduğunda anlaşılabacaktır ki, yazılı bildirim yalnızca işçi tarafından sağlanacak malzeme, bu malzemelerin sağlanması için kendisine ödenecek bedeli ve son olarak işçiye ne kadar ücret ödeneceği hususları için getirilmiştir. Kanaatimizce bu hüküm işçi lehine tesis edilmiştir. Çünkü bu hususlar bakımından yazılılık şartının aranması, herhangi bir uyuşmazlık halinde işçinin ispatını kolaylaştıracak ve işçi hak kazandığı ücreti kendisine yapılmış yazılı bildirim sayesinde kanıtlayabilecektir.

Bununla beraber TBK m. 462 hükmünde yer alan bu yazılılık şartının, bir geçerlilik şartı olmadığını kabul etmek gerekir³³. Nitekim TBK m. 462/2 ge-

31 Güleşçi eserinde, tarafların irade beyanının beklenmesine gerek duyulmaksızın, hizmet ilişkisinin fiili olarak başlaması ile sözleşmenin kurulacağını belirtmiştir. Bu yöndeki açıklamalar için Bkz.: Güleşçi, s. 109. Burada hizmet ilişkisinin başlaması ifadesi ile kastedilen kanımızca işçinin işi görmeye başlamasıdır. Çünkü madde metninde hizmet ilişkisinden bahsedilmemiş, yalnızca işçinin işi kabul etmesinden ve işe fiili olarak başlamasından bahsedilmiştir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim madde metninde açık olarak sözleşmenin kurulabilmesi bakımından işverenin işi kabul etmesi aranmıştır. Kaldı ki, işverenin buradaki fiili hareketi, sözleşmenin kurucu unsurlarından olan kabul beyanıdır. Bu beyanın açık veya örtülü olması gerekmez.

32 Cevdet Yavuz, “Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmeleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 2011, Sayı 2011-2, s. 98; Centel, s. 18; Şen, s. 496.

33 Her ne kadar TBK m. 12/2 gereği, aksi belirtilmedikçe kanunda şeklin arandığı durumlarda bu şeklin bir geçerlilik hükmü olduğu düzenlense de TBK m. 462/2 hükmü gereği, artık burada bir geçerlilik şeklinin olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu doğrultudaki görüşler için Bkz.: Eren, s. 567; Centel, s. 12.

reği, yazılı bir bildirimin bulunmaması durumunda dahi işçiye alışılmış ücret ve bedelin ödeneceği ortaya konmuştur³⁴. Gerçekten TBK m. 462/2 hükmü şu şekildedir; “İşin verilmesinden önce malzeme için ödenecek bedel ve iş için ödenecek ücret yazıyla bildirilmemişse, bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir.”.

IV. Evde Hizmet Sözleşmesinin Unsurları

Bilindiği üzere TBK m. 461 hükmünde evde hizmet sözleşmesinin tanımı yer almaktadır. Buradan yola çıkan *Centel*, evde hizmet sözleşmesine ilişkin bu düzenlemenin, iş, ücret ve bağımlılık unsurlarını içerdiğini ifade etmiştir³⁵. Biz de evde hizmet sözleşmesinin unsurlarını bu çerçevede inceleyeceğiz. Buna göre aşağıda sırasıyla; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını ele alacağız³⁶.

A. İş Görme

Hizmet sözleşmesi bakımından en önemli unsur bir işin görülmesidir³⁷. Bu durum TBK m. 393 hükmü ve m. 461 hükmünde de açıkça ortaya konmuştur. Gerçekten de TBK m. 393 hükmü hizmet sözleşmesini işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamıştır. Bunun yanında TBK m. 461 hükmünde de evde hizmet sözleşmesi, belirli bir bedel karşılığında işçinin, işveren tarafından verilen işin görülmesi şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla evde hizmet sözleşmesi bakımından aranacak ilk unsur, işin işçi tarafından ifa edilmesi olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, hizmet sözleşmesi bakımından işçinin yerine getireceği iş, işverene ait işyerinde meydana getirilecektir³⁸. Fakat evde hizmet sözleşmesinde işin görülmesi bakımından böyle bir şart aranmayacaktır. Nitekim evde hizmet sözleşmesinin, genel hüküm niteliğindeki hizmet sözleşmesinden ve yukarıda da ifade ettiğimiz “klasik istihdam modeli’nden” ayrıldığı en önemli nokta, işin yerine getirildiği yerin, işverene ait işyerinde olmamasıdır.

34 Alışılmış ücretten bahsedildiğinde, işçi ile işveren arasında aynı koşullarla daha önceden çalışıldıysa bu bedel; daha önceden çalışılmadıysa, buna benzer işlerde ödenen ücretin ödenmesi gerekeceği anlaşılmalıdır. Bkz.: Gülver, s. 110.

35 *Centel*, s. 16.

36 Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 177 sayılı Evde Hizmet Sözleşmesi’nin m. 1 hükmü de; TBK m. 461’dekine paralel bir düzenleme içermektedir. Gerçekten de düzenleme şu şekildedir; “- İşverenin işyeri dışında kalan kişinin kendi evi veya kendi seçtiği diğer tesislerde - Ücret için - Donanım, malzeme veya kullanılan diğer giderlerin kimin sağladığına bakılmaksızın işveren tarafından belirlenen ürün veya hizmet ile sonuçlanmalıdır.”

37 Güleşçi, s. 110.

38 *Centel*, s. 16; Güleşçi, s. 110

Bir diğer deyişle işçinin iş görmeyi evinde veya kendi belirlediği bir yerde yerine getirmesi evde hizmet sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinden ayrıldığı en önemli noktadır.

İK m. 2 hükmünde yer alan işyeri teriminin geniş yorumlanması ve işçinin iş yaptığı yerin iş organizasyonu içerisinde yer alması gerekir³⁹. Bununla beraber Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi m. 1/b hükmünde işverenin işyerinde çalışan işçilerin, ara sıra evde çalışmaları ile evde çalışan statüsünü kazanamayacağı ortaya konmuştur.

Yine evde hizmet sözleşmesi bakımından işin yerine getirilmesinin bizzat işçi tarafından yapılması gerekmemektedir. Bu hususu TBK m. 461 hükmünde de açıkça ortaya konmuştur. Buna göre ev hizmet sözleşmesinin işçi tarafı, işi bizzat kendisi yerine getirebileceği gibi aile bireyleri⁴⁰ ile beraber de bu işi yapabilir⁴¹. Ancak evde hizmet sözleşmesi bakımından işin yerine getirilmesinde, salt aile bireylerinin yer alması ve işçinin dışarda kalması durumu söz konusu olamayacaktır⁴². İşçinin ifaya katılması bu açıdan gereklidir. TBK m. 461 hükmünde bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir. Şöyle ki, TBK m. 461 hükmünün lafzi yorumuna göre işçinin işi ya bizzat ya da aile fertleri ile birlikte görmesi zorunludur⁴³. Buna karşılık işin aile bireyleri ile beraber görülmesi işçi dışında kalan aile bireylerinin bu sözleşmeye taraf olduğu anlamına gelmeyecektir⁴⁴.

Evde hizmet sözleşmesine konu işin yerine getirilmesi sürecine, aile bireylerinin katılabileceğini belirtmekle beraber, TBK m. 461 hükmünde yer alan aile bireyleri kavramını dar yorumlamamak gerekir. Zira ülke koşulları değerlendirildiğinde aile bireyleri kapsamına anne, baba, kardeşler dışında babaanne, dede gibi kişiler de dahil olabilecektir⁴⁵. Dolayısıyla TBK m. 461 hükmü ile

39 Güleşçi, s. 110, özellikle dipnot (dp.:) 85.

40 İK m. 4/1 – d hükmünde aile bireylerinin hısımlık derecesi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı ve bu sebeple anne, baba ve çocuklar dışındaki aile bireylerinin de evde hizmet sözleşmesindeki ifaya katılabileceğine ve fakat aile bireyi dışındaki kişilerin ifaya katılamayacağına ilişkin olarak Bkz.: Gülver, s. 107.

41 Aile bireylerinin evde hizmet sözleşmesi kapsamında işçi sayılmaları mümkün değildir. Bkz.: Gülver, s. 108. Kanımızca evde hizmet sözleşmesinde işçi konumunda olan kişiye aile bireylerinin yardım etmesi durumunda, aile bireylerinin hukuki niteliği ifa yardımcısı olacaktır. Ancak bu kişiler, işverenin ayrıca sözleşme kurarak, her biri kendisi bakımından evde hizmet sözleşmesinin tarafı olabilecektir.

42 Gülver, s. 107; Centel, s. 17.

43 İBK m. 351 hükmü de aynı yöndedir.

44 Gülver, s. 108.

45 Centel, s. 17. Madde hükmünde akrabalık bağı bakımından bir derecelendirme yapılmamıştır. Bu nedenle aile bireyleri ifadesinin dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda aile bireyleri ifadesinden, karı, koca, çocuklar ve evlatlık çocuklarla, imam nikahlı eşlerin de yer alacağı belirtilmiştir. Bkz.: Kandemir, s. 152.

korunan durum, evde hizmet sözleşmesinin ifasına aile dışında kalan üçüncü kişilerin katılmasının önlenmesidir⁴⁶.

Bazı hallerde ise işçinin işi bizzat ifa etmesi gerekir. Özellikle sözleşme kurulurken, sözleşmeyi oluşturan taraflardan biri olan işçinin kişisel özelliklerinin ve şahsi özelliklerinin ön plana çıktığı, kişisel vasıflarının belirleyici olduğu “*intuitus personae*”⁴⁷ özelliği bulunan bir evde hizmet sözleşmesinin, işçi tarafından bizzat ifa edilmesi gerekir⁴⁸. Bu durum TBK m. 461 hükmüne de bir aykırılık teşkil etmez. Çünkü TBK m. 461, işçinin işi bizzat veya aile fertleri ile beraber yapabileceğini öngörmektedir. Bu doğrultuda “*intuitus personae*” ilkesinin benimsendiği ve işçinin kişisel vasıflarının sözleşmenin kurulmasında önem arz ettiği bir sözleşmede işi bizzat görmesi madde lafzına aykırılık teşkil etmemektedir. Zira TBK m. 461 hükmü, işçinin işi aile fertleri ile görmesini bir zorunluluk olarak aramamaktadır.

Evde hizmet sözleşmesinin bir iş görme edimini içermesi gerektiği şüphe duyulmayan bir gerçektir. Fakat her iş evde hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Doktrinde de bu yönde olmak üzere, evde yürütülen işin evde hizmet sözleşmesine konu olabilmesi için; işverenin işi vermesi, işçinin işi yerine getirmesi ve işi yerine getirirken malzeme ve araçlara ihtiyaç duyması ve tamamlanmış iş sonucunun işverene teslim edilmesi ile işverenin bu iş sonucunu doğrudan doğruya piyasada kullanabilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁹.

B. Ücret

TBK m. 461 gereği, işçinin evde hizmet sözleşmesini bir ücret karşılığında üstlenmesi gerekir. Bu takdirde ücretin, teknik manada para ile yerine getirileceği TBK m. 466 ve m. 467 hükmünden anlaşılmaktadır⁵⁰. Nitekim, evde hizmet sözleşmesi, ücret karşılığında bir işin görülmesinin üstlenildiği, bu bakıma tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli edim borcu doğuran bir sözleşmedir⁵¹.

Evde hizmet sözleşmesinde işin, işçi ve işçinin aile fertleri ile birlikte ifa edilebilmesi karşısında ücretin kime ödeneceği tartışması ortaya çıkabilecektir. Açıkça belirtmek gerekir ki ücretin işçiye ifası bakımından, işin bizzat işçi veya ailesi ile birlikte yerine getirilip getirilmemesi herhangi bir önem arz etme-

46 Centel, s. 17; Kayın hısımlarının aile fertlerinden sayılmayacağına ilişkin olarak Bkz.: Kademir, s. 152.

47 Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, 8. Bs., İstanbul, 2018, s. 145,146.

48 Evde hizmet sözleşmesinin tarafı olan işverenin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Fakat bu sözleşmede yer alan işçi tarafın yalnızca gerçek kişi olabileceğini belirtmek gerekir.

49 Evde çocuk bakıcılığı yapan kişilerin bu kriterlere uymadığı ve evde hizmet sözleşmesinin konusu olamayacağı yönündeki görüşler için Bkz.: Gülver, s. 106.

50 Centel, s. 17.

51 Kılıçoğlu, s. 439.

mehtedir⁵². Dolayısıyla evde hizmet sözleşmesi bakımından ücrete, işçi hak kazanacaktır⁵³.

Günlük hayatta evde hizmet sözleşmesine ilişkin çalışmalar genellikle parça başına gerçekleşmekte ve işçiye verilecek ücret parça başına hesaplanmaktadır.

C. Bağımlılık

Hizmet sözleşmeleri bakımından bağımlılık unsuru çok büyük önem arz etmektedir⁵⁴. Çünkü iş görme edimi yalnızca hizmet sözleşmesinde işverene bağlı olarak gerçekleştirilecektir ki, bu onu diğer sözleşmelerden ayırır⁵⁵.

Evde hizmet sözleşmesinin unsurlarından en tartışmalı olanı da bağımlılık unsurudur. Çünkü işçi, işveren tarafından kendisine verilen işi; evinde veya belirlediği başka bir yerde ifa edebilecektir. Ancak işçinin kendisine verilen işi, işverenin işyeri dışında yerine getirmesi, o iş bakımından işverenin emir ve talimatlarının olmayacağı anlamına gelmez⁵⁶. Nitekim TBK m. 465 hükmü gereğince⁵⁷ işveren, işçinin ürettiği ürünleri kontrol edebilecek, varsa tespit

52 Centel, s. 17.

53 Belirtmek gerekir ki, evde hizmet sözleşmesi bakımından, işleri paylaştıran, ürünleri toplayan, ödemeleri yapan, işleri denetleyen ve bunu hem işvereni temsil ederek hem de bir ücret karşılığı yapan bir kimse, iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi konumunda olacaktır. Bkz.: Gülver, s. 108.

54 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 310; Güleşçi, s. 111.

55 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 311; Engin, s. 269; Güleşçi, s. 111; Yarg. 22. HD., E. 2016/20628, K. 2019/19667, T. 22.10.2019, www.kazanci.com, 12.12.2020 “4857 Sayılı Kanun’un 8/1. maddesi uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin, işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.”; Yarg. 10. HD., E. 2017/4544, K. 2019/5375, T. 24.6.2019, www.kazanci.com, 12.12.2020 “Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, iş sözleşmesinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, “zaman” ile “bağımlılık” unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanın denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. İş sözleşmesinde, çalışan, emeğini, iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır, ücret ise, yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir.”

56 Centel, s. 17; Yavuz, Acar, Özen, s. 976; Eren, s. 567.

57 Kanun düzenlemesinde bağımlılık unsuruna açıkça yer verilmemesi, işçinin, işverenin emir ve talimatları ile bağlı olmayacağı anlamına gelmeyeceğine ilişkin olarak Bkz.: Dulay-Yangın, s. 130.

ettiği ayıpları işçiye bildirebilecek ve bu hususların düzeltilmesini işçiden talep edebilecektir⁵⁸. Dolayısıyla işin işverenin emir ve talimatıyla gerçekleştiği kabul edilebilecektir. Bu durumda da evde hizmet sözleşmeleri bakımından bağımlılık unsurunun varlığından bahsedilebilecektir. Bununla beraber doktrinde, üretim araç ve gereçlerinin işverene ait olmasının bağımlılık unsuruna işaret ettiği ortaya konulmuştur⁵⁹. Ancak evde hizmet sözleşmesi bakımından böyle bir durumun varlığından genellikle bahsedilemeyecektir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, evde hizmet sözleşmesi kapsamında görülen işler genellikle basit el becerisine dayanan ve araç gereç gerektirmeyen nitelikteki işlerdir. Bu husus değerlendirildiğinde, araç ve gereçlerin işverene ait olmasının bağımlılık unsuruna işaret ettiği olgusu genellikle evde hizmet sözleşmesi bakımından geçerli olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, işin görüldüğü yerin işyeri dışarısında kalması sebebiyle bağımlılık unsurunun zayıflayacağını ve işverenin otoritesinin azalacağını kabul etmek gerekecektir⁶⁰. Ancak bu durumda dahi, sözleşmedeki bağımlılık unsuru ortadan kalkmayacaktır⁶¹. Zira evde hizmet sözleşmesi kapsamında işçi, işverenin talimatı dışında bir iş yapmayacak, işverenin kendisine verdiği talimatlar kapsamında ya parça başına ya da sürekli surette kendisinden beklenen iş görme edimini ifa edecektir.

Ayrıca evde hizmet sözleşmesinde işçinin borçlarından biri de işin yapılması ve çalışma sonucunun işverene teslimidir. Buradan yola çıkarak evde hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borcunu her ne kadar işverenin işyerinde ifa etmeyeceğinden bahsetsek de işçinin, işverene teslim⁶² olacak işi yine işverenin emir ve talimatları altında yapacağı şüphesizdir. Bu yönüyle de evde hizmet

58 Kandemir, s. 157; Eser sözleşmesi bakımından da iş sahibinin, işin istediği gibi ve talimatlarına uygun yapılmasını isteyebileceğinden bahsetmek gerekir. Ancak burada ayırt edici ve hizmet sözleşmesini diğerlerinden ayıracak unsur, işin yapılması veya meydana getirilmesi ile ilgili rizikoyu kimin üzerine aldığı ile alakalıdır. Eğer işi yapan taraf, rizikoyu kendi üzerine alıyorsa ortada bir hizmet sözleşmesi olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu kanaatteki görüşler için Bkz.: Gülver, s. 107; Güleşçi, s. 112. Bununla beraber işçi, işi parça başına yapsa dahi yüklenici konumunda olmayacaktır. Çünkü işçi burada edim sonucunu değil edim fiilini borçlanmıştır. Bu yöndeki görüşler için Bkz.: Eren, s. 568, özellikle dn.: 4.

59 Engin, s. 272; Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 422.

60 Kandemir, s. 157; Güleşçi, s. 111; Gülver, s. 104; Evde hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsurunun zayıflayacağı ve işverenin otoritesinin önemli ölçüde azalmış olacağı ile ilgili açıklamalar için Bkz.: Centel, s. 17 vd.

61 Süzek, s. 253; Gülver, s. 104; Evde hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasında bağımlılık unsurunun var olmadığı yönündeki görüşler için Bkz.: Engin, s. 273 vd.

62 Evde hizmet sözleşmesinde işçinin denetim ve gözetiminin ürünün teslimi sırasında gerçekleşeceği ve bu denetim ve gözetimin klasik iş sözleşmelerinden farklı olarak zamansal açıdan ötelenmiş olacağına ilişkin olarak Bkz.: Gülver, s. 104.

sözleşmesinde bağımlılık unsurunun var olduğunu kabul etmek gerekir⁶³.

Öte yandan rizikonun işçiye ait olduğu hallerde evde hizmet sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden, bağımlılık unsurunun da varlığından bahsedilemez⁶⁴. Nitekim evde hizmet sözleşmesinde tüm riziko işveren üzerindedir.

V. Evde Hizmet Sözleşmesinde Tarafların Borçları

A. İşçinin Borçları

Evde hizmet sözleşmesinde işçinin borçlarına ilişkin olarak TBK, m. 463 ve m. 464 hükümlerini düzenlemiştir. Buna göre TBK m. 463 hükmü başlığı “işin yapılması” iken, TBK m. 464 hükmünün başlığı “malzeme ve iş araçları” şeklinde olup, bu hükümde işin yapılması için işçiye verilen malzeme ve araçlarla ilgili olarak işçi aleyhine birtakım borçlar düzenlenmiştir.

1. İşin Yapılması ve Çalışma Sonucunun (Ürünün) İşverene Teslimi

Hizmet sözleşmesinde işçinin en temel borcu işin yerine getirilmesidir. Evde hizmet sözleşmeleri bakımından da bu durum aynen geçerlidir. Nitekim hizmet sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 395 ve m. 396 hükmü işçinin işi yapmasına ilişkin borçlarını, TBK m. 463 hükmü de evde hizmet sözleşmesi açısından işçinin işi yapma borcunu düzenlemiştir.

TBK m. 463/1 işçinin, işe zamanında başlamak ve işi kararlaştırılan zamanda bitirme borcunun olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bunun yanında TBK m. 463/1 hükmünde işçinin, zamanında başladığı ve bitirdiği işi, işverene teslim etmesi yine bir borç olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de TBK m. 463’ e göre “İşçi, işe zamanında başlamak, işi kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlüdür.” Bu niteliği ile evde hizmet sözleşmesinin tipik çalışma ilişkilerinden ayrıldığıнын kabulü gerekecektir⁶⁵. Çünkü tipik⁶⁶ iş ilişkilerinde işçinin teslim borcu bulunmamakta, işin yapılması bu bakımdan borcun ifası için yeterli olmaktadır. Bu halde işin yapılmaması ve/veya teslim edilmemesi sebebiyle işçi tazminat yükümlüsü olabilecektir⁶⁷.

63 Centel, s. 17; Gülver, s. 104 vd.

64 Şen, s. 483.

65 Güleşçi, s. 116.

66 Burada kullanılan “tipik” ifadesi ile, sözleşmenin kanunda düzenlenip düzenlenmediği değil; o sözleşmenin genel olarak benzerlerinden olan farkı ifade edilmeye çalışılmıştır.

67 Zevkililer, Gökyayla, s. 486; Eren, s. 569.

İşin yapılması bakımından, işçinin bir diğer borcu da ayıba karşı sorumluluktur⁶⁸. TBK m. 396 hükmünün özel bir düzenlemesi niteliğinde ki, TBK m. 463/2'ye göre “İş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır.” Bu hüküm gereğince işçinin bir diğer borcu, işin ayıplı olması durumunda ortaya çıkacaktır. Öyle ki, işçi, işi kusuru⁶⁹ ile ayıplı olarak yapmışsa bundan dolayı sorumlu olacaktır⁷⁰.

İşçinin teslim ettiği ürünlere ilişkin ayıptan doğan sorumluluğunun olduğundan bahsedildiğinde, işçinin ayıptan doğan sorumluluğuna hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu ile karşılaşırız. TBK m. 463/2 hükmünün açık lafzı gereği işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları masrafları kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır. Bu hükme aykırılık halinde ise işçinin, işverenin uğradığı olumlu zararlardan sorumlu olacağı şüphesizdir. Fakat TBK m. 463/2 hükmünde işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan sorumluluğuna⁷¹ ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) da durum farklı değildir. Bu durumda işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplara ilişkin sorumluluğuna ilişkin üç farklı görüş ortaya atılabilir.

Bu görüşlerden ilki TBK m. 463/2 hükmünün giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan sorumlu olmadığı yönünde olacaktır. Bu görüş TBK m. 463/2 hükmünün işçi lehine yorumlanması gerektiği düşüncesini temel alarak, kanunda düzenlenmeyen bir sorumluluğun işçi üzerine yükletilmemesi gerektiğini savunabilir. Fakat bu görüşü savunmak kanaatimizce hatalı olacaktır. Çünkü hükmü yorumladığımızda, giderilmesi mümkün olan ayıplardan dahi işçi sorumlu tutulabiliyorsa, giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan işçi evleviyetle sorumlu olacaktır.

Bir diğer görüş yine kanunun yorumlanması sonucu ortaya çıkabilecek olan ve işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan tazminatla sorumlu olacağı yönündedir⁷². Nitekim giderilmesi mümkün olan ayıplardan tüm masrafı

68 Uygulamada evde hizmet sözleşmesinde, parça başına ücret kararlaştırıldığında, bu ücret ürünün kalitesine göre belirlenmektedir. Ancak iş sözleşmeleri bakımından, işçinin özen yükümlülüğü dışında ürünün kalitesine, ayıplı olmasına göre işçiye ikinci bir borç yüklenemez. Bkz.: Kandemir, s. 149.

69 Ayıbın meydana gelmesinde kastı veya ihmali olan işçinin kusurlu olduğundan bahsedilebilecektir. Hatta işçi hafif ihmalden dahi sorumludur. Bkz.: Gülver, s. 112.

70 Eren, s. 569; Zevkliler, Gökyayla, s. 486.

71 Ayıbın giderilmesi aşırı bir masrafı doğuruyorsa ayıbın giderilmesi yükümlülüğünün ortadan kalkacağına ilişkin görüşler için Bkz.: Gülver, s. 112.

72 Şen, s. 497; Bu görüş öğretide de savunulmuş olup, işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan sorumluluğu halinde hem bu sebeple tazminat yükümlülüğü ortaya çıkacak hem de iş-

ile beraber sorumlu olan işçi, giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan da sorumlu olacak, işverenin uğradığı olumlu zararı tazmin yükümlülüğü altında olacaktır⁷³.

Fakat kanaatimizce işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hüküm TBK m. 463/2 değildir. Çünkü TBK m. 463/2 hükmü işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan sorumluluğunu düzenlemiş değildir. Bu halde eski genel kanunun (eBK m. 322), yeni özel kanun (TBK m. 463/2) kapsamı dışında kalan hususlarda uygulama alanı bulacağından bahsetmek gerekir. Bu doğrultuda eBK m. 322 hükmüne göre eser sözleşmesine ilişkin hükümler, evde hizmet sözleşmesine ilişkin uyumsuzluklarda kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu halde işçinin giderilmesi mümkün olmayan ayıplardan doğan sorumluluğuna ilişkin TBK m. 475 hükmü uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacaktır. Fakat TBK m. 475/1 hükmünde yer alan “ücretsiz onarım” seçimlik hakkının ve TBK m. 475/3 hükmünün burada kıyasen uygulanamayacağını açık bir şekilde belirtmek gerekecektir. Dolayısıyla işçinin giderilmesi mümkün olmayan zararlardan sorumluluğu halinde işverenin şu seçimlik hakları olacaktır:

1. Ürün, işverenin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmenin feshi.
2. Ürünü alıkoyarak ücretten indirim isteme.
3. Genel hükümlere göre tazminat.

Fakat işverenin, işçinin bu sorumluluğuna başvurabilmesi için TBK m. 465 gereği ürünün kendisine tesliminden itibaren 1 haftalık süre içerisinde muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekir. Bu kısma ilişkin açıklamalarımız işverenin borçları başlığı altında incelendiğinden, burada sadece bu hususu belirtmeyi yeterli görüyoruz.

2. Malzeme ve İş Araçlarına İlişkin Borçlar

Klasik iş sözleşmesinde işin görülmesi için gereken malzeme ve araçlar işverenin işyerinde yer alır. Bununla birlikte evde hizmet sözleşmeleri işçinin evi veya belirleyebileceği başka bir yerde görülür. Bu durumda ev hizmetlerinde, işçinin işi görebilmesi için gereken malzeme ve araçlar kendisine sağlanmalı veya işçi tarafından temin edilmelidir. İşte TBK m. 464 hükmünde, malzeme

verenin gecikme sebebiyle uğramış olduğu zararlar, varsa taşıma masrafları vb. masraflardan da tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu yönede görüşler için Bkz.: Gülver, s. 112; Du-lay-Yangın, s. 168

73 Bu sorumluluğun kapsamının TBK m. 400 hükümlerine göre yapılacağına ilişkin olarak Bkz.: Gülver, s. 112.

ve araçların işveren tarafından sağlanması durumunda, işçinin bu malzeme ve araçlara ilişkin borçlarının ne olacağı düzenlenmiş durumdadır.

Düzenleme kapsamında yer alan ilk borç, işçinin malzeme ve araçları özenle kullanması olacaktır. Öyle ki işçi kullandığı malzeme ve araçlara ilişkin olarak kanunun ifadesi ile işverene hesap vermek ve kendisine verilen malzeme ve araçlardan artanını işverene teslim etmekle yükümlüdür. Aşlında bu durum kanımızca TBK m. 397 hükmünde yer alan teslim ve hesap verme borcunun ve TBK m. 399 hükmünde yer alan düzenlemelere ve talimatlara uyma borcunun evde hizmet sözleşmesi hükümlerine yansıtılmış halidir.

TBK m. 464/2 düzenlemesinde yer alan bir başka borç, işçinin işi gördüğü sırada, kendisine teslim edilmiş malzeme ve araçların bozuk olduğunu tespit etmesi⁷⁴ halinde işverene bildirimde bulunması olacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu bildirimin ne şekilde yapılacağı kanunda yer almamıştır. Zira kanun koyucu bu durumu tarafların iradesine bırakmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme yerindedir. Çünkü, işçi kendisine teslim edilen malzeme ve araçların bozuk olduğunu tespit ettikten sonra, işçiden işverene bir yazılı bildirimde bulunulmasını beklemek hem süreci uzatacak hem de uygulama bakımından işçi tarafından yeni bir masraf doğurabilecektir. Kaldı ki bu durumda işin uzaması, bozukluğun geç tespiti hem işlerin aksamasına hem de zararın artmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durumda da işçi, nasıl bildirimde bulunmadığında borca aykırılık hükümlerinden sorumlu olarsa, geç bildirimde zararın artmasından sorumlu olabilecektir.

Evde hizmet sözleşmesinde işçinin malzeme ve araçlara ilişkin son borcu, bu malzeme ve araçların işçi tarafından kullanılmaz hale getirilmesinde ortaya çıkacaktır. Nitekim TBK m. 464/3 hükmünde işçinin, kendisine teslim edilen malzeme ve araçları kusuruyla kullanılmaz hale getirmesinden, o malzeme ve araçların rayiç değeri⁷⁵ üzerinden sorumlu olacağı⁷⁶ ifade edilmiştir. Kanun düzenlemesinden ve gerekçesinden anlaşıldığı üzere burada sınırlı bir sorumluluktan bahsedilebilir. Dolayısıyla TBK m. 464/3 hükmünün amacı işçinin sorumlu olduğu en üst seviyenin belirlenmesidir. Bu halde işçinin kusuru olsun olmasın kendisine işveren tarafından teslim edilen malzeme ve araçlara vereceği zarardan sorumluluğunun üst sınırı bu malzeme ve araçların rayiç

74 Evde hizmet sözleşmesinde yer alan “tespit edilen ayıpların bildirilmesi” hükmü aynı zamanda işçinin sadakat borcunu doğurur ve işçinin inceleme yükümlülüğünü beraberinde getirir. Bkz.: Gülver, s. 114.

75 Mehaz İBK m. 352a/3 hükmünde işçinin sorumluluğunun, malzeme ve araçların işverene maliyeti kadar olacağı düzenlenmiştir.

76 Bu durumda işverenin işçiden kazanç kayıplarını talep edemeyeceği yönündeki açıklamalar için Bkz.: Gülver, s. 114.

bedeli kadar olacaktır. Öte yandan bu düzenlemenin nispi emredici olduğunu belirtmek gerekir⁷⁷. Çünkü işçinin kendisine teslim edilen malzeme ve araçları kusuruyla kullanılmaz hale getirmesinden, o malzeme ve araçların rayiç değeri üzerinde sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşmanın yapılabilmesi mümkün değildir. Fakat bunun aksine anlaşma yapılabilmesi mümkün olacaktır.

TBK m. 464/3 hükmünde açıkça ifade edilmese de işçinin ihmali davranışla vermiş olduğu zarardan bahsedilir⁷⁸. Zira işçinin malzeme ve araçlara kasten vermiş olduğu zararlardan tamamen sorumlu olacaktır. Aksi TBK m. 407/2 düzenlemesine aykırılık teşkil edecektir.

B. İşverenin Borçları

Evde hizmet sözleşmesinde işverenin borçları TBK m. 465, m. 466 ve 467 hükümleri altında düzenlenmiştir. Bununla beraber doktrinde TBK m. 462 hükmünün de işverenin borçları içerisinde ifade edilmiştir⁷⁹.

1. Çalışma Koşullarının Bildirilmesi

Evde hizmet sözleşmesinde, işveren bakımından ortaya çıkacak ilk borç, işçiye çalışma koşullarının bildirilmesi olacaktır. Gerçekten de TBK m. 462 hükmüne göre *“İşveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak bildirir.”*

Buna göre işveren, işçiye her yeni iş verdiğinde, o işe özgü bilgileri de vermek zorunda olup, her yeni bir iş için işçiye genel çalışma koşullarına ilişkin bilgi vermeyecektir. Yine işveren TBK m. 462 gereği, işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı⁸⁰ olarak bildirmek zorundadır.

Bununla beraber bu bildirimde bulunmamış olmanın yaptırımı da TBK m. 462/2’de düzenlenmiştir. Bu hüküm gereği işin verilmesinden önce malzeme için ödenecek bedel ve iş için ödenecek ücret işveren tarafından yazıyla bildirilmemişse, bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir. Dolayısıyla TBK m. 462/1 hükmünde yer alan yazılılık şartının evde hizmet sözleşmesinin

77 Gülver s. 114. İBK m. 362 hükmünde, TBK m. 464/3 hükmüne karşılık gelen İBK m. 352a/3 hükmü işçi aleyhine değiştiremeyecek olan hükümler arasında sayılmıştır.

78 Gülver, s. 114.

79 Güleşçi, s. 118.

80 Burada aranan yazılılık şartının bir geçerlilik şartı olmadığına ilişkin olarak Bkz.: s. 10 (İÇ ATIF)

geçerlilik koşulu olmadığı⁸¹, bir başka deyişle bu yazılılık şartının sağlanmadığı hallerde de sözleşmenin geçerli olacağını kabul etmek gerekir.

2. Ürünün Kabulü

TBK m. 465 hükmünde işverene, işçi tarafından kendisine teslim edilen ürünlere ilişkin varsa ayıplarını bildirme borcu yüklenmiştir⁸². Buna göre işveren, ürünlerin işçi tarafından kendisine teslim edilmesi anı itibarıyla bir hafta içerisinde inceleyecek ve üründe bir ayıp mevcutsa işçiye bildirecektir⁸³. Zira ürünlerde çıkan ayıpların bir hafta içerisinde bildirilmemesi halinde işveren ürünleri bu haliyle kabul etmiş sayılacaktır⁸⁴.

Kanaatimizce, işverene muayene ve ihbar için tanınan bir haftalık süre içerisinde, işverenin ürünleri kabul etmesi halinde veya işverenin bu hakkı kullanmayacağını beyan etmesi ya da bu hakkından başlangıçta feragat etmesi halinde, ürünlerin kabulünün gerçekleştiğinden bahsedilebilecektir. Ancak gizli ayıplar bakımından bu bir haftalık sürenin geçerli olmadığını belirtmek gerekir⁸⁵.

Aslında madde hükmüne bakıldığında, burada işveren üzerinde bir borç doğduğundan tam olarak bahsedilemeyecektir. Çünkü işveren tarafından muayene ve ihbar şartlarının yerine getirilmemesi sonucunda bir tazminat doğmamaktadır. Bu niteliğiyle muayene ve ihbar bir yükümlülük değil külfet niteliğindedir⁸⁶. Bu haliyle de kanunda yer alan bu şartın bir borç olduğundan bahsedilemeyecektir. Ancak işveren ayıba ilişkin haklarını kullanmak istiyorsa, o zaman muayene ve ihbar şartlarını yerine getirmek zorundadır.

81 Yavuz, s. 98.

82 İşveren ayıplara ilişkin hakkını kullanmak istiyorsa böyle bir borcunun olduğundan bahsedilebilecektir. Yoksa burada bir külfet mevcuttur. Bu halde işveren bu hakkını kullanmadığında ürünü ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır.

83 Hükmün lafzına bakıldığında, kanun koyucunun buradaki süreyi bir hak düşürücü süre olarak öngördüğünü kabul etmek gerekir. Doktrinde de bu süre hak düşürücü süre olarak ifade edilmiştir. Bkz.: Güleşçi, s. 119, özellikle Dn. 125.

84 Bu haliyle TBK m. 465 hükmünde işveren tarafından bildirimde bulunulmaması (susma) bir irade beyanı olarak kabul edilecektir. Bu da susmanın irade beyanı olarak kabul edildiği istisnai hallerden biridir. Ayrıca hüküm lafzı yorum ilkesi gereğince incelendiğinde, işverenin iradesinin ürünleri kendisine teslim edildiği haliyle kabul etmiş sayılacağını ve bunun aksinin iddia ve ispat olunamayacağını sonucunu çıkarabiliriz. Bu halde burada bir “*irade faraziyesi*” olduğundan söz edilebilir. Fakat burada aksi ispat ve iddia edilemeyecek durum işverenin TBK m. 465 gereğince bir bildirimde bulunulmaması durumunda ürünleri kabul etmiş sayılmasından ibarettir. Zira işveren, işçiye bir bildirimde bulunduğunu iddia ve ispat edebilecektir. “*İrade faraziyesi*” ve susmanın irade beyanı olduğu haller ve buna ilişkin açıklamalar için Bkz.: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 194 vd.

85 Eren, s. 569.

86 Aydoğdu, Kahveci, s. 758; Gülver s. 115.

Belirtmek gerekir ki, kanun bu bildirime ilişkin bir şekil şartı aramamıştır. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz; feragat, kabul etme ve benzeri (vb.) hususlarda da şekil şartı aranmayacağını ortaya koymak gerekir.

3. Ücretin Ödenmesi

Hem iş sözleşmesi (İK m. 32 vd.) hem de genel hizmet sözleşmesi (TBK m. 393, m. 401 vd.) için en önemli unsurlardan biri ücretin ödenmesidir⁸⁷. İş sözleşmesi bakımından işveren işin yerine getirilmesi karşılığı olarak işçiye ücret ödemeyi üstlenmiştir.

İK m. 32/5 gereği ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri bakımındansa bu süre bir haftaya kadar indirilebilir. Genel hizmet sözleşmeleri bakımından da iş sözleşmelerinde olduğu gibi ücretin ödenmesi en geç bir aylık dönemin sonunda gerçekleşir (TBK m. 406). Belirtmek gerekir ki hizmet sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinden farklı olarak ücret, “aksine adet yoksa” en geç bir ayda ödenir. Bunun yanında toplu iş sözleşmeleri ve hizmet sözleşmeleri bakımından daha kısa bir süre belirlenebileceği TBK m. 406/1 hükmünde ele alınmıştır.

Evde hizmet sözleşmesinde işçinin ücretinin ödenmesi, işveren bakımından en önemli borçlardan biridir. Bu nedenle TBK m. 466 hükmü işverenin ücret ödeme borcunu, *“yapılan işin ücreti, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, on beş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir; aralıklı olarak çalıştırıldığı takdirde, ürünün her tesliminde ödenir”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre işverenin ücret ödeme borcu işçinin ne şekilde çalıştırıldığına bağlı olarak değişecektir.

İşverenin ücret ödeme borcuna ilişkin ortaya çıkan ilk hal, işçinin aralıksız çalıştırılması durumunda ortaya çıkacaktır. TBK m. 466 hükmünde yer alan “Aralıksız çalışma” ifadesini lafzi yorum kapsamında değerlendirdiğimizde Kanunun, işçinin, işveren ile sürekli bir iş ilişkisi içerisinde olması durumunu ifade ettiği anlamına ulaşabiliriz. Dolayısıyla “aralıksız çalıştırma” ifadesinin gerçekleşebilmesi için bu çalışmanın, bir ürünün teslimine ilişkin olarak değil; sürekli çalışma şekli olarak belirlenmesi gerekmektedir⁸⁸.

Gerçekten de TBK m. 466 hükmünde işçinin aralıksız çalıştırılması durumunda, işverenin ücret ödeme borcu kural olarak on beş günde bir ödenecektir. Burada kanun koyucu işverenin, işçiden rıza almak koşulu ile bu ödemeyi ayda bir yapabilmesine imkân tanımıştır.

Belirtmek gerekir ki bu hükmün hukuki niteliği kanaatimizce nispi emre-

87 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 557.

88 Güleşçi, s. 120.

dicidir. Çünkü işveren, işçiden rıza alsa dahi ödemeyi bir aylık süreyi aşacak şekilde yapamayacaktır. Aksine işveren ve işçi anlaşarak bedelin ödenmesi için daha kısa bir süre kararlaştırılabilecektir. Ancak on beş günlük dönemlerden uzun bir ödeme kararlaştırılacaksa, buna ilişkin işçinin rızasının alınması gerekecektir⁸⁹. Burada evde hizmet sözleşmesine ilişkin ücret ödeme süresinin bir alt sınırı olduğundan bahsedilemeyecektir. Zira hizmet sözleşmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 406, bu sürenin serbestçe belirlenebileceğine ilişkin “*daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir*” şeklinde düzenleme getirmiştir.

Sonuç olarak, evde hizmet sözleşmesindeki işçinin aralıksız olarak çalıştırılması halinde işverenin ücret ödeme borcu on beş günlük dönemlerde gerçekleşecek, işçinin rızası ile bu süre bir aya kadar çıkarılabilecek ancak bu süre işçinin rızası alınmadan on beş günlük sürenin altına indirilebilecektir. Çünkü TBK m. 466 hükmü işçinin ücret alacağının korunması ve işçinin buna bir an evvel ulaşmasını sağlamak için düzenlenmiştir. Nitekim mehz İBK’nın m. 353a hükmü de, TBK m. 466 ile aynı yönde olmak üzere, işçinin ücret ödemesi ayda iki kez (TBK m. 466’da on beş günde bir olarak belirlenmiştir.), işçinin rızası ile ayda bir gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Bunun yanında İBK m. 362 hükmünde işçi aleyhine değişiklik yapılmasına izin verilmeyen hizmet sözleşmesi hükümleri gösterilmiştir. İBK m. 362 hükmünde ifade edildiği üzere, İBK m. 353a hükmünün “ücret ödenmesine” ilişkin kısmı işçi aleyhine değiştirilemez. Dolayısıyla İBK’ya göre evde hizmet sözleşmesinde taraflar ödemenin ayda iki defadan fazla olmak üzere gerçekleşeceğini kararlaştırsalar bu geçerli olacak, işçinin rızası olmaksızın bu aralığın uzayacağı yani ücret ödemesinin ayda iki seferden az olacağı işveren tarafından tek başına belirlenirse bu kayıt geçersiz olacaktır.

Bununla beraber TBK m. 466 hükmü, işçinin aralıklı çalıştırıldığı durumlarda, işverenin ödemeyi hangi sürelerde yapacağını, daha doğru bir ifade ile işverenin borcunun ne zaman ifa edileceğini düzenlemektedir. Buna göre işçi aralıklı olarak çalıştırılıyorsa ücret, ürünün tesliminde ödenecektir. Bu durumda evde hizmet sözleşmesindeki ücret parça başına gerçekleşecektir⁹⁰.

İşverenin evde hizmet sözleşmesinde, işi yerine getiren işçiye karşı ücret ödeme borcu yanında buna ilişkin bir hesap özeti de vermelidir.

89 Her ne kadar TBK m. 466 hükmünden yalnızca bir aylık ücret ödemesi kararlaştırıldığında işçiden rıza aranacağı ifade edilse de hükmün amacı işçinin alacağına bir an evvel kavuşmasıdır. Aksi halde kanunun yalnızca “on beş” ve “otuz” günlük süreleri öngördüğünü ve bu sebeple bu süreler dışında bir ödeme dönemi kararlaştıramayacağını kabulü gerekir ki, bunu kabul etmek ne TBK m. 26 hükmüne ne de hükmün amacıyla bağdaşmaz.

90 Özdemir, s. 129 vd., 145; Engin, s. 282.

Bu düzenleme TBK m. 407’de düzenlenen “ücretin korunması” ve İK m. 37 hükmünün, evde hizmet sözleşmesine yansımış halidir. Yine hesap özetiinde, varsa işçinin ücretinden kesintilerin miktarı ve sebebi gösterilir.

Evde hizmet sözleşmesinde işçinin çalışmasının engellenmesi halinde, işverenin ücret ödeme borcu olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Gerçekten de TBK m. 467 hükmü çalışma koşullarının engellenmesi halinde işverenin ücret ödemeye sorumlu olduğu halleri düzenlemiştir. Buna göre *“İşçiye aralıksız biçimde çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düştüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür. Diğer durumlarda işveren, bu hükümlere göre ücret ödemekle yükümlü değildir.”*

Kural olarak işveren, işçiye yaptığı işin karşılığı olan işin bedelini ödemekle yükümlüdür. Ancak işverenin, kendisine teslim edilmek istenen ürünü almaktan kaçınması ve dolayısıyla temerrüde düşmesi halinde, işçinin ücretini ödemekle yükümlü olduğu TBK m. 467 hükmünde düzenlenmiştir⁹¹.

TBK m. 467’ye bakıldığında işveren, ürün kabule uygun olmasa bile, ürünü kabul etmediğinde ücret ödeme borcu altına girecek şekilde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce işçinin ürünü teslim etmek üzere işverene gereği gibi öneride bulunması, ücrete hak kazanması bakımından yeterli olacaktır. Nitekim alacaklı temerrüdünün şartlarını düzenleyen TBK m. 106 hükmü, ifanın gereği gibi önerilmesini alacaklının temerrüde düşmesi bakımından yeterli bulmuştur. İşveren ürün kabule uygun olmasa, ayıplı olsa dahi ürünü teslim almak zorundadır ve üründeki ayıplara karşı isterse TBK m. 465’teki haklarını kullanmakta serbesttir. Yine ifade etmek gerekir ki TBK m. 467 hükmü, hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı TBK m. 408 hükmünün özel bir şeklidir.

Bunun yanında işveren, işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür. Örneğin işveren kusuru olmadan hasta olduğunda çalışmaya devam edemese de işveren ücreti ödemekle yükümlü olacaktır.

TBK m. 467 hükmü işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve işçinin kusuru olmaksızın işin engellenmesi halinde işverenin ücret ödenmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Düzenlemede bahsedilen kusur işverenin değil işçinin kusurudur. Belirttiğimiz üzere burada işverenin kusuru aranmaz. Çünkü zaten

91 Yavuz, s. 90.

işin, işverenin kusuruyla engellendiği hallerde TBK m. 408 uygulama alanı bulacak; işveren ücreti ödemek durumunda kalacaktır.

VI. Evde Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler TBK m. 468 hükmünde düzenlenmiştir. TBK m. 468 hükmü her ne kadar evde hizmet sözleşmelerine ilişkin “*Sona Erme*” başlığını taşısa da, içeriğinde; evde hizmet sözleşmesinin deneme süreli, belirli süreli ve belirsiz süreli olarak kurulabileceğinden bahsetmiştir. Buna göre, “*İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır.*”

İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir.”

Evde hizmet sözleşmesi bakımından ilk olarak deneme süreli sözleşmenin sona ermesi durumunu incelemek gerekir. Evde hizmet sözleşmesinde işçiye deneme amacıyla iş verilmişse, sözleşme deneme süresi için kurulmuş olacaktır⁹². Deneme süreli iş sözleşmesi İK m. 15’e göre en fazla iki ay, toplu iş sözleşmelerinde en fazla 4 ay olarak kararlaştırılabilir. Bu sürede iş ilişkisi sona erdirildiğinde işveren tazminat ödemekle yükümlü olmayacaktır⁹³. Ancak işçinin ücret alacağı saklıdır. Bununla birlikte TBK m. 433 hükmü de İK m. 15 ile paralel olarak deneme süresini düzenlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, evde hizmet sözleşmesinin kurulması sırasında, eğer işçiye deneme amacıyla bir iş verildiyse, bu işin sona ermesine kadar iş ilişkisi deneme süreli olarak kurulacak; işveren veya işçinin bu sürenin sonuna kadar iş sözleşmesini tazminatsız olarak feshedebilecektir. Bunun yanında evde hizmet sözleşmesi bakımından TBK m. 433 hükmünde yer alan iki aylık süreyi bir üst sınır olarak değerlendirilmek gerekir. Yani iş, işçiye deneme amacıyla verilmiş olsa dahi, bu işin süresi iki ayı geçtiği takdirde deneme süresi sona ermiş sayılacaktır. Bunun neticesi olarak da aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme belirsiz süreli olarak devam edecektir. TBK m. 433 hükmünde deneme süresinin iki aylık süresinin belirlenebilmesi bakımından sözleşmede buna ilişkin bir kaydın bulunması gerektiği açıkça yazılıdır. Evde hizmet sözleşmesi bakımından- sa sözleşmede böyle bir kaydın bulunması gerekmez. Ancak kanun metninden anlaşılacağı üzere; işçiye deneme amacıyla bir iş verildiyse kanımızca deneme

92 Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 458.

93 Deneme süresinin sonunda iş ilişkisinin sona ereceği ancak tarafların bunun aksini kararlaştırabileceği yönündeki görüşler için Bkz.: Eren, s. 570; deneme süresi sonunda işçiye yeni bir iş verilirse, yeni bir eve hizmet sözleşmesinin kurulacağına ilişkin olarak Bkz.: Gülver, s. 118.

süresi bu işin teslimine kadar geçerli olacaktır. Yani iki aylık bir süre kararlaştırılsa dahi, işin teslimi ile deneme süresi sona erecektir.

Yine TBK m. 468 düzenlemesinde, evde hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması, işçinin aralıksız çalıştırılmasına bağlanmıştır. Bilindiği üzere İK m. 11 hükmü iş sözleşmelerinin bir süreye bağlı olarak kurulmadığı durumlarda belirsiz süreli olacağı ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki belirsiz süreli evde hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler için, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 431 ve m. 432 hükümlerine bakmak gerekecektir. Buna göre TBK m. 431 tarafların fesih sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirebileceklerini; TBK m. 432 fesih sürelerini düzenlemiştir. Nitekim TBK m. 432 hükmü *“Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.”*

Hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabılır. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde fesih bildirim süreleri işlemez.”

TBK m. 468 hükmüne göre işçi aralıksız olarak çalıştırılmıyorsa, evde hizmet sözleşmesinin belirli süreli olarak kararlaştırıldığı kabul edilmesi gerekir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi bakımından ise TBK m. 430 hükmüne bakmak gerekecektir. *“Buna göre Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.”*

Son olarak belirtmek gerekir ki TBK m. 469 gereği, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri evde hizmet sözleşmesine de uygulanacaktır. Bu hüküm sebebiyle doktrinde bir görüş, evde hizmet sözleşmeleri bakımından İK hükümleri-

nin uygulanamayacağını savunmakta; bir diğer görüş ise evde aralıksız çalışan işçinin ihbar, kıdem tazminatlarına hak kazanabileceğini savunmaktadır⁹⁴. Biz de evde hizmet sözleşmesinde, İK m. 4/1-d hükmü kapsamı dışında kaldığı hallerde, hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerle beraber İK hükümlerinden de yararlanılacağı kanaatindeyiz⁹⁵. Nitekim İK m. 4/1-d hükmünde yer aldığı üzere “*Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde*” İK hükümleri uygulanmaz. Buna göre evde hizmet sözleşmeleri bakımından İK hükümlerine tabi olabilme şartlarından ilki, işin el sanatı işi olmamasıdır. Zira İK m. 4/1-b kapsamında el sanatları işleri, İK hükümleri dışında tutulmuştur.

Bunun yanında bir diğer şart, evde hizmet sözleşmesinde işin görüldüğü yerin, işçinin evi dışında bir yerde olmasıdır. Çünkü işin görüldüğü yerin ev olması durumunda, evde hizmet sözleşmeleri İK kapsamında yer almayacaktır.

Evde hizmet sözleşmesinin İK hükümlerine tabi olabilmesi bakımından aranan son şart, işin aile bireyleri ile birlikte görülmemesi olacaktır. Ancak üçüncü derece dışında kalan aile bireyleri veya yakınların çalışmaya katılması, bu sözleşmenin İK kapsamı dışında kalmasına sebep olmayacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, kanun hükmüne bakıldığında bu şartların yazımında “ve” bağlacı kullanılmıştır. Bu nedenle İK m. 4/1-b hükmü lafzi olarak yorumlandığında yukarıda sayılan tüm bu şartların ancak birlikte yer aldığı hallerde evde hizmet sözleşmeleri, İK kapsamı dışında kalacaktır⁹⁶.

Sonuç

Evde hizmet sözleşmesi hem işçi hem de işveren taraflar bakımından müspet bir durum oluşturabilir. Zira işçi, işe gitmek ve gelmek bakımından zamandan ve masraftan tasarruf eder, evinde veya belirlediği başka bir yerde çalışması hasebiyle bakmakla yükümlü olduğu kişilere bakar veyahut aile bireyleri ile daha fazla zaman geçirebilir. Bununla birlikte işveren, evde çalışan işçi bakımından işyeri temin etmez ve evde hizmet sözleşmesinde çalışanın aile bireylerinin çalışmaya katılmasıyla, birden fazla kişinin işi görmesi halinde tek bir ücret ödeyerek maliyetlerini azaltmaktadır.

Evde hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsuru klasik hizmet sözleşmelerine kıyasen zayıf bir konumda olsa dahi mevcuttur. Nitekim iş ilişkisinin mevcut

94 Güleşçi, s. 126, özellikle dp.: 145.

95 Gülver, s. 121; Kandemir, s. 151.

96 Aksi yorumun kanun hükmünün kapsamını genişlettiği yönündeki görüşler için Bkz.: Kandemir, s. 152 vd.

olması bakımından işin mutlak surette işverenin işyerinde görülmesi gerekmez. Bu halde dahi işçi, işverenin iş organizasyonu içerisinde kalacaktır. Zaten bu durumda dahi işveren, evde çalışana talimat verebilmekte, işin nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda ona direktiflerde bulunabilmektedir.

TBK m. 469 hükmünde, evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre evde hizmet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin şartlar, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri vasıtası ile çözüme kavuşacaktır.

TBK m. 461 hükmünden yola çıkarak evde hizmet sözleşmesinin unsurlarını tespit etmek gerekir. Bunlar işin görülmesi, ücret ve bağımlılıktır. Belirtmek gerekir ki, işçi evde hizmet sözleşmesi kapsamında, işi kendi evinde veya belirlediği başka bir yerde görebilecektir. Yine evde hizmet sözleşmesi bakımından işin yerine getirilmesinin bizzat işçi tarafından yapılması gerekmemektedir. Evde hizmet sözleşmesine konu işin yerine getirilmesi sürecine, aile bireylerinin katılabileceğini belirtmekle beraber, TBK m. 461 hükmünde yer alan aile bireyleri kavramını dar yorumlamamak gerekir. Zira ülke koşulları değerlendirildiğinde aile bireyleri kapsamına anne, baba, kardeşler dışında babaanne, dede gibi kişiler de dahil olabilecektir.

Evde hizmet sözleşmesinin aile bireyleri ile de ifa edilebilmesi karşısında ücretin kime ödeneceği tartışması ortaya çıkabilecektir. Fakat evde hizmet sözleşmesi bakımından ücrete yalnızca işçi hak kazanacaktır.

Evde hizmet sözleşmesi bakımından işçinin borçları, işin görülmesi, ayıba karşı sorumluluk, kendisine teslim edilen malzeme ve araçları özenle kullanması olacaktır. TBK m. 464/2 düzenlemesinde yer alan bir başka borç, işçinin işi gördüğü sırada, kendisine teslim edilmiş malzeme ve araçların bozuk olduğunu tespit etmesi halinde işverene bildirimde bulunması olacaktır. Evde hizmet sözleşmesinde işçinin malzeme ve araçlara ilişkin son borcu, bu malzeme ve araçların işçi tarafından kusuruyla kullanılmaz hale getirilmesinde ortaya çıkacaktır.

Evde hizmet sözleşmesinde, işveren bakımından ortaya çıkacak borçlar ise ücretin ödenmesi, işçiye çalışma koşullarının bildirilmesidir. Fakat işverene teslim edilen ürünlere ilişkin varsa ayıplarını bildirme külfeti bir borç olarak değerlendirilmeyecektir.

Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler TBK m. 468 hükmünde düzenlenmiştir. Evde hizmet sözleşmesinde işçiye deneme amacıyla iş verilmişse, sözleşme deneme süresi için kurulmuş olacaktır. Bu sürenin sona ermesiyle de evde hizmet sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Aynı düzenlemede evde hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması, işçinin aralıksız

çalıştırılmasına bağlanmıştır. Belirsiz süreli evde hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler için, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 431 ve m. 432 hükümlerine bakmak gerekecektir. TBK m. 468 hükmüne göre işçi aralıksız olarak çalıştırılmıyorsa, evde hizmet sözleşmesinin belirli süreli olarak kararlaştırıldığının kabul edilmesi gerekir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi bakımından ise TBK m. 430 hükmüne bakmak gerekecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki TBK m. 469 gereği, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri evde hizmet sözleşmesine de uygulanacaktır. Bu hüküm sebebiyle doktrinde bir görüş, evde hizmet sözleşmeleri bakımından İK hükümlerinin uygulanamayacağını savunmakta; bir diğer görüş ise evde aralıksız çalışan işçi ihbar, kıdem tazminatlarına hak kazanabileceğini savunmaktadır. Biz de evde hizmet sözleşmesinin, İK m. 4/1-d hükmü kapsamı dışında kaldığı hallerde, hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerle beraber İK hükümlerinden de yararlanacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- Centel, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, *TİSK Akademi*, Cilt 6, Sayı 12, Ankara, 2011.
- DİSK Metal İşçileri Sendikası, “Ev Eksenli Çalışanlar ve Örgütlenmeleri”, İstanbul 2003.
- Dulay-Yangın, Dilek, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, <https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/Tezdetay.Jsp?Id=8yt4upoihq2-G3clu1vc1a&No=Aooub6c55mqmgzOztzuw-W>, (12.10.2021).
- Engin, Murat, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*, Ankara, 2000.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2014, Yetkin Yayınları.
- Güleşçi, Yusuf, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Evde Hizmet Sözleşmesi”, *Melikşah Law Journal*, Cilt 2, Sayı 1, Haziran 2013.
- Gülver, Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 2, Y. 2014.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, 8. Baskı, İstanbul, 2018.
- Kandemir, Murat, “Evde Çalışma Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 2, Y. 2014.
- Karadeniz, Oğuz, “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar Ve Yayıgın Sosyal Güvencesizlik”, *Çalışma Ve Toplum Dergisi*, Sayı 2, Yıl 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2019, Turhan Kitabevi.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin, *İş Hukuku*, Ankara, 2012, Turhan Kitabevi.
- Noyan, Mehmet Ali, Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi, <http://Acikerisim.Deu.Edu.Tr:8080/Xmlui/Bitstream/Handle/20.500.12397/12397/205338.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y> (10.12.2021).
- Oğuzman, M. Kemal, “İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul, 1988.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul, 2013.
- Şen, Esra, “Evde Hizmet Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 10, Aralık 2017.
- Tuncay, A. Can, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Mayıs – Ağustos, 2001.
- (Terc. Elif Alp, Alev Sönmez), “ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 23, Sayı 5-6, Yıl 2011.

Yavuz, Arif, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, Ankara, 1995.

- Yavuz, Cevdet, Yeni (6098 Sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri, *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 2011, Sayı 2011-2.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak; *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014, Beta.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Ankara, 2016, Turhan Kitabevi.
- www.kazanci.com

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Ukrainians in Turkey: Probable Scenarios Regarding their Legal Statuses*

Türkiye'deki Ukraynalıların Hukuki Statülerine İlişkin Muhtemel Senaryolar

Hasan Basri BÜLBÜL**

ABSTRACT

Millions of people have been forcibly displaced after the Russian invasion of Ukraine. Some of them are now hosted in Turkey. The Turkish government has pursued an open-door policy for Ukrainian nationals and announced that it will make their entry and stay of them in Turkey easier. This article analyses the probable legal statuses that Ukrainians can obtain in Turkey. International protection, temporary protection, residence permits, and the situation of people of Turkish descent are then examined respectively. Ukrainians can get refugee status and subsidiary protection provided that they meet the relevant criteria. If they do not wish to apply for international protection, they can avail themselves of residence permits. Short-term residence permit and particularly humanitarian residence permit seem to be the easiest options for most Ukrainians. People of Turkish descent from Ukraine, on the other hand, are subjected to a special regime.

Keywords: Ukrainians in Turkey, International Protection, Temporary Protection, Residence Permits, People of Turkish Descent from Ukraine.

ÖZ

Rusya'nın Ukrayna'yı işgali ile birlikte milyonlarca insan yerinden edildi, bunlardan bir kısmı ise Türkiye'ye geldi. Türkiye Ukrayna vatandaşları için açık kapı politikası izleyip, Ukraynalıların Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de kalışlarının kolaylaştırılacağını ilan etti. Bu makalede Türkiye'de bulunan Ukraynalıların kazanabileceği muhtemel hukuki statüler ele alınmaktadır. Bu çerçevede uluslararası koruma, geçici koruma, ikamet izinleri ve Türk soyluların durumu incelenmiştir. Uluslararası koruma başlığı altında Ukraynalılar şartları sağlamaları halinde mülteci veya ikincil koruma statüleri elde edebilirler. Uluslararası korumaya başvurmak istemezler ise kendilerine uygun bir ikamet izninden de yararlanabilirler. Kısa dönem ikamet izinleri ve özellikle insani ikamet izni Ukraynalıların çoğu için en kolay elde edilebilir seçenekler olarak öne çıkmaktadır. Ukrayna'dan gelen Türk soylular ise daha ayrıcalıklı bir rejimden faydalanmaktadır.

* Makale gönderim tarihi: 03.09.2022. Makale kabul tarihi: 03.10.2022. Hasan Basri Bülbül, "Ukrainians in Turkey: Probable Scenarios Regarding their Legal Statuses", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 542-601, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.01>

** King's College London, hasan.bulbul@kcl.ac.uk, <https://orcid.org/0000-0002-3888-5380>.

Anahtar Kelimeler: Türkiye'deki Ukraynalılar, Uluslararası Koruma, İkamet İzinleri, Geçici Koruma, Ukrayna'dan Gelen Türk Soylular.

Introduction

On the 24th of February 2022, the Russian Federation started a full-scale armed conflict against Ukraine in violation of international law.¹ As a result, thousands of people, including civilians, have been killed or injured² and millions of people have been forcibly displaced. According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), more than 12 million people left their homes. Over 7.1 million people have been internally displaced in Ukraine while more than 5.6 million have sought asylum in neighbouring countries.³ The overwhelming majority of Ukrainians travelled to European countries such as Poland, Romania, Hungary, Slovakia, and Moldova, and then moved to other EU countries where they were granted temporary protection.⁴ While this open-door policy of governments toward the Ukrainians is commendable, the question remains as to why similar treatment has not been provided to other people who have been similarly situated.⁵

Turkey has also welcomed Ukrainians since the conflict emerged. The Turkish government has several times announced that the entry and stay of Ukrainians in Turkey will be made easier.⁶ In this paper, I will address the probable legal statuses that Ukrainians can obtain in Turkey. Providing relevant informa-

- 1 United Nations General Assembly, 'Aggression against Ukraine', A/RES/ES-11/1, 18 March 2022.
- 2 United Nations Human Rights Monitoring Mission in Ukraine (HRMMU), 'Ukraine: Civilian Casualty Update' <https://ukraine.un.org/sites/default/files/2022-08/Ukraine%20-%20civilian%20casualty%20update%20as%20of%2014%20August%202022%20ENG.pdf> (24.08.2022), ('Ukraine: Civilian Casualty Update').
- 3 UNHCR, Ukraine Emergency, <https://www.unhcr.org/ukraine-emergency.html> (22.08.2022), (Ukraine Emergency).
- 4 Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection 2022 (OJ L).
- 5 For discrimination and race element in the treatment of Ukrainians and others see: Bryan Chan Yen Johnson, Kevin Ah-Sen, Philip SS Howard, Ukraine Refugee Crisis Exposes Racism and Contradictions in the Definition of Human, <http://theconversation.com/ukraine-refugee-crisis-exposes-racism-and-contradictions-in-the-definition-of-human-179150> (18.08.2022); Eva Połowska-Kimungui, War, Resistance and Refuge: Racism and Double Standards in Western Media Coverage of Ukraine, <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2022/05/10/war-resistance-and-refuge-racism-and-double-standards-in-western-media-coverage-of-ukraine/> (18.08.2022).
- 6 İçişleri Bakan Yardımcısı Çatakl: 24 Şubat'tan bu yana 20 bin 550 Ukraynalı Türkiye'ye geldi, <https://www.independantturkish.com/node/481321/haber/i/CC%87%C3%A7i%C5%9Fleri-bakan-yard%C4%B1mc%C4%B1s%C4%B1-%C3%A7atak%C4%B1-24-%C5%9Fubattan-bu-yana-20-bin-550-ukraynal%C4%B1> (06.06.2022).

tion on Ukrainians in Turkey in part two, I will focus on the legal pathways that Ukrainians could follow in Turkey. In part three, I will analyse the applicability of international protection statuses such as refugee status and subsidiary protection to Ukrainians. This will be followed by some brief notes on the likelihood of temporary protection for Ukrainians in Turkey. Then, in part four, I will move on to residence permits and will focus in particular on short-term and humanitarian residence permits. Finally, I will engage with the special regime designed for the people of Turkish descent, which is applicable to Meskhetian Turks (*Ahıska Türkleri*) and Crimean Tatars (*Kırım Tatar Türkleri*) arriving from Ukraine.

I. Some Relevant Information on Ukrainians in Turkey

There are different records with regards to the numbers of Ukrainians in Turkey. On May 5, 2022, Ukrainian consul general in Istanbul announced that over 70.000 Ukrainians has moved to Turkey.⁷ Four days later, the President of Turkey, stated that the number of Ukrainians who had arrived in Turkey was more than 100,000.⁸ Recently, on June 3, 2022, the Ukrainian Ambassador to Turkey said that 150,000 Ukrainians had entered Turkey since the beginning of the war.⁹ He then added that there have been returns to Ukraine and the current number of Ukrainians who are still in Turkey is around 50,000.¹⁰

These differences in numbers are mostly related to the course of the armed conflict in Ukraine. Initially, as the war intensified in various parts of the country, more people fled. However, particularly after the Russian forces withdrew from Kyiv area and the conflict has mostly concentrated in the eastern and southern part of Ukraine, some Ukrainians have chosen to return their homeland.¹¹ Indeed, the UNHCR data demonstrates that over 4.7 million border crossings to Ukraine have been recorded since 28 February 2022.¹²

7 Ukrayna'nın İstanbul Başkonsolosu: 70 bin Ukraynalı Türkiye'ye taşındı, <https://www.ukrhaber.com/blog/ukraynanin-istanbul-baskonsolosu-70-bin-ukraynali-turkiye-ye-tasindi/> (05.08.2022).

8 Project Would Build 200,000 Homes for 1M Syrians in Türkiye to Voluntarily Resettle: Turkish President, <https://www.aa.com.tr/en/turkey/project-would-build-200-000-homes-for-1m-syrians-in-turkiye-to-voluntarily-resettle-turkish-president/2583219> (05.06.2022).

9 Ukrayna Büyükelçisi Vasyl Bodnar, Türkiye'deki Ukraynalıların sayısını açıkladı, <https://haberglobal.com.tr/gundem/ukrayna-buyukelcisi-vasyl-bodnar-turkiyedeki-ukraynalilarin-sayisini-acikladi-180695>, <https://haberglobal.com.tr/gundem/ukrayna-buyukelcisi-vasyl-bodnar-turkiyedeki-ukraynalilarin-sayisini-acikladi-180695> (05.06.2022), (Türkiye'deki Ukraynalıların Sayısı).

10 Türkiye'deki Ukraynalıların Sayısı.

11 As Russia's Invasion Stalls, Ukraine's Refugees Return Home, <https://www.economist.com/europe/2022/05/24/as-russias-invasion-stalls-ukraines-refugees-return-home> (05.06.2022).

12 Ukraine Refugee Situation, https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.240367939.1935601545.1654417001-115170318.1651773865 (23.08.2022). UNHCR notes that this number "reflects cross-border movements (and not individuals). Movements back to Ukraine may be pen-

Nevertheless, the inconsistency in the numbers of Ukrainians in Turkey is also related to the failure of the Presidency of Migration Management (PMM) of Turkey in providing up-to-date information with regard to Ukrainians' entry into, remaining in, or exit from Turkey. When the words "Ukraine" or "Ukrainians" are searched on the official website of the PMM¹³, the results show that the latest update was made in 2019.¹⁴ Therefore, no information can be found in relation to the recent armed conflict and associated refugee arrivals on the PMM website. Yet, earlier, on 11 March 2022, the Twitter account of the PMM shared some useful information.¹⁵ According to the statistics of that time, the number of Ukrainians was around 35,000, and only 407 had applied for international protection. Unfortunately, these numbers have never been updated since then even on Twitter. Therefore, the current number of Ukrainians who needed, applied for, or gained international protection status remains unclear.

Although it was early data, it is noteworthy that the number of Ukrainians who applied for international protection is also low. This can be explained in several ways. The first and foremost is the visa regime between Turkey and Ukraine. In 2011, Turkey and Ukraine reached an agreement on the conditions of mutual travel for their nationals.¹⁶ This established a visa-free travel regime between these countries. The agreement was later amended and expanded in 2017.¹⁷ According to this, passport-free travel was introduced for the nationals of these countries, who can now enter the other using only their ID cards. More importantly, the time limit for an uninterrupted stay, which was previously 30 days, was extended. Article 1 of the amended agreement provides that "nationals of the State of the either Party shall enter, exit, transit through and stay in the territory of the State of the other Party without visa, Provided that their stay shall not exceed 90 days within 180 days period."

dular, and do not necessarily indicate sustainable returns as the situation across Ukraine remains highly volatile and unpredictable."

13 <https://en.goc.gov.tr/search/ara/ukraine>

14 The same results appear when the search is made in Turkish language, using the words "Ukrayna" or "Ukraynalı" in the Turkish website of the Presidency.

15 Göç İdaresi Başkanlığı [@Gocidaresi], 'Ukrayna'daki savaşın 15. gününü geride bırakan ülkemiz yine mazlumlara yardım elini uzatıyor, <https://twitter.com/Gocidaresi/status/1502369020145717250> (05.06.2022).

16 Agreement between the Government of the Republic of Turkey and Cabinet of Ministers of Ukraine on conditions of mutual travels of their nationals (Turkey-Ukraine), Official Gazette of the Republic of Turkey (*hereafter* O.G.), 24.03.2012 – 28243.

17 Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Cabinet of Ministers of Ukraine on amendments to the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and Cabinet of Ministers of Ukraine on conditions of mutual travels of their nationals (Turkey-Ukraine) O.G. 20.05.2017 – 30071.

This regime has not been suspended or changed since the war broke out in Ukraine. Therefore, Ukrainians can still stay in Turkey for up to 90 days. Indeed, Ukrainian people fleeing Russian attacks have been admitted to Turkey pursuant to this regime. This is probably the most important reason why Ukrainians did not apply for international protection status in Turkey during the first weeks of the conflict. Knowing that they could legally stay in Turkey for 90 days and hoping to return their homes after a probable peace agreement which would end the war soon, they might well have felt there was no need to make use of international protection mechanisms.

Another reason that could have possibly prevented Ukrainians from applying for international protection in the beginning is a particular restriction implemented by the Turkish government with regard to the provinces that a person can file an international protection application to reside in. Some Turkish cities, including Istanbul, Izmir, Antalya, and Bursa, which already host large numbers of foreigners have been closed to new international protection applications.¹⁸ As most of the Ukrainians in Turkey currently prefer to live in Istanbul and Antalya¹⁹, this restriction might have caused them to refrain from applying for international protection. However, as a part of the measures taken by the Turkish government to make Ukrainians' stay in Turkey easier, it was later decided that this restriction would not apply to Ukrainian nationals.²⁰ Therefore, they will be able to stay in those cities under international protection status.

Another fact to bear in mind is that, like everywhere else in the world, the Ukrainians in Turkey are for the most part women and children.²¹ The main reason for this is the fact that the Ukrainian government prohibited the exit of men aged 18 to 60 from the country to ensure its defence under martial law.²² Therefore, only women, children, and the elderly were legally able to leave the country for Turkey. Second, most Ukrainians who got married to Turkish citi-

18 İsmail Çataklı Yabancılar ikamete kapatılan yerleri açıkladı, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/ismail-catakli-yabancilara-ikamete-kapatilan-yerleri-acikladi-1910663> (24.08.2022).

19 Sevilay Nur Saraçlar, Rusların ve Ukraynalıların Varış Noktası: Antalya, <https://www.bianet.org/bianet/yasam/259797-ruslarin-ve-ukraynalilarin-varis-noktasi-antalya> (24.08.2022); Türkiye'de yaşayan kaç Ukraynalı var?, <https://www.turkiyeekspreshaber.com/gundem/turkiye-de-yasayan-kac-ukraynali-var-h10605.html> (24.08.2022).

20 The PMM Directive No. E5927743700076226 'On Foreigners of Ukrainian Nationality', 09.03.2022. (On Foreigners of Ukrainian Nationality).

21 Ukraine Situation, <http://reporting.unhcr.org/ukraine-situation> (24.08.2022).

22 Asha C. Gilbert, Reports: Ukraine Bans All Male Citizens Aged 18 to 60 from Leaving the Country <https://www.usatoday.com/story/news/world/2022/02/25/russia-invasion-ukraine-bans-male-citizens-leaving/6936471001/> (24.08.2022), (Ukraine Bans All Male Citizens Aged 18 to 60 from Leaving the Country).

zens are women²³, therefore it is only natural that they would flee to Turkey with their Turkish national husbands. This could be another factor that partly explains the low number of applications for international protection since they probably already have valid family residence permits. Finally, international protection processes are usually too lengthy, tiresome, and uncertain. With the presence of easier alternatives, it is natural that people will not typically make use of international protection.

As of May 24, 2022, based on their date of arrival, the 90-day legal stay of some Ukrainians without requiring a visa has expired. Therefore, they have to take some form of action in order to legally remain in Turkey. This includes applying for international protection and a residence permit that is most suitable to their individual situation. In what follows, I will analyse Ukrainians' eligibility for refugee status and subsidiary protection followed by appropriate residence permits.

II. International Protection

As host countries have offered Ukrainians multiple legal pathways such as temporary protection or residence permits, judicial decisions on international protection will naturally come at a later stage.²⁴ Therefore, assessing the eligibility of Ukrainians to international protection before a decision is made anywhere in the world, including Turkey, is inevitably a speculative task.²⁵ After six months of conflict, no one can now predict its likely future course; indeed, the assessment of such is becoming increasingly difficult. As Storey puts it, "Would we be looking at a Ukraine restored to its pre-2014 or pre- 2022 war boundaries? A Ukraine with peace and security restored? A Ukraine with some territory still under the control of the Russian forces? A Ukraine largely under direct Russia control or exercised through puppet administrations? A Ukraine still experiencing ongoing armed conflict? God only knows"²⁶ Nevertheless, as he maintains, some initial assessments can still be made based on the information publicly available to date.²⁷ Even though the number of applications for international protection in Turkey is notably low, such an analysis would anyway be warranted in terms of refugee status determination processes in the not-too-distant future.

23 Marriage and Divorce Statistics, 2021, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Marriage-and-Divorce-Statistics-2021-45568> (25.08.2022).

24 Hugo Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees? <https://www.asileproject.eu/are-those-fleeing-ukraine-refugees/> (16.08.2022), (Are Those Fleeing Ukraine Refugees?).

25 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?

26 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?

27 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?

The Turkish immigration law was reformed almost a decade ago with the adoption of the Law on Foreigners and International Protection (LFIP).²⁸ Before this, many of the aspects of the legislation on asylum and migration were quite disorganised, fragmented, and uncertain. The LFIP has largely modernized Turkish law on asylum and immigration with various institutions and concepts such as subsidiary protection or temporary protection incorporated from European Union Law. It has also reaffirmed certain principles and norms of international law including the principle of *non-refoulement*.²⁹ Thanks to the LFIP, it can now be argued that Turkey is on the right path to a fully-fledged immigration law.³⁰

The LFIP is the principal source of law on international protection; it is thus central to the analyses in this paper. According to Article 3 (1) (r), international protection covers three statuses: refugee, conditional refugee, and subsidiary protection. As shall soon be discussed, conditional refugee status is not relevant in the context of Ukrainians in Turkey, and therefore the following discussion is restricted to refugee status and subsidiary protection.

A. Refugee Status

Article 1 (A) (2) of the 1951 Refugee Convention³¹, as amended by the 1967 Protocol, defines a refugee as a person who:

“owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

Turkey is a party to the 1951 Refugee Convention but still maintains the geographical limitation; it therefore only grants refugee status to people who come

28 The Law No. 6458 on Foreigners and International Protection, O.G. 11/4/2013 – 28615. (Unless otherwise is stated, I quoted the articles in this paper from the unofficial translation of the LFIP published on the websites of the PMM and the UNHCR: https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/04/LoFIP_ENG_DGMM_revised-2017.pdf (01.09.2022)).

29 The LFIP article 4 provides that “no one within the scope of this of this Law shall be returned to a place where he or she may be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment or, where his/her life or freedom would be threatened on account of his/her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

30 Meral Açıkgöz, Hakkı Onur Ariner, “Turkey’s New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction. Briefing Paper 2” *University of Oxford Turkish Migration Studies Group (Turk-MiS)*, 2014, <https://www.compas.ox.ac.uk/2014/turkeys-new-law-on-foreigners/> (25.08.2022).

31 Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Refugee Convention) (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150.

to Turkey as a result of events occurring in, specifically, European countries. The adoption of the LFIP did not change this.³² For this reason, the number of refugees in Turkey in legal terms is said to be only around 40-50.³³ Traditionally, the overwhelming majority of people who migrate to Turkey are not from Europe but the Middle East and Asia. Therefore, even if they meet the other criteria in the definition, they may not be eligible for refugee status in Turkey. For such people, the LFIP has created a status called “conditional refugees” who may “reside in Turkey temporarily until they are resettled to a third country.”³⁴ This status does not apply to Ukrainians as they come from a European country. Thus, I exclude conditional refugee status in this analysis.

The term “European Countries” in the LFIP’s definition is interpreted as being the member states of the Council of Europe.³⁵ Since Ukraine is a member of the Council, Ukrainian nationals may qualify as refugees in Turkey. However, there might still be obstacles arising from the narrow definition of the 1951 Refugee Convention; for instance, it does not automatically cover war refugees. The UNHCR Handbook published in 1979 states that “persons compelled to leave their country of origin as a result of international or national armed conflicts are not normally considered refugees under the 1951 Convention or 1967 Protocol.”³⁶ This means that even if people escape from the most brutal armed conflict, they might not be eligible for refugee status under the Convention or, indeed, Turkish law. The definition of the 1951 Convention is too persecution-centric. However, the overwhelming majority of today’s refugees are escaping from armed conflicts and have not necessarily experienced persecution. The conflicts in Syria, Afghanistan, Iraq, and Ukraine are but a few of the examples that have created the largest number of refugees. Therefore, it is often questioned whether the Convention is still relevant and adequate in the face of the challenges posed by contemporary refugee movements.³⁷

Indeed, some regional instruments adopted in Africa and Latin America such

32 Article 61 of the LFIP.

33 Adem Metan, *Göçmen ve Mülteci Meselesini Göç İdaresi Başkanlığı İle Konuştuk!* <https://www.youtube.com/watch?v=rUh-9TbYTjg> (06.06.2022).

34 Article 62 of the LFIP.

35 Neva Övünç Öztürk, *Uluslararası Koruma Çerçevesinde Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, PhD Thesis, Ankara University Institute of Social Sciences Department of Private Law (Comparative Law), 2014, p. 394.

36 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, para. 164.

37 Alexander Betts, Paul Collier, *Refuge: Transforming a Broken Refugee System*, Allen Lane, 2017.

as 1969 OAU Refugee Convention³⁸ and Cartagena Declaration on Refugees³⁹ recognise that people fleeing external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order may qualify as refugees.⁴⁰ However, the 1951 Refugee Convention excludes them all. One of the ironies of the current international refugee regime is exposed by the Russian-Ukrainian conflict. While people from Russia who oppose the war could qualify as refugees on the basis of a well-founded fear of persecution due to their political opinions, the Ukrainian people who might actually need to flee the war itself might never qualify as such.⁴¹ Russian people who are against the war should certainly be able to qualify for refugee status considering that they would face persecution under the Putin regime in Russia; indeed, there is no debate at all about this issue. The point here is the fact that the definition of the 1951 Refugee Convention is clearly overly narrow.

Nevertheless, the definition applies both in times of peace and in times of war. Even though fleeing war itself is not sufficient to satisfy the definition, Ukrainians can still gain refugee status if they meet one of the five specified grounds indicative of a well-founded fear of persecution. Indeed, the UNHCR revised its position with regard to refugees from armed conflict in its Guidelines on International Protection No. 12. It now argues that “rarely are modern-day situations of armed conflict and violence characterised by violence that is not in one way or another aimed at particular populations, or which does not have a disproportionate effect on a particular population, establishing a causal link with one or more of the Convention grounds”.⁴² While this certainly places additional burdens on the Ukrainian people, one may still be optimistic as there is still some room for them to gain refugee status in Turkey, which is a status that allows for a long-term stay and carries certain rights. For this, however, they first need to demonstrate that they would have had a well-founded fear of persecution on account of the five specified grounds had they stayed in Ukraine.

38 The Organisation of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered into force 20 June 1974) 1001 U.N.T.S. 45.

39 Cartagena Declaration on Refugees Adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama (adopted 22 November 1984).

40 OAU Refugee Convention art. 1 (2).

41 Bill Frelick, Ukrainians Are Refugees, but Our Laws Don't Consider Them Such, <https://thehill.com/opinion/immigration/599879-ukrainians-are-refugees-but-our-laws-dont-consider-them-such/>, (06.06.2022).

42 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the Regional Refugee Definitions*, HCR/GIP/16/12, 2016, para. 33, p. 7, (Guidelines on International Protection No. 12).

1. Well-founded Fear

A “well-founded fear of being persecuted” requires that an applicant would be under a reasonably foreseeable⁴³ risk in their country of origin. Although the experience of past persecution could contribute to the success of an application, it is by no means necessary for a refugee to satisfy the Convention’s definition. The risk assessment must be made with regard to the future. As Hathaway and Foster rightly state, “the sole implication of the “fear of” criterion of the definition is that the assessment of risk must occur within a *prospective* context. In other words, irrespective of what the claimant has or has not already experienced, the question to be asked is whether there is a reason to believe that she requires safe haven from apprehended risk in her state of origin.”⁴⁴

Many jurisdictions and the UNHCR have adopted two requirements for the well-founded fear element. These are subjective risk perception of claimants themselves, and an objective situation in the country of origin. The Turkish Council of State also adopted this approach and determined that “[the assessment of well-founded fear of persecution] should be made by taking objective and subjective conditions into consideration. Objective elements require a substantial review of the conditions in the applicants’ country of origin which is ultimately important in determining the applicant’s subjective fear.”⁴⁵

Hathaway and Foster challenge this understanding. They argue that such a bipartite standard may well result in the rejection of applications where the subjective fear cannot be demonstrated by an applicant but there is evidence of objective risk anyway in the country of origin.⁴⁶ Therefore, they argue that if it is objectively established that a reasonably foreseeable risk exists for the applicant solely based on the country of origin information, the subjective fear of the claimant might not even be taken into consideration.⁴⁷ Thus, country of origin information is crucial in assessing a claim. In the context of Ukraine, there have been various reports that indicate serious violations of International Human Rights Law (IHRL), International Humanitarian Law (IHL), and International Criminal Law (ICL).⁴⁸ However, even before such violations occurred, millions

43 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?.

44 James C Hathaway, Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, 2nd edition, Cambridge University Press 2014, p. 110, (The Law of Refugee Status).

45 The Turkish Council of State Plenary Session of the Administrative Law Chamber File No. 2021/2384 Decision No. 2022/677, 28.02.2022.

46 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 93.

47 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 122.

48 Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Interim Report on Reported Violations of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Ukraine, <https://www.osce.org/>

of people had already left their places of origin, reasonably anticipating that the war could inflict serious harm on them. As the Russian forces rapidly advanced to the outskirts of Kyiv, the capital city, more people left Ukraine fearing that the Ukrainian government would fall, and the Russians would gain control of the areas they lived in. Reports later revealed that there have been blatant violations in the places controlled by the Russian forces. These would surely be considered to demonstrate the existence of the well-founded fear element.

In addition to country-of-origin information, evidence of similarly situated persons are also taken into consideration in the assessment of well-founded fear. When considering this, scholars have mostly focused on the evidence of risks to persons similarly situated in the country of origin. Nevertheless, the evidence from the people of other countries who have been subjected to persecution by the same agent can also play a role in the assessment. The Russian Federation have been militarily active in various other parts of the world. Its compliance with IHRL and IHL has, however, largely been flawed.⁴⁹ There have been various breaches of the IHRL and IHL on many occasions, such as indiscriminate shelling and bombing of residential areas, the use of internationally banned weapons, killing civilians, torture and others.⁵⁰ Therefore, considering that such conduct is not by any means unheard of with regard to Russian forces in the previous military activities they carried out in Chechnya⁵¹, Georgia⁵², Syria⁵³ and other places, as well as there being no guarantee that such violations would not be repeated in Ukraine, it must be accepted that Ukrainians may have genuine justification for holding a well-founded fear of persecution at the hands of the Russian armed forces.⁵⁴

files/f/documents/c/d/523081_o.pdf (29.08.2022).

49 Human Rights Watch, Russia: Events of 2020, *World Report 2021* <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/russia> (29.08.2022), (Russia: Events of 2020).

50 Human Rights Watch, Russia: Events of 2020.

51 International Helsinki Federation for Human Rights, Russia Is Violating International Humanitarian Law in Chechnya, <https://reliefweb.int/report/russian-federation/russia-violating-international-humanitarian-law-chechnya> (29.08.2022); Revealed: Russia's Worst War Crime in Chechnya <https://www.theguardian.com/world/2000/mar/05/russia.chechnya> (16.06.2022).

52 Christopher W. Mullins, "War Crimes in the 2008 Georgia–Russia Conflict" *The British Journal of Criminology* Volume 51, Issue 6.

53 United Nations Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic A/HRC/34/64, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/026/63/PDF/G1702663.pdf?OpenElement> (16.06.2022); "War Crimes" Committed by Russia, Assad Gov't in Syria: Amnesty, <https://www.aljazeera.com/news/2020/5/11/war-crimes-committed-by-russia-assad-govt-in-syria-amnesty> (16.06.2022).

54 Devastation of War in Ukraine "Repetition of Syria" and Iraq, Says Amnesty <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/ukraine-war-syria-amnesty-international-b2046201.html> (16.06.2022).

2. Persecution

The question in this section is whether the persecution element exists in the case of Ukrainians. The answer will obviously depend on their individual circumstances. Nevertheless, some general remarks can still be made regarding the existence of the persecution element in relation to Ukrainians' circumstances. Indeed, persecution is the central element in the Convention's definition. Nowhere in the Convention is persecution actually defined; however, it is often understood to constitute serious violations of human rights. Hathaway postulates that persecution is "sustained or systemic violation of basic human rights".⁵⁵ This interpretation, known as human rights law approach to refugee definition, has commonly been adopted across various jurisdictions.

As mentioned, early reports indicate the existence of severe breaches of the IHRL by Russian forces. In Bucha, a small town close to Kyiv, it was revealed following the withdrawal of the Russian forces that dozens of civilians, whilst with their hands been tied behind them, were deliberately executed and their bodies left in the streets.⁵⁶ It was testified that many bodies showed signs of torture, mutilation, or burning.⁵⁷ Claiming to be "hunting Nazis", the Russian forces went door to door, raped women and girls, and took men away, which amounted enforced disappearance, as the Human Rights Watch reported.⁵⁸

Other violations have occurred in other parts of Ukraine too. There are serious allegations that children have been forcibly transferred from Ukraine to Russia,⁵⁹ which is defined as genocide by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.⁶⁰ In addition, where Russians encountered a degree of resistance in cities such as Mariupol, they did not hesitate to deliberately target civilian areas and raze civilian infrastructure such as homes, schools, and hospitals to the ground.⁶¹ As Storey argues, this actually

55 James C Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworths, 1991, p. 101.

56 Ukraine: Russian Forces' Trail of Death in Bucha, <https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha> (17.08.2022), (Russian Forces' Trail of Death in Bucha).

57 Oleksandr Stashevskiy, Cara Anna, In Bucha, Ukraine, Burned, Piled Bodies among Latest Horrors <https://abcnews.go.com/International/wireStory/bucha-ukraine-burned-piled-bodies-latest-horrors-83902341> (24.08.2022).

58 Russian Forces' Trail of Death in Bucha.

59 'Russia in Spotlight over Ukraine Atrocities as Human Rights Council Meets'; Exclusive: Ukraine Probes Deportation of Children to Russia as Possible Genocide, <https://www.reuters.com/world/europe/exclusive-ukraine-investigates-deportation-children-russia-possible-genocide-2022-06-03/> (16.06.2022).

60 The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 U.N.T.S. 277.

61 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?.

appears to be the main strategy of the Russian forces.⁶²

In view of the above, one would conclude that there are strong reasons to believe that the element of persecution is apparent with regard to Ukrainians' claims for refugee status under the framework of the human rights law approach. Nonetheless, the IHRL is by no means the only context that gives the meaning of persecution. Among others, IHL, particularly in situations of armed conflict, can inform us as to an interpretation of the concept.⁶³ Indeed, the UNHCR has affirmed the fact that "if someone is forced to flee armed conflict in their country because of human rights violations and breaches of humanitarian law, these factors will be part of what determines that person's refugee status".⁶⁴

The Turkish courts do not describe persecution in relation to violations of a particular branch of international law. The Council of State provides that "undoubtedly, the concept of persecution may refer to objective situations that make one's life unbearable such as [a threat to] life, freedom, or being exposed to discrimination as well as the situations that could be regarded subjective for the person concerned."⁶⁵ This interpretation seems to be broader than the human rights law approach. The term "situations that makes one's life unbearable" may cover not only serious violations of IHRL but also other situations that could arise outside its context.

As Holzer puts it, violations of IHL norms and principles such as attacks against civilians, rape and other sexual violence, use of prohibited weapons, etc., can amount to persecution.⁶⁶ These examples are obviously not exhaustive. Commission of war crimes, crimes against humanity, and other international crimes may also amount to persecution. The International Criminal Court has already launched an investigation into the crimes committed in Ukraine.⁶⁷

62 Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?.

63 Hugo Storey, "Armed Conflict in Asylum Law: The "War-Flaw"", *Refugee Survey Quarterly*, Volume 31, Issue 2, 2012, p. 1, (Armed Conflict in Asylum Law); Eric Fripp, "International Humanitarian Law and the Interpretation of "Persecution" in Article 1A (2) CSR51" *International Journal of Refugee Law*, Volume 26, Issue 3, 2014, p. 382.

64 UNHCR, Note on International Protection, A/AC.96/975, 2 July 2003, <https://www.refworld.org/docid/3f1feb6d4.html> (16.06.2022).

65 The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/99 Decision No. 2019/59, 07.01.2019.

66 Vanessa Holzer, "Persecution and the Nexus to a Refugee Convention Ground in Non-International Armed Conflict: Insights from Customary International Humanitarian Law", Eds. David James Cantor, Jean-Francois Durieux, *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 2014.

67 Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I Have Decided to Proceed with Opening an Investigation." <http://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (16.06.2022).

These do not mean to suggest that a perfect compliance with IHL in an armed conflict does not constitute persecution. Even activities that are not prohibited by IHL may also be considered persecution under international refugee law.⁶⁸

On the other hand, Ukrainians' fear of being persecuted might not only be from the Russian forces. They might also be subjected to persecution by the government of their own country. Indeed, even before the war, human rights record of Ukraine was not bright.⁶⁹ There are many reports indicating serious violations of human rights, particularly in the Donbas region due to the armed conflict ongoing since 2014.⁷⁰ Ukraine formally derogated⁷¹ from the European Convention on Human Rights⁷² (ECHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights.⁷³

After the Russian invasion, the Ukrainian government took further steps to deal with the emergency situation in the country.⁷⁴ This includes shutting down political parties⁷⁵ and media organs which are deemed to be pro-Russian⁷⁶, banning the exit of men aged between 18-60 from the country,⁷⁷ and indeed some others.⁷⁸ Some of these measures may possibly amount to persecution within the meaning of the international refugee law. For example, Ukrainian nationals of Russian origin who do not support the Ukrainian government in its fight against Russian attacks may face persecution as part of the measures taken. In

68 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 12, p. 4.

69 Fundamental Freedoms Squeezed in Ukraine, Human Rights Council Hears, <https://news.un.org/en/story/2021/12/1107972> (28.08.2022).

70 OHCHR, Arbitrary Detention, Torture and Ill-Treatment in the Context of Armed Conflict in Eastern Ukraine, 2014-2021, <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/arbitrary-detention-torture-and-ill-treatment-context-armed-conflict> (28.08.2022).

71 See the declaration by the Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe on 'Note Verbale' (10 June 2015) JJ7979C Tr./005-185 <https://rm.coe.int/09000016804896cf> (24.08.2022).

72 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) the Council of Europe, ETS No. 005.

73 The International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 99 U.N.T.S. 171.

74 President Signed a Decree on the Imposition of Martial Law in Ukraine, the Verkhovna Rada Approved It, <https://www.president.gov.ua/en/news/prezident-pidpisav-ukaz-pro-zaprovazhennya-voyennogo-stanu-73109> (28.08.2022).

75 Pjotr Sauer, Ukraine Suspends 11 Political Parties with Links to Russia, <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/20/ukraine-suspends-11-political-parties-with-links-to-russia> (16.06.2022)

76 Roman Olearchyk, Ukraine Shuts TV Channels It Accuses of Spreading "Russian Disinformation", <https://www.ft.com/content/176c0332-b927-465d-9eac-3b2d7eb9706a> (16.06.2022).

77 Gilbert, Ukraine Bans All Male Citizens Aged 18 to 60 from Leaving the Country.

78 Alesya Pavlynska, Martial Law in Ukraine https://www.americanbar.org/groups/labor_law/publications/labor_employment_law_news/spring-2022/martial-law-in-ukraine/ (28.08.2022).

addition, there might also be people who criticise the government for its “poor” handling of the crisis. Such people may also face persecution as the governments in war times are generally far less tolerant to different voices. There are also reports that left wing activists are being subjected to torture and ill treatment, and treated as traitors in Ukraine.⁷⁹ Those people might be eligible for refugee status in third countries, including Turkey.

3. Nexus to Convention Grounds

To be eligible for refugee status, however, a well-founded fear of persecution is not in itself sufficient. It must be accompanied by at least one of the five specified grounds listed in the Convention’s definition. For people fleeing from persecution by the Ukrainian government, establishing the nexus could be easier. If they are of Russian origin, they can rely on nationality grounds. If the fear of persecution is on account of their disagreements with the government, the nexus is likely to be political opinion. Persecution by one’s own government is already the most traditional reason for seeking asylum. However, establishing the necessary nexus for Ukrainian people escaping from the Russian forces and indiscriminate violence of warfare would be a more involved task.

In my opinion, the most suitable grounds for refugee status for Ukrainians fleeing Russian attacks would be nationality or political opinion. Traditionally, nationality was interpreted as citizenship of a country. However, it has been often emphasized that nationality is not limited to a formal understanding of citizenship. The UNHCR Handbook on Procedures, for example, states that “the term “nationality” in this context is not to be understood merely as “citizenship”.” To justify a broader understanding of the term nationality, it is often questioned and found absurd as to why a state would persecute its own citizens on account of their possession of its own citizenship.⁸⁰ It follows that the concept covers ethnic origins and minorities in a country even if they are not granted citizenship. It is certainly true that the concept also refers to “a group of people with the same language, culture and history who form part of a political nation”.⁸¹ However, a need for such a justification arises when it is assumed that it is only the factors in the country of origin that play a role in the escape of people. This assumption often leads to the roles and responsibilities of external factors, such as the activities of third states, to be ignored that cause people to

79 Ukraine is Brutally Repressing the Left, Criminalizing Socialist Parties, Imprisoning Activists <https://mronline.org/2022/03/26/ukraine-is-brutally-repressing-the-left-criminalizing-socialist-parties-imprisoning-activists/> (16.08.2022).

80 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 397.

81 Andreas Zimmermann, Jonas Dörschner, Felix Machts, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 388.

become refugees. Therefore, considering that the reasons for refugee flights are often centred around armed conflicts, not only internal but also international or internationalized armed conflicts, persecution by third states on the ground of citizenship is not too absurd. It may indeed be claimed that it is already happening in Ukraine.

Ukrainian citizens could argue that they are being persecuted on account of their Ukrainian nationality as Russians do not seem to recognize that Ukrainians are a different nation. In such a scenario, the matter is not whether the Ukrainian nation is objectively different to the Russians, but rather the perception or conviction of the Russians that denies the identity of the Ukrainian nation. Therefore, the belief of the persecutor plays a greater role in determining the refugee status of those being persecuted. Indeed, President Putin has several times stated that Ukrainians and Russians are “one people”⁸². This demonstrates that they deny the very existence of Ukrainians as a different nation. Thus, Ukrainians may well claim that they have a well-founded fear of persecution on account of their Ukrainian nationality. This could establish the necessary nexus to be eligible for refugee status.

One may argue that the nationality grounds meaning citizenship would be extremely inclusive as it opens the door for the entire nation of Ukraine.⁸³ That could well be true. Nevertheless, that a large number of people are persecuted as a group does not change the fact that individual members of the group are also persecuted. In the early days in some jurisdictions, it was held that asylum seekers fleeing armed conflicts were required to demonstrate a differential impact of the conflict on themselves “over and above” than the ordinary effects of the warfare.⁸⁴ This meant that if the violence affects the whole society equally, an individual was not able to qualify as a refugee unless they are singled out by the persecutors. This understanding, however, has been abandoned as it required an extra test which is found nowhere in the Convention.⁸⁵ As Mark Symes put it, “merely because all of those people in fact experience persecution, it cannot be said that the risk faced is in some way non-discriminatory; there is

82 Katherine Arnold, “There Is No Ukraine”: Fact-Checking the Kremlin’s Version of Ukrainian History, <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/2020/07/01/there-is-no-ukraine-fact-checking-the-kremlins-version-of-ukrainian-history/> (08.06.2022); ‘Putin Likes to Talk about Russians and Ukrainians as “One People.” Here’s the Deeper History’, <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/02/10/putin-likes-talk-about-russians-ukrainians-one-people-heres-deeper-history/> (06.06.2022).

83 Kristie De Peña, Have Ukrainians Been Persecuted? <https://www.niskanencenter.org/have-ukrainians-been-persecuted/> (16.05.2022), (Have Ukrainians Been Persecuted?).

84 The United Kingdom House of Lords, *Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan*, UKHL 15, 2 April 1998.

85 Storey, *Armed Conflict in Asylum Law*, p. 9.

still discrimination based upon the Convention-protected characteristic which attracts the ill-treatment in the first place”⁸⁶ Such discrimination on Convention grounds can then be nationality for Ukrainians to gain refugee status in Turkey.

Indeed, in the case of Ukrainians in Turkey, it does not seem that there is any real concern that the entire Ukrainian nation would flee to Turkey. As mentioned, the overwhelming majority of them escaped to neighbouring European countries. According to UNHCR data, only 6.5 million out of 44.5 million, the total population of Ukraine, have sought refuge in other countries.⁸⁷ This means that approximately 15% of the total Ukrainian population migrated to other countries. Therefore, the immigration of the “entire nation” discourse, even though hypothetically possible, would likely be misleading in practice. Secondly, in cases of mass migration, states often find other ways to deal with refugee influxes. For example, in many jurisdictions, including Turkey, temporary protection is offered if the numbers of refugees are regarded as too high to be handled through the individual refugee status determination processes. Furthermore, Article 16 of the Temporary Protection Regulation of Turkey stipulates that international protection applications of people under temporary protection status are not processed for the purposes of ensuring the effective implementation of temporary protection measures.⁸⁸ Leaving aside discussions on the compatibility of this article with international law, it is just another indicator that the discourse of the entire nation getting refugee status is illusory.

The second most relevant grounds in the Convention for Ukrainians to be eligible for refugee status would be political opinion. Relying on the Russian arguments again, Ukrainians could also argue that they are persecuted on account of their political opinion. Russians have claimed that people who are against Russian invasion are neo-Nazis. Thus, people who remain in Ukraine and defend their country against Russia are potential neo-Nazis in the eyes of Russian politicians and soldiers.⁸⁹ Again, it does not matter whether Ukrainians resisting the Russian invasion are neo-Nazis or otherwise; the vast majority, of course, have absolutely nothing to do with Nazis. The imputed political opinion by the Russian forces is sufficient to establish the link for political opinion grounds.

Finally, race as a ground in the Convention can also be relevant in the context of Ukraine. Admittedly, race and nationality are often intertwined concepts.

86 Mark Symes, *Caselaw on the Refugee Convention: The United Kingdom's Interpretation in the Light of the International Authorities*, Refugee Legal Centre, 2000, p. 75.

87 UNHCR, Ukraine Emergency.

88 Temporary Protection Regulation, O.G. 22/10/2014 – 29153.

89 De Peña, Have Ukrainians Been Persecuted?.

Unlike the early understanding of race as biological features of human beings, it is contemporarily understood in a broader term to include colour, ethnicity, culture, and even religion as in the case of Jews.⁹⁰ Therefore, it is now recognized as more of a social construct.⁹¹ Former President of the Russian Federation, Dimitry Medvedev, currently serving as Deputy Chairman of the Security Council of Russia has made several statements threatening the existence of Ukraine.⁹² Amongst others, implying a genocidal intent, he stated, “who said that in two years Ukraine will exist at all on the world map?”⁹³ Indeed, such assertions have become the everyday business of Russian TV channels and newspapers.⁹⁴ Taken together, Ukrainians can argue that they have a well-founded fear of persecution on the basis of their race.

4. Protection

There are two more elements in the Convention’s definition. A person should be “outside the country of his nationality” and “is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country”. As this paper analyses the probable claims of Ukrainians who are in Turkey, no discussion would arise with regard to the requirement of being outside the country of nationality; they are already outside Ukraine. The focus should then be on the other element: the protection of the country of origin.

The question is whether Ukrainians are still able to avail themselves of the protection of their country or, owing to a well-founded fear of persecution, are not willing to avail themselves of such. Traditionally, the source of persecution is either claimants’ own governments or non-state actors against the activities of which the government is either unwilling or unable to provide protection. In addition, a foreign state can also be the source of persecution through various activities, including invasion of a country. Failure of state protection in such cases is integral to the success of an international protection application.⁹⁵

90 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 394-397.

91 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 394-397.

92 Ruchira Sharma, Former Russian President and Putin’s Defence Minister State Right to Use Nuclear Weapons in Ukraine War, <https://inews.co.uk/news/former-russian-president-putin-defence-minister-state-right-use-nuclear-weapons-ukraine-war-1541571> (24.08.2022).

93 John Haltiwanger, Russia’s Former President Says Ukraine Might Not “even Exist on the World Map” in 2 Years in Latest Genocidal Message, <https://www.businessinsider.com/russias-ex-president-ukraine-might-not-even-exist-on-the-world-map-in-2-years-2022-6> (18.06.2022).

94 Andrew Roth, Fears Genocidal Language in Russian Media May Prompt More War Crimes, <https://www.theguardian.com/world/2022/apr/07/russian-media-coverage-ukraine-genocidal-streak> (18.06.2022).

95 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 297.

Country of origin information is again crucial to determine such a failure. Unfortunately, the PMM does not publish country of origin information reports. Thus, I am not aware of whether a report on Ukraine situation has yet been prepared for the convenience of decision-makers. However, from open sources, it appears that some territories in eastern and southern parts of Ukraine are under Russian control as of August 2022.⁹⁶ Russian forces aim to advance towards the west day by day.⁹⁷ In addition, heavy clashes are still experienced in those parts, particularly in and around the regions of Kharkiv, Luhansk, Donetsk, Zaporizhzhia, and Kherson.⁹⁸ As the Ukrainian government has lost control over some parts of these regions, it is unable to provide protection to Ukrainian citizens from there.

On the other hand, significant territories in the Western parts of Ukraine have yet to be invaded by Russian forces; moreover, some areas have never been attacked. Since such areas are safer, millions of people from the east migrated to the west to find a shelter. According to UNHCR data, some seven million people have been internally displaced. In particular, the Lviv region, near the Polish border, has hosted a large number of IDPs.⁹⁹ In addition, there have been returns of Ukrainian people to their country, particularly after Russian forces withdrew from the outskirts of Kyiv. Since 28 February 2022, as the UNHCR provides, there have been 4,767,914 border crossings to Ukraine. Considering these, the question arises as to whether international protection applications by Ukrainians should be denied on the basis that Ukraine still provides effective protection to its citizens in areas other than those controlled by Russians in the east.

This is an important question as asylum claims are generally rejected in many jurisdictions if there is internal flight or protection is a viable alternative. The implementation in Turkey is no different. In line with Article 8 of the EU Qualification Directive on internal protection alternative¹⁰⁰, Article 78 (4) of the LFIP states that “when the applicant can be provided with protection against the threat of persecution or serious harm in a certain region of the country of

96 Ukraine War in Maps: Tracking the Russian Invasion after Six Months <https://www.bbc.com/news/world-europe-60506682> (28.08.2022), (Ukraine War in Maps).

97 Ukraine War in Maps.

98 Ukraine War in Maps.

99 Loveday Morris, As Russia's War Expands, a Ukrainian Tourist Hub Becomes a Refuge for the Displaced, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/03/01/ukraine-russia-refugees-displaced/> (27.08.2022).

100 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted 2011 [32011L0095]. (Directive 2011/95/EU)

citizenship or former residence, and if the applicant is in a condition to safely travel to and settle in that region of the country, it may be decided that the applicant does not need international protection.” The law then requires the country of origin is still able to provide protection against the threat of persecution and serious harm in the areas to where asylum seekers are proposed to be relocated. Second, such areas must be safely accessible to asylum seekers, there should not be a threat of persecution or serious harm *en route* to those places. Third, in addition to safe travel, the place must be suitable for settlement. The EU Qualification Directive also requires that an applicant can “reasonably be expected to settle there”.¹⁰¹

The UNHCR provides broader guidance for the assessment of whether there is a genuine internal protection alternative or otherwise.¹⁰² According to this, there are two main tests that needs to be considered: These are *the relevance* and *the reasonableness* tests.¹⁰³

The relevance analysis is made based on the following criteria:

- “Is the area of relocation practically, safely, and legally accessible to the individual? If any of these conditions is not met, consideration of an alternative location within the country would not be relevant.
- Is the agent of persecution the State? National authorities are presumed to act throughout the country. If they are the feared persecutors, there is a presumption in principle that an internal flight or relocation alternative is not available.
- Is the agent of persecution a non-State agent? Where there is a risk that the non-State actor will persecute the claimant in the proposed area, then the area will not be an internal flight or relocation alternative. This finding will depend on a determination of whether the persecutor is likely to pursue the claimant to the area and whether State protection from the harm feared is available there.
- Would the claimant be exposed to a risk of being persecuted or other serious harm upon relocation? This would include the original or any new form of persecution or other serious harm in the area of relocation.”¹⁰⁴

101 (Directive 2011/95/EU).

102 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees HCR/GIP/03/04, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3f28d5cd4/guidelines-international-protection-4-internal-flight-relocation-alternative.html> (18.08.2022), (Guidelines on International Protection No. 4).

103 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4.

104 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4., p. 3.

On the other hand, *the reasonableness* analysis takes the following question into consideration:

- “Can the claimant, in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship? If not, it would not be reasonable to expect the person to move there.”¹⁰⁵

In view of the above, how should the case of Ukrainians in Turkey be evaluated? First of all, it must be stated that the evaluation of internal protection alternative is forward-looking.¹⁰⁶ The risk assessment should be made in relation to whether the asylum seeker can prospectively find protection in the proposed part of his country. This means that people may not be sent back to allegedly safe areas as they could have sought protection somewhere in the country of origin before arriving to the host country. This is not an admissibility criterion. Therefore, the claims of asylum seekers must first be heard, then an assessment be made pursuant to the definition of the 1951 Refugee Convention. Indeed, Article 78 (5) of the LFIP provides that even if it appears in the beginning that an internal protection alternative exists, “[it] does not prevent the application from undergoing a full assessment.” This is already an established practice of the Turkish Council of State. It first examines the claims of asylum seekers, then establishes whether there is a well-founded fear of persecution on account of the five specified grounds and turns to the evaluation of an internal protection alternative.¹⁰⁷

Second, following the UNHCR guidance step by step, it can well be argued that Ukrainians can practically, legally, and safely access the Western parts of their country where there is no Russian presence. There is no threat in accessing, for instance, the Lviv area through Poland. There is no legal barrier in relation to their readmission to Ukraine.

Third, the source of persecution matters. Notably, the UNHCR guidelines does not refer to third states as the source of persecution or serious harm. Yet, as mentioned, the Russian attacks and violations of the IHL and IHRL can amount to persecution or serious harm. Indeed, Russian attacks in Ukraine are country-wide, even though they are sporadic in some places. It must be considered that Russia even bombed Lviv, the western-most region of Ukraine that was regarded as a safe haven by many Ukrainians. Civilian casualties have nev-

¹⁰⁵ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4., p. 3.

¹⁰⁶ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4., p. 3.

¹⁰⁷ The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/447 Decision No. 2018/970, 01.02.2018; File No. 2016/654 Decision No. 2018/2122, 20.06.2018.

ertheless been reported in this region too.¹⁰⁸ Indeed, it cannot really be surprising that Russia attacks anywhere in Ukraine as their officials affirm that Russia is reluctant to accept Ukraine as an independent state and nation. President Putin asserted that they are “just starting” in Ukraine.¹⁰⁹ Following this, the Russian Foreign Minister stated that their goal in Ukraine is not restricted to Donbas region, but beyond it.¹¹⁰

These statements, coming from a country that is the world’s second-largest military superpower, in possession of nuclear weapons, ruled by an autocrat, and in full cooperation with Belarus through which Russians may conveniently operate also in northwest Ukraine¹¹¹ may unsurprisingly create a threat of persecution or serious harm to all Ukrainians, regardless of their location. Fears may also arise in western Ukraine as it is the main gateway for weapons supplied by the European countries and NATO, which will almost certainly make these areas more vulnerable to Russian attack.¹¹² No less likely, Russia may hit the places near the European borders where the most IDPs are located purely to create more refugee flights towards European countries in order to increase their burden, as it has already done in northwest Syria in border towns with Turkey, only to create more movements towards Turkey and Europe.

While suggesting the above matters, it must be borne in mind that Russia is actually capable of hitting every corner of Ukraine. It has got long-range missiles which can carry out intended attacks which may even be launched from its own territories. The analyses might also require examining the air defence capabilities of Ukraine. However, as it stands, Russia has demonstrated its ability to hit remote parts of Ukraine. Therefore, Russia does not need to have boots on the ground to create the threat of persecution or serious harm to the Ukrainian people. Indeed, as suggested by the UNHCR guidance, if a persecutor is likely to

108Toby Luckhurst, Mariana Maglych, Ukraine War: First Civilian Deaths in Lviv Shatter Sense of Safety <https://www.bbc.com/news/world-europe-61141817> (28.08.2022).

109Mark Trevelyan, Putin Says Russia Just Starting in Ukraine, Peace Talks Will Get Harder, <https://www.reuters.com/world/europe/russias-putin-if-west-wants-beat-us-battlefield-let-them-try-2022-07-07/> (19.08.2022).

110 Mark Trevelyan, Russia Declares Expanded War Goals beyond Ukraine’s Donbas, <https://www.reuters.com/world/europe/lavrov-says-russias-objectives-ukraine-now-go-beyond-donbas-2022-07-20/> (19.08.2022).

111 Anastasiya Bayok, Stefan Wolff, Ukraine War: Fears That Belarus Might Invade on Russia’s Side Are Growing, <http://theconversation.com/ukraine-war-fears-that-belarus-might-invade-on-russias-side-are-growing-185416> (28.08.2022).

112 Riya Baibhawi, Russia Claims to Destroy NATO-Supplied Weapons in Ukraine’s Lviv Region as War Escalates, <https://www.republicworld.com/world-news/russia-ukraine-crisis/russia-claims-to-destroy-nato-supplied-weapons-in-ukraines-lviv-region-as-war-escalates-articleshow.html> (28.08.2022).

operate in the entire country, it is presumed that there is no internal protection alternative. Hathaway and Foster affirm this in stating that “it is not necessary that the persecutor has already established a presence throughout the country, as long as it has the capacity to continue to harm the applicant in the alternative place.”¹¹³

The last point in *the relevance* analysis is the requirement that there should be no new risks of being persecuted or harmed. This is also related to the discussions above. Considering that the war continues and there are currently no signs of the formation of a durable peace between the conflicting parties, and also considering the threatening statements by Russian officials, it is too difficult to conclude that a new risk of persecution or serious harm will not arise for an applicant if returned to Ukrainian territories.

For such reasons, I am of the opinion that there are insufficient grounds to deny asylum claims at this stage of the armed conflict on the basis of the existence of an internal protection alternative. Indeed, the UNHCR affirms this position: “in view of the volatility of the situation in the entire territory of Ukraine, UNHCR does not consider it appropriate to deny international protection to Ukrainians and former habitual residents of Ukraine on the basis of an internal flight or relocation alternative.”¹¹⁴ Similarly, the UK Home Office maintained the same outcome in a report recently published on the Ukraine country situation. It provided that “due to the levels of indiscriminate violence in certain regions and the unpredictable and fast-moving nature of the conflict, internal relocation within Ukraine is not considered reasonable at the time of writing.”¹¹⁵

As to *the reasonableness* analyses, the UNHCR provides that internal protection should be able to “lead a relatively normal life without facing undue hardship”.¹¹⁶ The LFIP Article 78 (4) seems to address this matter in very loose terms, despite the EU Qualification Directives’ reference to *reasonableness* in Article 8 as “reasonably be expected to settle there”. Article 78 (4), however, suffice to state that the applicant can “... settle in that region”. Unlike the UNHCR test and EU Qualification Directive, it does not seem to be particularly interested in the *socio-economic* situations of applicants when returned to their country of origin based on the existence of an internal protection alternative.

113 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 345.

114 UNHCR Position on Returns to Ukraine, <https://www.refworld.org/docid/621de9894.html> (26.09.2022).

115 Country Policy and Information Note: Security Situation, Ukraine, June 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/ukraine-country-policy-and-information-notes/country-policy-and-information-note-security-situation-ukraine-june-2022-accessible> (26.09.2022).

116 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 4.*, p. 3.

Nevertheless, it can still be argued that “settling” is not a mere presence in a safe place, but to have a normal life with its all aspects which does not exclude *socio-economic* perspectives. Hathaway and Foster offer an alternative framework for the *reasonableness* test. According to them, what must be considered instead is the provision of the rights listed in the 1951 Refugee Convention.¹¹⁷

I have not come across a Turkish court decision assessing *the reasonable-ness* test in the context of internal protection alternative. Nevertheless, there are cases, particularly of Afghans and Iraqis in Turkey, where the internal protection alternative was partly relied on in the rejection of international protection applications. Storey states that “refugee assessment [of Ukrainians] will be somewhat akin to that undertaken in the past in relation to Iraq and Afghanistan where at different points in time UNHCR among others, only considered certain provinces or regions to be at an exceptionally high level of violence so as to give rise to a general risk.”¹¹⁸

In many decisions, the Turkish Council of State, with regards to the situation in Afghanistan before Taliban takeover in 2021, held that “in the country of origin report submitted by the respondent administration to the file, in the report prepared by the UK Home Office, it is stated that those sent from the UK to Kabul are in better condition than IDPs, Kabul is one of the places where there is the least conflict and where the best contingents of international forces were located and it is a viable option for the person concerned to relocate within his country and settle in safe areas, therefore, it is established that there is an internal flight and relocation alternative within the applicant’s country.”¹¹⁹

In another ruling where an applicant placed that he feared from persecution by Taliban, the Ankara Regional Administrative Court upheld that 68% of armed clashes occur mostly in the south, southeast, and east of Afghanistan; when the number of civilians killed or injured in 2014 was taken into account, 0.03% of the total population was directly and physically affected by the violence; the city of Kabul is, in general, appropriate for internal flight. Therefore, it rejected the claims of the applicant. Also in Iraq, the capital Baghdad was considered a place suitable for internal flight.¹²⁰

117 Hathaway, Foster, *The Law of Refugee Status*, p. 355.

118 Storey, *Are Those Fleeing Ukraine Refugees?*.

119 The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2019/245 Decision No. 2020/5866, 07.12.2020; The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/1 Decision No. 2018/717, 19.02.2018; The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/2327 Decision No. 2016/3692 11.10.2016.

120 Ankara Regional Administrative Court, 10. Administrative Law Chamber, File No. 2018/907 Decision No. 2018/1047, 03.10.2018].

If the courts follow a similar reasoning in the Ukrainian case too, it might be expected that international protection applications of Ukrainians may be rejected on the basis of the existence of internal protection alternative. Nevertheless, it must be noted that the violence in Afghanistan and Iraq was quite protracted when these rulings were established. Therefore, there were some regions which were not directly affected by violence for many years. As Storey points out, there were some UNHCR reports accepting the availability of an internal protection alternative in some regions.¹²¹ On the other hand, the conflict in Ukraine is relatively new, therefore, it is still too early to reach a similar conclusion. If the Turkish courts follow UNHCR guidance as well as UK Home Office reports, as they have done before along with the above considerations, they should not deny refugee status to Ukrainians relying on the internal flight alternative.

Finally, it must be recalled that the language of the LFIP Article 78 (4) is optional: "... it *may* be decided that the applicant does need international protection." This leaves a significant margin to the administration in deciding whether to deny an application on the basis of the existence of an internal flight alternative. The PMM is the body that carries out international protection assessments in Turkey. Considering the favourable treatment of Ukrainians in Turkey as per government policy, the PMM, as a government body, may not trigger Article 78 (4) at all.

5. Safe Third Country/First Country of Asylum

States often find creative ways to pursue restrictive immigration policies. Although nowhere in the 1951 Refugee Convention is it stated that refugees should seek asylum in the first country they found safety¹²², returns to third countries for reasons that protection could have been sought elsewhere has become an established policy of European countries and, indeed, that of others. Such implementations have been widely criticised in the literature as it creates various problems for refugees, host countries, and transit countries alike. I do not intend to address those problems¹²³ and the legality of the concepts of first country of asylum and safe third country under international law¹²⁴ for reasons

¹²¹ Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?.

¹²² Guy S Goodwin-Gill, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention and Protection", Eds. Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, p. 194.

¹²³ See for further information on Stephen H Legomsky, "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection" *International Journal of Refugee Law*, Volume 20, Issue 4, 2003, p. 567. (Secondary Refugee Movements)

¹²⁴ See for a detailed analysis of the lawfulness of the concept of 'safe third country' under international law: Violeta Moreno-Lax, "The Legality of the 'Safe Third Country' Notion Contested: Insights from the Law of Treaties", Eds. G.S. Goodwin-Gill, P. Weckel, *Migration & Refugee Pro-*

of space. Nevertheless, such concepts are relevant in this analysis as Turkey also introduced them as admissibility criteria when the LFIP came into force.¹²⁵

A quick look at the routes used by Ukrainians arriving in Turkey also requires an engagement with the applicability of these concepts. Turkey and Ukraine do not share a land border, though the countries are 'neighbours' via the Black Sea. Three modes of transportation, namely, land, sea and air, are normally available for the movement of people between these countries. However, even before the Russian invasion begun on the 24th of February 2022, many airline companies had cancelled their flights to and from Ukraine.¹²⁶ After the invasion, Ukrainian airspace was entirely closed to civilian flights.¹²⁷ Therefore, direct arrivals to Turkey from Ukraine became impossible through airways. Similarly, as Russia has attacked Ukrainian ports on the Black Sea and also imposed a naval blockade for ships departing from Ukraine¹²⁸, seelines were also not available for people to flee. Therefore, they were only left with the land option, mostly through the western borders of Ukraine with European countries.

Most Ukrainians have taken the easiest route by bus: Ukraine-Romania-

tection in the 21st Century: Legal Aspects, The Hague Academy of International Law Centre for Research, Martinus Nijhoff, 2015, p. 665. She sensibly argues that only in rare circumstances the concept of 'safe third country' might be considered lawful: "In a system based on equal sovereignty and free consent, protection obligations on third countries cannot be created without their express accord, either unilaterally or through bilateral or multilateral inter se agreements. The amendment of the 1951 Convention by all or part of its Contracting States is also subject to substantive and procedural conditions that pre-empt the distortion of its purpose and essence. The end result is that responsibility for refugee protection may be shared (but not shifted) only where a genuine cooperative basis conducive to the realization of the 1951 Convention objectives is really present." either unilaterally or through bilateral or multilateral inter se agreements. The amendment of the 1951 Convention by all or part of its Contracting States is also subject to substantive and procedural conditions that pre-empt the distortion of its purpose and essence. The end result is that responsibility for refugee protection may be shared (but not shifted

125 Turkey has long criticised the use of safe third country concept by developed countries in a way that erodes the institution of asylum and burdens transit and developing countries. Yet it also introduced the concept with the adoption of the LFIP. For a detailed analyses of Turkey's international policy on safe third country see: Gamze Ovacık, "Compatibility of the Safe Third Country Concept with International Refugee Law and Its Application to Turkey", *Perceptions: Journal of International Affairs*, Volume 25, Issue 1, 2020, p. 61.

126 Rob Gill, More Airlines Cancel Flights to Ukraine as Tensions Rise, <https://www.business-travelnewseurope.com/Air-Travel/More-airlines-cancel-flights-to-Ukraine-as-tensions-rise> (11.08.2022).

127 Beth Timmins, Ukraine Airspace Closed to Civilian Flights, <https://www.bbc.com/news/business-60505415> (11.08.2022).

128 Rory Tingle, Putin Cuts off Vital Shipping Route to Ukraine While His Forces Move on Kiev: Russian Vessels Blockade the Azov Sea While Navy Conducts "special Military Operation" in the Area, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10546931/Putin-cuts-vital-shipping-route-Ukraine-forces-Kiev.html> (11.08.2022).

Bulgaria-Turkey.¹²⁹ Some might have also passed Moldova or other European countries to reach Turkey, while a very limited number might have arrived through the route of Russia-Georgia-Turkey. Therefore, they have passed through a few countries before reaching Turkey. In this case, one may wonder how Turkey applies the concepts of safe third country and the first country of asylum to Ukrainians. Would they be returned to those countries under these frameworks?

It must initially be stated that such a return would not happen under the current political circumstances. As mentioned, the Turkish government pursued a welcoming policy towards Ukrainians. Therefore, even if their international protection claims are rejected, they would still be allowed to remain in Turkey under other schemes, as I shall elaborate upon in the following sections. Yet, this is an issue that would nevertheless arise in the refugee status determination processes.

The LFIP Article 74 (1) states that the applications of those coming from safe third countries are considered inadmissible: “In cases where it is established that applicant has arrived from a safe third country in which he/she has lodged an [international protection] application or in which it would have been possible to lodge an international protection claim that could have resulted in the granting of appropriate protection in compliance with the Convention, the application shall be considered inadmissible and the actions for their removal to the safe third country shall be initiated.” Turkey does not list countries that are deemed safe. However, the LFIP Article 74 (2) articulates that a country would be considered safe if “a) the lives or freedoms of persons are not under threat on account of their race, religion, nationality, membership of a particular social group or, political opinion; b) implement the principle of non-refoulement with regard to countries where persons may be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment; c) provide the opportunity to apply for refugee status, and when the person is granted refugee status, the possibility to provide appropriate protection in compliance with the Convention; ç) ensure that there is no risk of being subject to serious harm.”

As most Ukrainians have used the Romania-Bulgaria route to reach Turkey, the question arises as to whether these countries could be considered “safe third countries”. Considering that these countries are parties to the 1951 Refugee

129 Médecins du Monde-Turkey, Ukrainian Refugees in Turkey: A Brief Look at the Humanitarian Needs and Responses, <https://reliefweb.int/report/turkey/ukrainian-refugees-turkey-brief-look-humanitarian-needs-and-responses> (11.08.2022).

Convention¹³⁰, the European Convention on Human Rights,¹³¹ and other human rights treaties, are members of the European Union, and also have welcoming policies towards Ukrainians, and provide them with temporary protection which grants the right to work, accommodation, and social assistance, education, and medical care, I do not think that there would be any real controversy in relation to these countries being considered to meet the criteria for safe third countries for Ukrainians by the Turkish courts.¹³² Obviously, an individual assessment is still required in each case to determine whether these countries are safe or otherwise. A more important and relevant question with regard to Ukrainians' circumstances, however, is related to their transit passage. The fact that Ukrainians aiming to reach Turkey as their final destination had to transit through Romania and Bulgaria raises the question of whether a mere transit is sufficient for their *refoulement* to safe third countries or otherwise.

In some jurisdictions, mere contact with the authorities of a safe third country is sufficient to regard them as asylum seekers under the jurisdiction of that country, and in which asylum seekers could have requested protection.¹³³ The operation of the Dublin System of the European Union, for example, is based on this idea. Under this, the country where asylum seekers entered first is, in principle, responsible for processing refugee status determination.¹³⁴ It does not matter whether asylum seekers happened to be in the territories of the first EU country for a few hours or transited through that country to their final destination. The responsible state would be the first country of entry, save some limited exceptions.¹³⁵ In Turkey, however, sending people to safe third countries only because they transited through territories of those states was clearly ruled out. First, Article 74 (3) of the LFIP provides that "the assessment of whether or not a country is a safe third country for the applicant shall be made on case-by-case

130 UNHCR, States Parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol, <https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73bod63.pdf> (11.08.2022).

131 Chart of Signatures and Ratifications of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (11.08.2022).

132 Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection.

133 Section 12 The Safe Third Country Concept, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bab55e22> (29.08.2022)

134 Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) 2013 (OJ L). (Regulation (EU) No 604/2013)

135 Regulation (EU) No 604/2013.

basis for each applicant, including the assessment of connections between the person and the country according to which it would be reasonable to return the applicant to the third country concerned". Second, further provisions can be found in the Regulation on the Implementation of the Law on Foreigners and International Protection (RFIP)¹³⁶ Article 77 (2) with regard to the reasonable connection test. For there is a reasonable connection between a country and applicant, the RFIP article 77 (2) (ç) that requires that "the applicant has previously been in the county concerned for long term stay purposes as opposed to merely for the purpose of transit."

In light of the above, it is clear that Ukrainians may not be *refouled* to the countries that they transited through on their way to Turkey under the concept of safe third country. This outcome should also be adopted under the concept of the country of first asylum. Article 73 of the LFIP states that "in cases where it is established that applicant has arrived from a country in which they have previously been recognised as a refugee and can currently avail themselves of that protection or, has arrived from a country where they can currently enjoy sufficient and effective protection¹³⁷ including protection against refoulement, their applications shall be considered inadmissible and the actions for the applicant's removal to the first country of asylum shall be initiated."¹³⁸

136 The Regulation on the Implementation of the Law on Foreigners and International Protection, O.G. 17.03.2016 – 29656.

137 What is meant by "sufficient and effective protection" is elaborated in the article 76 of the RFIP: If one of the following conditions exists, an applicant is considered to have currently been enjoying from a "sufficient and effective protection": "(a) There is no risk of well-founded fear of persecution or serious harm for the applicant in the third country concerned; (b) There is no risk of onward deportation for the applicant from the third country concerned to another country where he or she will be unable to avail themselves of sufficient and effective protection; (c) The third country concerned is a state party to the 1951 Refugee Convention and 1967 Protocol and undertakes practices in compliance with the provisions of the 1951 Convention; (ç) The sufficient and effective protection provided by the third country concerned to the applicant shall persist until a durable solution can be found for the applicant."

138 In this article, I had to depart from the unofficial translation of the LFIP published by PMM and UNHCR since it is not only weak but also really misleading with regards to the scope of the concept of first country of asylum. The second part of the sentence is translated in the document as follows: "or, has arrived from a country where the[re is a] possibility to enjoy sufficient and effective protection including protection against refoulement" which is rather problematic. First, it skips, for no reason, the word "*hâlen*" meaning "currently" or "still" that is used in the original Turkish text before "enjoy". Second, the use of the word "possibility" may create an incorrect understanding that sending people back to the country of first asylum only because there was a possibility for them to enjoy sufficient and effective protection even if they merely transited through the country concerned is legal. Admittedly, this arises from the law's confusing use of the word "*faýdalanabileceği*" in the original text, meaning "can enjoy". While a very strict literal interpretation of this word seems to allow for the meaning "possibility to enjoy", it must be rejected as the purpose of the law does not allow for such an interpretation. When the LFIP 73 is read in conjunction with the LFIP article 74 and the RFIP articles 75 and 76, it will be seen that the legislator intends to mean that asylum

The concept of first country of asylum targets persons who *have* already been recognized as refugees or those who *were* granted another form of protection that is sufficient and effective. In addition, the applicant should *currently* be benefitting from the protection provided by the host country. A mere presence of asylum seekers in such a country for transit purposes is not sufficient to consider that country as a first country of asylum. Indeed, first country of asylum concept requires a stronger connection between an asylum seeker and host state in comparison to the safe third country concept. In the former, rather than a mere international protection application or the opportunity to apply for such, a *recognition* of the eligibility of people for refugee status or another form of protection which is sufficient and effective by the host country is necessary.¹³⁹ As Legomsky puts it, “the longer, the more meaningful, the more formal, and the more secure the person’s stay in the third country, the more likely it is that the country will be described as a ‘first country of asylum’ rather than a ‘safe third country’.”¹⁴⁰ A transit country cannot be considered as such.”

In summary, it can be reasoned that if a transit pass is not considered a reasonable and sufficient connection to return people to a safe third country, it may not, *a fortiori*, be a reasonable ground to return people under the category of first country of asylum. Therefore, Ukrainians may not be *refouled* to Romania, Bulgaria, or other countries merely because they transited through these countries before arriving in Turkey. This remains the case regardless of whether they had the opportunity to seek asylum in these countries.

This marks the end of the examination for the eligibility of Ukrainians for refugee status.¹⁴¹ Although gaining refugee status is actually possible for

seekers should have either been granted refugee status or another form of protection that is effective and sufficient which the applicant *currently* enjoys. First, the LFIP article 74 explicitly states that “applicant has arrived from a safe third country in which he/she has lodged an [international protection] application or in which it would have been possible to lodge an international protection claim that could have resulted in the granting of appropriate protection in compliance with the Convention”. If this was intended for the country of first asylum too, the legislator could explicitly state it in the article 73 as well. Further, if there was an intent to cover the possibility of filing an application in the first of country of asylum, the difference between Articles 73 and 74 would make no sense. Second, in the RFIP 75 and 76, the legislator does not use the word “ *faydalanabileceği*”. Instead, it uses present and past tense for the word “enjoy”. In the RFIP article 75, it is stated “*korumadan halen yararlanıyor olması*” meaning “[an applicant] is currently enjoying protection”; while in the RFIP article 76, it is stated “*korumadan halen faydalandığı*” meaning “[an applicant] has currently been enjoying protection”. Therefore, as I offer above, a correct translation should be “can currently enjoy”. Nevertheless, it would have been more appropriate had the legislator only used “enjoys” for a greater clarity.

139 I am grateful to Asst Prof Gamze Ovacık and Atty Enes Kafadar for their useful clarifications on this matter.

140 Legomsky, *Secondary Refugee Movements*, p. 571.

141 If there are reasons to consider the exclusion of a particular applicant from refugee status

Ukrainians in Turkey, individual refugee status determination processes, as everywhere in the world, is a lengthy journey surrendered by many obstacles. Compared to other alternatives, as shall be demonstrated in the following sections, it is probably the most tiresome procedure to go through to legally stay in Turkey. For this reason, one may wonder how many Ukrainians will attempt to apply for and then successfully gain refugee status in Turkey. I will now turn to another form of international protection status, subsidiary protection, which can also be as lengthy and tiresome as refugee status. Before beginning, however, it must be stated that the considerations on the internal light alternative, safe third country and first country of asylum equally apply to subsidiary protection under the framework of the LFIP.

B. Subsidiary Protection

This form of protection was first designed in European Union Law for people who fall outside the scope of the definition of the 1951 Refugee Convention but cannot be sent back to their countries as they would face serious human rights violations. In order to fulfil the obligations arising from several international human rights treaties, particularly with regard to the ECHR, subsidiary protection was created to complement the 1951 Refugee Convention.¹⁴² Decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) expanding the scope of the principle of *non-refoulement* played a significant role in the creation of this category of protection.¹⁴³ Turkey also adopted this status in order to improve its human rights record by granting protection to those whose *refoulement* would otherwise be considered a breach of its IHRL obligations and complete necessary amendments in its law in the EU accession process.¹⁴⁴

Subsidiary protection is defined in Article 63 of the LFIP as follows: “A foreigner or a stateless person, who neither could be qualified as a refugee nor as a conditional refugee, shall nevertheless be granted subsidiary protection upon the status determination because if returned to the country of origin or country of [former] habitual residence would:

- a) be sentenced to death or face the execution of the death penalty;
- b) face torture or inhuman or degrading treatment or punishment;

pursuant to article 1 (F) of the 1951 Convention and article 64 of the LFIP, an evaluation will also be made with regards to this issue. Yet, for reasons of space, I have decided not to cover this matter in this analysis.

¹⁴² Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, p. 136, (Complementary Protection in International Refugee Law).

¹⁴³ McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, p. 137.

¹⁴⁴ Süreyya Can, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma*, Unpublished Master Thesis, Dicle University Institute of Social Sciences Department of Private Law, 2021, p. 224.

c) face serious threat to himself or herself by reason of indiscriminate violence in situations of international or nationwide armed conflict;

and therefore is unable, or for the reason of such threat, is unwilling to avail himself or herself of the protection of his country of origin or country of [former] habitual residence.”

In this section, I will largely focus on paragraph (c) of the Article since it is more relevant to Ukrainians as most of them fled from the indiscriminate effects of the armed conflict. Nonetheless, the implementation of paragraphs (a) and (b) can also arise depending on the circumstances of the Ukrainians in question. At this point, it must be noted that Russia was expelled from the Council of Europe¹⁴⁵ and therefore it will cease to be a party to the ECHR.¹⁴⁶ This means that the death penalty may be brought back to places that Russia has effective control over. Indeed, this is not a mere possibility. Some foreigners captured fighting for Ukraine were sentenced to death by the authorities in the Russian-controlled “Donetsk People’s Republic”.¹⁴⁷ Therefore, this real risk should duly be considered if an applicant raises the fact that they could face such a penalty if returned to Ukraine. Similarly, paragraph (b) can also be a real concern as there have been various human rights violations by both Ukraine and Russia. These paragraphs are the most direct effects of the rulings of the ECtHR in relation to the nexus between asylum and the right to life (ECHR Article 2) and the right not to be subjected to torture and inhuman or degrading treatment (ECHR Article 3).

Article 63 (c), on the other hand, was incorporated from the EU Qualification Directive 2011 Article 15 (c), though with a few differences.¹⁴⁸ For an applicant to be granted subsidiary protection in Turkey, multiple elements, namely armed conflict, indiscriminate violence, and serious individual threat should be

145 The Council of Europe Ministers’ Deputies, Resolution CM/Res(2022)2 on the Cessation of the Membership of the Russian Federation to the Council of Europe, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51 (28.08.2022).

146 Russia Ceases to Be a Party to the European Convention on Human Rights on 16 September 2022, https://www.coe.int/en/web/portal/full-news/-/asset_publisher/y5xQt7QdunzT/content/russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-16-september-2022 (28.08.2022).

147 Two Britons, One Moroccan Sentenced to Death by Court of Russian Proxy in Ukraine, <https://www.reuters.com/world/europe/separatist-donbas-region-issues-death-penalty-captured-british-moroccan-fighters-2022-06-09/> (20.08.2022).

148 For differences see: Meltem İneli-Ciğer, “Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 20, Issue 1, 2018, p. 199, (Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma). The major difference is that the EU law requires an applicant to be a civilian whereas the Turkish Law do not.

established cumulatively, although the last two of them seems contradictory. Each element is separately analysed in the following.

1. Armed Conflict

The first element is the existence of armed conflict. People should be fleeing from an international or non-international armed conflict. Sometimes the meaning of these terms, particularly that of non-international armed conflict, might be a matter of controversy.¹⁴⁹ In the Ukrainian case, however, this is probably the least controversial element. Apart from Russia maintaining that it is carrying out a “special military operation”¹⁵⁰, there is a worldwide consensus on the existence of an international armed conflict between Ukraine and Russian Federation. International law is rather concerned with an objective analysis of what is happening on the ground, regardless of the claims of the parties.¹⁵¹ In addition, Turkey also recognised that there is an armed conflict in Ukraine when it announced that it closed its straits to warships¹⁵² pursuant to the relevant provisions of the Montreux Convention applicable in time of war.¹⁵³ Therefore, this element will exist in Ukrainians’ international protection applications.

2. Indiscriminate Violence

The mere existence of an armed conflict in a country of origin or a region of such is not sufficient in itself for a person to be granted subsidiary protection. The violence caused by the conflict, for instance, should be indiscriminate in nature. Nowhere in the LFIP or the RFIP, however, is indiscriminate violence defined. Similarly, the EU Qualification Directive does not provide a definition of such. In some European jurisdictions, the concept was interpreted in the context of the IHL in reference to Article 51 (4) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions,¹⁵⁴ which defines indiscriminate attacks as: “(a) those which are not directed at a specific military objective; (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military

149 See for the discussions in the Court of Justice of the European Union, *Aoubacar Diakité v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, 30.01.2014.

150 Ukraine: Putin Declares Special Military Operation, <https://www.bbc.com/news/av/world-60505319> (26.08.2022).

151 Emily Crawford, “Armed Conflict, International”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford University Press, 2015, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e429?prd=MPIL> (27.08.2022).

152 Turkey to Implement Pact Limiting Russian Warships to Black Sea, <https://www.reuters.com/world/middle-east/turkey-implement-international-pact-access-shipping-straits-due-ukraine-war-2022-02-27/> (25.08.2022).

153 The Convention regarding the Regime of the Straits (adopted 20 July 1936, entered into force 9 November 1936) art. 19.

154 İneli-Ciğer, Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma, p. 214.

objective; or (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.”¹⁵⁵

This approach, however, was rejected by the Court of Justice of the European Union (CJEU)¹⁵⁶ in the *Elgafaji* case¹⁵⁷. The term “indiscriminate”, as the Court held, “implies that [violence] may extend to people irrespective of their personal circumstances”.¹⁵⁸ Attacks on civilians and civilian objects, bombing of areas inhabited mostly by civilians such as “marketplaces, public roads, healthcare facilities” may qualify as indiscriminate violence.¹⁵⁹ Further, even in the absence of a violation of IHL, for example, where attacks are directed against military targets but inflict damage on civilians anyway, the existence of indiscriminate violence may still be accepted.¹⁶⁰ In other words, the harm inflicted on civilians, commonly known as “collateral damage”, that are caused by certain attacks that are considered “legal” under the IHL is not a categoric excuse to deny the existence of indiscriminate violence.

The intensity of violence is also taken into consideration when determining indiscriminate violence.¹⁶¹ In *Sufi and Elmi*, where applicants claimed that indiscriminate violence in the capital of Somalia was sufficient to “pose a real risk to the life” of any civilian in Mogadishu, the ECtHR adopted that the intensity of conflict may be assessed based on the following criteria: “first, whether the parties to the conflict were either employing methods and tactics of warfare which increased the risk of civilian casualties or directly targeting civilians; secondly, whether the use of such methods and/or tactics was widespread among the parties to the conflict; thirdly, whether the fighting was localised or widespread; and finally, the number of civilians killed, injured and displaced as a result of the fighting.”¹⁶²

155 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 U.N.T.S. 3.

156 İneli-Ciğer, Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma, p. 215.

157 CJEU, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie* Case C-465/07, 17.02.2009. (*Elgafaji*)

158 *Elgafaji* para. 34.

159 3.3.4. Indiscriminate Violence, <https://euaa.europa.eu/country-guidance-nigeria/334-indiscriminate-violence> (22.08.2022).

160 İneli-Ciğer, Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma, p. 215.

161 İneli-Ciğer, Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma, p. 215.

162 ECtHR, *Sufi and Elmi v the United Kingdom*, 8319/07, 11449/07, 28.06.2011, para. 241.

In view of the above, the existence and intensity of the indiscriminate violence in Ukraine can be determined. First of all, it was reported that civilians were deliberately targeted on many occasions during the conflict by Russian forces.¹⁶³ Second, both parties to the conflict have used methods and tactics of warfare that posed an increased risk to civilians. By hitting residential areas far from combat zones and razing a number of cities to the ground, Russian forces have been accused of creating terror amongst civilians as a strategy.¹⁶⁴ On the other hand, reports demonstrated that Ukrainian forces have used civilians as human shields to manipulate the Russians.¹⁶⁵ This has certainly increased the risk of civilian casualties. Third, the fighting is not localised in Ukraine. Although the intensity of violence is far higher in the Eastern regions, other parts of the country are not free from missile and other forms of attack. There have also been civilian casualties in the most remote regions of Ukraine from active combat zones. No one can really say that certain parts of the country will not be targeted. Not only the Russians, but also the Ukrainians sometimes expand conflict zones. Recently, Ukrainian forces targeted the Crimean Peninsula which has never seen an attack, even when it was occupied by the Russian Federation.¹⁶⁶ It remains to be seen how Russian forces will react to it.¹⁶⁷

Finally, in the six months since the war started, 13,212 civilian casualties in the country (5,514 killed and 7,698 injured) have been recorded by the UN Human Rights Monitoring Mission in Ukraine.¹⁶⁸ In addition, as mentioned in the introduction, over 5.6 million people have become refugees and more than 7.1 million people have been forcibly displaced internally. The above considerations strongly suggest that indiscriminate violence, though at different levels of intensity across its regions, exists in Ukraine. What must be identified next is the existence of serious individual threat for persons seeking asylum.

3. Serious Individual Threat

To be eligible for subsidiary protection, indiscriminate violence arising out of armed conflict should also pose a serious individual threat to the applicant.

¹⁶³ Russian Forces' Trail of Death in Bucha.

¹⁶⁴ Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?.

¹⁶⁵ Amnesty International, Ukraine: Ukrainian Fighting Tactics Endanger Civilians, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/08/ukraine-ukrainian-fighting-tactics-endanger-civilians/> (01.09.2022).

¹⁶⁶ Crimea Airfield Blast Was Work of Ukrainian Special Forces, Official Says, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/08/10/ukraine-russia-crimea-beach-blast/> (01.09.2022).

¹⁶⁷ Russia's Medvedev: Attack on Crimea Will Ignite "Judgement Day", <https://www.reuters.com/world/europe/medvedev-wests-refusal-recognise-crimea-russian-is-threat-2022-07-17/> (01.09.2022).

¹⁶⁸ HRMMU, 'Ukraine: Civilian Casualty Update'.

Although such a framing seems to be contradictory in terms of requiring both indiscriminate violence and individual threat, Turkish legislators have not amended this language when incorporating it from the EU Qualification Directive. Yet, neither the LFIP nor the RFIP provides further guidance as to how to evaluate individual threat by reason of indiscriminate violence. It would not be surprising to find that this formation creates certain interpretative challenges for decision-makers in Turkey.

The CJEU encountered this challenge in the *Elgafaji* case. To reconcile the elements of indiscriminate violence and individual threat, the Court provided an approach widely referred to as a “sliding scale”: “the more the applicant is able to show that he is specifically affected by reason of factors particular to his personal circumstances, the lower the level of indiscriminate violence is required for them to be eligible for subsidiary protection.”¹⁶⁹ Similarly, the higher the level of indiscriminate violence, the lower the extent to which the applicant needs to demonstrate individual threat.

It must be noted that the individual threat element does not require an applicant to be specifically targeted by the parties to the conflict. As İneli-Ciğer puts it, if there is sufficient ground to believe that the applicant would be under a serious threat in a conflict zone that would possibly inflict physical and psychological harm on them, the existence of the individual threat element must be accepted.¹⁷⁰ In addition, applications’ particular circumstances should also be assessed when determining individual threat. The EU implementation suggests that “certain applicants may be considered at enhanced risk of indiscriminate violence, including its direct and indirect consequences due to, inter alia: geographical proximity to areas which are targeted by violence, age, gender, health condition and disabilities, lack of a social network, etc.”¹⁷¹

It is not unreasonable to expect that Turkish decision-makers would make their assessment in relation to the reconciliation of the two elements in light of EU case law. The case of Ukrainians may then be evaluated based on the above-mentioned approach. This suggests that a distinction be made between different regions in Ukraine based on the information currently available. The Eastern part of the country, for example, is where the heaviest armed clashes occur between Ukrainian and Russian forces and Russia-backed armed groups. Considering reports, images, and video footage from the city centres of Mari-

169 *Elgafaji* para 39.

170 İneli-Ciğer, *Silahlı Çatışma Durumlarında İkincil Koruma*, p. 228.

171 3.3.5. Serious and Individual Threat, <https://euaa.europa.eu/country-guidance-nigeria/335-serious-and-individual-threat> (26.09.2022).

upol and other cities where significant parts of residential areas have been severely damaged, it can be concluded that the level of indiscriminate violence is sufficiently high that it can make the mere presence of a civilian in the region sufficient to for a serious individual threat to be imposed upon them. Therefore, people from those regions might not even be required to demonstrate further evidence for individual threat, taking into account the level and intensity of indiscriminate violence occurring in the region.

Going towards western part of the country, it seems that the situation gets better in terms safety and security. The sliding scale approach would suggest that people living in western Ukraine would need to demonstrate higher levels of the individual elements to qualify for subsidiary protection. Obviously, the East-West division is not a determinative factor. This is only an overall illustration of the general situation in the country. The expected requirement for the individual threat element would also be different within the territories considered Western. For example, people fleeing regions near the west of Kyiv would probably still need to demonstrate a lower level of individual threat compared to people from around Lviv. The level and intensity of violence must be evaluated based on the very location where the applicant has fled from.

It should also be noted that the level and intensity of violence in some parts of the country may be considered too low to constitute individual threat, which might lead to the conclusion that there is an internal protection alternative in the country of origin. In such a scenario, subsidiary protection application may be rejected, as seen in section II.A.4.

III. Temporary Protection

Article 91 of the LFIP provides that “temporary protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country that they have left, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection”. This is one of the most important institutions that the LFIP introduced in 2013. After the arrival of Syrians in large numbers fleeing civil war since 2011, the status was granted to Syrians and has currently only been triggered for them alone. Ukrainians may also be considered well-suited to meet the definition of temporary protection. Indeed, the EU provided temporary protection for Ukrainians, representing the first use of temporary protection in EU history. In Turkey, however, considering that the number of Ukrainians who need protection is not particularly high, it would be safe to assume that this option is not on the Turkish government’s agenda for the time being. The government has indeed

never implied this status for Ukrainians. I believe that the government considers the Ukrainian arrivals manageable within the individual application processes for international protection or through granting residence permits. Thus, I do not see the need to elaborate further on temporary protection and will skip to residence permits, which are the most relevant instruments to the legal stay of Ukrainians in Turkey.

IV. Residence Permits

The arrival of Ukrainians in Turkey after the war has not led to any suspension or change in Turkish law, to the detriment of the Ukrainians. They have continued to enjoy 90-days visa-free travel to Turkey. However, after 90 days, if they still wish to remain in Turkey and if they do not want to avail themselves of international protection, they have to have a valid residence permit. The government has encouraged Ukrainians to apply for a residence permit that would best suit to them. On the other hand, there are also Ukrainian people who happened to be in Turkey before the war broke out and who cannot return home. Such people will need to extend their residence permits in Turkey. Fortunately, the Turkish government has also taken some measures, as I shall point out soon, to make their stay convenient in Turkey.

According to the data recently published by the Presidency of the Migration Management on the 15th of September 2022, the number of Ukrainians who have been granted a residence permit in Turkey is 44,774.¹⁷² Considering the announcement by the Ukrainian Ambassador stating that there are currently 50,000 Ukrainians remaining in Turkey, it is clear that overwhelming majority of Ukrainians prefer to obtain a residence permit over international protection.

Residence permit types are listed in Article 30 of the LFIP. Those are short-term residence permits, family residence permits, student residence permits, long-term residence permits, humanitarian residence permits and, finally, victim of human trafficking residence permits. Ukrainians are not restricted in their choice of a particular type of permits; they are free to apply for any one of them depending on their particular circumstances. For example, a Ukrainian married to a Turkish national can apply for a family residence permit. People who can demonstrate that they will be studying in Turkey can apply for the student residence permit. For reasons of space, I will only address two of residence permits in detail, which I believe the most relevant for Ukrainians in Turkey. These are short-term residence permits and humanitarian residence permits.

172 Residence Permits, <https://en.goc.gov.tr/residence-permits> (26.09.2022), (Residence Permits).

A. Short-Term Residence Permit

As mentioned in the beginning, the number of Ukrainians who have been interested in international protection is not too high in Turkey. In addition to the opportunity for visa-free travel, another reason for this is the fact that residence permits are actively and genuinely open to Ukrainian nationals. They can avail themselves of short-term residence permits on various grounds as long as they have legally entered Turkey. The Turkish government announced that it will make the procedures easier for them. Indeed, short-term residence permits have so far been the most frequently enjoyed option by the Ukrainians. Out of the 44,774 Ukrainians who have gained residence permits in Turkey, 32,097 were granted a short-term residence permit.¹⁷³ Yet, it must be noted that this number covers not only the Ukrainians fleeing armed conflict after the 24th of February 2022, but also those who were previously in Turkey. There is no data on the number of Ukrainians fleeing the armed conflict who benefitted from a short-term residence permit.

The LFIP lists the relevant grounds for short-term residence permits. The scope of this residence permit is rather broad and diverse. Article 31 of the LFIP reads as follows: “A short-term residence permit may be granted to those foreigners listed below who: arrives to conduct scientific research; owns immovable property in Turkey; establishes business or commercial connections, participates in on-the-job training programmes; arrives to attend educational or similar programmes as part of student exchange programmes or agreements to which the Republic of Turkey is a party to; wishes to stay for tourism purposes; intends to receive medical treatment, provided that they do not have a disease posing a public health threat; is required to stay in Turkey pursuant to a request or a decision of judicial or administrative authorities; transfers from a family residence permit; attends a Turkish language course; attends an education programme, research, internship or, a course by way of a public agency; applies within six months upon graduation from a higher education programme in Turkey; does not work in Turkey but will make an investment within the scope and amount that shall be determined by the Council of Ministers ...”

Although the LFIP lists the grounds for short-term residence permits, such grounds are not exhaustive. More precisely, all the reasons for a visit not specifically listed above are considered under the tourism category.¹⁷⁴ Therefore, tourism is an all-inclusive category under the short-term residence permit. The Turkish government had been mostly permissive with regard to residence

¹⁷³ Residence Permits.

¹⁷⁴ The RFIP, art. 28 (10).

permits for tourism purposes. In particular, while it is not on the list, granting short-term residence permits for those who rent a property to reside in Turkey was a common practice by the Turkish government in recent years.¹⁷⁵ This could have been quite useful for Ukrainians who had the means to rent a property in Turkey. However, the government imposed certain restrictions to this practice as of the 10th of February 2022, arguing that tourism residence permits have been used by immigrants out of purpose.¹⁷⁶ Residence permits for tourism purposes are now unavailable for people who arrive in Turkey with visa exemptions or a tourism visas and then apply for a residence permit for the first time.¹⁷⁷ The government does not seem to make a distinction between Ukrainians and other nationals in this category. Nevertheless, short-term residence permits for tourism purposes can still be issued on certain reasonable grounds: those who have family connections in Turkey; who provide a detailed travel plan demonstrating why a standard tourism visa is not sufficient; and those who have a sufficient and regular income can still get a tourism residence permit.¹⁷⁸ Ukrainians who meet these criteria will be able to use this option.

In addition, an increase has also been recorded in the number of Ukrainians who purchased a property in Turkey after the war.¹⁷⁹ This is also useful since purchasing a property is another grounds for gaining a short-term residence permit. Before 2022, purchasing any property, regardless of its value, was sufficient to gain a residence permit. However, the government made some amendments to this implementation. As of January 2022, the value of the property should be no less than 75,000 USD¹⁸⁰ if the property is in the largest cities such as Istanbul, Ankara, Antalya, or Izmir; if it is in the smaller towns, the value of the property must be at least 50,000 USD.¹⁸¹ These measures have arguably been put into practise due to the increasing numbers of asylum seekers and illegal immigrants in Turkey, which subsequently caused the rise of xenophobia

175 Yabancılar ev kiralayıp Türkiye’de oturma izni alıyor, <https://www.borsamanset.com/yabancılar-ev-kiralayıp-turkiyede-oturma-izni-alıyor-haber-98721> (01.09.2022).

176 Bakanımız Sn. Süleyman Soylu: 1 Temmuz İtibarıyla Mahallelerde İkamet Edebilecek Yabancı Oranı Yüzde 20’ye Düşürülecek, <https://www.icisleri.gov.tr/bakanimiz-sn-suleyman-soylu-1-temmuz-itibariyla-mahallelerde-ikamet-edebilecek-yabanci-orani-yuzde-20ye-dusurulecek> (03.08.2022), (Interior Minister Süleyman Soylu).

177 Interior Minister Süleyman Soylu.

178 Hülya Taş, Turizm Amaçlı İkamet İzni Almak Zorlaştı Ne Yapmalısınız?, <https://www.youtube.com/watch?v=W8PS0NmFBqA> (03.08.2022).

179 Savastan kaçan Ukraynalılar parasını Antalya’da konuta yatırdı, <https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/savastan-kacan-ukraynalilar-parasini-antalyada-konuta-yatirdi-7092347/> (20.06.,2022).

180 Interior Minister Süleyman Soylu.

181 Interior Minister Süleyman Soylu.

within Turkish society.¹⁸² This has created a certain pressure on the government to take action and impose certain barriers against easier stays by foreigners in Turkey.¹⁸³

As to the duration of short-term residence permit, depending on the grounds of issue, it can be valid for maximum two years at any one time, though it can be extended multiple times. Nevertheless, a short-term residence permit is only granted for a limited time on certain grounds. For example, as Article 31 (3) of the LFIP stipulates, residence permit for reasons of attending a Turkish language school may only be issued twice for a given individual. Similarly, short-term residence permits upon graduation from a higher education programme in Turkey can only be granted once for a maximum duration of one year. Nevertheless, there is nothing in law preventing people switching to another type of residence permit.¹⁸⁴ Therefore, in a probable scenario of the Russian-Ukrainian conflict becoming protracted, Ukrainian people may need to switch their residence permit for legal reasons.

When discussing residence permits, the situation of Ukrainians who were already in Turkey before the war and cannot return to Ukraine must be addressed. Their residence permits might expire and therefore their legal stay in Turkey might be at risk. The Turkish government also adopted certain steps for such people. Normally, violations of visas, or work or residence permits are subject to fines and restriction codes for entry into Turkey are emplaced for the persons concerned (Restriction codes, category “Ç”).¹⁸⁵ For Ukrainians, however, these measures will soon be inapplicable; they are not going to be fined or subject to restricted entrance in the future.¹⁸⁶ They will be able to extend their

182 Dilek Gül, Göçmen tartışması: Siyasilerin açıklamaları ırkçılığı mı tetikliyor?, <https://tr.euronews.com/2022/04/25/turkiye-de-gocmen-tart-smas-siyasilerin-ac-klamalar-rkc-l-g-m-tetikliyor> (03.08.2022).

183 Adem Demir, Siyasetin göçmen söylemi: Dünün “misafirleri” bugünün “istilacıları”... Türkiye’nin sığınmacı politikası sertleşiyor, <https://www.indyturk.com/node/499841/siyaset/siyasetin-g%C3%B6%C3%A7men-s%C3%B6ylemi-d%C3%BCn%C3%BCn-misafirleri-bug%C3%BCn%C3%BCn-istilac%C4%B1lar%C4%B1E2%80%A6-t%C3%BCrkiyenin> (03.08.2022).

184 The LFIP, article 29. However, it must be noted that those arriving in Turkey with a visa for study or medical treatment purposes may not switch to a residence permit which is not related to their original purpose. The government has recently introduced this restriction claiming that these routes have been abused by immigrants. Yet I do not think that this would find much area of application for Ukrainians.

185 The PMM Directive No. E9704722400076225, ‘Foreigners of Ukrainian Nationals who would be in Breach of Visa Regulations by Force Majeure’, 09.03.2022. (The PMM Directive – ‘Foreigners of Ukrainian Nationals’)

186 The PMM Directive – ‘Foreigners of Ukrainian Nationals’. The PMM Directive – ‘Foreigners of Ukrainian Nationals’.

current visas or residence permits or switch to another type of visa or residence permit. There might also be Ukrainians who were previously subject to an entry ban to Turkey due to previous visa violations. If they come Turkey after the 24th of February 2022, again, their ban will be removed at the borders, and they will be admitted to Turkey like any other Ukrainian.¹⁸⁷

For those who are not able to apply for one of the visas, including short-term, family, or student visas, or who prefer not to apply for refugee status or subsidiary protection, there is the option of another type of residence permit; this is called a humanitarian residence permit and the Turkish government urges the relevant authorities to encourage Ukrainians to apply for it.

B. Humanitarian Residence Permit

A humanitarian residence permit is another institution that was introduced by the LFIP. It is an exceptional type of residence permit and mostly designed for people whose situation requires special attention.¹⁸⁸ In general, when it is not possible to issue another type of residence permit and the individual in question's situation requires their stay in Turkey for humanitarian reasons, a humanitarian residence permit may be issued.

Article 46 (1) of the LFIP sets forth the conditions for humanitarian residence permits. Pursuant to this, a humanitarian residence permit may be issued in the following situations:

- a) where the best interest of the child is of concern;
- b) where, notwithstanding a removal decision or ban on entering Turkey, foreigners cannot be removed from Turkey or their departure from Turkey is not reasonable or possible;
- c) in the absence of a removal decision in respect of the foreigner pursuant to Article 55;
- ç) where there is a judicial appeal against the actions carried out pursuant to Articles 53, 72 and 77;
- d) throughout the removal actions of the applicant to the first country of asylum or a safe third country;
- e) in cases when foreigners should be allowed to enter into and stay in Turkey, due to emergency or in view of the protection of the national interests, as well as reasons of public order and security, in the absence of the possibility to

¹⁸⁷ The PMM Directive – 'Foreigners of Ukrainian Nationals'.

¹⁸⁸ Nuray Ekşi, "Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Volume 38, Issue 2, 2018, p. 243, (Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni).

obtain one of the other types of residence permits due to their situation that precludes granting a residence permit;

f) in extraordinary circumstances.

Any of these paragraphs could be useful to Ukrainians, depending on their circumstances. For example, paragraph (c) pertains to persons in Turkey who do not have any other type of residence permit or visa, yet there is no removal decision against them. This means that such an individual can be granted a humanitarian residence permit until a removal decision is made. During such a time, they can then stay in Turkey legally. In addition, a removal decision may never be made depending on the individual's circumstances and the country to which they would be returned. Article 55 (1) stipulates that certain people may not be deported for particular reasons: "Removal decision shall not be issued in respect of those foreigners a) when there are serious indications to believe that they shall be subjected to the death penalty, torture, inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which they shall be returned to; b) who would face risk due to serious health condition, age or, pregnancy in case of travel; c) who would not be able to receive treatment in the country to which they shall be returned while undergoing treatment for a life threatening health condition; ç) victims of human trafficking, supported by the victim's assistance programme; d) victims of serious psychological, physical or sexual violence, until their treatment is completed."

The first group under the category (a) is a reflection of the principle of *non-refoulement* in Turkish law on IHRL grounds. In this category, Ukrainians will need to prove that they will be subject to the death penalty, torture, or inhuman or degrading treatment if returned to Ukraine. Nevertheless, the paragraph does not mention the indiscriminate life-threatening impacts of armed conflict. Indeed, nowhere in the LFIP is armed conflict listed as grounds for granting a humanitarian residence permit. Therefore, not all Ukrainians would normally be eligible for a humanitarian residence permit under this category, but rather only those for whom there are serious indications that they would be subjected to the death penalty, torture, or inhuman or degrading treatment upon return can benefit from category (a). This could be a risky and tiresome path to take in any case, and which would ultimately be similar to an international protection application.

Article 46 (1) (b) can be thought to be relevant to Ukrainians. It is another expression of the principle of *non-refoulement* in Turkish law. It stipulates that if the departure of a person is not reasonable or possible upon a removal decision, such an individual can be issued a humanitarian residence permit. The

scope of Article 46 (1) (b) is indeed broader than Article 46 (1) (c) in reference to Article 55 (a). The “reasonable or possible” test in Article 46 (1) (b) encompasses the following expression in Article 55 (1) (a): “serious indications to believe that they shall be subjected to the death penalty, torture, inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which they shall be returned”. For example, return may not be legally “reasonable or possible” not only because of the existence of the death penalty in the destination country, but also due to serious risks to one’s life, liberty, or limb, which include the risks associated with the indiscriminate violence caused by armed conflicts. The problem, or lack of problem, with this article, however, is that even though its scope is broader, it might not find many areas of application in the case of Ukrainians as it requires an initial removal decision. As a matter of policy, the government would not make removal decisions for Ukrainians unless specific circumstances arose such as a threat to public order or national security occurring. Therefore, Article 46 (1) (b) might not really represent a remedy for the overwhelming majority of Ukrainians. Nevertheless, it may still be relevant where international protection is denied to a Ukrainian applicant and consequently a deportation decision is made, yet implementing it would be considered unreasonable because of the indiscriminate violence taking place in Ukraine which, of course, would constitute a serious threat to life and freedom. Upon the removal decision and the reasonableness assessment, the applicant may be issued a humanitarian residence permit under Article 46 (1) (b).

On the other hand, the government has a large margin of appreciation in granting humanitarian residence permits. Indeed, it can grant humanitarian residence permits *ex officio*, even in the absence of a claim by the applicant.¹⁸⁹ Pursuant to the favourable policy of the Turkish government in relation to Ukrainians, the implementation of the PMM does not seem too strict in terms of issuing humanitarian residence permits. Nevertheless, it is not at all clear under which paragraph of Article 46 (1) the PMM may issue humanitarian residence permits to Ukrainians. A directive issued by the PMM implies that Ukrainians arriving in Turkey after the 24th of February 2022 due to the armed conflict in Ukraine could be granted humanitarian residence permits based on Article 46 (1) (c).¹⁹⁰ Yet, as mentioned, this is not the most proper grounds for many Ukrainians fleeing the indiscriminate effects of armed conflict, rather than facing the death penalty, torture, or inhuman or degrading treatment.

While humanitarian residence permits are granted on an individual basis in

¹⁸⁹ Açıkgöz, Ariner, p. 16.

¹⁹⁰ The PMM Directive on Foreigners of Ukrainian Nationality.

principle, government practice demonstrates that the membership of an individual to a particular group, nationality, or ethnicity plays a significant role in the decision. Humanitarian residence permits are issued to people of Turkish descent in a straightforward manner in practice. Iraqi Turkmen¹⁹¹, Uyghurs, and Chechens are amongst those groups.¹⁹² This is indeed a continuation of the practice implemented before the adoption of the LFIP. While there was no provision in Turkish legislation for humanitarian residence permits, members of certain groups used to be granted residence permits for humanitarian reasons through in-service directives (*hizmet içi genelge*) issued by the Turkish National Police Department, the Foreigners, Border and Asylum branch.¹⁹³ Such designations are now made by the Presidency of the Migration Management. However, it remains unclear which paragraph of Article 46 is relied on for such designations.

Following this practice, Ukrainians could also be designated as a group of people who can benefit from humanitarian residence permits. To this end, Article 46 (1) (f), “extraordinary circumstances”, seems better suited to their circumstances. Again, the government has a wide margin of discretionary power in the interpretation of the term “extraordinary circumstances”. To my capacity, however, there is no document announcing that the circumstances of Ukrainians fleeing Turkey from the recent armed conflict in any way amount to “extraordinary”. Unfortunately, the government does not tend to explain the details of the grounds relied upon when granting humanitarian residence permits. Nonetheless, in practice, it is no secret that Ukrainians are encouraged to apply this permit.¹⁹⁴ Therefore, it could be said that they have been implicitly designated as a group of people who should be granted humanitarian residence permits without difficulties. It seems to me that the only grounds that would be inclusive of all Ukrainians in Turkey is Article 46 (1) (f).

Ukrainians arriving after the war and who were already in Turkey before the war can apply for humanitarian residence permits. To make it more convenient for them, the government has taken certain measures to allow the issue of such visas in a shorter timeframe. As a rule, a humanitarian residence permit is issued after an investigation has been conducted into the applicant. This could include research on the country of origin, a criminal record, or the authenticity

191 Ekşi, Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni.

192 Directorate General of Migration Management (*now the PMM*) Directive No. 40871249-2015, ‘Extensions of Humanitarian Residence Permit’, 4.12.2015.

193 Ekşi, Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni, p. 247.

194 I am grateful to Atty Abdulhalim Yılmaz and Atty Nur Banu Çağan for the invaluable information they provided in relation to practice.

of their claims. Upon the investigation coming back clear, a residence permit may be granted. This usually takes approximately six months. For Ukrainians, however, an expedited procedure has been created.¹⁹⁵ According to this, even if security investigations have not yet been completed, the humanitarian residence permit will be issued.¹⁹⁶ If any negative outcome is reported at the end of the investigation, necessary measures such as the revocation of the permit will then be undertaken.¹⁹⁷ Thus, applications by Ukrainians can be concluded in a faster manner, possibly in as short a time as a few weeks.

Humanitarian residence permits are temporary in nature. They are granted for up to 1 year but may be extended by a year multiple times; there is no limit in this regard. Yet, unlike ordinary residence permits, the time spent on humanitarian residence permits is not taken into account in the calculation of the total days that must be spent in Turkey necessary to apply for a long-term residence permit or citizenship.¹⁹⁸ Still, humanitarian residence permits may be attractive to Ukrainians as obtaining one is probably the easiest and the fastest of their available options. Compared to international protection, humanitarian residence permit holders are not registered in a particular city in Turkey. This means that they do not need to get permission from the relevant authorities to leave their place of residence. Therefore, they can enjoy freedom of travel in Turkish territories in better conditions. On the other hand, a humanitarian residence permit is not free of charge like an international protection application. Applicants need to pay a fee to make the application. In the case of the conflict in Ukraine being prolonged for more than one year, which is indeed a real possibility, they will need to extend their permit at the end of every single year. In addition, this type of residence permit does not automatically come with certain rights such as the right to work or free healthcare which are provided to those with international protection status or application holders. To gain a work permit in Turkey, they need go through another application process. Considering these pros and cons, it is up to Ukrainians to make an informed decision regarding their legal stay in Turkey.

V. The Special Situation of People of Turkish Descent from Ukraine

With the dissolution of the various great empires in the 19th and 20th centuries, numerous nation states have emerged in their former territories. The Ottoman Empire was such a significant empire, losing large territories particularly

195 The PMM Directive on Foreigners of Ukrainian Nationality.

196 The PMM Directive on Foreigners of Ukrainian Nationality.

197 The PMM Directive on Foreigners of Ukrainian Nationality.

198 The RFIP, art. 26 (8) and art. 44 (4).

in the Balkans and Caucasus. Millions of Turks and Muslims had to migrate to Anatolia due to the loss of these territories and subsequent persecution by the newly established nation states that came in their stead. Nevertheless, when the Republic of Turkey was established after World War I, a significant number of people of Turkish descent happened to stay outside the borders of Turkey. They have become minorities in their new states. Turkey has welcomed those people of Turkish origin under a special residence regime.¹⁹⁹ They are the most privileged category of foreigners in Turkey in many regards.²⁰⁰

Various laws specifically address the migration of such people to Turkey. Amongst others, *İskân Kanunu*²⁰¹ (the *Settlement Law*) No. 5543 could be regarded *lex generalis* to address the situation of people of Turkish descent. Based on this, the term “immigrant” (*göçmen*) was given a particular meaning in Turkish law. It is defined in Article 3 (d) of the *Settlement Law* as persons “who are of Turkish origin and committed to Turkish culture, arriving in Turkey individually or collectively for the settlement purpose and admitted pursuant to this law.” According to the Article 8 (4) of the law, those people who are admitted into Turkey as “immigrants” are naturalised after a certain time upon the completion of certain procedures. They are then granted citizenship by the decision of the President of Turkey.²⁰²

The Law authorises the President to determine what it means to be of Turkish descent or being committed to Turkish culture.²⁰³ Accordingly, some groups of people may be designated as “immigrants” by the President. In addition, Parliament can also enact laws on the admission and settlement of a specific group of people of Turkish origin. For example, after the Soviet invasion of Afghanistan, a minority of Turkish origin fled from Afghanistan to Pakistan. In 1982, a law was adopted in Turkey with regard to the admission and settlement of those people in Turkey.²⁰⁴

In the Ukrainian context, mainly two groups of people of Turkish origin might be considered under the framework of the *Settlement Law*. These are Meskhetian Turks and Crimean Tatars. It was recently announced that 2395

199 The Settlement Code No. 2510, O.G. 21.06.1934 – 2733. (Abolished in 2006 by the Law No. 5543).

200 Dilara Karagül, *Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi*, Unpublished Master Thesis, Istanbul University Institute of Social Sciences Department of Private Law, 2021, p. 14.

201 The Settlement Law No. 5543, O.G. 26/9/2006 – 26301, (The Settlement Law No. 5543).

202 The Settlement Law No. 5543, art. 8 (4).

203 The Settlement Law No. 5543, art. 7.

204 The Law No. 2641 on the Admission and Settlement of Migrants of Turkish Descent into Turkey, who fled from Afghanistan to Pakistan, O.G. 19/03/1982 – 17638. This law was abolished in 2007 by the Law No. 5637 as there was no further area of application of it.

Meskhetian Turks and 409 Crimean Tatars had been evacuated from Ukraine after the war started and admitted into Turkey.²⁰⁵ They are currently hosted in five cities and their fundamental needs such as accommodation, healthcare, and education are being met by the government.²⁰⁶

Meskhetian Turks have a more privileged status in Turkey compared to other peoples of Turkish origin as there is a specific law addressing their situation. In 1992, the Turkish Parliament adopted the Law No. 3835 on the admission and settlement of Meskhetian Turks (*lex specialis*).²⁰⁷ Article 1 of the law reads as follows: “Those wishing to come Turkey from our cognates known as ‘Ahıska’ Turks living in various post-Soviet countries may be admitted as immigrants with or without settlement²⁰⁸, starting from those who are in the most difficult situation, provided that they do not exceed the annual number to be determined by the President.”

Meskhetian Turks are originally from Georgia, which is a neighbouring country to Turkey on the northeast border. After the Great War, when the borders were reshaped, Meskhetian Turks happened to be outside of Turkey and remained in Soviet territories. In 1944, by the order of Joseph Stalin, former premier of the USSR, Meskhetian Turks consisting of 115,000 people were subjected to forced deportation to Central Asia and resettled in Kazakhstan, Uzbekistan, and Kyrgyzstan. In 1989, due to the conflict that erupted between Uzbeks and Meskhetian Turks, they were once again forced to leave their homes to various places such as Azerbaijan, Ukraine, and Turkey. Those who migrated to Ukraine numbered around 10,000 and they mainly settled in Eastern Ukraine, in the Donbass area.²⁰⁹ While they started new lives in Ukraine, armed conflict emerged in Donbass in 2014 between the Ukrainian armed forces and Russian separatists backed by the Russian Federation. Because of this conflict, some of the Meskhetians fled from the warzone to safer places in Ukraine, whilst others migrated to Turkey.²¹⁰

205 Safa Şahin, Türkiye, Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni Vermeye Başladı, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiye-kirim-tatar-turklerine-suresiz-ikamet-izni-vermeye-basladi/2658802> (11.08.2022), (Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni).

206 Şahin, Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni.

207 The Law No. 3835 on the Admission and Settlement of Meskhetian Turks into Turkey, O.G. 11/7/1992 – 21281.

208 “Immigrants with settlement” are provided a residential property in a designated province. “Immigrants with no settlement” are admitted into Turkey provided that they do not claim a property from the State. Article 3 (e) and 3 (f) of the *Settlement Law*.

209 Ukrayna’da Yaşayan Ahıska Türkleri Kimdir?, <https://ukrainer.net/ukraynadaki-ahıska-turkleri/> (22.06.2022).

210 The Fifth Group of the Meskhetian Turks Coming from Ukraine Was Placed in Erzincan, <https://en.goc.gov.tr/the-fifth-group-of-the-meskhetian-turks-coming-from-ukraine-was-placed-in-erzincan> (26.09.2022) (The Fifth Group of the Meskhetian Turks Coming from Ukraine).

Pursuant to the Law No. 3835, the government decided to resettle the Meskhetians from Ukraine (677 families) due to the armed conflict in Donbass.²¹¹ According to the data of the Presidency of Migration Management, 2513 Meskhetian Turks were resettled in Turkey.²¹² A similar decision was made in June 2022 after the recent invasion of Ukraine by Russia. The President of Turkey issued a decree stating that 1000 Meskethian families, mainly from Ukraine, are going to be admitted to Turkey in 2022 as immigrants with settlement.²¹³ Accordingly, they are provided free accommodation in Turkey in designated provinces.

As to the Crimean Tatars, they have also been designated as a group of Turkish origin in August 2022.²¹⁴ They have currently been resettled in designated cities in Turkey together with Meskhetians. Yet, there is no specific law addressing their situation. Therefore, it can be expected that the *Settlement Law* would apply to them. The Interior Minister announced that the Crimean Tatars' stay in Turkey will be made easier. Accordingly, they were granted long-term residence permits immediately after their arrival in Turkey. According to the LFIP Article 42, a long-term residence permit is normally granted to foreigners after eight years' legal stay in Turkey. However, this will not apply to Crimean Tatars as per the decision of the Ministry.²¹⁵ They will also be exempt from the fees for the residence permit applications.²¹⁶ Considering previous examples and the provisions of the *Settlement Law*, it could reasonably be expected that they will also be neutralized after they spend some time in Turkey. Yet, there is no clear timeframe for this.

Conclusion

There are multiple ways that Ukrainians may pursue the maintenance of their legal stay in Turkey. I have first analysed the eligibility of Ukrainians for international protection, namely refugee status and subsidiary protection. While I have proposed that most Ukrainians fleeing to Turkey after the Russian invasion can meet the requirements of international protection, it remains to be seen how the Turkish authorities and courts will evaluate the individual ap-

211 The Republic of Turkey Cabinet Decree, O.G. 17/05/2015 – 29358. (Decision No. 2015/7668).

212 Göç Politikaları Kurulu Toplandı, <https://www.goc.gov.tr/goc-politikalari-kurulu-toplandi49> (22.06.2022); The Fifth Group of the Meskhetian Turks Coming from Ukraine.

213 The Presidential Decree No. 5676, 4 June 2022, O.G. 04/062022 – 31856.

214 Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni.

215 Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni.

216 Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni.

plications of Ukrainians. Although gaining one of these international protection statuses is a possibility for Ukrainians, it seems that most have preferred not to pursue them as the processes are often lengthy and tiresome, with no guarantee of success. On the other hand, easier alternatives were made available to Ukrainians by the Turkish government. I have briefly noted that temporary protection is currently not considered for Ukrainians by the Turkish government, which maintains that the Ukrainian refugee situation in Turkey can be managed through individual application processes as their numbers are not too high. Accordingly, residence permits are granted to Ukrainians in a rather lenient way as a government policy. They can apply for any residence permit which best suits their own individual circumstances. However, if a Ukrainian does not have particular grounds for a particular residence permit, the government encourages them to apply for a humanitarian residence permit, which is the most inclusive category offered to Ukrainians. It is available to almost all Ukrainians in Turkey, regardless of whether they arrived in Turkey before or after the start of hostilities in their country. Finally, I have provided some analyses with regard to the admission and settlement of people of Turkish descent arriving in Turkey from Ukraine due to the armed conflict in their country.

BIBLIOGRAPHY

Books, Book Chapter, Journal Articles

- Açıkgöz, Meral; Ariner Hakkı Onur, “Turkey’s New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction. Briefing Paper 2” *University of Oxford Turkish Migration Studies Group (TurkMiS)*, 2014.
- Betts, Alexander; Collier Paul, *Refuge: Transforming a Broken Refugee System*, Allen Lane, 2017.
- Mullins, Christopher W, “War Crimes in the 2008 Georgia–Russia Conflict” *The British Journal of Criminology* Volume 51, Issue 6.
- Ekşi, Nuray, “Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Volume 38, Issue 2, 2018.
- Fripp, Eric, “International Humanitarian Law and the Interpretation of “Persecution” in Article 1A (2) CSR51” *International Journal of Refugee Law*, Volume 26, Issue 3, 2014.
- Goodwin-Gill, Guy S., “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention and Protection”, Eds. Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003.
- Hathaway, James C, *The Law of Refugee Status*, Butterworths, 1991.
- Hathaway, James C, Foster, Michelle, *The Law of Refugee Status*, 2nd edition, Cambridge University Press 2014.

- Holzer, Vanessa, “Persecution and the Nexus to a Refugee Convention Ground in Non-International Armed Conflict: Insights from Customary International Humanitarian Law”, Eds. David James Cantor, Jean-Francois Durieux, *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 2014.
- İneli-Ciğer, Meltem, “Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 20, Issue 1.
- Legomsky, Stephen H, “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection” *International Journal of Refugee Law*, Volume 20, Issue 4, 2003.
- McAdam Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007.
- Moreno-Lax, Violeta, “The Legality of the “Safe Third Country” Notion Contested: Insights from the Law of Treaties”, Eds. G.S. Goodwin-Gill, P. Weckel, *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects*, The Hague Academy of International Law Centre for Research, Martinus Nijhoff, 2015.
- Ovacık, Gamze, “Compatibility of the Safe Third Country Concept with International Refugee Law and Its Application to Turkey”, *Perceptions: Journal of International Affairs*, Volume 25, Issue 1, 2020.
- Storey, Hugo, “Armed Conflict in Asylum Law: The “War-Flaw””, *Refugee Survey Quarterly*, Volume 31, Issue 2, 2012.
- Symes, Mark, *Caselaw on the Refugee Convention: The United Kingdom’s Interpretation in the Light of the International Authorities*, Refugee Legal Centre, 2000.
- Zimmermann A, Dörschner J and Machts F (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford University Press 2011).

Dissertations

- Can, Süreyya, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma*, Unpublished Master Thesis, Dicle University Institute of Social Sciences Department of Private Law, 2021.
- Karagül, Dilara, *Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi*, Unpublished Master Thesis, Istanbul University Institute of Social Sciences Department of Private Law, 2021.
- Öztürk, Neva Övünç, *Uluslararası Koruma Çerçevesinde Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Phd Thesis, Ankara University Institute of Social Sciences Department of Private Law (Comparative Law), 2014.

Cases

- Ankara Regional Administrative Court, 10. Administrative Law Chamber, File No. 2018/907 Decision No. 2018/1047, 03.10.2018].
- European Court of Human Rights, *Sufi and Elmi v the United Kingdom*, 8319/07, 11449/07, 28.06.2011.
- The Court of Justice of the European Union, *Aboubacar Diakité v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, 30.01.2014.
- The Court of Justice of the European Union, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Sta-*

atssecretaris van Justitie Case C-465/07, 17.02.2009.

- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/2327 Decision No. 2016/3692 11.10.2016.
- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/1 Decision No. 2018/717, 19.02.2018.
- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/447 Decision No. 2018/970, 01.02.2018.
- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/654 Decision No. 2018/2122, 20.06.2018.
- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2016/99 Decision No. 2019/59, 07.01.2019.
- The Turkish Council of State 10. Chamber, File No. 2019/245 Decision No. 2020/5866, 07.12.2020.
- The Turkish Council of State Plenary Session of the Administrative Law Chamber File No. 2021/2384 Decision No. 2022/677, 28.02.2022.
- The United Kingdom House of Lords, *Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan*, UKHL 15, 2 April 1998.

Legislation

Turkey

- The Law No. 6458 on Foreigners and International Protection, O.G. 11/4/2013-28615.
- The Law No. 2641 on the Admission and Settlement of Migrants of Turkish Descent into Turkey, who fled from Afghanistan to Pakistan, O.G. 19/03/1982 – 17638.
- The Law No. 3835 on the Admission and Settlement of Meskhetian Turks into Turkey, O.G. 11/7/1992 – 21281.
- The Settlement Code No. 2510, O.G. 21.06.1934 – 2733.
- The Settlement Law No. 5543, O.G. 26/9/2006 – 26301.
- The Regulation on the Implementation of the Law on Foreigners and International Protection, O.G. 17.03.2016 – 29656.
- The Republic of Turkey Cabinet Decree, O.G. 17/05/2015 – 29358 (Decision No. 2015/7668).
- Temporary Protection Regulation, O.G. 22/10/2014 – 29153.
- The Presidential Decree No. 5676, 4 June 2022, O.G. 04/062022 – 31856.
- The PMM Directive No. E5927743700076226 ‘On Foreigners of Ukrainian Nationality’, 09.03.2022.
- The PMM Directive No. E9704722400076225, ‘Foreigners of Ukrainian Nationals who would be in Breach of Visa Regulations by Force Majeure’, 09.03.2022.
- Directorate General of Migration Management (*now the PMM*) Directive No. 40871249-2015, ‘Extensions of Humanitarian Residence Permit’, 4.12.2015.

European Union

- Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of

Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection 2022 (OJ L)

- Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted 2011 [32011L0095]
- Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) 2013 (OJ L)

Treaties

- Agreement between the Government of the Republic of Turkey and Cabinet of Ministers of Ukraine on conditions of mutual travels of their nationals (Turkey-Ukraine) O.G. 24.03.2012 – 28243.
- Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Cabinet of Ministers of Ukraine on amendments to the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and Cabinet of Ministers of Ukraine on conditions of mutual travels of their nationals (Turkey-Ukraine) O.G. 20.05.2017-30071.
- Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Refugee Convention) (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 U.N.T.S. 3.
- The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) the Council of Europe, ETS No. 005.
- The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 U.N.T.S. 277.
- The Convention regarding the Regime of the Straits (adopted 20 July 1936, entered into force 9 November 1936).
- The International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 99 U.N.T.S. 171.
- The Organisation of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered into force 20 June 1974) 1001 U.N.T.S. 45.

Online Sources

- 3.3.4. Indiscriminate Violence, <https://euaa.europa.eu/country-guidance-nigeria/334-indiscriminate-violence> (22.08.2022).
- 3.3.5. Serious and Individual Threat <https://euaa.europa.eu/country-guidance-nigeria/335-serious-and-individual-threat> (26.09.2022)
- Amnesty International, Ukraine: Ukrainian Fighting Tactics Endanger Civilians,

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/08/ukraine-ukrainian-fighting-tactics-endanger-civilians/> (01.09.2022)

- Arnold, Katherine, “There Is No Ukraine”: Fact-Checking the Kremlin’s Version of Ukrainian History, <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/2020/07/01/there-is-no-ukraine-fact-checking-the-kremlins-version-of-ukrainian-history/> (08.06.2022).
- As Russia’s Invasion Stalls, Ukraine’s Refugees Return Home, <https://www.economist.com/europe/2022/05/24/as-russias-invasion-stalls-ukraines-refugees-return-home> (05.06.2022).
- Baibhawi, Riya, Russia Claims to Destroy NATO-Supplied Weapons in Ukraine’s Lviv Region as War Escalates, <https://www.republicworld.com/world-news/russia-ukraine-crisis/russia-claims-to-destroy-nato-supplied-weapons-in-ukraines-lviv-region-as-war-escalates-articleshow.html> (28.08.2022).
- Bakanımız Sn. Süleyman Soylu: 1 Temmuz İtibariyle Mahallelerde İkamet Edebilecek Yabancı Oranı Yüzde 20’ye Düşürülecek, <https://www.icisleri.gov.tr/bakanimiz-sn-suleyman-soylu-1-temmuz-itibariyle-mahallelerde-ikamet-edebilecek-yabanci-orani-yuzde-20ye-dusurulecek> (03.08.2022).
- Bayok, Anastasiya; Wolff, Stefan, Ukraine War: Fears That Belarus Might Invade on Russia’s Side Are Growing, <http://theconversation.com/ukraine-war-fears-that-belarus-might-invade-on-russias-side-are-growing-185416> (28.08.2022).
- Chart of Signatures and Ratifications of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (11.08.2022).
- Country Policy and Information Note: Security Situation, Ukraine, June 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/ukraine-country-policy-and-information-notes/country-policy-and-information-note-security-situation-ukraine-june-2022-accessible> (26.09.2022)
- Crawford, Emily, “Armed Conflict, International”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford University Press, 2015, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e429?prd=MPIL> (27.08.2022).
- Crimea Airfield Blast Was Work of Ukrainian Special Forces, Official Says, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/08/10/ukraine-russia-crimea-beach-blast/> (01.09.2022).
- De Peña, Kristie, Have Ukrainians Been Persecuted? <https://www.niskanencenter.org/have-ukrainians-been-persecuted/> (16.05.2022).
- Demir, Adem, Siyasetin göçmen söylemi: Dünün “misafirleri” bugünün “istilacıları”... Türkiye’nin siyaseti macar politikasıyla sertleşiyor, <https://www.indyturk.com/node/499841/siyaset/siyasetin-g%C3%B6%C3%A7men-s%C3%B6ylemi-d%C3%BCn%C3%BCn-misafirleri-bug%C3%BCn%C3%BCn-istilac%C4%B1lar%C4%B1%E2%80%A6-t%C3%BCrkiyenin> (03.08.2022).
- Devastation of War in Ukraine “Repetition of Syria” and Iraq, Says Amnesty, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/ukraine-war-syria-amnesty-international-b2046201.html> (16.06.2022).
- Exclusive: Ukraine Probes Deportation of Children to Russia as Possible Genocide, <https://www.reuters.com/world/europe/exclusive-ukraine-investigates-deportation-children-russia-possible-genocide-2022-06-03/> (16.06.2022).

- Frelick, Bill, Ukrainians Are Refugees, but Our Laws Don't Consider Them Such, <https://thehill.com/opinion/immigration/599879-ukrainians-are-refugees-but-our-laws-dont-consider-them-such/> (06.06.2022).
- Fundamental Freedoms Squeezed in Ukraine, Human Rights Council Hears, <https://news.un.org/en/story/2021/12/1107972> (28.08.2022).
- Gilbert, Asha C., Reports: Ukraine Bans All Male Citizens Aged 18 to 60 from Leaving the Country <https://www.usatoday.com/story/news/world/2022/02/25/russia-invasion-ukraine-bans-male-citizens-leaving/6936471001/> (24.08.2022).
- Gill, Rob, More Airlines Cancel Flights to Ukraine as Tensions Rise, <https://www.businesstravelnewseurope.com/Air-Travel/More-airlines-cancel-flights-to-Ukraine-as-tensions-rise> (11.08.2022).
- Göç İdaresi Başkanlığı [@Gocidaresi], 'Ukrayna'daki savaşın 15. gününü geride bırakırken ülkemiz yine mazlumlara yardım elini uzatıyor, <https://twitter.com/Gocidaresi/status/1502369020145717250> (05.06.2022).
- Göç Politikaları Kurulu Toplandı, <https://www.goc.gov.tr/goc-politikalari-kurulu-toplandi49> (22.06.2022).
- Gül, Dilek, Göçmen tartışması: Siyasilerin açıklamaları ırkçılığı mı tetikliyor?, <https://tr.euronews.com/2022/04/25/turkiye-de-gocmen-tart-smas-siyasilerin-ac-klamalar-rkc-l-g-m-tetikliyor> (03.08.2022).
- Haltiwanger, John, Russia's Former President Says Ukraine Might Not "even Exist on the World Map" in 2 Years in Latest Genocidal Message, <https://www.businessinsider.com/russias-ex-president-ukraine-might-not-even-exist-on-the-world-map-in-2-years-2022-6> (18.06.2022).
- Human Rights Watch, Russia: Events of 2020, *World Report 2021* <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/russia> (29.08.2022)
- International Helsinki Federation for Human Rights, Russia Is Violating International Humanitarian Law in Chechnya, <https://reliefweb.int/report/russian-federation/russia-violating-international-humanitarian-law-chechnya> (29.08.2022).
- İçişleri Bakan Yardımcısı Çatakli: 24 Şubat'tan bu yana 20 bin 550 Ukraynalı Türkiye'ye geldi, <https://www.independentturkish.com/node/481321/haber/i%CC%87%C3%A7i%C5%9Fleri-bakan-yard%C4%B1mc%C4%B1s%C4%B1-%C3%A7atakl%C4%B1-24-%C5%9Fubattan-bu-yana-20-bin-550-ukraynal%C4%B1> (06.06.2022).
- İkamet İzinleri <https://www.goc.gov.tr/ikamet-izinleri>, (03.08.2022)
- İsmail Çatakli Yabancılar ikamete kapatılan yerleri açıkladı, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/ismail-catakli-yabancilara-ikamete-kapatilan-yerleri-acikladi-1910663> (24.08.2022).
- Note Verbale, <https://rm.coe.int/09000016804896cf> (24.08.2022).
- Johnson, Bryan Chan Yen; Ah-Sen, Kevin; Howard, Philipp SS, Ukraine Refugee Crisis Exposes Racism and Contradictions in the Definition of Human, <http://theconversation.com/ukraine-refugee-crisis-exposes-racism-and-contradictions-in-the-definition-of-human-179150> (18.08.2022)
- Luckhurst, Toby; Maglych, Mariana, Ukraine War: First Civilian Deaths in Lviv Shatter Sense of Safety <https://www.bbc.com/news/world-europe-61141817> (28.08.2022).
- Marriage and Divorce Statistics, 2021, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/>

Index?p=Marriage-and-Divorce-Statistics-2021-45568 (25.08.2022).

- Médecins du Monde-Turkey, Ukrainian Refugees in Turkey: A Brief Look at the Humanitarian Needs and Responses, <https://reliefweb.int/report/turkey/ukrainian-refugees-turkey-brief-look-humanitarian-needs-and-responses> (11.08.2022).
- Metan, Adem, Göçmen ve Mülteci Meselesini Göç İdaresi Başkanlığı İle Konuştuk! <https://www.youtube.com/watch?v=rUh-gTbYTjg> (06.06.2022).
- Morris, Loveday, As Russia's War Expands, a Ukrainian Tourist Hub Becomes a Refuge for the Displaced, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/03/01/ukraine-russia-refugees-displaced/> (27.08.2022).
- Mullins, Christopher W, "War Crimes in the 2008 Georgia–Russia Conflict" *The British Journal of Criminology* Volume 51, Issue 6.
- OHCHR, Arbitrary Detention, Torture and Ill-Treatment in the Context of Armed Conflict in Eastern Ukraine, 2014-2021, <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/arbitrary-detention-torture-and-ill-treatment-context-armed-conflict> (28.08.2022).
- Olearchyk, Roman, Ukraine Shuts TV Channels It Accuses of Spreading "Russian Disinformation", <https://www.ft.com/content/176c0332-b927-465d-9eac-3b2d7eb9706a> (16.06.2022).
- Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Interim Report on Reported Violations of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Ukraine, https://www.osce.org/files/f/documents/c/d/523081_o.pdf (29.08.2022).
- Pavlynska, Alesya, Martial Law in Ukraine https://www.americanbar.org/groups/labor_law/publications/labor_employment_law_news/spring-2022/martial-law-in-ukraine/ (28.08.2022).
- Połońska-Kimunguyi, Eva, War, Resistance and Refuge: Racism and Double Standards in Western Media Coverage of Ukraine, <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2022/05/10/war-resistance-and-refuge-racism-and-double-standards-in-western-media-coverage-of-ukraine/> (18.08.2022).
- President Signed a Decree on the Imposition of Martial Law in Ukraine, the Verkhovna Rada Approved It, <https://www.president.gov.ua/en/news/prezident-pidpisav-ukaz-pro-zaprovadzhennya-voyennogo-stanu-73109> (28.08.2022).
- Project Would Build 200,000 Homes for 1M Syrians in Türkiye to Voluntarily Resettle: Turkish President, <https://www.aa.com.tr/en/turkey/project-would-build-200-000-homes-for-1m-syrians-in-turkiye-to-voluntarily-resettle-turkish-president/2583219> (05.06.2022).
- Putin Likes to Talk about Russians and Ukrainians as "One People." Here's the Deeper History. <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/02/10/putin-likes-talk-about-russians-ukrainians-one-people-heres-deeper-history/> (06.06.2022).
- Revealed: Russia's Worst War Crime in Chechnya <https://www.theguardian.com/world/2000/mar/05/russia.chechnya> (16.06.2022).
- Roth, Andrew, Fears Genocidal Language in Russian Media May Prompt More War Crimes, <https://www.theguardian.com/world/2022/apr/07/russian-media-coverage-ukraine-genocidal-streak> (18.06.2022).
- Russia Ceases to Be a Party to the European Convention on Human Rights on 16 September 2022, https://www.coe.int/en/web/portal/full-news/-/asset_publisher/

y5xQt7QdunzT/content/russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-16-september-2022 (28.08.2022).

- Russia in Spotlight over Ukraine Atrocities as Human Rights Council Meets, <https://news.un.org/en/story/2022/05/1118072> (16.06.2022).
- Russia's Medvedev: Attack on Crimea Will Ignite "Judgement Day" Response, <https://www.reuters.com/world/europe/medvedev-wests-refusal-recognise-crimea-russian-is-threat-2022-07-17/>, (01.08.2022).
- Sauer, Pjotr, Ukraine Suspends 11 Political Parties with Links to Russia, <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/20/ukraine-suspends-11-political-parties-with-links-to-russia> (16.06.2022)
- Savaştan kaçan Ukraynalılar parasını Antalya'da konuta yatırdı, <https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/savastan-kacan-ukraynalilar-parasini-antalyada-konuta-yatirdi-7092347/> (20.06.2022).
- Section 12 The Safe Third Country Concept, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bab55e22> (29.08.2022)
- Sharma, Ruchira, Former Russian President and Putin's Defence Minister State Right to Use Nuclear Weapons in Ukraine War, <https://inews.co.uk/news/former-russian-president-putin-defence-minister-state-right-use-nuclear-weapons-ukraine-war-1541571> (24.08.2022).
- Stashevskiy, Oleksandr; Anna, Cara, In Bucha, Ukraine, Burned, Piled Bodies among Latest Horrors <https://abcnews.go.com/International/wireStory/bucha-ukraine-burned-piled-bodies-latest-horrors-83902341> (24.08.2022).
- Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I Have Decided to Proceed with Opening an Investigation." <http://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (16.06.2022).
- States Parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol <https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73bod63.pdf> (11.08.2022).
- Storey, Hugo, Are Those Fleeing Ukraine Refugees?, <https://www.asileproject.eu/are-those-fleeing-ukraine-refugees/> (16.08.2022)
- Şahin, Safa, Türkiye, Kırım Tatar Türklerine Süresiz İkamet İzni Vermeye Başladı, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiye-kirim-tatar-turklerine-suresiz-ikamet-izni-vermeye-basladi/2658802> (11.08.2022).
- Taş, Hülya, Turizm Amaçlı İkamet İzni Almak Zorlaştı Ne Yapmalısınız?, <https://www.youtube.com/watch?v=W8PSoNmFBqA> (03.08.2022).
- The Fifth Group of the Meskhetian Turks Coming from Ukraine Was Placed in Erzincan' <https://en.goc.gov.tr/the-fifth-group-of-the-meskhetian-turks-coming-from-ukraine-was-placed-in-erzincan> (26.09.2022).
- The Council of Europe Ministers' Deputies, Resolution CM/Res(2022)2 on the Cessation of the Membership of the Russian Federation to the Council of Europe, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51 (28.08.2022).
- Timmins, Beth, Ukraine Airspace Closed to Civilian Flights, <https://www.bbc.com/news/business-60505415> (11.08.2022).

- Tingle, Rory, Putin Cuts off Vital Shipping Route to Ukraine While His Forces Move on Kiev: Russian Vessels Blockade the Azov Sea While Navy Conducts "special Military Operation" in the Area, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10546931/Putin-cuts-vital-shipping-route-Ukraine-forces-Kiev.html> (11.08.2022).
- Trevelyan, Mark, Putin Says Russia Just Starting in Ukraine, Peace Talks Will Get Harder, <https://www.reuters.com/world/europe/russias-putin-if-west-wants-beat-us-battlefield-let-them-try-2022-07-07/> (19.08.2022).
- Trevelyan, Mark, Russia Declares Expanded War Goals beyond Ukraine's Donbas, <https://www.reuters.com/world/europe/lavrov-says-russias-objectives-ukraine-now-go-beyond-donbas-2022-07-20/> (19.08.2022).
- Türkiye'de yaşayan kaç Ukraynalı var?, <https://www.turkiyeekspreshaber.com/gundem/turkiye-de-yasayan-kac-ukraynali-var-h10605.html> (24.08.2022)
- Two Britons, One Moroccan Sentenced to Death by Court of Russian Proxy in Ukraine, <https://www.reuters.com/world/europe/separatist-donbas-region-issues-death-penalty-captured-british-moroccan-fighters-2022-06-09/> (20.08.2022).
- Ukraine Is Brutally Repressing the Left, Criminalizing Socialist Parties, Imprisoning Activists, <https://mronline.org/2022/03/26/ukraine-is-brutally-repressing-the-left-criminalizing-socialist-parties-imprisoning-activists/> (16.06.2022).
- Ukraine: Putin Declares Special Military Operation <https://www.bbc.com/news/av/world-60505319> (26.08.2022).
- Ukraine Refugee Situation' https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.240367939.1935601545.1654417001-115170318.1651773865 (23.08.2022).
- Ukraine: Russian Forces' Trail of Death in Bucha, <https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha> (17.08.2022).
- Ukraine Situation, <http://reporting.unhcr.org/ukraine-situation> (24.08.2022).
- Ukraine War in Maps: Tracking the Russian Invasion after Six Months, <https://www.bbc.com/news/world-europe-60506682> (28.08.2022).
- Ukrayna Büyükelçisi Vasyıl Bodnar, Türkiye'deki Ukraynalıların sayısını açıkladı, <https://haberglobal.com.tr/gundem/ukrayna-buyukelcisi-vasyl-bodnar-turkiyedeki-ukraynalilarin-sayisini-acikladi-180695>, <https://haberglobal.com.tr/gundem/ukrayna-buyukelcisi-vasyl-bodnar-turkiyedeki-ukraynalilarin-sayisini-acikladi-180695> (05.06.2022).
- Ukrayna'da Yaşayan Ahıska Türkleri Kimdir?, <https://ukrainer.net/ukraynadaki-ahiska-turkleri/> (22.06.2022).
- Ukrayna'nın İstanbul Başkonsolosu: 70 bin Ukraynalı Türkiye'ye taşındı <https://www.ukrhaber.com/blog/ukraynanin-istanbul-baskonsolosu-70-bin-ukraynali-turkiyeye-tasindi/> (05.06.2022).
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees' (2003) HCR/GIP/03/04 <https://www.unhcr.org/publications/legal/3f28d5cd4/guidelines-international-protection-4-internal-flight-relocation-alternative.html> (18.08.2022)
- UNHCR, Ukraine Emergency <https://www.unhcr.org/ukraine-emergency.html> (22.08.2022)
- UNHCR Position on Returns to Ukraine <https://www.refworld.org/docid/621de9894>.

html (26.09.2022)

- United Nations Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic A/HRC/34/64, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/026/63/PDF/G1702663.pdf?OpenElement> (16.06.2022)
- United Nations Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, ‘Ukraine: Civilian Casualty Update, (HRMMU) <https://ukraine.un.org/sites/default/files/2022-08/Ukraine%20-%20civilian%20casualty%20update%20as%20of%2014%20August%202022%20ENG.pdf> (24.08.2022)
- Turkey to Implement Pact Limiting Russian Warships to Black Sea, <https://www.reuters.com/world/middle-east/turkey-implement-international-pact-access-shipping-straits-due-ukraine-war-2022-02-27/> (25.08.2022).
- “War Crimes” Committed by Russia, Assad Gov’t in Syria: Amnesty, <https://www.aljazeera.com/news/2020/5/11/war-crimes-committed-by-russia-assad-govt-in-syria-amnesty> (16.06.2022).
- Yabancılar ev kiralayıp Türkiye’de oturma izni alıyor, <https://www.borsamanset.com/yabancılar-ev-kiralayip-turkiyede-oturma-izni-alıyor-haber-98721> (01.09.2022).

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Sadakat ve Özen Yükümlülüğü Kapsamında Oyunculara Getirilen Kısıtlamaların Değerlendirilmesi*

Evaluation of Restrictions Imposed on Players within the Scope of Loyalty and Care Obligation

Gizem Özkul KOÇ**

ÖZ

Sektörde yer alan oyuncuların büyük bir çoğunluğu kendilerine sunulan sözleşmeleri yeterince değerlendirmeden imzalamakta; ilerleyen süreçlerde de sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerden dolayı çok sayıda güçlüğü göğüs germeye çalışmaktadırlar. Özellikle uygulamada yer alan sözleşmelerde; sadakat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde sıkça karşılaşılan evlenmeme, hamile kalmama, rekabet etmeme, görünümünde yapılacak değişiklikleri kabul etme ve bu türden koşulların ne ölçüde geçerli olduğunun TMK m.23, TBK m.26, TBK m.27 bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Oyuncu hakları, sadakat ve özen yükümlülüğü, rekabet etmeme, ahlaka aykırılık, kelepçeleme sözleşmeleri.

ABSTRACT

The vast majority of the performers in the sector sign the contracts presented to them without adequately reviewing the documents; therefore in the following processes, they are facing many difficulties due to the strict obligations in the contracts. It is necessary to consider validity of the terms such as not getting married, not getting pregnant, not competing, obligation to accept appearance changes, which are frequently encountered within the framework of loyalty and care obligations, especially in the contracts in practice, and to evaluate such conditions in terms of Turkish Civil Code Article 23, Turkish Code of Obligation Article 26-27.

Keywords: Performer rights, loyalty obligation, non compete agreement, invalidity of the contract, oppressive contracts.

* Makale Gönderim Tarihi: 27.05.2022. Makale Kabul Tarihi: 29.11.2022. Gizem Özkul Koç, "Sadakat ve Özen Yükümlülüğü Kapsamında Oyunculara Getirilen Kısıtlamaların Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 603-618, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.2.11>

** İstanbul Medipol Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi; İletişim: g.ozkul@hotmail.com;  0000-0001-6811-9663.

Giriş

Oyuncuların büyük bir çoğunluğu özellikle kariyerlerinin başında sektörde tutunabilmek adına; kendilerine sunulan sözleşmeleri dilediklerince değerlendiren, şekillendirmeden imzalamakta sonrasında da bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerden dolayı ciddi sıkıntılar yaşamaktadır. Bu sözleşmelerde genellikle sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında birtakım taahhütlerde bulunulduğu görülmektedir. Bu taahhütler farklılık göstermekle birlikte genellikle evlenmeme, hamile kalmama, rekabet etmeme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu türden taahhütlerin ne ölçüde sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında kabul edilebileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken TBK'nin sözleşmenin içeriği başlığı altında düzenlenen hükümlerinden yararlanılmalıdır. Sözleşmenin içeriğini belirleyebilme özgürlüğü hukukumuzun temel ilkelerinden biridir. TBK m. 27 ise söz konusu özgürlüğün ne ölçüde kısıtlanabileceğini göstermektedir. Bir diğer değerlendirme kriterimiz ise TMK m. 23 hükmü olacaktır. Söz konusu hükümde ise *“kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği ve bu hak ve özgürlükleri hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı”* düzenlenmektedir. Kısıtlamaların kişisel ve ekonomik özgürlüğü ciddi anlamda etkilediği hallerde ise kelepçeleme sözleşmesi şartlarını taşıyıp taşımadığı gündeme gelmektedir. Bu türden kısıtlamaların kelepçeleme sözleşmesi şartlarını taşıması durumunda geçerliliklerinin tartışılması gerekmektedir.

I. Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları

A. Sözleşme Özgürlüğü

Hukukumuzda hâkim olan temel ilke irade özerkliği ilkesidir¹. İrade özerkliği ilkesi, *“hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre istedikleri gibi düzenleme hususunda tanıdığı genel yetki”*² olarak tanımlanmaktadır. İrade özerkliğinin doğal sonucu olarak borçlar hukukunda mevcut olan bir diğer ilkede sözleşme özgürlüğü ilkesidir³. Bu ilke Anayasa m. 48 f.1 hükmü ve TBK m. 26 hükmü ile de garanti altına alınmıştır⁴. Hukuk düzeni

1 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 17; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 23; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 125; Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sırlanması*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 31.

2 Eren, s. 17; Antalya, C.I, s. 125; Ünal, s. 31.

3 Antalya, C. I, s. 125; Eren, s. 17; Ünal, s. 32; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 35.

4 Eren, s. 17 vd.; Kemal Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gereğiyle Sınır-*

sözleşme özgürlüğü ile kişilere sözleşmeye konu olabilecek ilişkilerini, kanunun gösterdiği sınır içerisinde bizzat düzenlemek, diledikleri gibi şekil vermek imkânı sağlamaktadır⁵. Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerini; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçebilme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve değiştirme, sözleşmenin şeklini belirleme ve sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisi oluşturmaktadır⁶. Ancak unutulmamalıdır ki sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte, mutlak değildir⁷. Kanun bu özgürlüğe bazı sınırlamalar getirmektedir⁸.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

TBK m.26 hükmünde sözleşmenin içeriğinin kanun tarafından belirlenen sınırlar dahilinde serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. TBK m. 27 f.1 hükmünde de “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz*” olacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2.fıkrasında ise; sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak; bu hükümler olmaksızın sözleşmenin açıkça yapılamayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sınırları; emredici hukuk kurallarına aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, genel ahlaka ve adaba aykırılık, hukuka aykırılık ve imkânsızlık olarak sıralanabilmektedir⁹. TBK m.27 f.1 hükmünde ifade edildiği üzere sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de kişilik haklarına aykırılık halidir¹⁰. Çalışmamız bakımından taşıdığı önem itibarıyla kişilik hakkı kavramı aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

landırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020, s. 90.

- 5 Oğuzman, Öz, s. 23; Eren, s. 18; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 14; Eren, s. 346; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 18; Hasan Erman, “Borçlar hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, s.601 vd.; Nil Karabağ-Bulut, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 3; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 349; İrfan Akın, Zehra Büşra Kayaöz, “Telif Hakları ve Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2021, s. 28.
- 6 Aydın Zevkililer, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 8 vd.; Yavuz, Acar, Özen, s. 14 vd.; Kübra Ercoşkun-Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s. 713; Antalya, C. I, s. 125; Karabağ-Bulut, s. 4.
- 7 Eren, s. 365; Ünal, s. 42; Karabağ-Bulut, s. 4; Ateş, s. 44.
- 8 Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 211; Eren, s. 365; Ünal, s. 42; Atasoy, s. 90.
- 9 Oğuzman, Öz, s. 1 vd.; Eren, s. 19; Erman, s.609, Akın, Kayaöz, s. 30.
- 10 Akın, Kayaöz, s. 31.

1. Kişilik Hakkı

Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı kısmının 12.maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düzenlenmiştir.¹⁷ İla 40’ıncı maddeleri arasında da kişinin hak ve ödevleri hükme bağlanmıştır¹¹. Kişilik hakkına ilişkin anayasada bir tanım bulunmamakla birlikte kişi hakları ve kişinin korunmasının anayasadaki temel hak ve özgürlüklerden kaynaklandığı anlaşılmaktadır¹².

Doktrinde, kişilik hakkına ilişkin çeşitli tanımlamalar mevcuttur¹³. Kişilik hakkını, “*kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak*”¹⁴, “*Kişinin sahip olduğu kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu parasal değer taşımayan mutlak hak*”¹⁵, “*Kişinin, kişi olması nedeniyle yaşam, beden ve ruh bütünlüğüne sağlığına, şeref, haysiyet ve özgürlüklerine, isim, resim gibi varlıklarına, aile hayatına, özel hayatın gizliliğine ilişkin değerlerden oluşan hak*”¹⁶, “*Bir kimsenin kişi olması sebebiyle sahip olduğu mutlak hak*”¹⁷olarak tanımlayan görüşler bulunmaktadır.

Yargıtay’a göre: “*Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturmaktadır*”¹⁸.

Mevzuatımızda¹⁹ ise kişilik hakkına ilişkin bir tanım mevcut olmamakla birlikte kişilik hakkının korunmasına dair genel kurallar düzenlenmiş bulunmaktadır²⁰.

TMK m. 23 f. 1’de kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve sahip oldukları özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlamayacakları düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, kişilerin yaptıkları hukuki işlemler

11 Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 263.

12 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 102.

13 Dural, Ögüz, s. 99 dpn.291; Cem Baygın, Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-1 Başlangıç Hükmüleri ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 500.

14 Dural, Ögüz, s. 100; Atasoy, s. 93.

15 Gümüş, Genel Hükümler, s. 224.

16 Eren, s. 376 vd.; Öztan, s. 252; Veysel Başpınar, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1,1999, s. 17.

17 Karabağ-Bulut, s. 57; Akın, Kayaöz, s. 31; Başpınar, s. 17.

18 4.HD., E.2014/5072, K.2015/4343, T.08.04.2015 (Sinerji: Erişim Tarihi:05.10.2022).

19 Özel hukuk alanında kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler, Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İş Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda yer almaktadır. Öztan, s. 265 vd.

20 Başpınar, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s. 18.

sonucu, sahip oldukları özgürlüklerinden vazgeçmeleri ve bu özgürlükleri hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlamaları kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. Söz konusu hükümlerde kişilik hakkının kapsamına giren unsurların belirtilmediği görülmektedir. Zira bunların tek tek belirtilmesi de mümkün görülmemektedir²¹. Ancak günümüzde kişinin sahip olduğu maddi ve manevi bütünlüğünün yanı sıra, kendi hayat şeklini ve geleceğini belirleme özgürlüğü gibi, kişinin gelişiminin temelini oluşturan tüm özgürlüklerin kişilik hakkı kavramı içerisinde korunduğu kabul edilmektedir²². Örneğin, kişinin vücut ve ruh bütünlüğü, ekonomik faaliyet özgürlüğü gibi kavramlar kişilik hakkı kapsamında korunması gereken değerlerdir²³.

Kişiler, hayatın olağan akışı içerisinde ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla çeşitli sözleşme ilişkileri kurmak durumundadır. Esasen kurulan her sözleşme ilişkisi ile de kişisel özgürlüklerin kaçınılmaz olarak sınırlandığı görülmektedir²⁴. Zira taraflarına yapma, yapmama şeklinde kişisel borç yükleyen sözleşmeler açısından bu sonuç kaçınılmazdır²⁵. Bu noktada sınırlamaların ölçüsünün ne olduğu ve ne zaman sınırlamanın ölçüsünün aşıldığını değerlendirmek gerekmektedir.

2. Kişilik Haklarını Sınırlamanın Ölçüsü

Kişilik haklarına getirilen sınırlamanın ölçüsü belirlenirken TMK m. 23 hükmünün lafzından yola çıkılmalıdır. TMK m. 23 f.1 hükmünde kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, TMK m. 23 f.2 hükmünde ise kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına rıza gösteremeyeceği düzenlenmektedir. Buna göre, sınırlamanın ölçüsü hukuk ve ahlak olarak belirlenmiştir.

Doktrinde hukuk kavramından hukuk düzeninde mevcut olan emredici kurallar anlaşılmaktadır²⁶. Ahlak kurallarından ise, belirli bir yerde, belirli bir zamanda toplum içinde yer alan orta düzeyde makul ve adil bir kimsenin benimsediği genel ahlak anlaşılmaktadır²⁷. Bu bağlamda hâkim, sözleşmenin geçerli olup olmadığını belirlerken önce emredici kurallara aykırı olup olmadığını değerlendirecek, emredici kurallara aykırı değilse ahlak kurallarına aykırı olup olmadığını değerlendirecektir²⁸.

21 Karabağ-Bulut, s.60; Başpınar, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s. 18.

22 Karabağ-Bulut, s. 59.

23 Akın, Kayaöz, s. 32; Başpınar, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s. 18.

24 Başpınar, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s. 18.

25 Kemal Oğuzman, Özer Seliç, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017, s. 198; Karabağ-Bulut, s. 124.

26 Karabağ-Bulut, s.63; Öztan, s. 234.

27 Karabağ-Bulut, s.63.

28 Öztan, s. 234.

II. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

A. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat kelime anlamıyla, “*içten bağlılık ve sağlam güçlü dostluk*” olarak tanımlanmaktadır²⁹.

İş görme sözleşmelerinde ele alınan sadakat yükümlülüğü ise en genel anlamıyla muhatabın yararına olacak davranışlarda bulunmayı ve zararına olacak davranışlardan kaçınmayı ifade etmektedir³⁰. Bu doğrultuda iş gören, işi sözleşmeye göre tamamlama iş sahibinin çıkarlarını gözetme ve mevcut pozisyonu kendi menfaatlerine kullanmama yükümlülüğü altındadır. Ayrıca işin görülmesi sırasında kendisine bildirilen veya herhangi bir şekilde öğrendiği sırları saklamak ve bunların öğrenilmesini önlemek yükümlülüğü altındadır. Sır saklama yükümlülüğü, pek çok yükümlülükten farklı olarak, sadece sözleşme süresince sınırlı olmayıp, sözleşmenin son bulmasından sonra da devam edebilmektedir³¹. Bu yükümlük iş verenin sırların açıklanmasına ilişkin bir talimat vermesi veya bilgilerin sır olarak kalmasında iş verenin menfaatinin kalmadığı ya da bilgilerin sır olmaktan çıktığı hallerde sona erer³².

B. Özen Yükümlülüğü

Özen kelimesi Türk Dil Kurumu tarafından, “*Bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*”³³ olarak tanımlanmıştır. Borçlar hukuku anlamında özen yükümlülüğü ise; amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmak ve sonucun gerçekleşmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmak anlamına gelmektedir³⁴. Özen yükümlülüğünün konusunu esasen TMK m.2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralının iş görme sözleşmelerine uygulanması oluşturmaktadır³⁵. Bu bağlamda kanun koyucunun herkesten

29 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.04.2022).

30 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s. 407; Zevkliler, Gökyayla s.616; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 461; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012; Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 15; Şebnem Akipek, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 58; Akmeşe-Takcı, s. 72.

31 Zevkliler, Gökyayla, s.616; Aral, Ayrancı, s. 447.

32 Zevkliler, Gökyayla, s.616; Akıncı, s. 16.

33 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

34 Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 124; Mustafa Alper Gümüş, *Türk ve İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 45; Zevkliler, Gökyayla, s.613; Aral, Ayrancı, s. 448

35 Veysel Başpınar, “Avukatın Özen Borcu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S.1-2, Y.2008 s. 42; Kaçmaz, s.69.

beklediği, dürüstlük kuralına uygun davranma mecburiyeti, iş görme sözleşmelerinde özen yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır³⁶. Gösterilmesi gereken özenin ölçüsü ise subjektif ve objektif olmak üzere iki kriterden hareket edilerek belirlenebilmektedir³⁷.

Doktrinde baskın olan görüşe göre, özenin derecesi objektif kritere göre belirlenmeli, iş görenin, söz konusu işin niteliği, tarafların nitelikleri göz önüne alınarak, aynı şartlar altında iş gören, normal ve makul insan gibi hareket etmesi beklenmelidir³⁸. Yine iş görecektir kişinin, o iş için yeterli olgunluk ve yetkinliğe sahip olup olmadığını değerlendirmesi, somut olaydaki işi görebilecek yeterli olgunluk ve yetkinliğe sahip değilse işi kabul etmemesi de özen yükümlülüğünün gereğidir³⁹. Dolayısıyla özenin derecesi belirlenirken iş görenin, kişisel yetersizlikleri, bilgi ve tecrübe eksikliği alanındaki yenilik ve gelişmeleri takip etmemesi, işin zorluğu gibi faktörler dikkate alınmamaktadır⁴⁰.

C. Oyuncunun Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Oyuncu sözleşmeleri isimli sözleşmelerden⁴¹ biri olması sebebiyle uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, oyunculuk sözleşmelerinde de geçerli olmaktadır⁴². Oyunculuk sözleşmelerinde yer alan sadakat ve özen yükümlülüğünün kaynağını da TBK m. 506 hükmünün kıyasen uygulanması oluşturmaktadır⁴³. İş görme sözleşmelerinde ele alınan sadakat yükümlülüğü, en genel anlamıyla vekâlet verenin yararına olan şeyleri yapma, zarar verici eylemlerden ise kaçınmayı ifade etmektedir⁴⁴. Sadakat yükümlülüğü edimlerin ifası sırasında mevcut olmakla birlikte edimlerin ifası sonrasında da devam edebilmektedir⁴⁵.

Oyunculuk sözleşmeleri bakımından sadakat yükümlülüğü; oyuncunun yapımcısının çıkarlarını gözetme, gerçekleştirdiği işi sözleşmeye uygun olarak

36 Başpınar, Avukatın Özen Borcu, s. 43.

37 Yavuz, Acar, Özen, s. 1193 vd.; Betül Tiryaki, "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, s. 270.

38 Tiryaki, s. 270; Eren, s. 742; Zevkliler, Gökyayla, s.612; Gümüş, Özel Hükümler, s. 152.

39 Eren, s. 742; Aral, Ayrancı, s. 448; Zevkliler, Gökyayla, s.615.

40 Eren, s. 742; Akıncı, s. 18.

41 Oyunculuk sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Nurbanu Akmeşe-Takcı, *Oyuncu Sözleşmesi*, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 45; Mine Kaçmaz, *Sinema Eserlerinde İcracı Oyuncu Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 30.

42 Kaçmaz, s. 64.

43 Kaçmaz, s. 64.

44 Tandoğan, C.II, s. 407.

45 Akipek, s. 58; Aral, Ayrancı, s. 461.

yerine getirme⁴⁶, yapımcısını bilgilendirme, iş düzenini bozmama, yapıma zarar verecek açıklamalardan kaçınma⁴⁷ve bunlara ek olarak sır saklama ve rekabet etmeme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸.

Oyuncunun yer aldığı projenin senaryosu, çekimlerin içeriği, kadronun kimlerden oluştuğu, gösterim tarihi, canlandıracağı karakter, aldığı ücret, yapımın bütçesi vs. hakkında yapımcısından izin almadan açıklama yapması sır saklama yükümlülüğünün ihlali neticesini doğurmaktadır⁴⁹. Nitekim söz konusu yükümlülüğün ihlali yapımcı açısından izleyici sayısının düşmesi (reyting) ya da reklam, sponsorluk vb. ticari anlaşmalardan kaynaklanan taahhütler dolaşımı ile bir zarar tehlikesi yaratabilecek niteliktedir. Bu yükümlülük, yapımcının sırların açıklanmasına izin vermesi, bilgilerin sır olmaktan çıkması veya kendisinin açıklaması halinde son bulabilir⁵⁰. Ancak oyuncunun sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eden sır saklama yükümlülüğünün kapsamının dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin yapımcının dizi veya filmin çekimi sırasında kullanmış olduğu kendine özgü bir tekniğin açıklanması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilirken;⁵¹ oyuncunun gerçekleştireceği rolün asabi bir karaktere sahip olduğunu söylemesi oyunculuğun icrası ile ilgili olağan bir bilginin açıklanması olduğundan sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmamaktadır⁵².

Oyunculuk sözleşmeleri açısından, sadakat yükümlülüğünün en çok karşılaşılan görünümlerinden bir diğeri rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kendini göstermektedir. Uygulamada oyuncularla yapılan sözleşmelerde rekabet etmeme yükümlülüğü açıkça düzenlenmektedir. Sözleşmede rekabet yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi, sadakat yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak rekabet etmeme yükümlülüğün mevcut olduğu kabul edilmektedir⁵³. Bu yükümlülük, oyuncunun özellikle içinde yer aldığı proje devam ederken iş gücünü ve emeğini mevcut işine aktarmasını, yapımcıya ekonomik ve mesleki olarak zarar verecek eylemlerden kaçınmasını ve mevcut projenin

46 Akmeşe-Takcı, s. 72, Aynı yönde Yargıtay 11. HD'nin Esas: 2016 / 7043 Karar: 2018 / 1066 Tarih:14.02.2018 kararı "...içracı sanatçının sözleşmeden doğan borcu TBK m. 471 vd. de düzenlenmiş olup, yapımcının öngördüğü plan dairesinde film çekim planına uymak, sadakat ve özenle sanatını özgün şekilde sergilemek olup..." (Sinerji: Erişim Tarihi: 01.10.2022).

47 Gülle Aysel, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Oyuncu", Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 173 vd.; Kaçmaz, s. 65.

48 Kaçmaz, s. 65.

49 Gülle, s. 176.

50 Kaçmaz, s.66; Akmeşe-Takcı, s. 73.

51 Gülle, s. 177.

52 Gülle, s. 178.

53 Kaçmaz, s. 66.

oyuncunun dahil olduğu bir diğer proje dolayısıyla zarar görmemesini amaçlamaktadır.

Oyunculuk sözleşmeleri bakımından uyulması gereken bir diğer yükümlülük ise özen yükümlülüğüdür. Oyuncu, özen yükümlülüğüne göre sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken işin başarılı olması için gerekli olan çabayı göstermekle yükümlüdür. Bu bağlamda, oyuncunun senaryoya yeterli biçimde çalışması, rolü için gerekli olan fiziki görüntüyü koruması, yönetmenin talimatlarına uygun bir biçimde rolünü gerçekleştirilmesi, çalışma arkadaşları ile uyum içinde çalışması, yapımcısının hakkı menfaatlerini koruması⁵⁴ temel olarak oyuncunun özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

Oyuncunun işin başlayıp bitmesine kadar tüm aşamalarda özen yükümlülüğüne uygun davranması beklenmektedir. Bununla birlikte sözleşme görüşmelerinde de bu özenin mevcudiyeti aranır. Bu bağlamda oyuncu sözleşme görüşmeleri sırasında senaryo gereği canlandıracağı karakterin gerektirdiği özellikleri taşıyıp taşımadığını değerlendirmeli, rolün gerektirdiği özellikleri taşımıyorsa ve özellikleri sağlamak için yeterli zamanı da yoksa işi kabul etmemelidir⁵⁵. Zira oyuncunun sözleşme görüşmeleri sırasında yapımcıyı kişisel nitelikleri hakkında yeterli ölçüde bilgilendirmemesi, sözleşme yapma niyeti olmamasına rağmen sözleşme yapacağı izlenimi uyandırması, iş yükü zaten çok olmasına veya söz konusu iş için gereken beceriye sahip olmamasına rağmen işi reddetmemesi “culpha in contrahendo” sorumluluğuna da yol açabilir⁵⁶. Culpha in contrahendo sorumluluğuna yol açan davranışlardan herhangi birini gerçekleştirmek suretiyle karşı tarafı zarara uğratan kimse uğranılan zararı tazmin etmekle yükümlü olmaktadır⁵⁷. Oyunculuk sözleşmesinde de oyuncunun bu türden bir zarara sebebiyet vermesi halinde yapımcının zararını tazmin etmesi gerekmektedir.

D. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü Kapsamında Oyunculara Getirilen Kısıtlamaların Değerlendirilmesi

Uygulamada sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında oyunculara birtakım kısıtlamalar getirildiği görülmektedir. Bu kısıtlamalar ile kimi zaman oyuncunun yapımcısıyla kurduğu oyunculuk sözleşmelerinde kimi zamanda oyuncunun menajerleriyle kurdukları menajerlik sözleşmelerinde karşılaşılmaktadır. Bu kısıtlamaların en yaygın görünüm biçimi oyuncunun dahil oldu-

54 Tandoğan, C.II, s. 410

55 Kaçmaz, s. 103.

56 Zevkliler, Gökyayla, s. 615; Kaçmaz, s. 103.

57 Oğuzman, Öz, s. 479 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1278; Gümüş, Genel Hükümler, s.649.

ğu proje boyunca evlenmemesi⁵⁸, hamile kalmaması şeklinde kendini göstermektedir⁵⁹. Bu türden kısıtlamaların ne ölçüde sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında tutulabileceğinin tartışılması gerekmektedir. TMK m.23 f.1 hükmüne göre, “kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez”. TMK m.23 f.2 hükmüne göre ise “kişi özgürlüklerinden vazgeçemez ya da bunların hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına rıza gösteremez”⁶⁰. Söz konusu hükümler ile kişilerin kendi hukuki işlemlerine karşı korunması amaçlanmıştır. Oyunculuk sözleşmeleri bakımından oyuncunun içerisinde yer aldığı proje boyunca evlenmemeyi, hamile kalmamayı taahhüt etmesi halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar üzerinde tasarrufta bulunduğu görülmektedir⁶¹. Bu türden taahhütler TMK m.23 f.1 ve f.2 hükümleri kapsamında kural olarak kesin hükümsüzdür⁶².

Kişisel değerleri ihlal eden hükümler taşıyan sözleşmeler, kişiliği oluşturan değer ve olguları koruyan bir başka hüküm olan TBK m. 27 hükmüne göre de geçersiz kabul edilirler. TBK m. 27 hükmüne göre, “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız” olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Nitekim kişi, evlenmemeyi, hamile kalmamayı kabul ederek üzerinde serbestçe hareket edemeyeceği haklarını sınırlandırmış olmaktadır. Bu türden taahhütler söz konusu olduğunda kesin hükümsüzlük kural olmakla birlikte⁶³, doktrinde mevcut olan bir diğer görüş⁶⁴, kişilik hakkının ahlaka aykırılık nedeniyle sınırlandırılması durumunda, TMK m. 23 f.2 hükmünün kişilik hakkını koruyan amacı ve anlamına göre uygulanması gerekeceğini⁶⁵ve hükmün amacı ile kesin geçersizliğin bağdaşmadığını, bu nedenle de geçersizliğe sadece kişilik hakkı korunanın dayanabileceğini, hâkimin de geçersizliği onun lehine olarak re’sen dikkate alması gerektiği savunmaktadır. Gerçekten de kişilik haklarını ihlal eden bir sözleşmenin her zaman TBK m.27 hükmünce geçersizliğini kabul etmek bazen istenmeyen hukuki sonuçlara yol açabilir. Her somut olay için ayrı değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir⁶⁶.

58 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 198; Karabağ-Bulut, s. 103.

59 Kaçmaz, s. 73.

60 Dural, Ögüz, s. 146; Karabağ-Bulut, s. 85.

61 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 198.

62 Kaçmaz, s. 74.

63 Öztan, s. 230.

64 Bucher, Orat, s. 26 Naklen, Antalya, C.I, s. 201; Gümüş, Genel Hükümler, s. 226; Karabağ-Bulut, s. 412.

65 Eren, s. 390.

66 Öztan, s. 242.

İsviçre Hukukunda hâkim olan ve Türk hukukunda da yaygın olarak kabul edilen bizimde katıldığımız görüşe göre⁶⁷, evlenmeme, hamile kalmama gibi koşullarla oyuncunun kişilik hakkının sınırlandırıldığı sözleşmelerde TMK m.23 f.2 hükmünün ihlalinin yaptırımını klasik kesin hükümsüzlük olmayıp, esnek hükümsüzlük teorisi uyarınca ihlal edilen hükmün amacına göre belirlenmelidir. Bu durumda özgür karar alma yetkisinden ahlaka aykırı bir şekilde aşırı bağlayıcı bir sözleşme ile vazgeçmeye kalkışan oyuncu, esnek hükümsüzlük teorisinin bir uygulaması olarak, sözleşmeyi ifa edebilir veya ifasından kaçınarak sözleşmenin tamamen veya kısmen geçersizliğini isteyebilir⁶⁸.

Oyunculuk sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan durumlardan bir diğeri de oyuncunun canlandıracağı karaktere uygun bir görünüme sahip olması ve görünümünü korumasının sadakat ve özen yükümü çerçevesinde değerlendirilmesidir⁶⁹. Benzer şekilde canlandırmakta olduğu karakterin görünümünde yapılacak değişiklikleri kabul etmesi de sadakat ve özen yükümlülüğü dahilindedir. Ancak oyuncunun bu değişikliklerin tümünü kabul etmek zorunda olup olmadığı, kişilik hakları çerçevesinde değerlendirmeye alınmalıdır.

Oyuncunun canlandığı karakterin genel görünümünü koruması mesleğinin gereği olarak kabul edilir⁷⁰. Örneğin oyuncunun dizi süresince saç renginde değişiklik yapmaması veya sakalını uzun kullanması kabul edilebilir taleplerdir. Ancak kimi zaman projede ve senaryoda yapılan değişiklikler sebebiyle oyuncunun sağlığını etkileyecek değişiklikler talep edilebilmektedir. Örneğin ciddi miktarda kilo alması veya kilo vermesi istenebilir. Bu talepler söz konusu olduğunda oyuncu sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında bu talepleri yerine getirmek durumunda mıdır, tartışılması gerekmektedir. Kanaatimizce günümüzde teknoloji ve profesyonel makyaj teknikleri hızla gelişim göstermektedir. Bu gelişime bağlı olarak, mümkün olması dahilinde oyuncunun sağlığının bozulma riskini göze alarak kilo alması veya vermesi yerine teknolojinin ve profesyonel makyaj tekniklerinin nimetlerinden yararlanılarak arzu edilen

67 Gümüş, Genel Hükümler, s. 229.

68 BGE 129 III 214 “Bir dizinin kadın başrol oyuncusunun rol aldığı dizi devam ettiği müddetçe hamile kalmama yönündeki cezai şart bağlanmış taahhüdü, TMK m.23 f.2 hükmü uyarınca değiştirilmiş kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması ile en fazla iki veya üç sezon için geçerli olacak, kendisi isterse sonrasında cezai şart istemeksizin çocuk sahibi olabilecektir. Aynı oyuncu imzaladığı oyunculuk sözleşmesinde profesyonel dublör kullanması gereken çok tehlikeli sahneleri bizzat kendisi oynamayı taahhüt etmişse bu halde TBK m. 27 f.2 uygulanacak ve mevcut taahhüt basit kesin hükümsüzlük yaptırımıyla geçersiz sayılacaktır.” Naklen, Gümüş, Genel Hükümler, s. 229 vd.

69 Kaçmaz, s. 74; Akmeşe-Takcı, s. 74.

70 Kaçmaz, s. 74.

görünümüne kavuşturulması tercih edilmelidir⁷¹. Nitekim oyuncunun sağlığını etkileyecek oranda kilo alıp vermesi talep edildiğinde bu durum oyuncunun sağlığı üzerinde olumsuz etki yaratacağından oyuncunun kabule zorlanamayacağı kabul edilmelidir⁷². Diğer yandan başta söz ettiğimiz üzere uygun ölçüde kilo alıp vermesi oyuncunun sağlığında bir tehdit oluşturmuyorsa oyuncunun sadakat ve özen yükümlülüğü gereğince kabul etmesi gerekmektedir⁷³. Yine oyuncunun saçını veya sakalını kestirmesi, rengini değiştirmesi türünden taleplerin kişilik haklarını ihlal eden bir etkisi olmadığından, oyuncunun bu taleplere uyması gerektiği kabul edilmelidir.

Oyuncuların sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bir diğer yükümlülüğünün rekabet etmeme yükümlülüğü olduğundan bahsetmiştik. Bu hususta getirilen kısıtlamaların da ne ölçüde geçerli olacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim kimi zaman rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında getirilen kısıtlamalar oyuncunun sözleşme yapma özgürlüğünü aşırı sınırlayabilmektedir.

Uygulamada oyunculuk sözleşmelerinin çoğunda düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü temel olarak oyuncunun sözleşme devam ederken emeğini ve iş gücünü yapımının menfaatine kullanmasını sağlamaya yöneliktir. Bununla birlikte bu türden koşulların aşırı uzun süreli olması, kişinin ekonomik özgürlüğünü ciddi manada kısıtlıyor. Sözleşme taraflarından birinin keyfiyetine tabi kılıyor. Aralarındaki sözleşme sonucu yeni hukuki işlemler yapma kabiliyetini elinden alıyor. Ahlaka aykırılık teşkil ediyor olması durumunda ise kelepçeleme sözleşmesi niteliğine haiz olduğu söylenebilir⁷⁴. Bu bağlamda kelepçeleme sözleşmesinin mevcut olup olmadığını tespit etmek için gereken kriterlerden ilki, sözleşme nedeniyle kişinin özgürlüğünün aşırı derecede tehlikeye girmesi ve diğer tarafa bağlı hale gelmesi ikincisi ise sözleşmenin süresidir⁷⁵.

Bu türden sözleşmeler hâkim görüşe göre, TBK m. 27 hükmü gereğince kesin hükümsüz veya kısmi hükümsüz olarak kabul edilebilirler⁷⁶. Bizimde katıldığımız bir diğer görüş⁷⁷ ise kelepçeleme sözleşmelerinin sözleşme tiplerinin birçoğunda farklı boyutlarıyla ortaya çıkması nedeniyle yaptırım türünün butlanın çerçevesinde sözleşme tiplerine veya birbirine benzeyen kelepçeleme hallerine bağlı olarak değişmesi ve tam butlan, basit kısmi butlan ya da değiştirilmiş

71 Gülle, s. 170 vd.

72 Kaçmaz, s. 75; Gülle, s. 170.

73 Akmeşe-Takcı, s. 74.

74 Akın, Kayaöz, s. 32.

75 Ünal, s. 118 vd.

76 Eren, s. 379; Ünal, s. 213; Karabağ-Bulut, s. 125; Atasoy, s. 94.

77 Ünal, s. 213 vd.

kısmı butlan yaptırımlarından birisinin uygulanması ve bu yaptırım türlerinin alışlagelmişin aksine en hafif yaptırım türünden en ağır yaptırım türüne giden bir sistemle ele alınmasını savunmaktadır. Buna göre önce en hafif yaptırım türü olan değiştirilmiş kısmi butlan, sonra bir üst ağırlıktaki kısmi butlan daha sonra da tam butlanın uygulanması gerekmektedir⁷⁸. Bu doğrultuda oyunculuk sözleşmelerinde karşımıza çıkan kelepçeleme teşkil eden hükümlerin, tarafların varsayılan iradelerine uygun olarak makul bir seviyeye çekilmesi yani ilk olarak değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımına çarptırılması yerinde olacaktır⁷⁹. Nitekim aşırı olan bir hükmün tümünden geçersiz sayılarak, sözleşmenin geri kalan kısmının bütün olarak geçerli bırakılması veya sakat kısımlar sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınması sözleşme ekonomisi ve tarafların menfaatleri bakımından da sakınca oluşturabilir⁸⁰. Bunun yerine değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımı ile geçersiz sözleşme kısmı yerine yeni bir kısım ikame edilmesi⁸¹ makul bir çözüm yöntemi olacaktır.

Sonuç

Uygulamada oyuncularla kurulan sözleşmelerde sıkça karşılaşılan oyuncunun dahil olduğu dizi, film, reklam vb. proje boyunca evlenmemesi, hamile kalmaması, rekabet etmeme gibi kısıtlamalar sonucu oyuncular ciddi sıkıntılar yaşayabilmektedir. Bu taahhütler; sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmekle birlikte oyuncunun bunlara uyması beklenmektedir. Ancak bu taahhütlerin ne ölçüde geçerli olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Evlenmeme, hamile kalmama gibi taahhütlerle TMK m.23 f.2 hükmüne aykırı olarak kişisel özgürlüklerden vazgeçmeyi konu edinen veya onu ahlaka aykırı olarak sınırlayan sözleşmeler TBK m.27 anlamında kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüzlük kural olmakla birlikte kanaatimizce kişilik hakkının ahlaka aykırılık sebebiyle sınırlandırılması durumunda, TMK m.23 f.2 hükmünün kişilik hakkını koruyan amacı ve anlamına göre değerlendirildikten sonra hâkimin geçersizliği kişilik hakları korunan oyuncunun lehine olarak re ‘sen dikkate almasının ve kesin hükümsüzlüğün esnetilmesinin oyuncunun menfaat duruma daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Oyuncunun da sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek yerine, sözleşmeyi ifa etmemesi veya sözleşmeyi feshetmesi daha isabetlidir.

Oyuncunun canlandırdığı role uygun fiziksel özelliklere sahip olması, bu özellikleri koruması ve canlandırdığı karakterin görünümündeki değişiklikleri

78 Ünal, s. 215.

79 Gümüş, Genel Hükümler, s. 229; Ünal, s. 216; Ateş, s. 288.

80 Ünal, s. 220

81 Gümüş, Genel Hükümler, s. 253; Baygın, Nar, s. 216.

kabul etmesi ise sadakat ve özen borcu kapsamına dahil edilebilir. Ancak bu her türden değişikliğin yapılmasına izin verildiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Oyuncunun ciddi miktarda kilo alıp vermesi istendiği takdirde sağlığı üzerinde kişilik haklarını ihlal niteliğinde bir etki yaratıyorsa bunun sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte saçlarının veya sakalının kesilmesi, renginin değiştirilmesi gibi taleplerin kişilik haklarını ihlal eden bir etkisi olmadığından, oyuncunun bu taleplere uyması gerektiği kabul edilmelidir.

Sadakat yükümlülüğünün oyunculuk sözleşmelerinde sık karşılaşılan görünümünden bir diğeri ise rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük çerçevesinde oyuncunun sözleşmesi devam ederken gerekli olan performansını yapımcısı için sarf etmesi beklenmektedir. Ancak bu türden yükümlülüklerin kimi zaman; kişinin ekonomik özgürlüğünü ciddi manada kısıtladığı, sözleşme taraflarından birinin keyfiyetine tabi kaldığı, ekonomik geleceğini risk altına attığı görülmektedir. Bu durumda söz konusu sözleşmenin kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Kanaatimizce bu tür sözleşmelerde sözleşmeyi TBK m.27 hükmü gereğince kesin hükümsüz saymak yerine değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımı ile geçersiz sözleşme kısmı yerine yeni bir kısım ikame edilmesi makul bir çözüm yöntemi olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akın, İrfan, Kayaözü; Zehra Büşra, “Telif Hakları ve Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s. 27-48.
- Akıncı, Şahin, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- Akipek, Şebnem, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Akmeşe-Takcı, Nurbanu, *Oyuncu Sözleşmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2019.
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Atasoy, Kemal, *Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gerekçesiyle Sınırlandırılması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020.
- Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, Turhan Kitabevi Ankara 2007.
- Baygın, Cem; Nar, Ahmet, *Medeni Hukuk Dersleri-1, Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Başpınar, Veysel, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1999, s.17-34.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Başpınar, Veysel, “Avukatın Özen Borcu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1-2, 2008 s. 39-62.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Ercoşkun-Şenol, Kübra, “İstanbul, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74, Sayı 2, 2016, s.709-737.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, 601-620.
- Gülle, Aysel, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Oyuncu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk ve İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, C.II 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Kaçmaz, Mine, “Sinema Eserlerinde İcracı Oyuncu Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Karabağ-Bulut, Nil, *Medeni Kanun’un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.
- Öztan, Bilge, *Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2021.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.II, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987.
- Tiryaki, Betül, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, s. 267-279.
- Ünal, Akın, *Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması)*, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM), SOBIAD ve Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
 - B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
 - C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya “hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr” adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
 - D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
 - E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
 - F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.
Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
 2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları da dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
 4. Başlık kısmının altında iki yeni yaşlı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
 5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
 6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
 7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
 8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
 9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoğlu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

